

DERECHO LABORAL INDIVIDUAL CON ENFOQUE DE DERECHOS Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

Isabel Goyes Moreno



Editorial
EDITORIAL UNIVERSITARIA
Universidad de Nariño



UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO

**DERECHO LABORAL INDIVIDUAL CON ENFOQUE
DE DERECHOS Y PERSPECTIVA DE GÉNERO**

Por: **Isabel Goyes Moreno**

Goyes Moreno, Isabel

Derecho Laboral individual con enfoque de derechos y perspectiva de género/ Isabel Goyes Moreno.- 1ª ed.- San Juan de Pasto: Editorial Universidad de Nariño, 2018.

348 p.

Incluye Ref. bibliográficas

ISBN 978-958-8958-69-9

1.Derecho laboral -- Colombia 2. Derechos humanos – aspectos jurídicos -- Colombia 3. Derecho de los trabajadores -- Colombia 4. Normatividad laboral -- Colombia

344.01 G724 - SCDD – 21

Biblioteca Alberto Quijano Guerrero

DERECHO LABORAL INDIVIDUAL CON ENFOQUE
DE DERECHOS Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

© Isabel Goyes Moreno

Primera edición, octubre 2018

ISBN 978-958-8958-69-9

Reservados todos los derechos. Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía, el tratamiento informático y la fotocopia sin la previa autorización del autor.

Impresión y encuadernación:

Graficolor Pasto sas

Calle 18 No. 29-67

Teléfono: 7311833

graficolorpasto@hotmail.com

Hecho en Colombia / Made in Colombia



Universidad de **Nariño**
EDITORIAL UNIVERSITARIA

Tabla de Contenido

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN..... | 11 |
| 1. LOS DERECHOS LABORALES SON DERECHOS HUMANOS..... | 15 |
| 1.1 Antecedentes Históricos..... | 15 |
| 1.2 Surgimiento de la A.I.T. | 16 |
| 1.3 Otras organizaciones sindicales mundiales. | 17 |
| 1.3.1. La Confederación Mundial del Trabajo (CTM)..... | 17 |
| 1.3.2. La Federación Sindical Mundial (FSM)..... | 18 |
| 1.3.3. La Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOUSL)..... | 20 |
| 1.3.4. Confederación Sindical Internacional (CSI) | 20 |
| 1.4 La Organización Internacional del Trabajo O.I.T..... | 24 |
| 1.5 La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948..... | 30 |
| 1.6 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)..... | 33 |
| 1.7. Convención Americana sobre Derechos Humanos..... | 36 |
| 1.7.1. Protocolo de San Salvador. | 37 |
| 2. LOS DERECHOS DE LAS MUJERES SON DERECHOS HUMANOS..... | 43 |
| 2.1 El género como categoría de interpretación y la perspectiva de género como metodología de análisis social | 43 |
| 2.2 Planteamientos patriarcales sobre la mujer | 45 |

| | |
|--|------------|
| 2.3 Los Derechos de las mujeres en el ámbito jurídico universal. | 50 |
| 2.3.1 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)..... | 54 |
| 2.3.2 Los ODS y La Equidad de género:..... | 60 |
| 2.3.3 La OIT y la Igualdad de género | 63 |
| 2.3.4 La mujer en el marco normativo de la Organización de Estados Americanos..... | 64 |
| 2.4 Los derechos de la mujer en el Ordenamiento Jurídico colombiano. | 67 |
| 2.4.1 Primeras leyes colombianas que consagran derechos a favor de las mujeres | 68 |
| 2.4.2 Los derechos de la mujer en la Constitución de 1991 | 71 |
| 2.4.3 Desarrollo normativos con perspectiva de género posteriores a 1991.... | 72 |
| 2.4.4 Los derechos de las mujeres en la jurisprudencia de las Altas Cortes.... | 74 |
| 2.4.5 La perspectiva de género en el ámbito local | 87 |
| 2.4.6 El enfoque de género en el Acuerdo de Paz de la Habana..... | 90 |
| 3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL EN COLOMBIA Y LA PRINCIPIALÍSTICA LABORAL..... | 92 |
| 3.1 El trabajo como derecho fundamental..... | 96 |
| 3.2 El trabajo en Condiciones Dignas y Justas | 97 |
| 3.3 Libertad de Trabajo..... | 100 |
| 3.4 Principios Fundamentales del Trabajo..... | 102 |
| 3.4.1 Igualdad de Oportunidades y no discriminación..... | 103 |
| 3.4.1.1 No discriminación por razones de salud..... | 105 |
| 3.4.1.2 No discriminación por género..... | 107 |
| 3.4.2 Principio de Primacía de la Realidad..... | 107 |
| 3.4.3 Protección especial a la Maternidad: Fuero de Maternidad | 111 |
| 3.4.4 Principio de Irrenunciabilidad a Mínimos Laborales..... | 127 |
| 3.4.5 Principio de Estabilidad Laboral | 129 |
| 3.4.6 Principio de Favorabilidad y Condición más beneficiosa | 134 |
| 3.4.7 Otros Principios Laborales | 137 |
| 3.4.7.1 Principio del Mínimo Vital..... | 137 |
| 3.4.7.2 Principio de Buena fe | 141 |
| 3.5 Los principios en otras áreas del Derecho Laboral | 143 |

| | |
|--|------------|
| 4. LA RELACIÓN LABORAL CON ENFOQUE DE DERECHOS Y PERSPECTIVA DE GÉNERO | 145 |
| 4.1 EL INGRESO | 147 |
| 4.1.1 El Contrato Laboral | 149 |
| 4.1.1.1 La Capacidad | 149 |
| 4.1.1.2 El consentimiento | 149 |
| 4.1.1.3 Objeto | 149 |
| 4.1.1.4 Causa | 150 |
| 4.1.2 La Relación Laboral | 150 |
| 4.1.2.1 La actividad personal | 151 |
| 4.1.2.2 La subordinación | 154 |
| 4.1.2.2.1 El Reglamento Interno de Trabajo (RIT) como expresión del poder subordinante | 158 |
| 4.1.2.2.2 La subordinación en otras formas laborales | 158 |
| 4.1.2.2.3 El teletrabajo | 159 |
| 4.1.2.2.4 Subordinación y trabajo a domicilio | 162 |
| 4.1.2.2.5 Subordinación en Empresas de Servicios Temporales | 163 |
| 4.1.2.2.6 La Subordinación en las Empresas Asociativas de Trabajo | 165 |
| 4.1.2.2.7 De la subordinación a la parasubordinación | 168 |
| 4.1.2.2.8 Hacia un nuevo entendimiento de la subordinación | 170 |
| 4.1.2.3 La Remuneración | 171 |
| 4.1.2.4 El Empleador, representantes, contratistas, intermediarios y Solidaridad | 172 |
| 4.1.2.5 Empleador y los Variandi | 176 |
| 4.2 LA PERMANENCIA | 179 |
| 4.2.1 La suspensión de la relación laboral | 179 |
| 4.2.2 La incapacidad y sus efectos en la relación laboral | 183 |
| 4.2.2.1 El fuero de Salud según la Corte Constitucional | 183 |
| 4.2.2.2 El fuero de salud según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia | 186 |
| 4.2.2.3 Las obligaciones de las partes durante la vigencia de la relación laboral | 172 |
| 4.2.2.4 Obligaciones Especiales de las partes | 188 |

| | | |
|------------|--|------------|
| 4.2.2.4.1 | Obligaciones Especiales del empleador | 188 |
| 4.2.2.4.2 | Las obligaciones especiales a cargo de los trabajadores | 195 |
| 4.2.2.5 | Prohibiciones para las empleadoras | 197 |
| 4.2.2.6 | Prohibiciones para el sector trabajador | 200 |
| 4.3 | TERMINACIÓN | 203 |
| 4.3.1 | Justas Causas y debido proceso en la jurisprudencia constitucional. | 207 |
| 4.3.2 | Justas causas y debido proceso en la Corte Suprema de Justicia. | 212 |
| 4.3.3 | El acoso laboral como justa causa de despido. | 215 |
| 4.3.4 | Indemnizaciones. | 218 |
| 4.3.5 | Reintegro por despido unilateral sin justa causa, exige devolución de la indemnización, cancelada de forma equivocada. | 220 |
| 4.3.6 | Indemnización Moratoria | 221 |
| 4.3.7 | Compatibilidad entre indemnización moratoria y la indexación laboral | 224 |
| 4.3.8 | Daños Morales y Daños Extrapatrimoniales | 225 |
| 4.3.9 | Contratos Especiales: El servicio doméstico | 227 |
| 4.3.9.1. | Antecedentes. | 227 |
| 4.3.9.2. | Evolución Jurisprudencial | 229 |
| 4.3.9.3. | Situación actual del servicio doméstico | 234 |
| 5. | SALARIO MÍNIMO, JORNADA MÁXIMA y VACACIONES | 237 |
| 5.1 | Normas internacionales sobre salario y jornada | 239 |
| 5.1.1 | Convenios de la OIT sobre jornada laboral | 241 |
| 5.1.2 | El salario y la jornada en el Sistema Regional Americano. | 242 |
| 5.2 | Salario y Jornada en Colombia | 242 |
| 5.2.1 | Salario y Jornada en la Constitución Nacional | 243 |
| 5.2.2 | Pago Oportuno de salarios. | 245 |
| 5.2.3 | Pago Justo y no discriminatorio | 246 |
| 5.2.4 | Salario mínimo vital y móvil | 247 |
| 5.2.5 | La movilidad de los salarios superiores al mínimo legal. | 248 |
| 5.2.6 | Modificaciones introducidas por las leyes 50 de 1990 y 789 de 2002 en el tema de salario y jornada laboral | 249 |
| 5.2.7 | Salario Integral. | 254 |

| | |
|--|------------|
| 5.3 Jornada Laboral | 258 |
| 5.3.1 Descanso semanal y remuneración..... | 259 |
| 5.3.2 Remuneración por trabajo en días de descanso o festivo..... | 260 |
| 5.4 Efectos de la reforma laboral de 1990 | 261 |
| 5.4.1 Modificaciones de la jornada laboral e incidencia salarial en la ley 789 de 2002..... | 262 |
| 5.4.2 Descuentos salariales..... | 266 |
| 5.5 Las vacaciones | 268 |
| 5.5.1 Surgimiento del derecho..... | 269 |
| 5.5.2 Exigibilidad de las vacaciones..... | 269 |
| 5.5.3 Interrupción de las vacaciones..... | 269 |
| 5.5.4 Acumulación de vacaciones..... | 269 |
| 5.5.5 Compensación de vacaciones..... | 270 |
| 5.5.6 Prescripción de las vacaciones..... | 272 |
| 5.5.7 Vacaciones colectivas y vacaciones anticipadas..... | 273 |
| 5.5.8 Disfrute de las vacaciones..... | 274 |
| 5.5.9 Enfoque de derechos y Perspectiva de género en vacaciones..... | 274 |
| 5.6 Brechas laborales entre hombres y mujeres: Jornada y salario | 274 |
| 5.6.1 Brechas en el empleo en Colombia..... | 279 |
| 6. PRESTACIONES SOCIALES CON ENFOQUE DE DERECHOS | 283 |
| 6.1. Prestaciones a cargo del Empleador | 283 |
| 6.1.1 Durante la vigencia de la relación laboral..... | 284 |
| 6.1.1.1 Prima de servicio..... | 284 |
| 6.1.1.2 Dotación de calzado y ropa de trabajo..... | 288 |
| 6.1.1.3 Auxilio de transporte..... | 291 |
| 6.1.1.4 Intereses a la cesantía..... | 294 |
| 6.1.2 Prestaciones que se hacen exigibles al finalizar la relación laboral..... | 295 |
| 6.1.2.1 La Cesantía: Antecedentes normativos y naturaleza jurídica..... | 296 |
| 6.1.2.2 Cambio de un régimen a otro..... | 300 |
| 6.1.2.3 Cómo se liquida y paga el Auxilio de Cesantía..... | 301 |

| | | |
|------------|--|------------|
| 6.1.2.4 | ¿Qué hacer con los montos resultado de la liquidación? | 301 |
| 6.1.2.5 | Sanción por no depósito oportuno..... | 303 |
| 6.1.2.6 | Pérdida del derecho al auxilio de cesantías..... | 304 |
| 6.1.2.7 | Pago de cesantía definitiva en vigencia de la relación laboral... .. | 305 |
| 6.1.2.8 | Pago definitivo de la cesantía por terminación de la relación laboral..... | 305 |
| 6.1.2.9 | Pago parcial de cesantías..... | 306 |
| 6.2 | Protección al Cesante..... | 310 |
| 6.2.1 | Piso de protección social..... | 312 |
| 6.2.1.1 | Piso de Protección Social y perspectiva de género | 313 |
| 6.2.2 | Situación del Piso de Protección social en América Latina y Caribe..... | 314 |
| 6.2.3 | Piso de Protección Social en Colombia. | 315 |
| 7. | CONCLUSIONES: ENFOQUE DE DERECHOS Y PERSPECTIVA DE GÉNERO PARA LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO LABORAL INDIVIDUAL..... | 320 |
| 8. | REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 326 |

INTRODUCCIÓN

El interés que motivó el desarrollo de la presente investigación, fue elaborar un texto para la enseñanza universitaria del Derecho Laboral Individual, desde el enfoque de derechos y con una perspectiva de género, de allí que el hilo conductor de este escrito sean los principios constitucionales, los tratados internacionales de los derechos humanos y las regulaciones normativas referidas al trabajo y a la equidad de género. Es aquí, donde radica la innovación y el aporte, puesto que transcurridos más de 26 años de la expedición de la Constitución Nacional de 1991, la lectura, interpretación y aplicación del Derecho Laboral Individual, por parte de un buen número de empleadores particulares, de autoridades administrativas y judiciales del trabajo y de profesionales del derecho, aún se realiza desde parámetros excluyentes y discriminadores, ajenos a los postulados de igualdad de oportunidades y de trato, de pluralidad, de multiculturalidad, de respeto por la diferencia, propios de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho.

Las particularidades propias de la principalística constitucional laboral, las normativas del contrato laboral en el ámbito internacional y nacional y los avances en torno a la equidad de género en el mundo del trabajo, son objeto de análisis y reflexión en este texto, logrando una mirada compleja e integral que involucra a todas las personas que prestan sus servicios laborales en un plano de igualdad real. Por esta razón se recurre con frecuencia a las sentencias proferidas por la Corte Constitucional Colombiana y por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Desde el punto de vista metodológico la investigación se realizó con enfoque de derechos, razón por la cual, la Carta de los derechos laborales es transversal a todo su contenido. Conviene recordar que el enfoque de derechos es una construcción teórica cuyo marco conceptual

son los derechos humanos, en este caso, los laborales, que deben estar presentes en cualquier normatividad del trabajo.

En este punto resulta conveniente explicitar las ventajas de utilizar este enfoque para una nueva hermenéutica del Derecho Laboral Individual en Colombia, las que se podrían resumir de la siguiente manera: 1) Es el enfoque que corresponde a una democracia constitucional, para la cual, el trabajo es un valor y derecho fundamental, como en forma reiterada lo ha sostenido la jurisprudencia de las Alta Cortes colombianas, 2) Fomentar la enseñanza aprendizaje del derecho laboral como un instrumento para procurar la paz laboral y la armonía social contribuirá de una manera efectiva a disminuir la alta conflictividad del mundo del trabajo, casi siempre asociada al desconocimiento de las normativas, resaltando por el contrario, las ventajas de respetar los estándares internacionales establecidos para este ámbito.

Esta investigación mantiene la línea investigativa de principios en la que se trabaja desde hace varios años¹, sólo que ahora dirigida al campo específico del derecho laboral individual en Colombia.

El enfoque de derechos, obliga a retomar los principios internacionales y constitucionales del derecho laboral. Estos principios como se ha sustentado en los diversos proyectos investigativos contribuyen a unificar el ordenamiento jurídico laboral fijando parámetros o estándares cuya observancia garantizan la coherencia hermenéutica en la interpretación y aplicación de las normas a los casos puntuales. Las críticas al carácter abstracto e indeterminado de los principios y las necesidades de su interpretación se solucionan en la medida en que existen operadores jurídicos encargados de su interpretación y de los métodos de la ponderación y la proporcionalidad para su aplicación.

En consecuencia con lo planteado, el texto contiene seis capítulos. En el primero denominado “Los derechos laborales son derechos humanos”, se presenta un recorrido histórico sobre los orígenes y evolución de la normatividad laboral, íntimamente relacionada con los movimientos so-

1. Revisar los textos: “Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales”, 2007; “Principios de la seguridad social en Pensiones”, 2012; así como en los informes titulados “Principios de la Seguridad Social en riesgos laborales”, 2013; “Principios del derecho colectivo laboral”, 2014 y “Principios de la Seguridad Social en Salud”, 2015. Pasto, Universidad de Nariño. “Principios del Derecho Procesal Laboral”. Pasto, Universidad de Nariño. 2016.

ciales de los trabajadores, con los gobiernos interesados en las políticas sociales, con los tratados internacionales, que recogen las propuestas y anhelos de transformación y con los cambios formulados de manera tripartita en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos.

En el segundo capítulo titulado “Los derechos de las mujeres son derechos humanos”, se hace énfasis en las conquistas que a nivel de las convenciones y tratados internacionales (CEDAW, Belém Do Pará) alcanzaron las mujeres, de una manera pacífica y persistente, decididas a consolidar el reconocimiento de su dignidad humana y personalidad jurídica. De manera puntual la CEDAW trae un listado de derechos laborales para las mujeres, como la igualdad de oportunidades para el acceso al empleo público y privado, la igualdad salarial en condiciones de desempeño también iguales, la posibilidad de desempeñar todos los niveles laborales hasta los más altos empresariales, la urgencia de defender la autonomía procreativa como expresión del libre desarrollo de la personalidad y de la autodeterminación, sin tener que verse obligada a elegir entre la maternidad o la vida laboral, cuando los dos, son aspectos del desarrollo integral de un buen número de mujeres.

En el capítulo tercero bajo la denominación de “Constitucionalización del derecho laboral en Colombia”, se aborda el análisis de cada uno de los artículos referidos al trabajo, entre ellos el 25, 26, 53 de la Carta Política de 1991, que son los aplicables para las relaciones laborales de carácter particular.

El capítulo cuarto bajo la denominación “La relación laboral con enfoque de derechos y perspectiva de género”, se ocupa de aspectos puntuales de la vida laboral, al interior de la cual se diferencian tres momentos: ingreso, permanencia y retiro. La referencia a la normativa laboral y a la jurisprudencia constitucional, le otorga una gran utilidad a este acápite para una práctica judicial renovada y un litigio ético propicio para la reconstrucción de la paz.

En el capítulo quinto bajo el nombre de “Salario y Jornada”, presenta con el mayor detalle posible las situaciones concretas que afectan el contrato laboral, en la medida en que las interrelaciones entre salario y jornada constituyen el eje central del mundo del trabajo subordinado. Se hace referencia puntual a la jurisprudencia y las últimas reformas laborales en estos temas.

El Capítulo sexto, “Prestaciones Sociales”, hace referencia a aquellas obligaciones irrenunciables que debe asumir toda empresa que valora el aporte que hace el sector trabajador al fortalecimiento de la entidad empleadora, al impulso de la economía y a la generación de utilidades.

En la conclusiones se enfatiza en la necesidad de armonizar el articulado del Código Sustantivo del Trabajo, sus leyes y decretos complementarios, con los mandatos del constituyente primario, el que reconoció el trabajo como un derecho y una obligación social que goza de la especial protección del Estado en cualquiera de sus modalidades, garantizando que el mismo se realice en condiciones dignas y justas, como única vía para alcanzar la meta del trabajo decente, estándar mundial de relaciones laborales equitativas y pacíficas.

En la medida en que desde las aulas universitarias logremos fortalecer el aprendizaje de un derecho laboral individual con enfoque de derechos y perspectiva de género, estaremos contribuyendo a formar personas para la construcción de paz, comprometidas con la Carta de Derechos, con la inclusión, con la equidad, puesto que como se anunció desde 1919 en el preámbulo de la Constitución de la OIT, la paz sólo se afianza cuando existe justicia social. Es decir, que el éxito del postacuerdo está estrechamente ligado a un ambiente laboral respetuoso de la dignidad humana de las personas que hacen parte del proceso productivo, financiero, de prestación de servicios al que se dedique la respectiva empleadora.

La Autora

1. LOS DERECHOS LABORALES SON DERECHOS HUMANOS

Para desarrollar el acápite denominado Derechos Laborales como Derechos Humanos, no basta con revisar de manera más o menos profunda las declaraciones, tratados o acuerdos internacionales existentes en torno al trabajo, porque resultaría una mirada sesgada, en cuanto se carece de los elementos de juicio necesarios para entender el por qué, el cómo y cuándo de la legislación del trabajo. En ese sentido, se considera necesario hacer referencia a las circunstancias económicas, políticas y sociales que transformaron para siempre formas feudales y artesanales de producción por otras en las que la máquina y el capital desplazaron saberes, fidelidades y culturas.

En esa perspectiva, es válido afirmar que la historia del derecho laboral y la historia de los derechos humanos, van estrechamente relacionadas, a tal punto, que podría afirmarse que se trata de una misma historia, aunque con dimensiones y pretensiones diversas.

1.1 Antecedentes Históricos

Desde finales del siglo XVIII y como consecuencia directa de dos hitos históricos que transformaron el statu quo vigente hasta entonces, la revolución industrial y la revolución francesa, se produjeron transformaciones sociales, que incidieron directamente tanto en el apareamiento del derecho laboral, como en la defensa y consagración de los derechos humanos.

La revolución industrial afectó de manera directa los sistemas de producción vigentes hasta entonces, el taller artesanal, dio paso a la producción manufacturera inicialmente y más adelante, a las primeras fábricas. La producción en serie de mercancías, incentivó el comercio y consolidó la circulación de productos, la acumulación de capital y la conformación de la clase comerciante, cuyo ascenso impulsará la transformación política posterior.

En las anteriores circunstancias se quebró la relación maestro- oficial y maestro-aprendiz, así como la elaboración del artículo artesanal como obra única e irreplicable, que dada respuesta a las necesidades personales de cada cliente. El ambiente familiar y fraterno del taller artesanal, en el que el Maestro, actuaba como *paterfamilias*, fue abruptamente sustituido por un desconocido, denominado *capataz*, o un jefe de sección, que actuaba con la única premisa de disciplinar e incrementar de manera constante la producción, a cualquier precio, incluyendo la salud y la vida de quienes trabajaban.

El nuevo sistema productivo originó desigualdades económicas y sociales y fue objeto de estudios y denuncias por parte de los intelectuales de entonces. Federico Engels, estudió las condiciones de la clase trabajadora inglesa, las que sintetizó así:

“Todo obrero, incluso el mejor, se halla por tanto, constantemente expuesto a la miseria, o sea, a morir de hambre, y buen número de ellos sucumben. Las viviendas de los trabajadores son, por regla general, mal agrupadas, mal construidas, mal conservadas, mal ventiladas, húmedas e insalubres” (Engels, F. La situación de la clase obrera en Inglaterra. 1845, p. 129. Recuperado <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/situacion/situacion.doc>).

La revolución industrial que desarrolló las fuerzas productivas con la introducción de la máquina a vapor y de las máquinas de algodón, inicialmente, produjo así mismo una ola antes desconocida de pobreza e injusticia social. En la búsqueda de soluciones para superar estos efectos adversos del crecimiento económico, apareció el fenómeno conocido como la “cuestión social”, que tomó forma en la medida en que los trabajadores avanzaron en el proceso de organización, el que muy pronto tomó ribetes internacionales, puesto que si bien la industrialización se inició en la Gran Bretaña, rápidamente se reprodujo en otros estados europeos.

1.2 Surgimiento de la A.I.T.

El primer congreso internacional se realizó entre el 3 y el 8 de septiembre de 1866, en la ciudad de Ginebra. Allí se creó la Asociación Internacional de los Trabajadores (A.I.T.), liderada por un Consejo General, encargado de fomentar los lazos de unión entre las distintas sedes de la Asociación.

El proyecto de estatutos preparado por Marx, definió en su primer considerando el carácter de la agremiación internacional, al anunciar “(...) que la emancipación de la clase obrera debe ser obra de los obreros mismos; que la lucha por la emancipación de la clase obrera no es una

lucha por privilegios y monopolios de clase, sino por el establecimiento de derechos y deberes iguales y por la abolición de todo privilegio de clase”. De esta manera se adoptó una premisa básica del movimiento obrero, no se pretende acumular privilegios, sino abolir los existentes. Así mismo, se hizo una reflexión sobre la urgencia de unirse solidariamente por cuanto se pretendía idénticos derechos, con independencia de las fronteras nacionales, por ser éste un problema social.

Tras muchos aciertos y conflictos esta organización se disolvió en el siglo XX con ocasión de la primera guerra mundial.

El surgimiento, desarrollo y las nuevas perspectivas de las organizaciones de trabajadores, indican que si bien los objetivos centrales fueron claramente establecidos, las diferencias surgieron frente a los liderazgos y frente a los caminos más apropiados para alcanzar dichos fines. Las tendencias revolucionarias radicales cedieron terreno frente al auge de los movimientos obreros moderados, más interesados en los intereses económicos laborales, que en los políticos sociales.

No obstante, la injusticia social, la marginalidad y la polarización generada por la riqueza excesiva de unos pocos y la pobreza indigna de las mayorías, reavivan en la actualidad el renacer de otros movimientos de trabajadores, de jóvenes y de la ciudadanía en general, por la igualdad, la convivencia, la civilidad y la sostenibilidad de la vida en el planeta.

1.3 Otras organizaciones sindicales mundiales

De manera simultánea con el surgimiento y desarrollo de la AIT, se conformaron en diversas partes de Europa otras organizaciones de trabajadores más moderadas, con intereses económicos liberales y más preocupadas por mantener instrumentos de presión contra los gobiernos de turno que por transformar de manera profunda y radical las estructurales sociales y del Estado. A continuación se hará una breve referencia a las más representativas de ellas,

1.3.1 La Confederación Mundial del Trabajo (CTM)

Se fundó en 1920 en La Haya (Holanda) con el nombre de Confederación Internacional de Sindicatos Cristianos (CISC) y funcionó con esta razón social, hasta 1968 cuando acogió la denominación de Confederación Mundial del Trabajo, como una alternativa para aquellos trabajadores que deseaban armonizar sus creencias religiosas con la lucha sindical. En este sentido, marchó en contravía de las Inter-

nacionales Socialistas, de fuerte influencia marxista, antireligiosas y revolucionarias

En su fase final (año 2001) agrupó 144 organizaciones de trabajadores en 116 países. Su sede permanente fue la ciudad de Bruselas (Bélgica).

Dicha organización tomó la decisión de auto-disolverse para hacer parte de la Confederación Sindical Internacional, bajo la consigna de “unidos somos más fuertes”.

1.3.2 La Federación Sindical Mundial (FSM)

Nació en París en el año de 1945 y en su mejor momento alcanzó a unir sindicatos de la mayoría de 55 países del mundo, 20 organizaciones internacionales de trabajadores, los que representaban 67 millones de trabajadores, ubicados en países de diversos niveles de desarrollo, desde los coloniales hasta los socialistas. Su surgimiento se dio en el marco de la lucha mundial contra el fascismo y la decisión generalizada de evitar su reagrupamiento.

El objetivo de la Federación Sindical Mundial coincidía con otra organización internacional que tendrá gran impacto a lo largo del siglo XX, la Organización de las Naciones Unidas, la que sirvió de inspiración a la FSM. Allí se hablaba de las naciones del mundo, y acá de los trabajadores del mundo organizados en sindicatos, unos y otros clamaban por un futuro libre de guerras y de injusticias sociales.

Los trabajadores y las fuerzas democráticas vieron en la victoria contra el nazismo y el fascismo un escenario de esperanza, de justicia, libre del imperialismo y del colonialismo, donde los valores de la libertad, la paz, la democracia y la prosperidad progresarían garantizando el bienestar de la humanidad. Esa tendencia renovadora reclamaba algo más que la unión de las naciones o de los gobiernos contra Hitler, requería organizaciones masivas de trabajadores.

Las declaraciones de la FSM en su congreso de Londres, reflejan claramente el contexto en el que se desenvolvía. Se dijo en dicha oportunidad: “(...) Nuestra Conferencia histórica, celebrada en el momento en el que la lucha armada está todavía viva, es una muestra de la unidad de la clase obrera y evidencia de la victoria moral de las Naciones Unidas sobre las fuerzas del mal del fascismo.” Con estos argumentos formuló un llamado global a la clase trabajadora mundial, a comprometerse en la construcción de un mundo mejor, asumiendo los sacrificios que fuesen necesarios. Si hubo sacrificios para ganar la guerra, estos son mucho más justificados cuando se trata de construir la paz.

Tan importante misión histórica quedó claramente definida en los estatutos, donde se consagró como objetivo primordial “la emancipación de los trabajadores a través de la lucha”. Pretendiendo además: 1) abolir todas las formas de explotación a fin de garantizar al trabajador y su familia, condiciones de vida digna acordes con la época y con el desarrollo de la ciencia y la técnica, 2) reclamar la libre determinación de los pueblos, la no injerencia en asuntos internos, respeto por la independencia y la búsqueda de un orden social justo, 3) acabar con racismos, sexismo y toda forma de discriminación, 4) lograr el pleno empleo, 5) abolir el trabajo forzoso y el trabajo infantil, 6) reclamar cobertura de la seguridad social, 7) formación y educación pública y gratuita a lo largo de la vida, 8) acceder a actividades culturales y recreativas, 9) protección del medio ambiente sostenible, 10) Respetar los derechos humanos y aplicar la Declaración Universal de los Derechos Sindicales, 11) Prevenir guerra nuclear, 12) Llamar a la solidaridad internacional, la convivencia pacífica y la cooperación mutua (Estatutos de la Federación Sindical Mundial (2011). Atenas. F.S.M. Recuperado de http://www.wftucentral.org/?wpfb_dl=242).

La F.S.M. adoptó la siguiente estructura: a) El Congreso Sindical Mundial como máxima autoridad para la toma de las grandes decisiones del ámbito global, b) El Consejo General que tiene funciones organizativas y administrativas, c) El Consejo Presidencial que desempeña funciones propias del quehacer cotidiano y d) El Secretariado que asume responsabilidades de carácter operativo. A nivel de América Latina y el Caribe, funcionó a través del Congreso Permanente de Unidad Sindical (CPUSTAL).

La FSM es una organización sindical internacional de carácter democrático, que se identifica con los intereses de la clase obrera y con las luchas de todos los asalariados, por lo tanto, estimula y apoya las reivindicaciones sindicales y laborales y se opone a toda forma de dominación, explotación y opresión, y propende por la cooperación y la solidaridad. La organización regional de las Américas es la CPUSTAL.

La F.S.M. cumplió 70 años de existencia y mantiene plena vigencia. Su 17 Congreso Mundial se realizó en Durban, Sudáfrica en el mes de octubre del 2016. Esta clase de organizaciones sindicales abiertas, admiten a trabajadores provenientes de diferentes organizaciones de trabajadores, con independencia de sus convicciones políticas, filosóficas y religiosas, por cuanto su principio orientador es la independencia de gobiernos, partidos políticos y empleadores, postulado que aplica también en las relaciones con sus afiliados.

1.3.3 La Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL)

Se creó en diciembre de 1949 como una disidencia de la Federación Sindical Mundial (FSM). Su sede se estableció en Bruselas, Bélgica. Representaba a más de 157 millones de trabajadores pertenecientes a 225 organizaciones sindicales afiliadas y ubicadas en 148 países.

La CIOSL puso en funcionamiento tres grandes regionales, la ORAP para Asia y el Pacífico, la ORAF para África y la ORIT para las Américas. Los objetivos priorizados por esta Confederación para orientar su trabajo, fueron los siguientes: a) Luchar por alcanzar empleo y normas internacionales de carácter fundamental que regulen las relaciones del trabajo, b) Contrarrestar la vulneración de derechos laborales por parte de las multinacionales, desarrollando una gran ofensiva de denuncia contra las estrategias del capital multinacional, c) Mantener en alto la defensa de los derechos sindicales, d) Propugnar por hacer realidad los principios de igualdad, derechos de las mujeres, de las etnias y de los migrantes, e) Mejorar la organización y la afiliación sindical en el mundo.

La CIOSL fue reconocida como vocera del movimiento sindical y en tal condición mantuvo relaciones con organismos internacionales y regionales; de igual manera trabajó en coordinación con ONG, y grupos defensores de los derechos de los trabajadores, en especial con la Organización Internacional del Trabajo, (OIT); actuó como organismo consultivo del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas; se relacionó con el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) y la Organización Mundial del Comercio (OMC).

La CIOSL estableció oficinas en Ginebra, Nueva York y Washington y anualmente produjo informes sobre las violaciones de los derechos sindicales, que son derechos humanos fundamentales en más de un centenar de Estados.

Para el año de 2006 era la central sindical más grande a nivel mundial. No obstante decidió disolverse para conformar la Confederación Sindical Internacional (CSI) (Confederación Internacional de Organizaciones sindicales libres. Recuperado de <http://www.observatoriodeltrabajo.org/nueva/web/index.asp?pagina=165&idioma=1>).

1.3.4 Confederación Sindical Internacional (CSI)

Es una organización de reciente creación, puesto que data del año 2006, y en la actualidad es la voz de los trabajadores y trabajadoras a nivel mundial, su surgimiento es un ejemplo de unidad, ya que para hacer realidad este esfuerzo de unificación, fue necesario superar di-

versas dificultades, hasta hacer realidad esta nueva esperanza para el mundo del trabajo.

El Congreso fundacional se realizó en Viena en noviembre del 2006, como resultado de los Congresos de disolución realizados tanto por la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL), como por la Confederación Mundial del Trabajo (CMT). La CSI inició actividades con la participación de todas las organizaciones sindicales que estaban afiliadas a la CIOSL y la CMT, además de otros sindicatos que decidieron afiliarse internacionalmente.

Las CSI es una respuesta desde el movimiento de trabajadores a los flagelos del nuevo milenio, especialmente los relacionados con la polarización social generada por la concentración excesiva de capital, lo que ha dado origen a desequilibrios incontenibles en millones de personas en el mundo. El capital transnacional y la consecuente violación de los derechos humanos de quienes trabajan, inciden de manera directa en el incremento de la pobreza y la injusticia social. “La CSI aspira a convertirse en un contra poder eficaz en una sociedad que ha evolucionado enormemente y que ha visto escarnecidos los derechos de los trabajadores y las trabajadoras bajo la presión creada por el actual proceso de globalización hacia abajo” (Confederación Sindical Internacional. Recuperado de <http://www.ituc-csi.org>).

En dicho primer congreso, también se aprobó la estructura que adoptaría la Confederación para su funcionamiento exitoso a nivel mundial, sentando las bases de los acuerdos relacionados con las organizaciones regionales, estas son: la Organización Regional Asia-Pacífico (CSI-AP), la Organización Regional africana (CSI-AF) y la Organización Regional de las Américas (CSA). Estableció así mismo, líneas de trabajo conjunto con la Confederación Europea de Sindicatos, y con el Consejo Regional Paneuropeo. La CSI forma parte de la Agrupación Global Unions, (Juntos por los Derechos de los trabajadores. Recuperado de <http://www.global-unions.org>).

La CSI mantiene estrechas relaciones con las Federaciones Sindicales Internacionales y con la Comisión Sindical Consultiva ante la OCDE (TUAC). Desarrolla además una excelente colaboración con la Organización Internacional del Trabajo y con varias otras agencias especializadas de la ONU (Confederación sindical internacional. Recuperado de <http://www.ituc-csi.org/about-us.html?lang=es>).

De conformidad con los estatutos, la CSI comenzó por reconocer el sacrificio y las conquistas realizadas por generaciones de trabajadoras y trabajadores que la precedieron, las cuales se inspiraron en los principios de justicia social, la libertad, la democracia, la paz y la igualdad.

Se comprometió igualmente a mantener la bandera de la emancipación de la clase trabajadora, mediante el respeto a la dignidad y los derechos de todas las personas; a incidir en la transformación de las estructuras sociales, políticas y económicas; a combatir la pobreza, el hambre, la explotación, la opresión y la desigualdad, mediante planificación de acciones internacionales que resultan coherentes con la naturaleza de la economía globalizada.

Esta Confederación en consecuencia, justifica su existencia en cuanto logre unir y movilizar a las fuerzas democráticas e independientes del sindicalismo mundial. Por lo mismo, la solidaridad frente a las reivindicaciones concretas es una de sus estrategias globales. La Confederación considera que el respeto universal de los derechos de los trabajadores y trabajadoras, y el acceso al trabajo decente resultan indispensables para un desarrollo justo y sostenible. Por el contrario, su negación en cualquier lugar del mundo, constituye una amenaza inmediata a la seguridad humana.

La Confederación se compromete a defender la democracia en todo el mundo, como el mejor escenario para el ejercicio de los derechos humanos, universales, indivisibles e inalienables, en beneficio de todas las personas. Así mismo, se obligó a reclamar la vigencia de los derechos colectivos y las libertades individuales, incluyendo la libertad de pensamiento, expresión y reunión.

La CSI se opone a toda forma de discriminación como una afrenta a la dignidad humana y se obliga a defender la diversidad en el trabajo y en la sociedad; defiende el mantenimiento de la paz y clama por un mundo libre de armas; rechaza la guerra como vía para resolver los conflictos, y condena el terrorismo, el colonialismo y el militarismo, el racismo y el sexismo. Proclama el derecho de todos los pueblos a la auto-determinación.

La Confederación manifiesta su respaldo a los principios y el rol que desempeñan las Naciones Unidas, en relación con el mantenimiento de la paz y la seguridad mundiales. Por lo mismo, las decisiones se toman democráticamente y sus actividades son independientes de toda influencia externa, ya sea estatal, política, patronal, religiosa, económica o de cualquier otra índole.

En consonancia con los Estatutos antes sintetizados, la CSI fijó como uno de sus objetivos, la defensa del derecho de asociación sindical democrática e independiente y de la negociación colectiva, en procura de mejorar las condiciones de vida de las y los trabajadores y sus familias, única garantía del progreso social y del desarrollo sostenible.

En el año 2014 se realizó el Tercer Congreso Mundial en Berlín, en el cual, luego de reflexionar sobre la globalización y sus incidencias en la desigualdad e injusticia social, fijaron el papel de los sindicatos, en torno a los siguientes aspectos:

- 1) Reclamar y asegurar el pleno empleo, el trabajo decente y unos pisos de protección social, como los pilares de la acción mundial. En esa perspectiva solicitaron al G20 la puesta en marcha del Plan para el Crecimiento y el Empleo, el que prevé inversión en infraestructura, escuelas, transporte público y hospitales.
- 2) Implementar una reforma fiscal progresiva que ponga fin a la evasión por parte de las grandes corporaciones, erradicar los paraísos fiscales y terminar con la especulación, incluyendo tasas para las transacciones financieras.
- 3) Invertir en servicios públicos de calidad, en la economía del cuidado, para garantizar la dignidad del trabajo en las familias y en la comunidad.
- 4) Exigir la valoración del trabajo de la mujer y el respeto y plena vigencia de los derechos humanos de las mujeres en el trabajo, en el hogar y en la sociedad, con miras a alcanzar la igualdad de género, mediante la formalización de los puestos de trabajo de las mujeres y su participación equitativa en la fuerza laboral.
- 5) Reivindicar servicios de salud asequibles, protección de la infancia, cuidados para los ancianos, protección de la maternidad, apoyo a los discapacitados, y programas activos del mercado de trabajo, como rasgos característicos de sociedades dignificadas.
- 6) Apoyar el acceso universal a la educación de calidad como la mejor vía para la transformación social y el crecimiento económico.
- 7) Organizar a los migrantes a través de las fronteras, para alcanzar protección social, convenios colectivos y salarios mínimos.
- 8) Establecer nuevos derechos y defender los derechos fundamentales ya conquistados y consagrados tanto en las normas internacionales como nacionales.
- 9) Luchar por la justicia climática como una estrategia para la supervivencia de la raza humana.

De esta forma y en la medida en que se hagan realidad dichas metas mediante la acción sindical unificada y mundial será posible alcanzar un sistema económico y social más progresista y en beneficio de la población mundial. Por eso se insiste en replantear el funcionamiento del

movimiento sindical internacional, hacia la inclusión, la participación, y el pluralismo sindical.

“La CSI está orgullosa de nuestro movimiento global inclusivo de trabajadores y trabajadoras, y permaneceremos a su lado y al de sus familias mientras reforzamos el poder de los trabajadores y las trabajadoras para consolidar la democracia y la libertad, reivindicar derechos y negociar colectivamente para lograr un mundo socialmente justo” (3er Congreso mundial de la CSI. Recuperado de <http://congress2014.ituc-csi.org/3co-s-5-reforzar-el-poder-de-los>).

1.4 La Organización Internacional del Trabajo O.I.T.

Durante los dos primeros decenios del siglo XX como se analizó en el acápite anterior, el movimiento obrero avanzó de manera considerable en su proceso organizativo y en la conquista de derechos laborales básicos, desde la jornada de trabajo, pasando por los salarios y las primeras protecciones frente a los accidentes de trabajo, al igual que las regulaciones iniciales del trabajo de las mujeres y los niños. Es decir, que durante ese primer momento, el trabajo fue el eje de la actividad social, económica y política.

No obstante, un hecho lamentable cambió el curso de los acontecimientos y fue la guerra desatada por los anhelos expansionistas de algunas potencias europeas. La guerra en consecuencia, es el otro gran protagonista de estos tiempos.

La destrucción y los vejámenes propios de los conflictos bélicos, dejaron una Europa empobrecida por un lado, y por otro, el triunfo del Partido Bolchevique en Rusia, modificó el mapa político de ese continente. Estas dos circunstancias determinaron la creación de la OIT, puesto que los líderes políticos del mundo estaban interesados en la estructuración de organismos internacionales que unificaran los esfuerzos de todos los países frente a un fin común, la paz.

Uno de las más trascendentales reflexiones de las organizaciones de trabajadores, fue entender que las realidades laborales se reproducían de idéntica manera en los diversos países y que no era posible pensar en un cambio, sin la intervención de los Estados, y sin que estos se comprometieran con la expedición de normas laborales comunes.

Estas consideraciones quedaron plasmadas en el Preámbulo de la Constitución de la OIT al expresar, que: “(...) que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social; existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye

una amenaza para la paz y armonía universales y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas (OIT. Promover el empleo, proteger a las personas. Recuperado de <http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm>)”, semejantes denuncias se convirtieron en el primer programa de acción de la nueva entidad.

La OIT fue incluida en la Sección XIII del Tratado de Versalles y su constitución se adoptó en la conferencia de Washington de 1919 y se complementó con la Declaración de Filadelfia de 1944. El rasgo distintivo de la OIT desde su creación hasta la fecha es su carácter tripartito, en cuanto está conformada por los tres sectores básicos del mundo laboral, esto es, el sector de las y los trabajadores, el sector empresarial y los Estados. Esta composición marcó la diferencia frente a las organizaciones internacionales existentes hasta entonces, las que eran exclusivamente de trabajadores, de empresarios o de Estados, así todas se propusieron reivindicar el trabajo y darle al mismo, el reconocimiento y dignificación que se merece (La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009. Rodgers y otros. Ginebra: OIT, 2009).

La OIT fijó su sede en Ginebra (Suiza) y designó como su primer Presidente al francés Albert Thomas bajo cuyo liderazgo se aprobaron 16 Convenios Internacionales del Trabajo y 18 Recomendaciones.

La OIT adoptó una estructura simple en cuya base se encuentra,

a) La Conferencia Internacional del Trabajo, se integra con representantes de todos los Estados miembros. Cada Estado asiste con 4 delegados, dos designados por el Estado, uno por los empleadores y sus organizaciones y uno por las organizaciones de trabajadores. Los delegados podrán ir acompañados de dos delegados por cada tema objeto de revisión. Es importante resaltar que desde entonces, se estableció que cuando la temática esté referida a temas de mujer, debe designarse una mujer como consejera.

La conferencia se reúne anualmente y traza la política general de esta organización, actúa como foro de los grandes temas sociales y laborales, aprueba el presupuesto, elige al Consejo de Administración, y adopta las normas internacionales del trabajo, ya sea como: a) Convenios, que se aprueban con una mayoría de las 2/3 de los miembros y que tienen carácter vinculantes una vez hayan sido ratificados por los Estados. De entre los más de 180 convenios aprobados en los casi cien años de existencia, hay ocho calificados de fundamentales, que son los siguientes: Convenio 182 de 1999 sobre las peores formas de trabajo infantil, Convenio 138 de 1973 sobre la edad mínima, Convenio 111 de 1958 sobre la discriminación (empleo y ocupación), Convenio 105 de 1957 sobre la abolición del trabajo forzoso, Convenio 100 de 1951 sobre igualdad de remuneración, Convenio 98 de 1949 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, Convenio 87 de 1948 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, Convenio 29 de 1930 sobre el trabajo forzoso, b) Recomendaciones, que no requieren ratificación y que tienen como finalidad hacer sugerencias, establecer orientaciones, proponer aconsejar vías para la implementación de los convenios, c) Resoluciones que son mecanismos mediante los cuales expresa su opinión sobre temas que son sometidos a su consideración, así como también impulsa decisiones relacionadas con su actividad cotidiana (Desde (<http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm> Consulta realizada el 12 de octubre de 2016).

b) El Consejo de Administración, se encuentra conformado por 56 personas, 28 representantes de los gobiernos, 14 del sector trabajador y 14 del sector empresarial. De los 28 de los Estados, 10 cupos les corresponden por derecho propio a los países de mayor desarrollo industrial y son escogidos por el mismo Consejo, estos delegados se pueden modificar, ingresar unos países y excluir a otros, dependiendo del grado de desarrollo que logren; los otros 18 los eligen los Estados entre sí. El Consejo tiene un período de tres años e internamente designa un presidente y dos vicepresidentes, los que deben pertenecer a los tres sectores que conforman la OIT. Entre sus funciones aparecen las siguientes: i) designar al Director General de la OIT, ii) dictar el reglamento, iii) fijar las sesiones ordinarias y extraordinarias. En el Consejo de Administración deben tener asiento las mujeres.

Esta participación femenina obligatoria, constituye una acción positiva que si bien no fijó porcentajes, teniendo en cuenta el contexto histórico en que se expidió, constituyó un gran impulso para la visibilidad de las mujeres y el germen de los derechos que se consolidarán a lo largo del siglo XX (Art. 7 y 8).

c) La Oficina Internacional del Trabajo, es la secretaría permanente de la organización, está bajo la dirección del Consejo de Administración, se encarga de realizar los estudios, investigaciones, e informes de aquellos asuntos que serán tratados tanto en los Consejos de Administración, como en la Conferencia. Se ocupa de igual manera de hacer seguimiento y control al cumplimiento de los convenios ratificados, a la actualización de las normas, producción de informes y publicaciones sobre el trabajo a nivel mundial. Sirven además como órganos operativos de la OIT. Entre sus funcionarios no sólo deben estar representados los Estados miembros, sino también las mujeres.

La descripción del discurrir de la OIT permite afirmar que su historia es al mismo tiempo, la historia de las conquistas laborales a nivel mundial. Así en la primera Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Washington en octubre de 1919 se aprobaron los seis primeros Convenios, los que se relacionaban con las horas de trabajo en la industria, el desempleo, la protección especial a la maternidad, el trabajo nocturno de las mujeres, la edad mínima para laborar y el trabajo nocturno de los menores. Estos convenios sentaron las bases para el desarrollo del derecho laboral individual en todos los países miembros de la OIT.

En 1925 fue creado un Comité de Expertos que realiza el seguimiento a la implementación de las normas de la OIT. De este Comité forman parte juristas con amplios conocimientos en el mundo del trabajo, los que tienen a su cargo la evaluación de los informes presentados por los gobiernos, con fundamento en los cuales, elaboran documentos que son analizados por la Conferencia y que sirven como insumos para la toma de decisiones.

El auge y prestigio de la OIT se vio seriamente lesionado al estallar la II Guerra Mundial, debido a los estragos causados a la economía de los principales países europeos, con el grave impacto del desempleo masivo. Teniendo en cuenta que las alternativas para superar el desempleo eran de carácter internacional, los Estados Unidos decidieron ingresar a la OIT en el año de 1934, aunque permanecían por fuera de la Organización de Naciones Unidas. Durante la vigencia de la guerra, la sede se trasladó a Montreal (Canadá).

En el año de 1944 la Conferencia Internacional tuvo lugar en Filadelfia con la participación de delegados de 41 países manteniendo su carácter tripartito. En dicha conferencia se aprobó la Declaración de Filadelfia, la cual se anexó a la Constitución, debido a que ella contiene los principios, fines y objetivos que informan y orientan su accionar.

Los principios se consagraron en el I acápite y son los que se enumeran a continuación:

- 1) El trabajo no es una mercancía;
- 2) La asociación del sector trabajador es esencial para el progreso constante;
- 3) La pobreza (...) constituye un peligro para la prosperidad de todos;
- 4) la lucha contra la necesidad debe proseguirse (...) y mediante la discusión tripartida y libre se espera tomar decisiones democráticas encaminadas al bienestar común.

En el aparte II se reitera la premisa consagrada en el preámbulo de la Constitución de 1919, según la cual la paz permanente sólo puede basarse en la justicia social, razón por la cual fijó como su objetivo el afirmar que todos los seres humanos sin ninguna distinción, tienen el derecho a buscar el bienestar material y espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades.

Por lo mismo, las políticas, programas y proyectos que adopten y realicen los países miembros deben constituirse desde este marco conceptual y filosófico.

De igual manera hizo referencia a la obligación de la OIT de fomentar, programas conducentes a: 1) lograr el pleno empleo y mejorar el nivel de vida, 2) otorgar satisfacción con la labor realizada, 3) consagrar oportunidades de formación profesional, 4) adoptar salarios y jornadas justas y un salario mínimo vital, 5) lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva y la cooperación entre empleados y trabajadores, 6) extender las medidas de seguridad social y prestar asistencia médica completa, 7) proteger la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones, 8) proteger a la infancia y a la maternidad, 9) suministrar alimentos, vivienda, recreo y cultura y 10) garantizar iguales oportunidades en materia educativa y profesional.

Desde el año de 1946, la OIT actúa como agencia especializada de las NU. En los años 1948 y 1949 la Conferencia adoptó los dos convenios más importantes para la vida del movimiento sindical, el No. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación y el No. 98 sobre derecho de sindicación y negociación colectiva.

Terminada la II guerra, se crearon las condiciones para el fortalecimiento de la OIT, no sólo por el ingreso de nuevos países, sino también porque esta circunstancia la convirtió en una organización realmente mundial, que incrementó su radio de acción con la creación del Insti-

tuto Internacional de Estudios Laborales y el Centro Internacional de Formación en Turín. El decenio de los sesenta concluyó con el otorgamiento del premio Nobel de la Paz al cumplir en 1969, 50 años de funcionamiento.

A lo largo del decenio de los setenta la OIT centró su actividad en la consolidación del derecho de asociación sindical, libertad de sindicalización y derecho de negociación, lo que coadyuvó al crecimiento del movimiento obrero mundial. Algunos sindicatos adquirieron presencia política e incidieron en el rumbo de sus Estados (recuérdese el caso de Polonia con Walesha).

El siglo XX terminó con la Declaración de los Principios Fundamentales del trabajo del año 1998. De manera expresa y por primera vez se determinó que dichos principios obligaban a todos los Estados miembros, sin necesidad de ratificación expresa, por el sólo hecho de pertenecer a la organización. Estos principios son:

- Libertad sindical y de negociación colectiva.
- Eliminación del trabajo forzoso.
- Abolición de las peores formas de trabajo infantil.
- No discriminación en el empleo.

Es importante destacar que la Organización Mundial del Comercio (OMC) expresó su compromiso con el respeto de estos principios, los cuales deben ser acogidos a nivel universal. La cláusula laboral que se incluye en los Tratados de Libre Comercio, hacen relación a estos principios.

El ingreso al siglo XXI obligó a la OIT a levantar banderas tendientes a humanizar los efectos de la globalización en el mundo del trabajo; el trabajo decente se convirtió en un objetivo estratégico internacional para alcanzar dicho cometido. En esta misma línea de acción en el año 2008 se produjo una nueva Declaración de la OIT denominada “Justicia social para una globalización equitativa”.

La Declaración contiene un análisis de los efectos adversos de la globalización en el mundo del trabajo, destacando que como resultado de la misma, se logró la cooperación e integración económica de algunos países y capitales y por otro, se profundizaron las desigualdades en los ingresos, con incremento en los niveles de desempleo y pobreza generalizada, retrocediendo a estadios anteriores, en los que el trabajo carecía de protección y que en la actualidad se presenta bajo la modalidad de trabajo informal, tercerización, intermediación y maquila.

Por lo tanto, “Declara” que la búsqueda de la equidad y empleo productivo requiere pasar por la realización de los 4 objetivos de trabajo decente, esto es, 1) promover el empleo en entornos institucionales y económicos sostenibles, 2) otorgar protección y seguridad social mediante trabajos saludables, salarios justos, mínimos vitales para todas las personas que trabajan, 3) reivindicar el diálogo social y el tripartismo y 4) aplicar y promover los Principios y derechos fundamentales del trabajo.

El 1 de octubre de 2012 fue elegido el décimo Director General de la OIT Guy Ryder, por un período de cinco años que concluyen el 1 de octubre de 2017. En junio de 2016 se celebró la 105 Conferencia Internacional del Trabajo con la participación de representantes de los gobiernos, las empresas y el sector trabajador de los 187 Estados Miembros de la OIT. El gran tema de discusión fue la relación dialéctica entre trabajo decente y promoción de paz.

Tras el análisis sobre el impacto de la Declaración “Justicia social para una globalización equitativa”, la Conferencia aprobó una Resolución en la que se destaca que gracias a dicho documento, muchos Estados han promovido el trabajo decente y otros, han adoptado programas de trabajo decente. Como productos tangibles de la Declaración se encuentra el Pacto Mundial para el Empleo (2009), la Recomendación 202 de 2012 sobre los pisos de protección social, el Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el Trabajo Forzoso, y la Recomendación 204 de 2015 sobre el tránsito de la economía informal a la formal (105 Conferencia Internacional del Trabajo (2016) Recuperado de http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/105/texts-adopted/WCMS_498376/lang-es/index.htm).

1.5 La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948

Las experiencias adquiridas en las dos conflagraciones mundiales, el fortalecimiento del movimiento de trabajadores y la fuerza que le otorgaron sus continuos avances en el terreno jurídico gracias a la positivización de sus conquistas, amén de fenómenos externos, como el triunfo de la revolución rusa y el auge de los partidos comunistas del mundo, abonaron el terreno para que floreciera la idea de crear una organización capaz de asegurar la paz universal, lo que en efecto se realizó el 26 de junio de 1945 en la ciudad de San Francisco, al crear la Organización de las Naciones Unidas (ONU). El texto del Preámbulo comienza considerando que: “(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia

humana (...)”, además de otras referidos a la urgencia de comprometerse con su defensa y realización.

Tales reflexiones culminaron con la aprobación de la Declaración Universal De Derechos Humanos, la que se constituyó en la meta común que deben alcanzar todas las naciones integrantes de la organización; de igual manera dicho documento será en adelante el marco jurídico que guiaría el accionar de las personas y las instituciones e inclusive la conformación de los distintos ordenamientos jurídicos, hasta lograr, que a través de la educación, se pongan en marcha medidas progresivas nacionales e internacionales, tendientes a su reconocimiento y aplicación universales.

Los aspectos laborales fueron abordados en esta Declaración, en los siguientes artículos:

Art. 23. Toda persona tiene derecho al trabajo, a su libre elección, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana la que será complementada, en caso necesario, por otros medios de protección social.

Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Art. 24. Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una jornada razonable y a vacaciones periódicas pagadas.

Art. 25. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así misma y a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, entre otros, el apoyo de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez, pérdida de los medios de subsistencia por razones ajenas a la voluntad del o la trabajadora.

La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social (Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Naciones Unidas. Recuperado de <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>).

En el articulado transcrito se sintetizaron los derechos que de manera paulatina había conseguido el movimiento obrero mundial desde

finales del siglo XVIII, a lo largo del siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX, bajo el liderazgo de la AIT inicialmente y finalmente de la OIT. Lo importante de esta inclusión es el reconocimiento de los derechos laborales como derechos humanos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, cambió la perspectiva para expedir y analizar los ordenamientos jurídicos al interior de cada país, dado que los principios y derechos que allí se consagraron, tienen el carácter de universales, inalienables, imprescriptibles. También hizo referencia a los principios básicos de: No discriminación, a trabajo igual salario igual, protección a la maternidad, jornada máxima, entre otras.

Teniendo en cuenta el ambiente bélico que persistía en varios países, se decidió crear el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, cuyo eje central es la prevención de conflictos, mediante el uso estratégico de la diplomacia, los buenos oficios, la mediación, los enviados especiales, las misiones políticas en terreno y el uso de la fuerza e imponer sanciones, como última opción, salvaguardando en todo caso, la seguridad internacional.

Otro de los organismos decisivos es la Asamblea General, de la cual forman parte los 192 Estados integrantes. Las decisiones de este organismo son de carácter político, referidos a la paz, la amistad entre los pueblos y las políticas de desarrollo económico y social. A sus decisiones se sujetan sus integrantes.

La paz no es sólo la ausencia de violencia o de enfrentamiento armado, lo que no significa, desconocer la importancia de la dejación de armas y la suspensión de hostilidades, lo que constituye la paz negativa. Sin embargo, la auténtica paz, es el proceso colectivo e histórico de reconstrucción del tejido social en primer lugar y más adelante de reconstrucción de instituciones, capacidades y equilibrios macroeconómicos” (Bretel, 2002:40).

Lederach, enseña que la paz es un valor y un principio integral en cuanto abarca todos los aspectos de la vida humana. Por su parte, la violencia también es multidimensional, no sólo son las balas, son las formas de comportamiento social, las que contienen y expresan violencia. La paz positiva sólo puede germinar allí donde se superó el conflicto armado. La paz según este autor es “reducida violencia y elevada justicia” (2000, 25). (Pnud. Curso Conflicto y construcción de paz. Doc. PDF. P.41 Consulta del 20 de octubre de 2016).

Colombia hace parte de la OIT desde el año de su fundación en 1919, ratificando a lo largo del siglo XX buena parte de los convenios. Sin embargo, ellos fueron letra muerta hasta el año de 1991 en que por

mandato expreso del constituyente (Art. 53) se estableció que los convenios ratificados forman parte del ordenamiento jurídico colombiano. De tal forma, que en la actualidad además del Código Sustantivo del Trabajo, las leyes y decretos reformativos y complementarios, todos los convenios de la OIT ratificados constituyen el ordenamiento jurídico laboral.

En desarrollo de dichos postulados constitucionales y acogiendo la característica del tripartismo en el tratamiento de los asuntos laborales, se creó La Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales (CPCPSL), mediante Ley 278 de 1996 la cual está integrada, así: Por parte de los trabajadores: la CUT, la CGT, la CTC y la Confederación Democrática de Pensionados. Por los empleadores Asobancaria, SAC, Acopi, Andi y Fenalco. Por el Gobierno Ministerio de Hacienda, Trabajo y Agricultura, el DANE, el Departamento Nacional de Planeación y el Banco de la República.

La CPCPSL busca impulsar el diálogo entre las partes y realiza sus actividades a través de 7 comisiones temáticas, a saber: 1) Comisión Especial de Tratamiento de Conflictos ante la OIT (CETCOIT), 2) Comisión de Asuntos de Género, 3) Comisión de Asuntos Públicos, que es bipartita (Gobierno y trabajadores estatales), 4) Comisión de Formalización del Empleo Rural, recién instalada y llamada a desempeñar un rol clave en el posconflicto, 5) Comisión Transitoria de Seguimiento al Convenio 189 sobre trabajo doméstico, 6) Comisión Transitoria en Temas Migratorios, y 7) Comisión de Asuntos Internacionales.

En la etapa del postacuerdo que vive el país, adquiere prioridad el trabajo de la Comisión de Formalización del empleo rural ya que el Acuerdo de Paz hace expresa referencia al desarrollo territorial y a los temas laborales en el campo. De igual manera la Comisión de Asuntos de Género, debe asumir liderazgo en la evaluación de la política de género en el Plan de Desarrollo y el papel de la mujer en la paz, tal como de manera directa lo consagró el Acuerdo de la Habana.

1.6 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

Desde una visión puramente cronológica, algunos Estados iniciaron una práctica política que terminó jerarquizando los derechos, en cuya cúspide estaban los derechos políticos o de libertad y en la base, casi perdiendo su categoría de derechos, ubicaron a los derechos económicos, sociales y culturales, aduciendo que su alto costo los convertía en el mejor de los casos en inspiradores de las políticas públicas. Fue

necesario, enfrentar y superar esa errónea clasificación acudiendo a la figura de los pactos especiales.

El PIDESC fue adoptado en el año 1996 mediante la resolución 2200. Simultáneamente se aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Los dos tratados tienen como fin último, desarrollar y hacer viables los principios y derechos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, los cuales adquieren el carácter de obligatorios para los Estados que los ratifiquen.

En el Preámbulo se reconocen los DESC como derechos innatos a la naturaleza humana, cuya realización es indispensable en el proceso de dignificación, ideas que se expresaron así: “Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana, reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos” (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas PIDESC. Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>).

En la parte resolutoria y en virtud de las anteriores consideraciones, los Estados se obligaron a adoptar medidas puntuales en sus territorios y a trabajar con la cooperación internacional, hasta donde los recursos lo permitan, en la implementación progresiva y efectiva de los DESC. Este texto ha sido reconocido internacionalmente como el principio de la progresividad o de la no regresión, en virtud del cual, los avances alcanzados en este campo no admiten regresividad.

De igual manera se consagraron otros principios para lograr la efectividad de los DESC:

Garantizar la no discriminación.

Asegurar su disfrute en condiciones de igualdad.

No establecer limitaciones a los derechos, excepto aquellas compatibles con la naturaleza de los derechos y con el bienestar social.

No utilizar la interpretación del Pacto para destruir algún derecho.

No restringir o menoscabar ningún derecho reconocido nacionalmente aduciendo la inexistencia del mismo en el PIDESC.

En relación con los derechos laborales, se establecieron cuatro artículos que recogen el núcleo fundamental de la protección al trabajo y a la persona que labora: el derecho y la libertad de trabajo; la dignidad del trabajo; el derecho de asociación sindical y la seguridad social. El texto es el siguiente:

Artículo 6. Derecho al trabajo. Comprende el derecho a contar con un trabajo elegido o aceptado libremente, mediante el que las personas se puedan ganar la vida. Los Estados deben garantizarlo y adoptar programas de formación, normas y técnicas para el desarrollo económico, social y cultural, así como la ocupación plena y productiva.

Artículo 7. Derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo. Establece el salario mínimo y el goce del mismo salario por trabajo igual; medidas de seguridad e higiene; igualdad de oportunidades en promociones por capacidad y tiempo de servicio; el límite del horario laboral y la remuneración de días festivos, entre otras.

Artículo 8. Derecho a fundar sindicatos, afiliarse y el derecho de huelga. Se establece también el derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones y el de éstas a fundar y afiliarse a organizaciones sindicales internacionales, así como su derecho a funcionar sin obstáculos, sólo con las limitaciones establecidas por ley, necesarias para proteger los derechos y libertades ajenas.

Artículo 9. Derecho a la seguridad social y al seguro social. Se refiere al derecho a gozar de la red de servicios de seguridad social en casos de enfermedad, paternidad, viudez, desempleo, invalidez, etcétera, y al mecanismo que hace posible el sostenimiento del sistema, el abono continuo de los patrones sobre una parte del salario de los trabajadores, para que accedan a esas prestaciones (PIDESC Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>).

El articulado transcrito contiene el núcleo esencial del derecho laboral individual, del derecho laboral colectivo y de la seguridad social y en ese sentido hace eco de las reivindicaciones más trascendentales alcanzadas por la OIT durante los 77 años de existencia, que cumplió en el año en que se adoptó el PIDESC.

La concepción del trabajo es muestra evidente del tránsito existente entre una concepción religiosa sancionadora (el trabajo-castigo) a una liberal moderna (derecho y ejercicio de la libertad), no para purgar culpas, sino para garantizar las condiciones de una vida digna, razón por la cual, le compete a los Estados impulsar políticas de generación de empleo y brindar a su población las oportunidades para una capacitación permanente.

La idea del trabajo como derecho trae aparejada la necesidad de garantizar ambientes laborales idóneos, justos y respetuosos de la condición humana. Por eso, en dicha norma se habla de salario, jornada, capacitación, igualdad de oportunidades y seguridad e higiene en el trabajo. No basta con acceder al trabajo, deben además otorgarse todas las prerrogativas que constituyen el concepto de trabajo decente, propuesto por la OIT.

El derecho laboral colectivo como se ha revisado, es el sustento de todo el derecho laboral, de allí el compromiso de las Naciones Unidas con el respeto y fortalecimiento de la organización sindical en cada país y en el ámbito internacional, considerando que sólo con sindicatos, federaciones y confederaciones fuertes, es posible impulsar el diálogo social tripartito.

La seguridad social que además de ser un derecho humano, se constituye en una responsabilidad del empleador cuando existen relaciones laborales, implica no sólo cumplir con las afiliaciones legales a los sistemas de salud, pensiones y riesgos laborales, sino que además involucra a las empresas con la generación de ambientes de trabajo seguros y saludables, previendo y precaviendo los daños que pudiesen sobrevenir a la integridad de quienes prestan servicios laborales.

Estas conquistas atadas al principio de progresividad y de no regresión, se traducen en fórmulas concretas de justicia social y por ende de paz estable y duradera.

1.7 Convención Americana sobre Derechos Humanos

Los Estados de la región americana como efecto directo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, deciden organizarse regionalmente y establecer unas reglas de comportamiento que garanticen el respeto a la autonomía de cada país, que se comprometa con la vigencia de los derechos humanos y que en eventos de divergencia se acogen a los procedimientos diplomáticos y racionales para dirimir las situaciones de la que da cuenta la mencionada Convención.

En el año de 1969 en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos se suscribió la Convención de San José de Costa Rica, en cuyo preámbulo se menciona de forma expresa, el interés en establecer gobiernos liberales y justos, con instituciones democráticas, basados en la observancia de los derechos humanos, como atributos de toda persona, razón que justifica su protección internacional convencional, adicional a la específica de cada Estado. Derechos éstos que se

han proclamado y ratificado a nivel universal y regional en diversos instrumentos internacionales.

Dicho preámbulo acoge lo expresado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el sentido de que “(...) sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

1.7.1 Protocolo de San Salvador

Tal afirmación conduce a adicionar la Convención con el Protocolo de San Salvador, referido exclusivamente a los derechos económicos, sociales y culturales. Este documento comienza precisando la relación inescindible entre DESC y derechos políticos y de libertad, puesto que sólo la realización de los primeros, genera posibilidades reales de ejercer los segundos, no siendo viable el sacrificio de unos en aras del avance de otros.

Reconoce que los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales se encuentran consagrados en diversos documentos internacionales (N.U. Y OEA), es procedente su afirmación, implementación y protección en el continente americano, como una garantía para la supervivencia del sistema democrático, del derecho de sus pueblos al desarrollo, a la libre determinación y a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales.

Sobre el trabajo, las condiciones de su prestación, las organizaciones sindicales, la seguridad social y la salud, se encuentran 55 artículos que de manera puntual abordan la regulación a la cual deben someterse los Estados miembros en virtud del control de convencionalidad. Su contenido es del siguiente tenor:

Artículo 6. Derecho al Trabajo

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.
2. Los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, par-

ticularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

Como puede inferirse la consagración del trabajo como derecho sigue los parámetros internacionales, insistiendo en su realización como forma de otorgar dignidad a la vida, siempre que tenga objeto lícito y que obedezca a la libre escogencia o aceptación.

Artículo 7. Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

- a. Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;
- b. El derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva;
- c. El derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;
- d. La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional;
- e. La seguridad e higiene en el trabajo;
- f. La prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner en peligro su salud, seguridad o moral. Cuando se trate de menores de 16 años, la jornada de trabajo deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá constituir un impedimento para la asistencia

escolar o ser una limitación para beneficiarse de la instrucción recibida;

- g. Las limitaciones razonables de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos;
- h. El descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales.

Este artículo séptimo le otorga cuerpo al derecho al trabajo, al indicar que dicha actividad debe desarrollarse en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, es decir, que esta actividad además de tener consecuencias sociales, también incide en la realización personal.

Comprometió a los Estados a garantizar ocho condiciones para alcanzar la justeza, equidad y satisfacción que le corresponden al trabajo, ellas son: salarios suficientes para una vida digna, que se otorguen de forma igualitaria y sin discriminación; optar por el trabajo que corresponda a sus talentos y expectativas; posibilidades reales de realizar una carrera mediante los ascensos ligados a la idoneidad, escolaridad y antigüedad; la estabilidad laboral como una política empresarial y el despido con justa causa, desafortunadamente para el despido injusto prevé indemnizaciones lo que en la práctica lo legaliza; establecer mecanismos para garantizar la salud y seguridad en el trabajo; restricciones para el trabajo nocturno cuando se trata de menores de edad; jornadas de trabajo razonables y opciones de descanso remuneradas. En este listado se encuentran las bases de las legislaciones laborales individuales y a finales del siglo XX fueron recogidas por la OIT a través de la figura del trabajo decente, al que ya se hizo referencia.

Artículo 8. Derechos Sindicales

1. Los Estados Partes garantizarán:

- a. El derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados Partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados Partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente;
- b. El derecho a la huelga.

2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propias a una sociedad democrática, necesarias para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley.
3. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato.

Con esta normativa se fija un marco para el desarrollo del Derecho Laboral Colectivo, cuyo eje lo constituyen los derechos de sindicalización, libertad de asociación y derecho de huelga. Debe observarse que no se hizo mención del derecho de negociación colectiva a pesar de que la OIT ya había realizado avances al respecto.

Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.
2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

El artículo nueve se comprometió con los tres pilares de la seguridad social, esto es, pensiones (vejez, invalidez y muerte), salud (atención médica) y riesgos laborales (accidentes de trabajo, enfermedad profesional) y protección especial para la maternidad. No obstante, dicha seguridad estaba restringida a quienes tuvieran una relación laboral vigente.

Si bien en materia de salud la normativa es muy restrictiva, puesto que se limita a la prestación del servicio médico, debe recordarse, que en ese entonces la salud hacia parte de los servicios de caridad a cargo del Estado para las clases populares y para los pudientes existían los médicos y clínicas particulares, tal como se corrobora con el artículo 10.

Artículo 10. Derecho a la Salud

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
 - a. La atención primaria de la salud, entendiéndose como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
 - b. La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
 - c. La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
 - d. La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
 - e. La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
 - f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables (Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”. Departamento de Derecho Internacional OEA. Recuperado de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>).

Debe destacarse el cambio que produjo este artículo en la concepción de la salud, al darle el tratamiento de bien público, en tanto es la condición fundamental para el bienestar físico, mental y social de toda persona. Con lo cual, se independiza el derecho a la salud de la existencia de una relación laboral.

Los compromisos que adquieren los Estados son los básicos, atención primaria, prevención y tratamiento de enfermedades endémicas, inmunización de enfermedades infecciosas, educación a la población en temas de salud y atención especial para los grupos más pobres que son los de más alto riesgo y corresponden a sociedades con escaso nivel de desarrollo y de bienestar colectivo.

La simple lectura del articulado anterior, permite afirmar que en la región americana se sentaron las bases normativas para asegurar el respeto y la dignidad laboral y por ende la paz social. La ratificación de estos documentos internacionales por parte de los Estados parte de la Organización de Estados Americanos, permitió la transformación en la última mitad del siglo XX, de la servidumbre laboral propia de las organizaciones semi-feudales hacia el contrato laboral surgido en el contexto del trabajo como un derecho fundamental de todas las personas que prestan servicios personales, subordinados y remunerados.

Insistir en pleno siglo XXI en que los derechos laborales son derechos humanos, resulta de la mayor importancia social y política, puesto que los conceptos de volátil, cambiante y gaseoso, tan propio de esta etapa, amenazan con arrasar en ocasiones de manera sutil y en otras de forma directa y salvaje, con las conquistas civilizatorias del trabajo, como un valor, principio y derecho inalienable que le corresponde a todos los seres humanos por el sólo hecho de derivar de dicha actividad su sustento y el de su núcleo familiar. Comprender y asimilar esta afirmación sobre los derechos laborales como derechos humanos, nos coloca en una vía adecuada para el estudio del segundo capítulo “los derechos de las mujeres son derechos humanos”.

2. LOS DERECHOS DE LAS MUJERES SON DERECHOS HUMANOS

A pesar de que el título de este capítulo parece fuera de lugar, puesto que la mujer como integrante de la raza humana, es portadora de los derechos derivados de su propia naturaleza, tal afirmación resulta necesaria cuando durante muchos siglos se desconoció su condición como persona, como ciudadana y como ser productivo y social, aduciendo razones naturales, las cuales no eran susceptibles de cuestionarse y menos aún de contrariarse. Tales antecedentes históricos justifican plenamente la afirmación contenida en este capítulo, como se verá a continuación.

2.1 El género como categoría de interpretación y la perspectiva de género como metodología de análisis social

Sólo a mediados del siglo XX, gracias al avance de las ciencias sociales, se aplicó el término género al análisis de la vida social. Esta categoría transdisciplinaria permitió entender los roles diferenciados que asumían los hombres y las mujeres en sus interrelaciones, los cuales eran determinados social e históricamente y por lo tanto, su origen no era natural como se había planteado hasta entonces. La mirada desde esta perspectiva de género, develó como los roles tenían relación directa con el acceso al conocimiento, al poder en todos los ámbitos de la vida, tanto la privada como la pública y que los mismos obedecían al predominio de un planteamiento hegemónico creado por el sexo masculino, reconocido desde las ciencias sociales como el patriarcado.

El discurso patriarcal, defiende el carácter natural de los roles desempeñados por hombres y mujeres, según el cual, le corresponde exclusivamente a la mujer las labores de cuidado y reproducción al interior de la familia, limitándola a un espacio puramente doméstico y familiar que es subvalorado socialmente. La vida externa y el mundo de lo público por el contrario, es el espacio de los hombres y es allí donde se genera el conocimiento, los procesos productivos y el poder

político. El actuar y descollar en este ámbito genera reconocimiento y privilegios en beneficio exclusivo de los hombres.

Tales roles sociales fueron repetidos y aprendidos de generación en generación, dando origen a estereotipos, cuya observancia en mayor o menor medida, origina aceptación o rechazo social. “En el sentido patriarcal de la vida, las mujeres deben vivir de espaldas a sí mismas, como seres-para-los-otros” (Perspectiva o enfoque de género. Recuperado de http://www.europrofem.org/contri/2_05_es/cazes/03_cazes.htm).

Varias estudiosas de estos fenómenos indican que el término género se introdujo en los análisis sociales desde los años cincuenta. Su influencia en las tesis feministas comenzó a sentirse en el decenio de los sesenta de manera tímida; es durante las dos últimas décadas del siglo XX que los estudios de género adquieren consistencia científica y reconocimiento académico con impacto en Estados Unidos, Europa y América Latina (Lamas, M. (1949) Recuperado de http://www.debatefeminista.pueg.unam.mx/wp-content/uploads/2016/03/articulos/020_07.pdf).

Hay diversas definiciones de la categoría género, sin embargo, todas coinciden en entenderlo como un concepto de carácter histórico y social acerca de los roles, identidades y valores que son atribuidos a varones y mujeres, los que se internalizan mediante los procesos de socialización y se reproducen colectivamente.

Recogiendo las propuestas de diversas autoras, podrían sintetizarse sus características, así:

- 1) Es una categoría construida socialmente y que corresponde a contextos específicos de tiempo y espacio,
- 2) permite observar las relaciones que se generan entre mujeres, hombres y población con opción sexual diversa,
- 3) devela las relaciones de poder, donde unos privilegiados concentran el poder, otras están excluidas y un tercer sector sufre mayor discriminación, sin otra justificación que el sexo,
- 4) simboliza una relación asimétrica e inequitativa, donde un sector ejerce dominio sobre el otro sector que es subordinado,
- 5) el uso del término es válido para evaluar personas, grupos sociales, instituciones, símbolos, identidades, sistemas económicos y políticos, etc.;
- 6) es transversal en cuanto atraviesa el entramado social o sus interseccionalidades (edad, estado civil, educación, etnia, clase social, etc);
- 7) conlleva implícita una propuesta de cambio, ya que sólo evidenciando la inequidad se inicia el camino de la transformación.

En este horizonte se da el nombre de perspectiva de género o enfoque de género, al uso de esta categoría en la investigación, los procesos de evaluación, la construcción de alternativas de cambio, configuración de

propuestas de igualdad y de justicia social y elaboración de herramienta de análisis para el conocimiento, comprensión y evaluación de las condiciones reales de vida de las mujeres, sus semejanzas y diferencias frente a los hombres, encontrando el rol social que les fue asignado para contrastarlo con sus personales anhelos y metas, de tal suerte, que sea posible generar oportunidades para cada uno de los sectores sociales en condiciones de igualdad, lo que permitirá el surgimiento de nuevas relaciones sociales, complejas y dinámicas pero equitativas. Desde este marco de la perspectiva de Género han surgido programas y políticas como las de acción afirmativa “que ayudan a afrontar problemas sociales generados en la opresión de género, la disparidad entre los géneros y la inequidad y la injusticia resultantes” (Perspectiva o enfoque de género. Recuperado de http://www.europrofem.org/contri/2_05_es/cazes/03_cazes.htm).

Ha sido en el marco de las posibilidades teóricas y prácticas de la perspectiva de Género que las mujeres pudieron levantar la voz, expresar sus anhelos y aspiraciones y trabajar por hacerlos realidad, asumiéndose a sí mismas como sujetos históricos y ciudadanas con derechos y obligaciones.

2.2 Planteamientos patriarcales sobre la mujer

Con fines didácticos e ilustrativos y especialmente para quienes consideran que la discriminación basada en el sexo, no es más, que un invento de las feministas, se destacan a continuación algunas afirmaciones realizadas por teóricos reconocidos universalmente, cuyos planteamientos han incidido en el rumbo de la vida política, de las ciencias, de la artes y de la vida social en su conjunto, todo lo cual, permite aseverar como desde la filosofía, la teología, la política, se afianzaron los patrones discriminatorios impuestos por la cultura patriarcal, que reafirman y justifican la subvaloración de lo femenino frente al referente masculino.

Platón (427-347 BC) el gran filósofo de Occidente fue también un misógino, para quien los hombres al ser creados directamente por los dioses gozan de alma, no así las mujeres, cuya existencia era el resultado de la degeneración masculina. Estas son sus palabras: “Son sólo los varones los que han sido creados directamente de los dioses y reciben el alma. Aquellos que viven honradamente retornan a las estrellas, pero aquellos que son cobardes o viven sin justicia pueden haber adquirido, con razón, la naturaleza de la mujer en su segunda generación”.

Aristóteles por su parte, en el libro “La Política”, presenta las características del cuerpo femenino, como una prueba de su inferioridad,

al narrar lo siguiente: (...) Este cuerpo está inacabado como el de un niño y carece de semen como el de un hombre estéril. Enfermo por naturaleza se constituye más lentamente en la matriz, a causa de su debilidad térmica, pero envejece más rápidamente porque todo lo que es pequeño llega rápido a su fin, tanto en las obras artificiales como en los organismos naturales (Aristóteles, Citado por SISSA, Giulia, 2000, 115 Consulta del 17 de noviembre de 2016). Como consecuencia de tal afirmación deviene necesariamente el sometimiento de la mujer al hombre, ser superior en su contextura física y por ende en su inteligencia. Para el griego, las virtudes que debe cultivar una mujer son el “sometimiento y el silencio” (Aristóteles (384-322 BC) citado por Ariza, 2011: 43).

En Roma las concepciones sobre la mujer no fueron diferentes. Según la ley romana de la familia, la mujer era propiedad del marido, quien como su señor podía castigarla pues estaba sujeta a sus órdenes. Carecía del derecho de propiedad incluyendo la dote que aportaba al matrimonio. Las normas de la vida pública en Roma mantuvieron la creencia en la falta de inteligencia femenina, razón por la cual, no podían ejercer cargos públicos, actuar en juicios, firmar contratos o ser testigos, eran consideradas incapaces relativas, al igual que los niños, sordomudos y criminales.

Los teólogos de la Iglesia Católica mantuvieron la visión sobre la inferioridad natural de la mujer. Agustín de Hipona por ejemplo, expresó: “No puede dudarse, de que está más en consonancia con el orden de la naturaleza que los hombres gobiernen sobre las mujeres, antes que las mujeres sobre los hombres. Este es el principio ante el cual el apóstol dice: “Mujeres, someteos a vuestros maridos”. También el apóstol Pedro dice: “Incluso como Sara obedeció a Abraham, llamándole Señor”. De esta diferenciación natural se desprende la sumisión femenina. En su criterio: “Es también de orden natural entre los seres humanos que las mujeres estén sometidas a los varones y los hijos a los padres, pues esta es la clara justicia entre quienes dominan y quienes sirven, que quienes son superiores en razón superen en dominio” (Agustín de Hipona. Citado por Ariza, 2011: 45).

Durante la etapa conocida como la Edad Media, la Iglesia mediante sus teóricos como Tomás de Aquino adoptó el planteamiento de Aristóteles sobre la superioridad de los varones. Estos son sus razonamientos: “Pues el poder activo del semen siempre busca el crear a un individuo como él mismo, masculino. Así que si se produce una hembra, esto debe ser porque el semen es débil o porque el material [proporcionado por la progenitora] no es apropiado, o por la acción de algún agente externo como los vientos del sur que tornan la atmósfera húmeda”. Acepta que

por natura universalis el propósito de la existencia de la mujer (...) es el trabajo de reproducción. Y la intención de la Naturaleza viene de Dios que es su autor. Esta es la razón por la que cuando creó la Naturaleza hizo no sólo al hombre, también a la mujer” (Summa Theologiae, 1, qu.92, art.1,r. Sobre el origen de la mujer. Recuperado de <http://hjj.com.ar/sumat/a/c92.html>)

Las normas canónicas reprodujeron dichas ideas relacionadas a la inferioridad femenina. Al respecto en el texto denominado Corpus Iuris Canonici (1234 - 1916), se consagró la imposibilidad de las mujeres de ejercer cargos y funciones “espirituales”, recibir ordenación religiosa, predicar, ni enseñar. Acerca de la relación de pareja ordenó: “La mujer está supeditada a su marido, pero el marido no está supeditado a la mujer. El marido puede castigar a su esposa. La esposa está obligada a seguir a su esposo a donde quiera que éste decida fijar su residencia”. “La mujer debe mostrarse más modesta que el hombre” (Corpus Iuris Canonici (1234 - 1916). L’Abbé, Droit Canon, París, 1859, vol. 2, col. 75).

El actual Código Canónico expedido en 1983 ya contiene algunos reconocimientos a las mujeres al permitirles predicar en las iglesias y asumir labores pastorales y de asesoría en los Tribunales. Sin embargo, mantiene algunos mandatos en beneficio exclusivo de los hombres, tales como las siguientes: “Sólo recibirán ordenación sacerdotal efectiva los varones bautizados” Canon 1024., y en consecuencia no pueden acceder al gobierno ni al poder jurisdiccional de la Iglesia (Women can be priests. Recuperado de www.womenpriests.org/sp/traditio/inferior.asp).

De otra parte, si se observa lo que ocurría en la laicidad, inclusive entre los intelectuales más connotados, se encuentran planteamientos opuestos a la misma racionalidad humana. Rousseau uno de los autores de la modernidad en su obra “Emilio” al referirse a los roles que les competía asumir a Emilio y Sofia, los ciudadanos de la nueva sociedad, expresó:

“Establecido este principio, de él se sigue que la mujer está hecha especialmente para agradar al hombre; si el hombre debe agradarle a su vez, es una necesidad menos directa, su mérito está en su potencia, agrada por el solo hecho de ser fuerte. Convengo en que no es ésta la ley del amor, pero es la de la naturaleza, anterior al amor mismo” (Rousseau citado por Valenzuela, M. La educación en el Emilio de Rousseau: infancia, adolescencia y mujer. I.E.S. Nuestra Señora de Los Remedios (Cádiz) Recuperado de <http://www.biblioteca.org.ar/libros/151557.pdf>).

Kant manifestaba: “La belleza de los actos se manifiesta en su ligereza y en la aparente facilidad de su ejecución; en cambio, los afanes

y las dificultades superadas suscitan asombro y corresponden a lo sublime. La meditación profunda y el examen prolongado son nobles, pero pesados, y no sientan bien a una persona en la cual los espontáneos hechizos deben sólo mostrar una naturaleza bella (...). (Kant, I. Lo bello y lo sublime. Recuperado de http://www.ugr.es/~encinas/Docencia/Kant_sublime.pdf).

Nietzsche: Anunciaba: “El hombre debe ser educado para la guerra y la mujer para la recreación del guerrero, lo demás es tontería” (Citado por Starr. T. 1993).

La mujer debió soportar en silencio y durante muchos siglos esta situación de desconocimiento, como una forma de salvaguardar su propia existencia. La inquisición mostró que la hoguera era la respuesta del establecimiento contra quienes osaban rebelarse. En tales circunstancias, la vida religiosa era un espacio privilegiado donde algunas mujeres lograron cultivarse intelectualmente y dejar para la posteridad sus reflexiones y memorias. Baste al respecto mencionar a Teresa de Ávila.

Los cambios trascendentales que el mundo de las ideas y de la producción trajeron la revolución industrial en Inglaterra y las luchas contra el absolutismo en Francia, no afectaron como era de esperarse, la situación de las mujeres, puesto que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1791, el documento nuclear de la modernidad, que consagró principios básicos de la nueva sociedad libre e igualitaria, no hizo ninguna referencia a la mujer y de manera tácita la excluyó.

Frente a tal situación de ignominia Olympe de Gouges, dos años más tarde publicó La Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana, reclamando para las mujeres, los mismos derechos y las mismas obligaciones otorgadas a los hombres. Haciendo un parangón con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, Olympe inicia el preámbulo con esta afirmación: “Las madres, hijas, hermanas, representantes de la nación, piden que se las constituya en asamblea nacional. Por considerar que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos de la mujer son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados de la mujer”. El articulado comienza de la siguiente manera: “Artículo Primero: La mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos, Las instituciones sociales sólo pueden estar fundadas en la utilidad común. Artículo Segundo: El objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles de la Mujer y del Hombre; estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y, sobre todo, la resistencia a la opresión”. En idéntico sentido aborda

los 17 artículos de su propuesta de Declaración que presentó ante la Asamblea Francesa. El texto culmina con un fehaciente llamado a las mujeres, al expresar.

“Mujer, despierta; el rebato de la razón se hace oír en todo el universo; reconoce tus derechos. El potente imperio de la naturaleza ha dejado de estar rodeado de prejuicios, fanatismo, superstición y mentiras. La antorcha de la verdad ha disipado todas las nubes de la necedad y la usurpación. El hombre esclavo ha redoblado sus fuerzas y ha necesitado apelar a las tuyas para romper sus cadenas. Pero una vez en libertad, ha sido injusto con su compañera. ¡Oh, mujeres! ¡Mujeres! ¿Cuándo dejaréis de estar ciegas? ¿Qué ventajas habéis obtenido de la revolución? Un desprecio más marcado, un desdén más visible. [...] Cualesquiera sean los obstáculos que os opongan, podéis superarlos; os basta con desearlo (De Gouges, 1791, Epílogo).

Ante tan justa reclamación el Estado revolucionario francés, respondió con la horca y el olvido.

Por la misma época otra francesa Mary Wollstonecraft, inspirada en las ideas revolucionarias de libertad e igualdad, decidió asumirlas y realizarlas en su propia vida, razón por la cual y contradiciendo los cánones sociales y religiosos del momento decidió vivir el amor sin ataduras y tuvo hijos sin ningún vínculo matrimonial, la respuesta del Estado libertario fue la discriminación, de esta manera y a través de su propia existencia constató y denunció que la sociedad no había cambiado, que la mujer seguía siendo relegada y subvalorada. En contra de ese estado de cosas, escribió el libro *Vindicación de los Derechos de la Mujer*, que es una mirada crítica sobre el rol que se atribuye a las mujeres, desechando la idea en boga, de una diferenciación natural. En un aparte de su libro se lee: “La libertad es la madre de la virtud y si por su misma constitución las mujeres son esclavas y no se les permite respirar el aire vigoroso de la libertad, deben languidecer por siempre y ser consideradas como exóticas y hermosas imperfecciones de la naturaleza” (Wollstonecraft, M. (1792). *Vindicación de los Derechos de la mujer*. Recuperado de http://jzb.com.es/resources/vindicacion_derechos_mujer_1792.pdf).

Este pensamiento patriarcal llegó junto con la conquista al nuevo continente americano y con el apoyo de la cruz y la espada, transpoló el ideal de la mujer española a la Nueva Granada, según el esbozo que trazó Fray Luis de Talavera en su obra *La Perfecta Casada*, según el cual “el lugar apropiado para la mujer es el hogar. Administrar su casa bien, hacer obras de caridad y practicar diversiones honestas como la lectura y la música” (Rodríguez, 1997,109).

El patriarcalismo fue reforzado desde el derecho eclesiástico (derecho canónico) hasta el poder civil (leyes de indias); religión, Estado y derecho constituyeron una triada estrechamente imbricada, que ejerció un poder omnímodo (Ariza, G., 2012) que se mantuvo durante la larga etapa colonial, donde la mejor forma de simbolizar la vida de las mujeres fue el silencio, ya que carecieron de voz tanto en la vida doméstica como en la vida pública.

A pesar de que muchas mujeres abrazaron la causa libertaria y que incluso entregaron su vida por la libertad e igualdad, la vida independiente no cambió tal situación. Por el contrario, las leyes siguieron discriminando a las mujeres, tal como ocurrió en los Códigos Penales de 1858, 1873, 1881 y 1890 en los cuales se exoneró de todo castigo al hombre que asesinara a su esposa al sorprenderla en una relación extramarital, justificando su conducta en la ira e intenso dolor que le producían tales hechos. El adulterio, el concubinato y la infidelidad eran delitos femeninos y privilegios exclusivos de los varones, puesto que la mujer asesina de su esposo en idénticas circunstancias no tenía ningún eximente de responsabilidad. De igual manera, en el Código Civil de Bello se consagró una disposición según la cual la mujer debe a su marido obediencia y el marido protección, lo que corrobora desde el campo del derecho privado, la concepción patriarcal que subvalora a la mujer, considerándola menor de edad o incapaz relativa, que requiere de la representación de un hombre, su padre, hermano, esposo o hijo.

2.3 Los Derechos de las mujeres en el ámbito jurídico universal

La lucha emprendida por las mujeres contra la discriminación y por la conquista de sus derechos, tiene un largo recorrido. Si bien en las diferentes etapas de la historia, algunas mujeres se rebelaron contra las injusticias impuestas al sexo y lograron descollar en diferentes campos del saber (Flora Tristán, Rosa de Luxemburgo, Marie Curie, Virginia Wolf, Simone de Beauvoir) se trató de casos aislados que no cambiaron la vida de las mujeres en general; de allí que se ubique el año de 1945 como el del inicio de las movilizaciones colectivas y conquistas paulatinas de derechos. Tal momento histórico coincide con la creación de las Naciones Unidas.

En efecto al año siguiente, en 1946 se creó la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, con la finalidad de “Develar todas las esferas en que no existe igualdad de la mujer con el hombre”. Esta comisión se reunió por primera vez en el año de 1947 gracias al apoyo de la naciente organización de las naciones. Esta Comisión se convirtió más adelante en la División para el adelanto de la Mujer.

Una de las primeras conquistas de gran impacto político fue la denominación de la nueva Declaración Universal de los derechos humanos, del año 1948, en cuya denominación se sustituyó la palabra “hombre” por “derechos humanos”, explicitando su carácter incluyente, se hacía referencia a todas las personas sin distinciones de sexo, raza, religión, condición económica, política o social. Se inició de esta manera, una transformación formidable en el uso del lenguaje inclusivo, superando la manida afirmación, según la cual, el término “hombre” es de carácter universal y en él están incluidas las mujeres. No de aquí en adelante, las mujeres exigen que cuando se refieran a ellas, las mencionen, y esta exigencia no es un capricho, ni un desgaste innecesario del lenguaje, se trata de una forma directa de visibilización de gran alcance para quienes han sido históricamente desconocidas.

Como puede corroborarse la historia de la igualdad y no discriminación es de reciente aparición y desafortunadamente aún más teórica que real. Sin embargo, la concreción de los derechos de las mujeres en los instrumentos internacionales ha sido posible gracias a la constante actividad de las mujeres, las que protagonizaron un proceso pacífico de conquista de derechos, alcanzado reconocimiento universal acerca del aporte de las mujeres, tanto desde la vida doméstica y las labores de cuidado, hasta los diversos espacios de la vida pública (productiva, política, social), lo que ha permitido visibilizar su existencia.

En el año de 1948 la Organización de Naciones Unidas, expidió la Convención sobre los derechos políticos de la mujer, dentro de las cuales se incluyó el derecho al voto, el derecho a ser elegidas, a ocupar cargos públicos o funciones públicas sin ninguna discriminación y en igualdad de condiciones que los hombres. Las estadísticas elaboradas por ONU Mujeres indican que para 2016 las mujeres sólo ocupaban el 22,8 % de los escaños en los Parlamentos, lo que representa un incremento muy lento frente a las cifras de 1995 que eran del 11,3 %, siendo Ruanda el país con mayor número de parlamentarias con un 63,8 % (ONU Mujeres, Hechos y cifras: Liderazgo y participación política. Recuperado de <http://www.unwomen.org/es/what-we-do/leadership-and-political-participation/facts-and-figures>). En Colombia la representación femenina en el Congreso es del 19,40%.

Las cifras anteriores evidencian el largo camino que falta por recorrer para alcanzar la equidad de género, lo cual difícilmente puede hacerse realidad, si los Estados y especialmente los parlamentos no profieren normas de afirmación positiva, que obliguen a los partidos políticos a incluir en sus listas a un mayor número de mujeres, con posibilidad real de ser elegidas.

Esta labor incansable de denuncia de todos los aspectos que implican explotación de las mujeres, condujo en el año de 1949 a la aprobación del Convenio internacional para la represión de la trata de personas y de la prostitución por cuenta ajena por parte de las Naciones Unidas. Como se sabe este deplorable fenómeno está lejos de extinguirse, por el contrario se ha globalizado al igual que los sistemas productivos y de capital. No obstante, existe un acuerdo interestatal para la lucha contra las mafias de la trata, la que debe marchar de forma paralela con los procesos formativos de las niñas y jóvenes que les otorgue herramientas intelectuales y espirituales para evitar su victimización. La prostitución forzada y el secuestro o el esclavismo sexual son delitos abominables que deben ser perseguidos y castigados sin excepciones y de manera contundente.

En el año de 1951 se hizo necesario proferir un documento internacional por parte de las Naciones Unidas, para garantizar que las mujeres recibieran salarios iguales que los varones, por trabajos realizados en igualdad de condiciones, aspecto que se encuentra regulado en la Convención sobre la igualdad en la remuneración entre la mano de obra femenina y la mano de obra masculina, orientados en el principio general de que a “igual trabajo, igual salario”.

En el año de 1953 se aprobó la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, los que eran desconocidos en varios países. En el siglo XXI, cuando han transcurrido más de cincuenta años de esta convención, aún hay países que niegan a las mujeres el ejercicio de sus derechos políticos. Esta realidad, no niega la justeza de la convención, por el contrario exige la solidaridad internacional contra la desigualdad donde quiera que ella se presente.

Estos avances en el mundo de la política y del trabajo contrastaban con las condiciones de inequidad que se mantenían al interior de las familias, ya que primaba el criterio, según el cual, la vida del hogar le pertenece exclusivamente a los integrantes del núcleo familiar y por ende, al Estado le está vedado intervenir en sus decisiones y orientación, casi siempre establecida por el Jefe único del hogar, el hombre. Fue necesario que en el año de 1957 se proferiera la Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada, para que por el hecho del matrimonio, la mujer no perdiera hasta su origen y sus nexos con su familia, su cultura y sus ancestros.

En este avance incesante se llegó al año de 1958 en que las Naciones Unidas dieron a conocer la Convención sobre la discriminación en el empleo y la profesión, aceptando que las oportunidades de escolariza-

ción y de trabajo eran diferentes dependiendo del sexo de quien aspirara al cargo. Se hace un llamado para un trato igualitario en el mundo laboral, desde luego, si se cuenta con las mismas capacidades e idoneidad.

Dos años más tarde, en 1960 se adoptó la Convención relativa a la lucha contra la discriminación en la enseñanza, ya que las investigaciones mostraron cómo el sistema educativo reproducía los patrones patriarcales imperantes; los contenidos, los textos, los docentes y todo el currículo estaban organizados para mantener el statu quo vigente, desconocedor de los derechos de las mujeres.

Para el año de 1962, la atención se concentró en aquellas prácticas vigentes en varios países del mundo, donde el matrimonio no obedecía a una decisión de la mujer, sino que incluso para los varones era una imposición socio-cultural, que además carecía de límites respecto a la edad de los contrayentes. Este problema fue asumido por la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraerlo y su registro. Se fijaron pautas para que los Estados terminen con aquellas prácticas atentatorias de la libertad de las mujeres y de la posibilidad de decidir y construir futuro.

Esta primera etapa de la lucha de las mujeres, comprendida entre los 1947 y 1962, fue de carácter liberal y se centró en la búsqueda de la igualdad jurídica a nivel internacional primero y posteriormente a nivel nacional. Los resultados se convirtieron en herramientas muy valiosas para dar piso jurídico y mundial a sus reclamaciones de igualdad.

Con la finalidad de obtener respaldo a las denuncias que se realizaban acerca de la discriminación contra las mujeres, la Comisión realizó una investigación que sirvió de base para sustentar la necesidad de expedir instrumentos internacionales sobre los derechos humanos de las mujeres.

En 1963, por encargo de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Comisión elaboró una Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, la que fue aprobada en 1967. Las evidencias llevadas al plenum de la Asamblea de las Naciones Unidas, fue tan aberrante que se decidió declarar el año de 1975 como el Año Internacional de la Mujer, haciendo un llamado a los Estados integrantes de la O.N.U. para que intervinieran de manera más directa y comprometida en pro de la igualdad real de derechos entre hombres y mujeres. En ese mismo año se realizó la Primera Conferencia Mundial sobre la Mujer, en Ciudad de México, luego vino el Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz (1976-1985).

2.3.1 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)

Como resultado de toda la etapa precedente, en el año de 1979 se adoptó el instrumento internacional más trascendental por su integralidad en la lucha de las mujeres por abolir prácticas milenarias de desconocimiento y discriminación, documento que además se expidió con la connotación de ser jurídicamente vinculante para todos los Estados-parte.

La CEDAW fue aprobada por las Naciones Unidas en el año de 1981 previo un análisis profundo sobre las circunstancias reales que viven las mujeres en el mundo, razón por la cual se decidió incluir en el preámbulo de este instrumento, un reconocimiento expreso de la discriminación que sufren las mujeres únicamente por razones de sexo, realidad que vulnera sus derechos fundamentales a la igualdad y la dignidad, impidiendo su participación en la vida política, social, económica y cultural. La CEDAW clama por la participación de la mujer en todos los espacios sociales, como condición indispensable para alcanzar el desarrollo, el bienestar y la paz en el mundo.

De conformidad con el texto en mención, se entiende por discriminación: “Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” (CEDAW Art. 4 Recuperado de <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>). De donde se desprende que hay discriminación directa e indirecta, intencional o no, puesto que lo relevante es el efecto que una norma, política, decisión o actividad cause en la vida de las mujeres.

Se destacó en la CEDAW su integralidad, y tal calificativo está relacionado con la diversidad de derechos a los que hace referencia este documento. En ella se consagran los derechos humanos de las mujeres de naturaleza política o de libertad, los económicos, sociales y culturales y los sexuales y reproductivos. A continuación una breve referencia a cada grupo de derechos.

Los derechos de libertad o políticos fueron históricamente los primeros derechos reconocidos a nivel internacional, como se estudió en el primer capítulo, sin embargo, no se trata de derechos de mayor jerarquía, por el contrario, se ha afirmado que sólo la satisfacción de los DESC hace posible el ejercicio de estos derechos.

En el caso de los derechos de las mujeres no obstante la cobertura universal de los mismos, la CEDAW decidió retomarlos y enunciarlos de manera específica con la finalidad de insistir en su existencia a favor de las mujeres y en la obligación de los Estados de buscar su garantía.

Dichas prerrogativas de naturaleza política y de libertad son:

- el derecho a elegir y ser elegidas,
- el derecho a participar en la construcción de políticas gubernamentales, a desempeñar cargos públicos y funciones públicas,
- el derecho a formar parte de las ONG de la vida pública del país,
- el derecho a representar al gobierno ante organismos internacionales,
- el derecho a adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad.

En torno a los Derechos económicos, sociales y culturales, el instrumento internacional, diferencia los distintos campos, así:

En el campo educativo:

- Acceso a los diferentes niveles educativos
- Acceso a todos los programas formativos
- Eliminación de estereotipos en textos, programas y métodos
- Reducción de deserción
- Igualdad de oportunidades para becas, formación complementaria, deportes.
- Acceso a información, salud y bienestar.

En el campo laboral:

- Derecho inalienable al trabajo.
- Igualdad de oportunidades y criterios de selección.
- Libertad de elegir profesión u oficio.
- Igual remuneración y trato.
- Seguridad social.
- Protección de la salud.

Acerca de los Derechos Sexuales y Reproductivos, se consagró el derecho a:

- ❖ Decidir libremente la opción del matrimonio.
- ❖ Elegir cónyuge

- ❖ Igualdad de derechos y obligaciones en el matrimonio y en la disolución del mismo.
- ❖ Definir responsabilidades frente a los hijos priorizando sus intereses.
- ❖ Decidir de común acuerdo el número de hijos y los intervalos de su nacimiento.
- ❖ Asumir la tutela, custodia o adopción de los hijos.
- ❖ Elegir autónomamente apellido, profesión u ocupación.
- ❖ Adquirir propiedad, comprar, administrar, gozar y disponer de todos los bienes.

No tendrán ningún efecto los matrimonios de niños. (art. 16)

Como se puede deducir del listado de derechos, la CEDAW es la Declaración de Derechos de las Mujeres, que persigue como lo dice en su preámbulo acabar con la discriminación, como la única posibilidad real de crear sociedades más equitativas capaces de garantizar una paz estable y duradera.

Dos acontecimientos trascendentales ocurrieron en la década de los ochenta, la Conferencia Mundial de Copenhague (1980) y la Conferencia de Nairobi (1985). En dichos eventos, se discutió acerca de la necesidad de que los asuntos de “género”, fueran aceptados por los Estados como transversales a todos los niveles y ámbitos de la vida pública y privada. Decisión que finalmente fue aprobada.

La actividad de las organizaciones de las mujeres siguió constante y pacífica en la regulación de sus reivindicaciones. Una de ellas, la lucha por acceder a una vida libre de violencia, ya que la generalización y aceptación social de conductas violentas, seguía y sigue siendo una realidad en casi todos los países del mundo, incluyendo a los más avanzados y expresándose de manera brutal en los colectivos más patriarcales y atrasados. Cuando las mujeres lograron ubicar esta problemática en las esferas internacionales, fue posible visibilizarla, analizarlas y emitir manifestaciones unánimes que claman por su desaparimiento. Este es el objetivo de Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (Viena, 1993).

A partir de esta Declaración, el mundo reconoció de una parte, la realidad de la violencia física, sexual y psicológica contra las mujeres y, de otra, la necesidad de luchar por la vigencia de los derechos humanos de las mujeres, entre ellos el derecho a ser libres de tortura, el derecho a la no discriminación por razones de sexo y el derecho a ser valoradas

por fuera de los estereotipos de género y de las prácticas culturales basadas en la inferioridad de la mujer.

Continuando con el objetivo de abolir la violencia contra la mujer, en el año de 1994 se creó un Relatoría especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. Para lograr dicho objetivo se hace necesario realizar investigaciones acerca de las diversas formas de violencia que se presenten en contra de las mujeres, en cualquier país del mundo. Como efecto de esta actividad se conocen violencias antes ignoradas, como la violencia que sufren las mujeres en la guerra, donde su cuerpo es tomado como arma de batalla, de humillación y sometimiento del enemigo. Hechos como éstos, se denuncian y previenen en aquellas regiones donde la población padece conflictos armados.

En 1995 se desarrolló con una gran participación de mujeres representantes de los gobiernos y organizaciones de mujeres de todo el mundo, la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, donde se aprobó la Declaración y Plataforma de acción de Beijing, uno de los documentos de mayor impacto en la situación de inequidad que viven las mujeres, debido a que a partir de Beijing, los asuntos de género, no deben tratarse de manera marginal y dependiendo del mayor o menor compromiso de los gobiernos de turno, sino que por el contrario, la equidad de género debe ser eje transversal de las agendas políticas de todos los Estados.

En 1999 se aprobó el Protocolo Facultativo de la CEDAW, que avanzó en la búsqueda de la abolición de la violencia contra las mujeres, al regular la posibilidad de que las víctimas de violencia basada en género, tuviesen la oportunidad de demandar y acudir ante Naciones Unidas.

El Protocolo establece el procedimiento que deben seguir las víctimas de una violación de los derechos consagrados en la CEDAW por parte de un Estado obligado a su observancia. En estos eventos se debe proceder a informar la conducta violatoria por escrito y con identificación de la presunta víctima, siempre y cuando se hayan agotado los recursos internos. Sometida a estudio del Comité éste la acepta si hay argumentos para ello o la rechaza si no encuentra fundamentación.

En caso de admisión se solicita al Estado tomar las medidas provisionales para poner fin a la vulneración de los derechos. El Estado tiene seis meses para responder y dar las explicaciones pertinentes. La respuesta del Estado es sometida a evaluación y de su estudio pueden generarse recomendaciones para las partes interesadas. El Estado a su vez, se obliga a informar acerca del cumplimiento de las recomendaciones y las medidas correctivas implementadas.

De igual forma se procederá cuando el Comité tenga conocimiento acerca de la vulneración de los derechos de la CEDAW por un Estado

parte. Los Estados al ratificar el Protocolo pueden abstenerse de reconocer la competencia del Comité para realizar estas investigaciones, lo que les está vedado es realizar reservas a su contenido.

Anualmente el Comité elabora un informe sobre la situación de la vigencia de la CEDAW en los diferentes Estados-parte, lo que ha permitido evidenciar y denunciar a los Estados que desconocen los derechos humanos de las mujeres, circunstancia que genera estándares negativos para el respectivo país.

En el año 2000 el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, encargado de velar por el mantenimiento de la paz y la seguridad en el mundo, profirió la Resolución 1325 denominada “Mujer, paz y seguridad”, con la finalidad expresa de exigir a los países que adelantan negociación de paz o procesos de búsqueda de alternativas a conflictos internos o externos, incluir la participación de las mujeres a lo largo del proceso, como la mejor garantía para asegurar la reconstrucción del tejido social roto por las guerras. La experiencia de las Naciones Unidas y el seguimiento a los Acuerdos de Paz en diversas partes del mundo, los llevó a la conclusión de que el éxito de dichos acercamientos, estaba directamente relacionado con el compromiso y la participación de las mujeres en el aseguramiento de la paz.

Los estudios adelantados desde el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, descubren que es la mujer quien padece de una manera desproporcionada los efectos de la guerra, no sólo por la pérdida de sus seres queridos, sino también por las agresiones a su cuerpo, por las alteraciones de los roles, ya que mientras los hombres marchan a la guerra y muchas veces mueren en ella, la mujer debe asumir la jefatura del hogar, criar a sus hijos, atender a los ancianos y garantizar la subsistencia de dicho grupo familiar. Por lo mismo, un proceso de paz en ausencia de las mujeres, no tiene los fundamentos necesarios para subsistir. Las mujeres que padecen la guerra, son generosas en el perdón, avanzan en la reconciliación y son capaces de aportar en la reconstitución del núcleo familiar y social.

A partir del año 2000 se han proferido otras resoluciones que complementan la 1325, tales como la Resolución 1820 de 2008 que consideró la violencia sexual contra las mujeres como crimen de guerra; la Resolución 1960 de 2010, que obliga a los Estados a sancionar a los autores de violencia sexual durante los conflictos armados; la Resolución 2106 de 2013, que insiste en la urgencia de alcanzar la igualdad de género y el empoderamiento de los derechos por parte de las mujeres, como la única forma efectiva de combatir la violencia y asegurar la paz; la Resolución 2122 de 2013, según la cual, los Estados deben rendir informes anuales sobre la implementación de los indicadores de la Resolución

1325. Colombia ha presentado cinco informes a partir del año 2011 (N.U. Mujeres, paz y seguridad. Recuperado de <http://www.un.org/es/peacekeeping/issues/women/wps.s.html>).

En ese mismo año, los 189 países que integran las Naciones Unidas, aprobaron un compromiso internacional para alcanzar ocho Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) puesto que su desconocimiento a juicio de los participantes constituía una afrenta para la civilidad y la convivencia pacífica, en cuanto implicaban vulneración de derechos fundamentales. Dichos objetivos debían alcanzarse a 2015 y eran los siguientes:

Objetivo 1: Erradicar la pobreza extrema y el hambre, fijando como indicadores: reducir en un 50% el número de personas que padecen hambre y el número de personas con ingreso inferior a un dólar diario, conseguir pleno empleo y erradicar el trabajo infantil.

Objetivo 2: Lograr la enseñanza primaria universal, estableciendo que para el 2015 ningún infante estaría por fuera del sistema escolar básico.

Objetivo 3: Promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer, mediante la eliminación hasta el 2015 de la discriminación en el acceso a todos los niveles educativos incluyendo la educación superior.

Objetivo 4: Reducir la mortalidad infantil de los menores de 5 años

Objetivo 5: Mejorar la salud materna, reduciendo la mortalidad y garantizando el acceso a la salud reproductiva.

Objetivo 6: Combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades, deteniendo el avance de las enfermedades endémicas.

Objetivo 7: Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente, mediante la implementación de los principios del desarrollo sostenible. Disminuir en un 50% las personas sin acceso a agua potable.

Objetivo 8: Fomentar una asociación mundial para el desarrollo, basada en el comercio abierto, no discriminatorio y atendiendo las expectativas de los países más atrasados (Objetivos de desarrollo del milenio. Recuperado de www.un.org/es/millenniumgoals/).

La equidad de género se planteó en el Objetivo 3 estrechamente ligada con la educación, teniendo en cuenta que la imposibilidad de acceso al sistema educativo, redujo su campo de acción a la vida doméstica, para cuyo desempeño no era necesario el conocimiento, es más, hubo quienes lo consideraron contraproducente. Superar tal esquema patriarcal requería de brindar oportunidades reales para permitir el

ingreso masivo de las niñas y adolescentes a la educación sin ninguna restricción referida a niveles, profesiones, jornadas, etc.

En el año 2011 se fusionaron importantes dependencias adscritas a las Naciones Unidas y con funciones específicas en asuntos de mujeres: la Oficina para la promoción de la igualdad de género de las Naciones Unidas, Unifem y otras dependencias responsables de los programas de capacitación, de investigación y seguimiento a la condición femenina, dando origen a ONU Mujeres, que es la Secretaría de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (ONU Mujeres. Un poco de historia. Recuperado de <http://www.unwomen.org/es/csw/brief-history>).

2.3.2 Los ODS y La Equidad de género

Quince años más tarde, al evaluar los avances alcanzados en los diferentes países del mundo en torno a la realización de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, se llegó a la conclusión de que si bien, algunos aspectos habían mejorado, no se cumplían los indicadores trazados, circunstancia que sumada al surgimiento de nuevas problemáticas, dieron origen a la formulación de los Objetivos del Desarrollo Sostenible, cuya meta se fijó para el año 2030, de cuya efectividad depende la subsistencia de la raza humana.

En relación con la equidad de género, se insistió en que no era posible “realizar todo el potencial humano y alcanzar el desarrollo sostenible si se sigue negando a la mitad de la humanidad el pleno disfrute de sus derechos humanos y sus oportunidades. Las mujeres y las niñas deben tener igual acceso a una educación de calidad, a los recursos económicos y a la participación política, así como las mismas oportunidades que los hombres y los niños en el empleo, el liderazgo y la adopción de decisiones a todos los niveles. Trabajaremos para lograr un aumento significativo de las inversiones destinadas a paliar la disparidad entre los géneros y fortalecer el apoyo a las instituciones en relación con la igualdad y el empoderamiento de las mujeres en el plano mundial, regional y nacional. Se eliminarán todas las formas de discriminación y violencia contra las mujeres y las niñas, incluso mediante la participación de los hombres y los niños. La incorporación sistemática de una perspectiva de género en la implementación de la Agenda es crucial” (Preámbulo ODS. Recuperado de <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/70/1p>).

Los nuevos objetivos y metas entraron en vigor el 1 de enero de 2016 y se espera que reorienten las decisiones de los Estados en materia de leyes, políticas públicas, programas y proyectos concretos. Se consa-

graron en esta oportunidad 17 objetivos, todos de gran importancia mundial para alcanzar la justicia social y la paz duradera. Ellos son:

Objetivo 1. Poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo.

Objetivo 2. Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible.

Objetivo 3. Garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades.

Objetivo 4. Garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos.

Objetivo 5. Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas, para lo cual se requiere:

5.1 Poner fin a todas las formas de discriminación contra todas las mujeres y las niñas en todo el mundo.

5.2 Eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos, público y privado, incluidas la trata y la explotación sexual y otros tipos de explotación.

5.3 Eliminar todas las prácticas nocivas, como el matrimonio infantil, precoz y forzado y la mutilación genital femenina.

5.4 Reconocer y valorar los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados mediante servicios públicos, infraestructuras y políticas de protección social, y promoviendo la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país.

5.5 Asegurar la participación plena y efectiva de las mujeres y la igualdad de oportunidades de liderazgo a todos los niveles decisivos en la vida política, económica y pública.

5.6 Asegurar el acceso universal a la salud sexual y reproductiva y los derechos reproductivos según lo acordado de conformidad con el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, la Plataforma de Acción de Beijing.

Objetivo 6. Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos.

Objetivo 7. Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos.

Objetivo 8. Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos.

Objetivo 9. Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación.

Objetivo 10. Reducir la desigualdad en los países y entre ellos.

Objetivo 11. Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles.

Objetivo 12. Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles.

Objetivo 13. Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.

Objetivo 14. Conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible.

Objetivo 15. Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad.

Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas.

Objetivo 17. Fortalecer los medios de implementación y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible.

La simple lectura de los anteriores objetivos, pone de presente la importancia otorgada a los asuntos de género, los que están llamados a ocupar lugar prioritario en las agendas internacionales y nacionales, en la convicción que no será posible alcanzar la democracia, la justicia, libertad e igualdad, si las mujeres viven situaciones de discriminación y violencia intrafamiliar y social. Por eso el siglo XXI, está marcado con la impronta de la equidad de género. No extraña entonces, que los Estados del mundo al fijar los Objetivos del Desarrollo Sostenible, establecieran metas que deben orientar la acción de todos los gobiernos con miras a generar condiciones sociales más justas y equilibradas en relación con la distribución de los bienes y el acceso a los beneficios de la ciencia y la tecnología, sino también, medidas fundamentales para garantizar la supervivencia del planeta amenazado por la explotación irracional de sus recursos. El punto quinto consagra la meta de alcanzar por fin la equidad de género, ya que negar a las mujeres las oportunidades para su promoción humana, es negarle a toda la sociedad la posibilidad de transformación y mejoramiento.

2.3.3 La OIT y la Igualdad de género

La Organización Internacional del Trabajo se ha propuesto promover la igualdad de oportunidades para que las mujeres y los hombres accedan a un trabajo decente, esto es, un trabajo bien remunerado, productivo y realizado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. La OIT estima que la igualdad de género constituye un elemento decisivo de las actividades encaminadas a la consecución de sus cuatro objetivos estratégicos que se sintetizan así: 1) Promover y cumplir las normas y los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 2) Generar mayores oportunidades para que las mujeres y los hombres puedan tener un empleo e ingresos dignos, 3) Mejorar la cobertura y la eficacia de una seguridad social para todos y 4) Fortalecer el tripartismo y el diálogo social.

El mandato de la OIT de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mundo del trabajo está consagrado en su Constitución y fue desarrollado a través de las normas internacionales del trabajo. Los cuatro Convenios clave de la OIT son: el Convenio 100 de 1951 sobre igualdad de remuneración, el Convenio 111 de 1958 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, el Convenio 156 de 1981 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares y el Convenio 183 de 2000 sobre la protección de la maternidad. Los Convenios 100 y 111 también se cuentan entre los ocho Convenios fundamentales de la Declaración de la OIT de 1998 sobre principios y derechos fundamentales del Trabajo (La OIT y la igualdad de género. Recuperado de <http://www.ilo.org/gender/Aboutus/ILOandgenderequality/lang-es/index.htm>).

Además de los convenios, la OIT cuenta con Resoluciones referidas a la igualdad de género, la más reciente de ellas adoptada en 2009, es la relacionada con la igualdad de género como eje del trabajo decente y la Resolución sobre promoción de la igualdad de género, igualdad de remuneración y protección a la maternidad de 2004. A partir de marzo de 2005 El Consejo de Administración incorporó la perspectiva de género en la cooperación técnica.

A través de la circular 564 de 1999 la OIT adoptó la política de igualdad de género, tanto en el ámbito personal como en la estructura de la Organización, convirtiéndose en un eje transversal de todos sus programas y presupuestos.

El enfoque de género que aplica la OIT tiene una doble perspectiva, por un lado evalúa las necesidades e intereses específicos de las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo e integra esas diferencias en todas las políticas, programas y proyectos y por otro lado, adopta

acciones específicas en materia de género. Así por ejemplo, el programa del trabajo decente, que es transversal, aplica un enfoque integrado de la igualdad de género y el trabajo decente con miras a lograr una mayor igualdad en las oportunidades de empleo, adoptando medidas que mejoren el acceso de la mujer a la educación, la formación profesional y la atención de salud, a la vez que se toma debidamente en cuenta el rol femenino de la economía de cuidado, viabilizando la armonización entre la vida laboral y familiar e incentivos en el ámbito laboral para la prestación de servicios de guardería y las licencias parentales.

2.3.4 La mujer en el marco normativo de la Organización de Estados Americanos

Como ya se referenció con anterioridad, los Estados de la región americana organizados en la OEA, han producido desde su creación diversos documentos referidos a los Derechos Humanos en general, y a los Derechos económicos, sociales y culturales en particular. Dichos documentos regionales hicieron énfasis en abolir todo tipo de discriminaciones, cualquiera que fuese su origen.

En relación directa con las mujeres la OEA adoptó la Convención de Belém do Pará, con la finalidad de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, considerando que cualquier forma de violencia vulnera sus Derechos Humanos y ofende la dignidad de toda la sociedad (Recuperado de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>).

La Convención reflexionó en torno a la existencia de la violencia y la discriminación por razones de sexo, en todos los sectores sociales y en todos los estratos, afirmando que la violencia no es exclusiva de los grupos sociales más vulnerables, sino que también se presenta entre las capas medias e inclusive en los sectores de la élite. Lo que indica que la violencia es un problema cultural de gran arraigo, que no respeta ni las posibilidades económicas, ni siquiera los mayores niveles de escolaridad. Solo el empoderamiento que realicen las mujeres de sus derechos, de la identificación de los factores de discriminación y de las formas explícitas y en ocasiones sutiles en que viven la violencia, será posible erradicarla de la vida familiar en primera instancia y de los espacios laboral, social, político posteriormente. La eliminación de dicha violencia es la condición para el desarrollo individual y social de la mujer, generando de esta manera, condiciones ineludibles para el sostenimiento de una sociedad con justicia y paz social.

La Convención consagró la siguiente definición de violencia:

“Cualquier acción o conducta basada en género que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer tanto en el ámbito público (comunidad en lugar de trabajo, instituciones de salud, o educativas) como privado (familia, unidad doméstica, relación interpersonal)”.

De conformidad con dicho texto, es claro que, el agresor puede ser cualquier persona, tanto un particular, como el Estado a través de sus agentes, funcionarios o representantes. Se puede incurrir en actos violentos tanto por acción como por omisión, ya que el hecho de la violencia se juzga por su resultado sin consideración a que la intención de la norma, la política o la propia acción, haya sido violentar o no a las mujeres. Se trata como puede deducirse de una concepción integral de violencia, que aborda tanto la violencia física, como la sexual y psicológica. Finalmente debe destacarse que en dicha normativa, se identifican los múltiples espacios donde la mujer puede sufrir violencia, los que abarcan desde su propio hogar, su familia, su pareja, hasta el espacio más amplio de la vida pública, donde figuran el medio laboral, los centros de educación, las instituciones de salud, las corporaciones públicas y en general cualquier ámbito donde la mujer experimente agresiones contra su integridad como ser humano.

El texto de la Convención se comprometió con la abolición de las todas las violencias existentes contra las mujeres, como estrategia para que puedan realizar el goce pleno de sus derechos. En consecuencia, el artículo 4º insistió en que toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales, entre ellos: la igualdad de protección ante la ley, el derecho a una vida libre de violencia y discriminación, derecho a la integridad síquica, o moral, mantener su libertad y seguridad personal, el derecho a no ser sometida a torturas, respeto a la dignidad humana, amén de los derechos universales de asociación, libertad religiosa o de creencias, acceso a funciones públicas.

De igual manera se hizo referencia a los DESC, cuyo pleno ejercicio debe garantizarse a las mujeres. Con estas medidas la Convención obliga a una lectura integral, puesto que los documentos internacionales que vincula, son todos aquellos expedidos por Naciones Unidas y que hacen referencia a los derechos de las mujeres, algunos de los cuales se mencionaron con anterioridad. En el articulado también se encuentran previstos algunos recursos sencillos para acudir ante las autoridades en busca de protección, cuando quiera que se sienten vulneradas en sus derechos.

A pesar de que estos instrumentos tienen la pretensión de universalidad, aún existen en el mundo muchas leyes que perpetúan las desigualdades entre hombres y mujeres. He aquí algunas de dichas disposiciones a nivel universal y regional:

“India. “las relaciones sexuales o actos sexuales por parte de un hombre hacia su esposa, si ésta no es menor de 15 años, no está considerado violación”. Los derechos del marido permiten ofrecer a su esposa al acreedor como garantía de pago de todas las deudas.

Arabia Saudí. La mujer está permanentemente supervisada por un familiar (padre, marido), el que autoriza su trabajo, el tipo de negocios que puede realizar e incluso la conveniencia o no de viajar y estudiar.

Indonesia. Una de las leyes más polémicas recientemente aprobadas obliga a las estudiantes a someterse a un test de virginidad previo al acceso a la universidad. Se justificó como una ley para “preservar el futuro del país”.

Turquía. En este país una mujer no puede aceptar un trabajo sin el previo consentimiento de su marido.

África. Según datos de la Organización Mundial de la Salud, en 27 países de África se practica la Mutilación Genital Femenina.

Nigeria. Los esposos nigerianos tienen potestad para pegar a su mujer si se trata de “corregir sus malos actos”.

Túnez. En lo relativo a cuestiones de herencia, a la mujer se le permite recibir únicamente la mitad del dinero, mientras que sus hijos o hermanos recibirán siempre el doble. Estados Unidos. En Arkansas, el Estado del centro-suroeste de los Estados Unidos, se le permite a los hombres golpear a su mujer o esposa con la limitación de que sea una vez al mes. Nicaragua. En este país el representante de la familia es exclusivamente el hombre, y la mujer debe vivir con él y seguirle si cambia de residencia (INFOLIBRE. Las leyes vigentes más denigrantes hacia las mujeres. (2015). Recuperado de https://www.infolibre.es/noticias/mundo/2015/03/07/dia_internacional_mujer_las_leyes_mundiales_mas_denigrantes_29447_1022.html).

Esta desigual situación entre las mujeres del mundo, revela por un lado la falta de acciones estatales encaminadas a la realización de los compromisos internacionales y regionales con la equidad de género, por otro, evidencia que la lucha por la equidad es un proceso lento y desigual.

En el contexto indicado, debe destacarse que todos los países de América Latina y el Caribe hayan ratificado la Convención sobre la eli-

minación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Además en varios de estos Estados, se han promovido reformas constitucionales, transformaciones legales, se han creado institutos, procedimientos, programas y proyectos puntuales para alcanzar la igualdad de género. Entre las medidas positivas más destacadas figuran los cambios en los anacrónicos códigos civiles, la tipificación como delito de toda forma de violencia basada en género y la regulación del feminicidio como figura autónoma, las leyes de cuotas de género para los cargos políticos.

Para esta región de América Latina y el Caribe ONU Mujeres trabaja en tres líneas fundamentales: participación política de las mujeres y el liderazgo, el empoderamiento económico de las mujeres, el que pasa por el reconocimiento social y económica de las labores de cuidado que cotidianamente desempeñan las mujeres, a través del postulado del trabajo decente y en tercer lugar, erradicar la violencia contra las mujeres y las niñas, en la perspectiva de apoyar transformaciones de fondo que garanticen en un futuro la erradicación de la inequidad de género.

Por las anteriores consideraciones, ONU Mujeres impulsa reformas jurídicas que contengan perspectiva de género, en todos los ámbitos de la vida individual, familiar y social al igual que en todos los programas, planes y presupuestos nacionales.

2.4 Los derechos de la mujer en el Ordenamiento Jurídico colombiano

En el año de 1990 Colombia enfrentó una de las crisis más complejas y generalizadas, capaces de poner en tela de juicio la institucionalidad, la gobernabilidad y la legitimidad del Estado en su conjunto. Ante semejante caos producido esencialmente por la injusticia social, la marginalidad creciente de campesinos, indígenas, comunidades negras; el incremento de la violencia por efecto directo del narcotráfico, la exacerbación de los enfrentamientos entre las fuerzas armadas y las guerrillas, además del incremento de la corrupción, los delitos llamados de cuello blanco, la ineficiencia de los órganos del poder público, la crisis de identidad de los partidos tradicionales y la presión constante ejercida por los movimientos sociales y cívicos, en aras de la descentralización, los servicios públicos, la educación, la seguridad y la paz, fue necesario convocar una Asamblea Nacional Constituyente, que reacomodara el pacto social, mediante la expedición de una Nueva Carta Política que diera respuesta a las expectativas de una sociedad civil heterogénea y compleja.

Le correspondió al Presidente César Gaviria convocar la Asamblea Nacional Constituyente mediante un proceso eleccionario incluyente, que garantizó una conformación varío pinta, donde sectores antes des-

conocidos como las mujeres, las comunidades indígenas, las organizaciones negras, los docentes, los movimientos verdes, los empresarios, la clase política, los estudiantes, los adultos mayores, entre otros, ganaron vocerías que le imprimieron a los debates matices antes desconocidos.

Las actas de la Asamblea Constituyente, dan cuenta de la multiplicidad de propuestas, los intereses, los objetivos y las transacciones y conciliaciones que permitieron que en el año de 1991 se expidiera la Constitución Nacional, que transformó el Estado de Derecho tradicional en un Estado Social de Derecho. La adición del término “social”, conllevó la ubicación de Colombia en la corriente del neoconstitucionalismo, propuesta de transformación social desde el texto constitucional, cuyo carácter normativo fue anunciada en el artículo 4, al consagrar que la “Constitución Nacional es norma de normas” (Corte Constitucional. Recuperadode <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>).

En ese texto por primera vez en la historia jurídica nacional, los derechos de las mujeres adquirieron rango de derechos fundamentales, consagrando en diversos artículos los principios de igualdad, libertad, autonomía, ciudadanía, dando un vuelco al desconocimiento que había caracterizado a la Constitución de 1886. A estas decisiones no se arribó de una manera unánime, todo lo contrario, fueron necesarios arduos debates, importantes argumentaciones, estándares internacionales, para alcanzar consensos en torno a la validez de aceptar los estándares internacionales de igualdad e inclusión en favor de las mujeres. Esta situación de tensión permanente, se denunció cuando las voceras de las organizaciones femeninas, puntualizaron que no existieron concesiones, que las mujeres con tesón y razones indiscutibles lograron arrancarle al Estado patriarcal trozos de dignidad.

Desde luego que antes de la Carta Política de 1991, las mujeres lograron conquistas normativas producto de las movilizaciones y negociaciones realizadas en distintos momentos de la vida política nacional. Sin embargo, estos antecedentes normativos se concretizaron a lo largo de 90 años del siglo XX, pequeños reconocimientos, derechos consagrados paulatinamente, que incidieron positivamente en las condiciones de vida de las mujeres.

2.4.1 Primeras leyes colombianas que consagran derechos a favor de las mujeres

Desde esta anterior perspectiva, la primera ley que se debe mencionar es la Ley 8 de 1922 que rompió una cultura según la cual, las condiciones de debilidad intelectual de las mujeres, su emotividad y su

falta de razonamiento, les había impedido ser admitidas como testigos en procesos judiciales. A partir de la Ley 8 se legalizó su comparecencia en juicio con el fin de rendir declaraciones sobre aquellos hechos de los que tuvieran conocimiento, en condición de testigos. Este fue un gran avance, en la medida en que implicaba un reconocimiento a la capacidad de razonamiento y deliberación de las mujeres.

La sociedad liberal generó respecto a las mujeres graves contradicciones en sus planteamientos, por ejemplo al mismo tiempo que les permitió vincularse a los procesos productivos en calidad de trabajadoras y en ejercicio de los derechos de igualdad y libertad, mantuvo figuras patriarcales, como la imposibilidad de recibir y administrar el salario derivado de su actividad laboral. La ley civil las había catalogado entre los incapaces relativos y en consecuencia sus bienes debían ser administrados por los representantes legales, siempre un hombre, su padre, su esposo o su hijo.

La Ley 83 de 1931 dio un cambio radical a esta práctica al autorizarla para recibir y administrar su salario, circunstancia que le otorgará la autonomía económica, base para las posteriores reivindicaciones femeninas, como la Ley 28 de 1932, que abolió la potestad marital, con lo cual su cónyuge dejaba de ser su representante legal y la mujer adquirió la capacidad jurídica para administrar y disponer de sus bienes, salario, patrimonio y herencia.

El acceso al conocimiento fue una meta de las mujeres perseguida en todos los tiempos y en las diversas sociedades, llegando inclusive a adoptar identidad masculina o a mantenerse en el anonimato con el fin de garantizar condiciones que les permitieran su desarrollo intelectual. En Colombia la llegada de la mujer a la educación superior, estuvo precedida de fuertes polémicas nacionales. En el Congreso de la República se escucharon las voces de los varones que se opusieron férreamente a sacar a la mujer del “recinto sagrado del hogar”, para lanzarla al “confuso mundo de la ciencia”. Existieron también parlamentarios que apoyaron este reclamo, al que calificaron de justo y necesario. Mediante el Decreto 1972 de 1933 la mujer ganó el derecho a ingresar a la Universidad, en igualdad de condiciones que los hombres.

Durante el primer gobierno de Alfonso López Pumarejo denominado de la “Revolución en Marcha”, se realizaron cambios en el año de 1936 por medio de la Ley 45, adquirió la patria potestad sobre los hijos llamados “naturales” o extramatrimoniales, a quienes se les otorgó derecho hereditario equivalente al 50% de lo que les correspondiera a los hijos legítimos o nacidos dentro del matrimonio.

La participación de Colombia en la OIT dio origen a la expedición de la Ley 53 de 1938 que reconoció la licencia remunerada de 8 semanas por maternidad.

No obstante estos avances legales, el Decreto 1003 de 1939 ordenó a la mujer casada usar el apellido del marido precedido de la partícula “de”.

Las sufragistas colombianas después de amplias movilizaciones alcanzaron a través del plebiscito de 1957 el derecho al voto.

Acogiendo los mandatos de la OIT, el Decreto 2351 de 1965 prohíbe el despido por razones de embarazo, estableciendo una mínima multa (2 meses de salario) para los empleadores que se apartaran del mandato legal.

La Ley 75 de 1968 confirió a la mujer la patria potestad sobre sus hijos, convirtiéndose en una gran conquista el poder incidir en la vida y el futuro de sus seres queridos.

Tras largos años de imposición del respeto absoluto por la intimidad del hogar, el Decreto 2820 de 1974 abrió las puertas de las casas de familia, para ordenar que en su interior debía primar la igualdad y que la vida familiar debía estar regulada dentro del respeto mutuo.

Avanzando en la concepción laica, el Estado colombiano expidió la Ley 1 de 1976 que reguló el divorcio para el matrimonio civil y la separación de cuerpos para el católico.

La Ley 51 de 1981 ratificó la CEDAW, con lo cual Colombia aceptó los estándares internacionales en materia de igualdad de derechos de la mujer.

El Decreto 999 de 1988 suprimió el uso obligatorio del “de” para la mujer casada.

Debe destacarse la importancia de estos logros normativos, no porque ellos tengan la capacidad de transformar la realidad, sino porque pueden ser utilizados como instrumentos legítimos para impulsar cambios culturales y sociales.

En este brevísimo recorrido histórico nos encontramos con que el cambio jurídico más importante a favor de la mujer, fue la expedición de la Constitución Nacional de 1991, donde por primera vez, los derechos de las mujeres obtuvieron rango superior, fecha que marca un hito en la historia de los derechos de las mujeres, hecho que fue posible, gracias a la actividad de las organizaciones de mujeres ante la Asamblea Nacional Constituyente.

2.4.2 Los derechos de la mujer en la Constitución de 1991

Las principales conquistas constitucionales de las mujeres colombianas son las siguientes:

Art. 40. El inciso final estableció que “Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública”.

Este mandato dio origen a una de las más controvertidas leyes de acción positiva, como fue la ley de cuotas. Al estudiar su constitucionalidad, la Corte señaló que dicha norma pretendía superar la histórica discriminación que habían padecido las mujeres en una sociedad patriarcal como la colombiana, denunció:

(...) el efecto nocivo de las prácticas sociales que han ubicado a esas mismas personas o grupos en posiciones desfavorables...Ahora bien: aun cuando la igualdad formal entre los sexos se ha ido incorporando paulatinamente al ordenamiento jurídico colombiano, lo cierto es que la igualdad sustancial todavía continúa siendo una meta, tal y como lo ponen de presente las estadísticas que a continuación se incluyen. Justamente al logro de ese propósito se encamina el proyecto de ley estatutaria cuya constitucionalidad se analiza (C-371 del 2000).

El artículo 42 se ocupa de la clase de relaciones que deben implementar las parejas para garantizar una sana y respetuosa convivencia. Ordenó el constituyente: “(...) Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley (...).

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos (...)”. Los apartes transcritos buscan alcanzar la equidad de género en la vida familiar, superando los estereotipos patriarcales, basados en la autoridad paterna y el sometimiento de la mujer y los niños a su voluntad.

Siguiendo con la revisión del texto constitucional, se encuentra el

Artículo 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

El texto citado en primer lugar consagró la igualdad entre hombres y mujeres en derechos y oportunidades y además prohibió de manera expresa la discriminación contra la mujer. Así mismo, le otorgó una protección especial a una condición exclusivamente femenina, el embarazo, imponiendo obligaciones “de hacer” al Estado. De manera complementaria en el Artículo 53 referido a los principios fundamentales del trabajo, incluyó la protección a la mujer en estado de embarazo.

Estos artículos contienen implícitamente los principios de equidad de género y protección especial a la maternidad, derechos fundamentales que al ser invocados por quienes han sufrido la vulneración de sus derechos, han llevado a la Corte Constitucional a administrar justicia material en beneficio de la vida de las mujeres.

2.4.3 Desarrollos normativos con perspectiva de género posteriores a 1991

Después de 1991 y en desarrollo de los postulados antes mencionados, se profirieron una serie de disposiciones que buscaban avanzar en la equidad de género. Entre dichas normas figuran:

Ley 82 de 1993 que le confiere protección especial a la mujer cabeza de familia y que posteriormente se hizo extensiva a los hombres cabeza de familia.

Ley 248 de 1995 que ratificó la Convención de Belém do Pará para prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer.

Ley 188 de 1996 por medio de la cual se creó la Dirección nacional para la equidad de género.

Decreto 1182 de 1999 que se ocupó de modificar la Dirección en Alta Consejería Presidencial para la equidad de la mujer.

Ley 581 de 2000 o Ley de cuotas, tendiente a garantizar la vinculación de la mujer en al menos el 30% de los cargos de dirección del Estado.

Ley 640 de 2001 sobre conciliación en asuntos de familia.

Ley 755 de 2002 que elevó la licencia de maternidad a 12 semanas.

Ley 823 de 2003 en virtud de la cual se creó el Observatorio de Género.

Ley 1010 de 2006 que reguló el acoso laboral y el acoso sexual.

Ley 1232 de 2008 se encargó de redefinir la Jefatura de hogar para incluir a la mujer.

Ley 1257 de 2008 sobre la no violencia contra las mujeres.

Decreto 164 de 2010 creó la Mesa interinstitucional para erradicar la Violencia contra la mujer.

El Decreto 4463 de 2011 insistió en la necesidad de alcanzar la equidad salarial entre hombres y mujeres.

El Decreto 4796 de 2011 reglamentó los artículos 8,9, 13 y 19 de la Ley 1257 de 2008 para garantizar el derecho a la salud de las mujeres víctimas de violencia de género, obligando a otorgar atención integral.

Ley 1468 de 2011, elevó a 14 semanas la licencia de maternidad.

El Decreto 4798 de 2011 se ocupó de la adopción de medidas de prevención de la violencia basada en género en el ámbito educativo.

Decreto 4799 de 2011 definió las competencias de las Comisarías de familia, Fiscalía General de la Nación, juzgados Civiles y de Control de Garantías para un efectivo y pronto acceso a la justicia.

El Decreto 2734 de 2012 se refirió a la atención a las víctimas de violencia.

El Decreto 2733 de 2012 reguló deducciones sobre la renta a favor de aquellos empresarios que vinculen laboralmente a mujeres víctimas de violencia basada en género.

Ley 1542 de 2012 que se ocupó de la violencia intrafamiliar y la inasistencia alimentaria, tipificados en los artículos 229 y 233 del Código Penal.

La Ley 1652 de 2013 estableció pautas para realizar entrevistas a niñas y niños víctimas de delitos contra la libertad sexual.

La Ley 1719 de 2014 estableció medidas para permitir el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial los casos asociados al conflicto armado.

Ley 1761 de 2015 que consagró el feminicidio como un tipo penal autónomo.

Ley 1773 de 2016 relativa a las víctimas de ataques con ácido.

Ley 1857 de 2017 sobre medidas de protección a la familia, flexibilización de la jornada laboral y celebración del día de la familia.

Colombia como lo evidencia el recuento anterior, es un país con apego a las leyes, a tal punto que la primera estrategia para combatir cualquier problemática social, es la expedición de una norma, lo que llevó a la Comisión para el estudio alternativo de la situación de la mujer en Colombia, a manifestar ante Naciones Unidas en el año 2013, “Colombia es el país con mayor proliferación normativa en torno a los derechos de las mujeres”.

Tal como expresamente lo han reconocido las organizaciones internacionales y los movimientos de mujeres, las conquistas legales son importantes en la lucha por la igualdad, sin embargo, ellas por sí solas no tienen el poder de cambiar la realidad. Hace falta el empoderamiento de las mujeres acerca de sus derechos, el respeto por parte de las autoridades de los mandatos normativos y una administración de justicia seriamente comprometida con la equidad y la justicia social. Esta no es tarea fácil, puesto que en todas las ramas de poder público subsisten concepciones patriarcales que desconocen o niegan la validez de estos derechos.

Por esta razón y en consonancia con los mandatos constitucionales y las exigencias internacionales, la rama judicial conformó la Comisión de Género, integrada por representantes de las Altas Cortes, con la finalidad de contribuir desde esta rama del poder público a hacer realidad la igualdad entre hombres, mujeres y población diversa.

En la introducción de este documento se lee: “En este sentido y a manera de prolegómeno hay algunos asuntos que de manera sumaria, se han considerado importantes a tener en cuenta, para una mejor comprensión y uso de los criterios: la discriminación y la perspectiva de género; el acceso a la justicia; el rol de la justicia, el juez y el poder transformador de las decisiones judiciales” (Rama Judicial. Criterios de Equidad para una Administración de Justicia con Perspectiva de género (2011), Bogotá, MDGIF y UNFPA).

En síntesis podemos afirmar que los derechos constitucionales de las mujeres se ubican en la vida pública, la vida laboral y la vida familiar y para todos tres espacios se reclama igualdad de oportunidades proscribiendo toda forma de discriminación y violencia.

2.4.4 Los derechos de las mujeres en la jurisprudencia de las Altas Cortes

Con una carta constitucional llena de derechos, con leyes que desarrollan los mandatos del constituyente primario, con una realidad que refleja la violencia existente contra las mujeres, se requiere con urgencia un aparato judicial que garantice la eficacia de esos derechos. Por fortuna se abre paso aunque con dificultades, una nueva hermenéutica comprometida con la equidad de género en las Altas Cortes. Para ilustrar esta afirmación se han seleccionados algunos fallos proferidos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

En la sentencia C-410 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), al definir la constitucionalidad de varios artículos de la ley 100 de 1993, que establecieron edades diferenciadas entre hombres y mujeres para acceder al sistema pensional, expresó con total contundencia:

Aún cuando la igualdad formal entre los sexos se ha incorporado progresivamente al ordenamiento jurídico colombiano, la igualdad sustancial todavía constituye una meta; así lo demuestra la subsistencia de realidades sociales desiguales. No se trata de ignorar el avance que supone la igualdad ante la ley; fuera de que su ausencia sería un enorme obstáculo para la elevación de las condiciones de la mujer, es preciso tener en cuenta que allana el camino hacia derroteros superiores pues permite recurrir a los órganos del Estado en procura de eliminar la discriminación y legítima, de ese modo, la demanda de efectivas oportunidades para ejercer derechos y desarrollar aptitudes sin cortapisas. No debe olvidarse que, en contacto con la idea de igualdad sustancial, la exclusión de la discriminación por razón de sexo contenida en el artículo 13 de la Carta, no se detiene en la mera prohibición sino que abarca el propósito constitucional de terminar con la histórica situación de inferioridad padecida por la población femenina; esa decisión autoriza, dentro de un principio de protección, la toma de medidas positivas, dirigidas a corregir las desigualdades de facto, a compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva de la mujer en los órdenes económico y social. Las medidas de protección, que implican especiales derogaciones de la igualdad formal, exigen la determinación de aquellos ámbitos especialmente vulnerables en los que deben operar; así pues, junto con la familia y el Estado, el empleo es uno de los espacios que ofrece más posibilidades para la discriminación por razones de sexo”.

En virtud de la sentencia T-326 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) al declarar la exequibilidad de la Ley de cuotas determinó que no es admisible discriminar con fundamento en elementos sobre los cuales las personas diferenciadas no tienen control, de donde, resulta sospechosa cualquier discriminación basada en circunstancias innatas, ajenas a su voluntad. La discriminación basada en género conlleva injusticia por su propia esencia; razón por la cual, la diferenciación ligada al género solo será aceptable si es capaz de contrarrestar la presunción de inconstitucionalidad, probando que tal diferenciación busca superar dicha desigualdad.

Mediante la sentencia T-026 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), al decidir la acción de amparo interpuesta por un trabajador despedido por razones de su género, manifestó:

En las circunstancias anotadas, se aprecia, con total nitidez, un conflicto entre el derecho a la igualdad que proscribe la discriminación basada en el sexo y la libertad de empresa que, en algunos eventos impone la derogación de la igualdad de trato en aras del cabal desarrollo de una actividad económica empresarial para la cual resulta indispensable contar con trabajadores de un solo sexo y, por

consiguiente, excluir a los miembros del otro. Así las cosas, se torna imperioso lograr un punto de equilibrio entre dos derechos protegidos constitucionalmente, lo que obliga a proceder con extrema cautela en la identificación de las actividades profesionales cuyo ejercicio hace del sexo una condición determinante”.

En ese mismo año se profirió la sentencia C-408 de 1996, (M.P. Alejandro Martínez Caballero), por medio de la cual se estudió la exequibilidad de la ley N° 248 del 29 de diciembre de 1995 que aprobó la Convención Interamericana para “Prevenir, sancionar Y erradicar la Violencia Contra La Mujer, suscrita en la ciudad de Belén Do Para, Brasil, de 1994. Al declarar exequible la ley, expresó sobre la violencia intrafamiliar, que:

“(…) No se puede entonces invocar la intimidad y la inviolabilidad de los hogares para justificar agresiones contra las mujeres en las relaciones privadas y domésticas. Es más, esta violencia puede ser incluso más grave que la que se ejerce abiertamente, pues su ocurrencia en estos ámbitos íntimos la convierte en un fenómeno silencioso, tolerado, e incluso, a veces, tácitamente legitimado. Hace tan solo 30 años, en 1954, en un país de alta cultura democrática como Inglaterra, el comandante de Scotland Yard se jactaba de que en Londres había pocos asesinatos y que muchos de ellos no eran graves pues eran simplemente ‘casos de maridos que matan a sus mujeres’”.

Esta sentencia condena la violencia contra las mujeres donde quiera que ella se presente, reafirmando el derecho a una vida libre de violencia. Las incidencias de este fallo en el entendimiento de las normas del derecho de familia, visibilizaron la violencia intrafamiliar, la sancionaron hasta convertirla en la actualidad, en un delito que no admite desistimiento ni negociación.

La declaratoria de exequibilidad de la norma, estuvo precedida por reflexiones como las siguientes:

“Finalmente, las estrategias destinadas a mostrar en toda su dimensión la extensión de la violencia contra la mujer y a incidir en la educación y la cultura para prevenir esas formas de violencia corresponden plenamente a los principios constitucionales de la tolerancia, la igualdad entre los sexos y la proscripción de la toda forma de violencia (CP arts. 11, 12, 13, 42 y 43), valores que las autoridades tienen la obligación de fomentar y divulgar (CP art. 41). Además, la Corte considera que esas estrategias educativas y culturales son de la mayor importancia pues, como ya se ha señalado en esta sentencia, la persistencia de esquemas culturales fundados en una visión

patriarcal de la sociedad es uno de los aspectos que hace más difícil la tarea de erradicar la discriminación y la violencia contra la mujer”.

En la Sentencia C-082 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria), se analizó la demanda de constitucionalidad del siguiente texto: “Artículo 140. El matrimonio es nulo y sin efectos en los siguientes casos. (...). 7. Cuando se ha celebrado entre la mujer adúltera y su cómplice, siempre que antes de efectuarse el matrimonio se hubiere declarado, en juicio, probado el adulterio”.

Para la Corte: La norma demandada “(...) lejos de perseguir una finalidad aceptada constitucionalmente, perpetúa la histórica discriminación que ha sufrido la mujer, al reproducir un esquema patriarcal en el que el hombre debía gozar de mayores prerrogativas y reconocimiento. Ello es evidente si se tiene en cuenta lo que la norma implícitamente prescribe: la mujer adúltera debe ser “sancionada” si se casa con su “cómplice”; el hombre, por el contrario, no tiene límite a su voluntad y a su sexualidad”, lo que explica la inexequibilidad de la norma demandada.

Por medio de la sentencia C-371 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) se decidió la exequibilidad de la ley de cuotas con argumentaciones como éstas: “No hay duda alguna de que la mujer ha padecido históricamente una situación de desventaja que se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad y especialmente a la familia, a la educación y al trabajo (...)”. De donde la finalidad de la ley es lograr “que la mujer supere la baja participación en los niveles de decisión del Estado y en erradicar las prácticas discriminatorias en los procesos de selección. Es, entonces, una medida que apunta a satisfacer principios constitucionales importantes, como lo son la igualdad “real y efectiva” y la consecución de un orden social justo”.

Para el año 2005 y cuando la jurisprudencia constitucional se había decantado en relación con la urgencia de propiciar igualdad de oportunidades en la vida material de las mujeres, la sentencia C-534 de 2005, (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), al hacer referencia a un evento similar reiteró que el artículo 13 de la Constitución debe articularse con las normas contenidas en los Arts. 43, 44 y 45 de la misma. “Con lo que se constituye la coexistencia en nuestro orden constitucional de los dos principios que a juicio de esta Corte establecen el parámetro de estudio constitucional de las normas acusadas. Estos principios son: (i) la prohibición expresa de discriminación por razón de sexo y (ii) la determinación del grupo de las mujeres y del grupo de menores de edad como grupos de especial protección”.

Con ocasión de la sentencia C-084 de 2006 (M.P. Humberto Sierra Porto), estudió la demanda del “Artículo 33. Las palabras hombre,

persona, niño, adulto, y otras semejantes que en su sentido general se aplican a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, se entenderán que comprenden ambos sexos en las disposiciones de las leyes, a menos que por la naturaleza de la disposición o el contexto se limiten manifiestamente a uno solo. Por el contrario, las palabras mujer, niña, viuda y otras semejantes, que designan el sexo femenino, no se aplicarán a otro sexo, a menos que expresamente las extienda la ley a él”.

Los argumentos que sustentan la decisión de la Corte se sintetizan en los apartes que se transcribe a continuación: “Los hombres y únicamente ellos tomaron parte en la vida activa de las sociedades; se fijaron fines, emprendieron proyectos y trazaron los caminos que habían de conducirlos a la obtención de las metas propuestas (...). Las mujeres estuvieron durante siglos excluidas de participar en la actividad generadora de contenidos por medio del lenguaje y la cultura jurídica se impregnó de aquello que el hombre consideraba valioso. Esta situación trajo como consecuencia que “la voz hombre sirviera para denominar tanto el varón de la especie como a la especie toda” y que se crearan asimismo “reglas gramaticales que permitieran que lo masculino pudiera tanto excluir como incluir/ocultar a lo femenino.” Decide declarar inexecutable el artículo 33 del Código Civil salvo el siguiente aparte que se declara executable: “la palabra persona en su sentido general se aplicará a individuos de la especie humana sin distinción de sexo”.

En ese mismo año y como resultado de un novedoso proyecto apoyado desde Women’s Link Worldwide, la abogada colombiana Mónica Roa, inauguró el LAICIA o litigio de alto impacto tendiente a lograr la despenalización del aborto, la Corte Constitucional profirió la sentencia C-355 de 2006 (M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas), en virtud de la cual se legalizaron tres circunstancias en las cuales el aborto se constituía en un derecho de la mujer: 1) Cuando el embarazo era el resultado de una violación, de inseminación artificial no consentida o acceso carnal no abusivo. 2) Cuando el embarazo ponía en peligro la salud o la vida de la madre y 3) Cuando se trate de fetos sin posibilidad de supervivencia extrauterina.

El anterior pronunciamiento rompió con una tradición jurídica que veía el aborto como un delito en todos los casos, inclusive en vigencia de la Constitución Nacional de 1991, la Corte Constitucional en un primer pronunciamiento, sentencia C-133 de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) aceptó la constitucionalidad del tipo penal de aborto consagrado en el Código Penal de 1980 y con la sentencia C-013 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández G.) sostuvo esta misma posición, pero advirtiendo que en caso de violación o inseminación artificial

no consentida, el aborto debía sancionarse con penas inferiores a las establecidas para el aborto simple.

La implementación de este histórico fallo no ha sido pacífica, por el contrario, en el proceso de darle aplicación se han presentado objeciones de conciencia, demandas, y resistencias. Pese a semejantes obstáculos la interrupción voluntaria del embarazo en esos tres casos, es un derecho de las mujeres, que junto con procesos educativos sistemáticos, deben conducir a la realización de la autonomía procreativa de las mujeres. No más embarazos impuestos, no más hijas e hijos no deseados. La maternidad es un derecho fundamental de las mujeres.

Por medio de la sentencia C-540 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), estudió la demanda de constitucionalidad contra el Art. 1º de la Ley 33 de 1985 que estableció en 55 años la edad para pensión de vejez en el sector público, tanto para hombres como para mujeres, lo que en criterio del demandante, contrariaba la protección especial a las mujeres.

La Corte tuvo en cuenta que se trataba de una ley derogada por la Ley 100 de 1993, cuya vigencia transitoria buscaba proteger las expectativas legítimas de sus beneficiados, razón por la que declaró su exequibilidad. Advirtió además que en la ley 100 se establecía una diferencia de edades, la que estaba plenamente justificada puesto que:

(...) la diferenciación a favor de la mujer en cuanto al requisito de edad para adquirir el derecho a la pensión de vejez, lejos de violar el principio de igualdad, lo hace efectivo desde la perspectiva de la igualdad sustancial, como quiera que pretende compensar las condiciones discriminatorias que en el campo laboral han enfrentado tradicionalmente las mujeres (...). La diferenciación en la edad para adquirir el derecho a la pensión, opera como una medida de acción afirmativa.

En el año 2010 se profirieron dos sentencias muy valiosas para la autonomía económica de la mujer: 1) La sentencia T-247 de 2010 (M.P. Humberto A. Sierra Porto), en la cual se estudió la acción de tutela interpuesta por una mujer a quien le rechazaron su postulación para el cargo de vigilante de batería, aduciendo que era política de la empresa no vincular mujeres para el desempeño de dicha actividad.

Al respecto, conviene mencionar que el acceso a la igualdad de oportunidades y de trato, es una de las principales reivindicaciones en la búsqueda de la equidad entre hombres, mujeres y población LGBTI. El género como obstáculo para ingresar al mundo laboral es un factor sospechoso, de allí, que quien pretende utilizar este elemento (legisla-

dor, particular o autoridad), asume la carga de justificar la legitimidad de dicho criterio, demostrando i) que se ajusta a fines constitucionales imperativos y ii) que los mecanismos utilizados resultan coherentes con dicho objetivo.

En el caso concreto la Corte realizó un análisis relacional entre los principios de igualdad de oportunidades y el de libertad de empresa, precisando que “el principio de libertad de empresa no resulta suficiente para justificar una excepción al principio de igualdad cuando de acceso a oportunidades laborales se trata; por el contrario, la solución obligará al intérprete a considerar el otro principio involucrado: la igualdad, específicamente la igualdad en razón del género”.

La jurisprudencia constitucional estableció un procedimiento para los operadores jurídicos en esta materia:

- a. La exclusión de ciertas actividades de la aplicación de la igualdad de trato es una hipótesis excepcional y, por tanto, la interpretación es restrictiva y específica.
- b. Es necesario conciliar la igualdad de trato entre los sujetos pertenecientes a ambos sexos y las exigencias del desarrollo de la pertinente actividad.
- c. Debe demostrarse la necesaria conexión entre el sexo del trabajador y el cumplimiento del trabajo. Dicha conexión debe ser objetiva.
- d. Debe probarse que el sexo de la persona debe ser indispensable para ejecutar las tareas esenciales de la actividad profesional.

En el caso concreto a juicio de la Corte

La (...) fue excluida sin que mediara un criterio objetivo que demostrara que ella, en cuanto mujer, no estaba en capacidad para realizar la labor de vigilancia (...); esto es, precisamente, el carácter discriminatorio de la acción llevada a cabo por parte de (...), quienes sin que mediara un criterio de necesidad, adecuación o esencialidad y, por consiguiente, con un carácter prejuicioso carente de cualquier fundamentación objetiva y razonable utilizaron el género como parámetro de exclusión de ingreso al mencionado puesto de vigilancia.

Con dicha argumentación la Corporación decidió tutelar el derecho a la igualdad y al trabajo y ordenó a la entidad tutelada realice la evaluación de la aspirante para el cargo de vigilante en la Batería XX o algún otro cargo que se desarrolle en similares condiciones.

Otra interesante sentencia es la T-629 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao), en virtud de la cual, la Corte reconoció la relación laboral entre una casa de prostitución y una trabajadora sexual, bajo las siguientes consideraciones:

“Pero también aparece contrario a la igualdad constitucional el desconocimiento del Derecho laboral para los y las trabajadores sexuales, porque con esta medida se restringen derechos fundamentales (al trato digno, al libre desarrollo de la personalidad y ante todo a ganarse la vida, al trabajo, a recibir una remuneración justa y equitativa) y se afecta de manera desfavorable a una minoría o grupo social tradicionalmente discriminado que se encuentra por tanto en condiciones de debilidad manifiesta. De allí el imperativo constitucional de reconocer sus mínimas garantías, de permitirles ser vinculadas no sólo a un sistema policivo de protección en salubridad y cuidado propio, sino también al sistema universal de seguridad social, a poder percibir prestaciones sociales así como el ahorro para la jubilación y las cesantías”.

En la misma línea se encuentra la sentencia T-476 de 2014 (M.P. Alberto Rojas), en virtud de la cual se concede la tutela a una mujer transgénero a quien le exigen la presentación de la libreta militar como requisito para suscribir un contrato de prestación de servicios. Reflexionó así la Corporación:

Si una persona se reconoce como mujer transgénero, y construye su identidad en la vida pública y social como mujer transgénero, exigirle un requisito propio del género con el cual no se identifica como es la libreta militar, desconoce su derecho a desarrollar su identidad de género, es decir, a autodeterminarse. Para la sala resulta censurable que la entidad accionada, cuya función es poner en marcha los procesos y garantías con el fin de lograr inclusión social y el fortalecimiento de vínculos de respeto y reconocimiento hacia personas de los sectores LGBT (...) en desarrollo de las cuales abre una convocatoria específicamente para vincular contractualmente a personas transgénero (...) se niegue a celebrar el contrato por el incumplimiento de una exigencia sólo aplicable a personas del género masculino.

Bajo los anteriores parámetros la Sala considera que la solicitud de la tutela constituye un mecanismo expedito para la protección efectiva de las garantías fundamentales, no solo de la accionante sino también sobre toda la población transgénero, la cual requiere medidas especiales de protección frente a la exclusión social derivada de la imposibilidad de vincularse a actividades productivas formales y con el fin de proveer condiciones de vida digna. (...) con

el fin de lograr la inclusión social y el fortalecimiento de vínculos de respeto, tolerancia y reconocimiento de las personas de los sectores LGBT, en atención al deber que le asiste al Estado como garante de los derechos humanos.

La igualdad de género no será posible sin la inclusión, para cuyo propósito se hace necesario implementar medidas de acción positiva que permita su visibilidad, afirmación e igualdad material de derechos.

Otro fallo que merece destacarse es el contenido en la sentencia T-818 de 2014 (M.P. Jorge Iván Palacios Palacios), que concedió la tutela interpuesta por una profesora Universitaria, quien fue agredida por su compañero sentimental estudiante de dicha institución. La mujer procedió a efectuar la denuncia penal y la empleadora decidió dar por terminada la relación laboral de forma unilateral, aduciendo que el escándalo afectaba la buena imagen de la entidad.

La Corte Constitucional aprovechó la oportunidad para revisar de forma amplia el marco jurídico internacional, especialmente la CEDAW y sus 28 recomendaciones en especial la No. 19 donde recomienda a “(...) los Estados Partes velen por que las leyes contra la violencia y los malos tratos en la familia, la violación, los ataques sexuales y otro tipo de violencia contra la mujer protejan de manera adecuada a todas las mujeres y respeten su integridad y su dignidad. Debe proporcionarse a las víctimas protección y apoyo apropiados. Es indispensable que se capacite a los funcionarios judiciales, los agentes del orden público y otros funcionarios públicos para que apliquen la Convención”.

Además se ocupó en extenso de analizar las convenciones vigentes en el sistema americano (Belém do Pará), los mandatos constitucionales (Art. 13, 43, 42, 44, 53) y la Ley 1257, así como las numerosas sentencias y autos tendientes a erradicar la violencia histórica contra la mujer, puesto que a juicio de la Corporación “la violencia contra las mujeres constituye un problema social que exige profundos cambios en los ámbitos educativo, social, jurídico, policial y laboral, a través de los cuales se introduzcan nuevas escalas de valores que se construyan sobre el respeto de los derechos fundamentales de las mujeres”.

Una de cuyas expresiones se produce en el ámbito del trabajo, donde con toda frecuencia “la indiferencia sumada a una supuesta neutralidad respecto a la violencia, que en realidad es una toma de posición velada, afecta gravemente a la mujer víctima (...). El empleador también puede participar de las agresiones, de forma sutil, cuestionando que la mujer acuda al sistema judicial, aumentando o disminuyendo su carga de trabajo, excluyéndola de los espacios de representación de la compañía, cambiando a la mujer de sitio de empleo, iniciando acciones

disciplinarias o terminando su contrato, lo que genera mayores cargas personales”.

De tal suerte, que “la desvinculación laboral de una mujer que ha sido víctima de violencia de género (...), puede devenir en un aumento significativo del riesgo de que la mujer sea manipulada por el agresor por su vulnerabilidad económica o que desista de procesos judiciales. Al mismo tiempo, perpetúa la violencia porque la denuncia de los hechos conlleva mayor desprotección. Se trata de un mensaje tácito para todas las mujeres de guardar silencio ante la vulneración de sus derechos”.

En el caso concreto, se encontró que el despido así sea con la indemnización legal, aumentó la vulnerabilidad de la actora, lo cual resulta inaceptable a la luz de los mandatos constitucionales y legales existentes en Colombia. “Mientras a (...) la despidieron del empleo que había ocupado desde hace más de cinco años, a su compañero sentimental le remitieron una comunicación en la que le recomendaban cesar sus actitudes recriminatorias e intimidantes “advirtiéndole que de volver a tener conocimiento del más mínimo comportamiento suyo en tal sentido le aplicaremos las consecuencias previstas reglamentariamente”, lo que demuestra un trato discriminatorio, puesto que ni siquiera cumplieron su propio reglamento, que preveía al menos una suspensión.

Por lo mismo se profirió una decisión que debe convertirse en una guía para la actuación de las instituciones de educación superior, entre dichos mandatos se destacan:

1. Reintegro de la trabajadora y pago de los salarios y prestaciones.
2. Acto público y simbólico de desagravio en el que se reconozca el derecho de la tutelante a una vida libre de violencia.
3. Campaña publicitaria a nivel institucional contra la violencia de género.
4. Orden para los directivos de realizar el curso de “Género y derecho”.
5. Instar a la Fiscalía local desarchivar la denuncia y continuar la investigación
6. Instar a la Fiscalía General a vigilar el proceso y elaborar un protocolo que contenga los derechos constitucionales y convencionales de las mujeres, para que les sea entregado al momento en que acudan a presentar una denuncia.
7. Instar al Juez de garantía a aplicar el enfoque de género al tomar cualquier decisión.

8. Remitir la sentencia a los Ministerios de Educación y del Trabajo para las investigaciones contra la Institución educativa que resulten pertinentes.
9. Solicitar a la Presidencia tome las medidas para evitar la revictimización de la mujer agredida.
10. Remitir copia al Defensor, Alcalde y Personero para garantizar la actuación rápida de todos los implicados en el fallo.

Esta sentencia contiene un gran avance en materia de igualdad de género y debería ser objeto de estudio y apropiación tanto en los programas de derecho, como en las instituciones educativas de todo el país, ya que la misma contiene los elementos básicos para avanzar en la realización de la igualdad de trato, entre hombres, mujeres y población con diversidad sexual, erradicando la discriminación de género en el ámbito del trabajo.

Mediante la sentencia T-967 de 2014 (M.P. Gloria Stella Ortiz), se decidió la acción de amparo interpuesto por una mujer, víctima de los celos enfermizos de su cónyuge, que le impedía llevar una vida social y laboral normales. La tutela fue negada y conoció la Corte en recursos de revisión. Luego de un juicioso análisis de la discriminación y sometimiento histórico que han padecido las mujeres y de estudiar las pruebas que operaban en el caso concreto, dijo la Corte que “(...) la violencia psicológica contra la mujer, como una de las formas de violencia más sutil e invisibilizada, tiene fuertes implicaciones individuales y sociales que contribuyen a perpetuar la discriminación histórica contra las mujeres (...)”.

Agrega la Corporación que la obligación de “investigar, sancionar y reparar la violencia estructural contra la mujer está en cabeza de la Rama Judicial del Poder Público”. No obstante, “una de las mayores limitaciones que las mujeres encuentran para denunciar la violencia, en especial la doméstica y la psicológica, es la tolerancia social a estos fenómenos, que implica a su vez la ineficacia de estos procesos y las dificultades probatorias a las que se enfrenta la administración de justicia frente a estos casos. Estas razones explican también los altos niveles de impunidad y el mantenimiento de conductas discriminatorias contra las mujeres, incluso provenientes de esos mismos operadores de justicia”. Como resultado de estas reflexiones ordenó: Que se profiera un nuevo fallo que tenga en cuenta lo expresado en esta sentencia. Exhortar al Congreso y al Presidente de la República para que incidan en la reconfiguración de los patrones culturales discriminatorios que subsisten en algunos operadores jurídicos. Instar al Consejo Superior de la Judicatura para que exija la asistencia obligatoria de todos los

jueces del país de la jurisdicción de familia, a las capacitaciones sobre género. Difundir ampliamente esta sentencia.

Finalizando el año 2015 se profiere la sentencia T-736 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), en la cual se resolvió la tutela interpuesta por la dueña de una casa de prostitución cuyo sellamiento, en su criterio contrariaba el acuerdo al que se llegó mediante acción popular, vulnerando el derecho a la igualdad, al trabajo y a la no discriminación.

La Corte en esta oportunidad dilucidó los ámbitos de acción estatal tendientes a la realización del principio de igualdad y no discriminación, los cuales se pueden sintetizar en tres: 1) promoción de la igualdad material, mediante, con medidas de acción positiva en beneficio de los grupos marginados o discriminados, 2) especial protección a favor de quienes se encuentren en situación de debilidad manifiesta, 3) sanción a los abusos o maltratos proferidos contra personas en situación de debilidad manifiesta.

Ahora bien, quienes constituyen grupos discriminados? La jurisprudencia constitucional respondió el anterior interrogante, señalando que dicha categoría requiere demostrar tres características: “i) que en efecto se trate de un grupo social identificable; ii) que se encuentre en una situación de subordinación prolongada; y iii) que su poder político se encuentre severamente limitado, por condiciones socioeconómicas, por clase, o por perjuicio de los demás”.

Además diferenció a los grupos oprimidos, como aquellos que además de ser discriminados: “i) son explotados; ii) están estereotipados como grupo y a la vez invisibilizados, y iii) sus miembros sufren violencia por ser parte del grupo” (Sentencia T-291 de 2009 (M.P. Clara Helena Reales) y reiterados en los Autos 068 de 2010 y 275 de 2011).

Considerando que en Colombia, las trabajadoras sexuales constituyen un grupo discriminado y oprimido, otorgó la tutela, levantó el sellamiento, impuso el respeto al acuerdo producto de acción popular y ordenó acordar la reubicación.

El Consejo de Estado por su parte, también ha contribuido en la realización de la justicia material en la vida de las mujeres. Así por medio de la sentencia distinguida con la Radicación 24460 de 28 de febrero de 2013 (C.P. Stella Conto), se decidió acerca de la legalidad de una transacción realizada por el cónyuge de una mujer que como consecuencia de una mala intervención quirúrgica quedó parapléjica. Dijo la Consejera: “comprometió a su esposa con los efectos de la transacción, sin poder para representarla, es decir ejerciendo una potestad por el hecho del matrimonio, desaparecida de nuestra legislación desde

antes de mediados del siglo pasado, dejando en claro que las normas no resultan suficientes cuando de discriminaciones culturales se trata”.

Con absoluta claridad y contundencia agregó haciendo referencia a las decisiones administrativas y judiciales proferidas en el caso: “Entre los criterios orientadores de una actividad judicial comprometida con la equidad de género, se pone de presente que resulta discriminatorio permitir que las voces de las mujeres sean suplantadas, de modo que los jueces, además de no interpretar las disposiciones legales o convencionales en el sentido de entender que los intereses de la mujer se confunden y se subsumen en los del varón, deberán estar atentos a aquellas situaciones en las que la autonomía de la mujer ha sido nítidamente violentada”. Razones por las cuales se dejó sin efecto la transacción y se condenó a los demandados por daños materiales y morales.

En el año 2014 se dictó sentencia con Radicación No. 070012331000 200200228 01 (C.P. Ramiro Pazos), que decidió el recurso de apelación presentado por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca que negó las pretensiones de la demanda.

Los hechos que originaron la acción de reparación directa ocurrieron cuando una joven del municipio de Tame, Arauca, fue obligada con arma de fuego a abordar un vehículo y varios kilómetros más adelante fue violentada sexualmente. Los agresores eran militares en servicio activo, quienes habían ingerido licor y conducían un vehículo oficial. Dijo el Consejo de Estado: “En todo caso, la participación de las fuerzas del Estado en actos de violencia sexual es particularmente grave, si se tiene en cuenta que estas tienen la función primordial de proteger a la población civil, no de atacarla”.

Con relación a la actividad de la fiscalía manifestó: “Esta forma de investigar y de administrar justicia, lejos de ser una actividad neutral desde el punto de vista de las relaciones de género, consolida y reproduce prejuicios y estereotipos sociales de naturaleza patriarcal, en las que se culpa a la mujer por la violencia sufrida o se sospecha en su conducta, su vestuario o en cualquier otro factor, una justificación o, al menos, una explicación plausible del hecho violento”, para descalificar pruebas de la fiscalía tendiente a establecer la conducta y relaciones afectivas de la joven violentada.

Por lo mismo, revocó la sentencia y condenó a la entidad demandada a una reparación integral de la víctima y su núcleo familiar. Hizo también un llamado a la Fiscalía para insistir en la capacitación de sus funcionarios sobre la administración de justicia con enfoque de género y respeto al principio de igualdad constitucional.

Una sentencia hito en este camino de reivindicación de los derechos de las mujeres, fue la proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, distinguida con la Radicación 41457, SP 2190- 2015 del 4 de marzo de 2015 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar), por medio de la cual se resolvió la casación interpuesta por el apoderado de las víctimas contra las sentencias que condenaron al agresor por homicidio agravado.

A juicio de la Corte, en el presente caso no se trató de un homicidio, puesto que las pruebas dan cuenta de las diversas ocasiones en las que la víctima fue agredida violentamente poniendo en grave peligro su vida, sin que las autoridades le otorgaran ninguna protección, continuó durante varios meses imponiendo su presencia y posteriormente acosándola hasta terminar con su vida.

Para la Corporación: “Todo eso (...), no es una historia de amor sino de sometimiento de una mujer por un hombre que la considera subordinada y se resiste al acto civilizado de entender que la debe dejar en paz porque ella ya no lo quiere, y elige ejecutar el acto más contundente de despotismo que es la eliminación de la víctima de la relación de poder. (...) Es manifiesto, entonces, que el procesado cometió el homicidio contra (...), por el hecho de ser mujer”.

En consecuencia la Corte casó parcialmente la sentencia para incluir el agravante del numeral 11 del artículo 104 del Código Penal. De esta manera, se incurrió en feminicidio, esto es homicidio contra una mujer por el hecho de ser mujer, lo que debe considerarse un agravante al momento de fijar la pena.

Sin desconocer los aportes realizados desde la administración de justicia a la equidad de género, aún falta mucho camino por recorrer, subsisten al interior de la rama judicial, operadores jurídicos opuestos a esta nueva perspectiva de igualdad y abogan con diferentes tipos de argumentos (biológicos, sociales, religiosos, políticos), por un retorno a épocas pasadas, en las que las mujeres carecían de vida propia y vivían a la sombra de sus padres, hermanos, esposo o hijos. Las conquistas logradas sólo se mantendrán y avanzarán en la medida en que existan mujeres empoderadas de sus derechos y hombres convencidos de las bondades de la vida familiar en equidad.

2.4.5 La perspectiva de género en el ámbito local

A nivel local, también se encuentran sentencias que merecen destacarse como ejemplarizantes, las cuales fueron proferidas por administradoras de justicia de la ciudad de Pasto.

En un asunto de violencia física protagonizada por el compañero contra su pareja, dijo la jueza de conocimiento:

“Es claro que la actitud y la conducta cometida por el sujeto activo, fue tendiente a demostrar la autoridad que pretendía ostentar, (...) donde fácilmente se observa que subyace el pensamiento patriarcal transferido por la cultura que desde la historia se ha manejado, dentro de la cual, existe gran inequidad de género que permitía a los hombres utilizar a las mujeres como si fuesen objetos, exigir sumisión y demostrar su poder incluso con agresiones; pero en la actualidad, con la existencia y aplicación de los derechos fundamentales y la protección especial que merece la mujer a raíz de la ratificación por parte de nuestro país de la “Convención de Belém Do Pará”, mediante la Ley 248 de 1995, que fue suscrita para proteger los derechos de la mujer y eliminar la violencia de género, la mujer esta investida de una protección especial tendiente a dar por terminada la discriminación que se ha ejercido en su contra desde la historia hasta nuestros días en la utilización del lenguaje, la cultura, la legalidad y judicialmente” (Sentencia 2012 – 00016, folio 47). Con tan fuerte sustento sociológico y jurídico, modificó la calificación al expresar:

“En este sentido la imputación jurídica realizada al señor L.M.L.M. (...) no ostenta la debida congruencia con los presupuestos fácticos, porque como se explicó, desde su narración fueron acomodados a la preconcepción atávica histórica y cultural que se ha hecho mención, por ende la circunstancia ya de ira o ya intenso dolor establecidas en el artículo 57 del Código Penal, en el presente caso no existieron”. (Sentencia 2012 – 00016, folio 42).

Otro caso se dio en el Juzgado de Familia frente a la demanda de divorcio presentada por una mujer casada por lo ritos católicos quien padeció largos años de maltrato intrafamiliar. Dijo la Jueza:

“Debe tenerse en cuenta que la causal tercera de divorcio ya no requiere de la gravedad en el sentido de que las tres conductas contenidas en ella, los ultrajes, trato cruel y maltratamientos de obra, pongan en peligro la salud, la integridad corporal, la vida o hagan imposible la paz y sosiego domésticos, ni que se den necesariamente las tres conductas, basta con una de ellas que lesione la dignidad de uno de los cónyuges, pues según precepto constitucional TODA forma de violencia en la familia debe ser sancionada. Según la Corte: “... un solo ultraje, un único trato cruel, un mero maltratamiento puede servir de soporte suficiente para que haya lugar a la separación de cuerpos” y lógicamente también para el divorcio (Corte Suprema de Justicia, sentencia de abril 30 de 1983)”

Además decidió regular con arreglo al futuro asuntos relacionados con el derecho de alimentos, patria potestad, custodia, regulación de visitas e incluso contempla la prohibición expresa de utilizar a su hijo menor, como medio de manipulación recíproca, evitando con esto la concurrencia de aquellas conductas de violencia cometidas por el demandado en contra de su esposa, las cuales en repetidas ocasiones representaban además una agresión en contra de su hijo, al ser utilizado como medio para alcanzar sus reprochables propósitos.

Las condiciones particulares de este fallo, no se observan en las demás sentencias, objeto de estudio. Éste constituye entonces una sentencia ejemplarizante para juzgar casos que involucren cualquier forma de violencia contra la pareja, fallo que refleja la evolución normativa alcanzada por los operadores judiciales, pues su papel como administradores de justicia no ha de entenderse consumado en la aplicación mecánica de la norma a los hechos, considerando que el verdadero sentido de justicia exige una valoración profunda de los elementos fácticos y probatorios obrantes en cada caso, con el propósito de alcanzar la conclusión precisa, a partir de un ejercicio jurídico que atienda elementos válidos de convicción con perspectiva de género.

En justicia laboral debe registrarse como una buena práctica la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto, sala laboral en un asunto de pensión de sobrevivencia la que fue negada a la beneficiaria a pesar de reunir todos los requisitos de ley, por prejuicios del *a quo* relacionados con sexo (mujer), raza (negra), religión (evangélica) y oficio (prostitución). Dijo el Tribunal:

Se resalta que la discriminación en razón del género constituye un factor que limita el acceso efectivo a la administración de justicia, es necesario recordar que el acceso a la justicia hace referencia a las garantías dentro del proceso, en la búsqueda de una tutela judicial efectiva a través de la obtención de una decisión pronta y cumplida que ponga fin a un conflicto surgido con ocasión a las relaciones propias de la vida en comunidad. Acción, proceso y sentencia están determinados por la constitución política en una simbiosis tendiente a garantizar la administración de justicia y el acceso a ella en condiciones de igualdad y oportunidad sin distinciones de naturaleza alguna por virtud de raza, edad, sexo, estado, creencias o convicciones e ideologías, entre otras (Ordinario Laboral No. 2012-00123-01(176)).

Los fallos ejemplarizantes son esperanzadores y cumplen a cabalidad con los criterios adoptados por la Comisión Nacional de Género de la Rama. Dichos criterios son: interpretación normativa con perspectiva de género, valoración del contexto social, argumentar jurídicamente, recurrir al bloque de constitucionalidad, evaluar las relaciones de poder

y los roles asignados a cada sexo, reconocer los derechos de las mujeres como elemento de igualdad constitucional, interiorizar las medidas de afirmación positiva y el principio de progresividad, precisar que la objeción de conciencia solo puede operar en el marco de la constitución y no para negar los derechos de las mujeres (Rama Judicial. Criterios de Equidad para una Administración de Justicia con Perspectiva de género. (2011) Bogotá, MDGIF y UNFPA).

Los derechos de las mujeres son derechos humanos especialmente protegidos con miras a alcanzar la equidad de género, meta internacional de los Estados, hoy concretizada en el punto quinto de los Objetivos del Desarrollo Sostenible, en los convenios y declaraciones mundiales, en los instrumentos regionales, en la Constitución Nacional y en las numerosas leyes nacionales; todos estos son instrumentos de acción para que previo su empoderamiento sean utilizados por las mujeres y sus organizaciones para impulsar las transformaciones culturales que la sociedad reclama con urgencia. La equidad de género es una de las bases indispensables para la construcción de paz.

2.4.6 El enfoque de género en el Acuerdo de Paz de la Habana

Conviene destacar como una importante conquista de las mujeres con impacto mundial, lo acontecido en Colombia en torno al proceso de paz. En el año 2012 se iniciaron las negociaciones de paz con la guerrilla más antigua del Continente, las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército Popular FARC-EP, inicialmente sin la presencia de mujeres. La reacción inmediata de las organizaciones de mujeres en Colombia y el apoyo de la cooperación internacional, aseguraron su presencia en la Mesa de Conversaciones, a través de la Comisión de Género, la que contó con la participación de las delegadas del gobierno, de las FARC y de múltiples sectores organizados de mujeres, especialmente de aquellas que más padecieron durante el conflicto armado. La actividad de esta Comisión permitió la asistencia de numerosas víctimas a la Mesa de Negociaciones, siendo testigo el país de la capacidad de perdón de las mujeres, de su compromiso con la vida y con el futuro de Colombia. Fueron las mujeres no sólo el número mayor de víctimas en la Habana, sino también las que mayor número de propuestas para impulsar la paz presentaron a los negociadores.

Por primera vez en el mundo un Acuerdo Final de Paz, contenía un claro y expreso enfoque de género, que no era otra cosa que la inclusión intencional de las mujeres y de la población con diversidad sexual en los organismos de toma de decisiones a todos los niveles, programas, proyectos, políticas, para implementar los acuerdos, velar por su cumplimiento y hacer seguimiento para su plena realización. El Acuerdo

contempla también medidas positivas tendientes a reparar la histórica discriminación de las mujeres rurales en el acceso a la propiedad de la tierra, al apoyo técnico, al crédito, al mercadeo de los productos. De igual manera, un punto especial del Acuerdo de Paz, se ocupa de las víctimas, la búsqueda de la verdad, la reparación material, moral, psicológica y social y las garantías de no repetición.

Con posterioridad a la firma del Acuerdo en Cartagena en presencia de delegaciones internacionales y de invitados de diversos países del mundo, la opción de la paz se sometió a un plebiscito, en el cual resultó ganadora por algo más de 45.000 votos la opción del No. Tal estado de cosas obligó a recoger en una nueva ronda de negociaciones, las observaciones formuladas por algunos grupos políticos, las organizaciones cristianas y religiosas y ciertos sectores de la vida social, dando origen a un nuevo texto, que si bien conserva la esencia y la decisión irrevocable de alcanzar la paz, introdujo cambios (inclusión de los grupos religiosos, cristianos y de fe), insistió en afirmaciones (respeto a la propiedad privada, el reconocimiento de la familia como núcleo de la sociedad) y abolió la mayoría de alusiones expresas al enfoque de género, la perspectiva de género y la equidad de género.

Si bien, en la declaración de principios permanece el concepto de enfoque de género, ya no tiene la fuerza y la reiteración del primer texto. Las organizaciones de mujeres entendieron que la paz es una necesidad tan grande que en aras de su implementación, se debían hacer concesiones, advirtiendo que el Acuerdo de Paz, no puede ni desconocer las convenciones internacionales (CEDAW, Belém do Pará, Resolución 1325 de las N.U.), ni tampoco los postulados constitucionales (Arts. 13.43, 42, 40 C.N.), sobre cuyo alcance existe amplísima jurisprudencia constitucional. En este sentido, el enfoque de género en una opción de vida para las mujeres y un acto de justicia de toda la sociedad, además de un estándar de civilidad en el marco internacional.

Por lo demás el Acuerdo mantuvo, los reconocimientos a la mujer como víctima desproporcionada del conflicto y la necesidad de su participación durante el postacuerdo como el único mecanismo garante de la reconstrucción del tejido social tan afectado por el largo conflicto armado. Les compete a las mujeres y a sus organizaciones permanecer vigilantes de los procesos legislativos, judiciales y de política pública que se desarrollen en el contexto del postacuerdo, ya que la participación activa de la mujer asegura el éxito de este trascendental proceso.

3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL EN COLOMBIA Y LA PRINCIPIALÍSTICA LABORAL

Con el apoyo que brinda un marco internacional que reconoce los derechos laborales y los derechos de la mujer como derechos humanos y desde el enfoque de derechos, es posible abordar el estudio del Derecho Laboral Individual del sector privado, partiendo de los postulados constitucionales del trabajo, que es el objeto de este capítulo.

La constitucionalización del Derecho Laboral en Colombia, es un hecho relativamente novedoso, data del último decenio del siglo XX, puesto que en la Constitución de 1886 que perduró por algo más de 104 años, no se hizo ninguna referencia al trabajo. Fue necesario esperar 50 años y una reforma constitucional, la del gobierno de la “Revolución en marcha” de Alfonso López Pumarejo del año 1936, para introducir en su texto dos artículos de naturaleza laboral: El artículo 17 que no reconoció el trabajo como derecho, sino como una obligación social con especial protección del Estado, lo que significaba que en todo caso, era el Estado el que en un determinado momento podría requerir el trabajo de una persona y no esa persona la que pudiese exigir trabajo y el artículo 18 que garantizaba el derecho a la huelga salvo en los servicios públicos.

Estas pequeñas conquistas fueron posibles, gracias al respaldo que el movimiento sindical otorgó al doctor López en su campaña por alcanzar la Presidencia del país. No obstante la importancia teórica de la reforma constitucional de 1936, en la vida práctica del sector trabajador y del movimiento sindical, tales disposiciones tuvieron escasa incidencia, debido a que las Cartas Constitucionales carecían de valor normativo, lo que significa que tales documentos, eran más bien un listado de aspiraciones y metas por conquistar, que en nada afectaban la normatividad vigente y menos aún, la conducta patronal o las prácticas judiciales.

De otra parte, se denomina “derecho laboral individual”, a las normativas existentes en Colombia destinadas a regular las relaciones que se presentan entre las dos partes de la relación laboral, esto es,

empleadores y trabajadores, con la doble finalidad de permitir el desarrollo y consolidación de la empresa, y al mismo tiempo, garantizar la promoción humana de quien presta el servicio mediante la posibilidad real de alcanzar a través del trabajo su dignificación y las condiciones de vida decente promocionadas desde la O.I.T.

En el aspecto normativo, las primeras leyes que se ocuparon de los asuntos del trabajo, estuvieron estrechamente relacionadas con las consecuencias de minusvalía y orfandad que dejaron las guerras fratricidas del siglo XIX. No extraña por tanto, que a finales de esa centuria se promulgaran normas que buscaron proteger tanto a las viudas y los huérfanos, como a los héroes de las batallas, quienes en adelante, y debido a las incapacidades adquiridas en combate, dejaban de valerse por sí mismos, de generar recursos para solventar sus necesidades y las de sus familias. Este fue el germen del sistema de seguridad social que sesenta años después se formalizó en el país.

No obstante estas primeras leyes fueron aisladas y coyunturales, entre ellas merecen mencionarse: la Ley 78 de 1919, que duró apenas un año y que permitió las llamadas “huelgas por asalto”, en cuanto el cese de actividades no estaba sujeto a trámites previos. Al año siguiente, la Ley 21 de 1920 puso fin a dicha práctica y reguló un trámite tendiente a la declaratoria de la huelga y la tramitación de los conflictos económico colectivos del trabajo; la Ley 69 de 1928 sobre derechos de asociación y huelga; la Ley 83 de 1931 y la Ley 10 de 1934 donde se consagraron algunos derechos de los empleados. Sin embargo, fue durante la llamada “hegemonía liberal”, que se alcanzó la primera sistematización de una normativa amplia y coherente sobre las relaciones laborales. Durante el gobierno de la “revolución en marcha” de Alfonso López Pumarejo, se promulgó el Decreto 2350 de 1934, base de la Ley 6 de 1945 el antecedente normativo más cercano a la expedición del Código Sustantivo del Trabajo en el año de 1950.

La Ley 6 de 1945 se estructuró en tres capítulos y estos a su vez en secciones y en artículos. El capítulo I definió el contrato de trabajo, el reglamento interno, la jornada diferenciando entre diurna y nocturna, la remuneración mínima según modalidad, capital de las empresas, región y actividad económica, el valor del trabajo suplementario, y los descansos. En la sección III se hizo referencia a las prestaciones patronales, entre ellas: indemnizaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional, vacaciones, cesantías, pensión de jubilación, invalidez y seguro por muerte, prestaciones éstas últimas que estarían a cargo de los patronos hasta que el gobierno organizara la Caja de Previsión de empleados y obreros nacionales. La sección IV regulaba las

asociaciones profesionales, la V de los contratos sindicales, la VI de las convenciones colectivas y las VII de los conflictos colectivos.

El capítulo II se ocupó de manera pormenorizada de todo lo relacionado con la jurisdicción especial del Trabajo, los juzgados laborales, los tribunales seccionales del trabajo y la Corte Suprema del Trabajo y el capítulo III reguló las multas por el incumplimiento de la ley, la competencia de las Inspecciones del Trabajo y otros aspectos formales normativos.

Estos 75 artículos contentivos de la primera norma sistemática sobre el trabajo en Colombia, fueron el punto de partida para la estructuración del Código Sustantivo del Trabajo de 1950 que pese a sus diversas reformas, sigue vigente en referencia a las relaciones individuales del trabajo entre particulares y a las relaciones colectivas tanto del sector privado como del público.

Ciento cuatro años después de expedida la Carta Constitucional de 1886, y cuando la sociedad colombiana consideró que dicha norma no daba respuesta a los conflictos y necesidades del nuevo país, el gobierno de César Gaviria, convocó a una Asamblea Nacional Constituyente incluyente. Por primera vez un grupo político distinto al Partido Liberal y Partido Conservador tenía visibilidad y presencia en el escenario nacional. El proceso exitoso de paz realizado entre el gobierno nacional y el grupo M-19 llevó al seno de la Asamblea Nacional Constituyente, a una importante representación de este grupo que se había reinsertado a la vida nacional, al igual que a representantes de diversos movimientos sociales con intereses específicos.

El resultado fue un texto político bastante largo, complejo y a juicio de respetables expertos, poco técnico. Lo cierto es que se trató de un texto constitucional elaborado de manera participativa por las fuerzas vivas de la sociedad colombiana y que en su articulado se vieron reflejadas las expectativas de diversos sectores, algunos de los cuales, habían estado históricamente excluidos. En esa diversidad radica su riqueza, la cual fue expresamente reconocida y regulada.

Uno de las decisiones más novedosas fue la definición del Estado colombiano, como Social y Democrático de Derecho, con Carta de Derechos fundamentales, con acciones constitucionales y con organismos idóneos para hacerlos efectivos, en el cual la justicia material, fuera la justificación y razón de ser del aparato burocrático y de las autoridades del nuevo Estado. La consagración de numerosos principios a nivel constitucional dio origen a los estudios de principalística (Pla, R. A. 1998) convirtiéndose en la fuente del derecho judicial, circunstancia que generó tensiones aun no resueltas (Estrada, S. 2011).

La constitucionalización del derecho laboral se expresa desde el mismo preámbulo, en el cual se hace expresa referencia al trabajo como uno de los valores y principios sobre los cuales se sustenta y se inspira la nueva Constitución. De manera temprana la instancia constitucional recién creada, le otorgó a dicho preámbulo un carácter vinculante, al considerar que actuaba como hilo conductor de todo el texto constitucional.

En efecto, en relación con el alcance del preámbulo, mediante sentencia T-426 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) la Corte Constitucional manifestó: “(...) el preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la carta instaure y por tanto, toda norma sea de índole legislativa o de otro nivel, que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la constitución, porque traiciona sus principios (...)”. Adicionalmente el artículo 1 indicó que el Estado Social de Derecho, estaba fundado en la dignidad humana, en el trabajo, y en la solidaridad; y el artículo 2 comprometió a las autoridades públicas con la efectividad de esos derechos.

A diferencia de lo ocurrido con el anterior texto constitucional, el constituyente le otorgó a la Carta carácter normativo, al establecer que es “norma de normas” (Artículo 4), transformando radicalmente el efecto jurídico de su contenido. Sobre el punto la Corte Constitucional en la sentencia T- 06 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.), precisó:

No cabe duda del valor normativo acentuado que la constitución le asigna a las normas sobre derechos, garantías y deberes. Valor normativo que se acompaña con el principio de efectividad que se eleva a fin esencial de Estado y a compromiso ineludible de todas las autoridades públicas...Con ese propósito estaremos vigilantes para que en la Constitución no queden solamente enunciados múltiples derechos que, de suyo, no garantizan una condiciones de vida dignas y decorosas y abogaremos por unas fórmulas constitucionales con capacidad suficiente para regular y transformar la realidad social.

Como ya se expresó, en este nuevo horizonte y sin perder de vista el marco internacional constituido tanto por la existencia de derechos humanos laborales y derechos humanos de las mujeres, los cuales forman parte del texto constitucional en atención a la figura del bloque de constitucionalidad adoptada por medio del artículo 93 constitucional, es que deben estudiarse los principios laborales constitucionalizados, los que se constituyen en eje transversal y sustento del todo el ordenamiento jurídico laboral.

3.1 El trabajo como derecho fundamental

Después del preámbulo y los artículos 1 y 2 en relación con el trabajo, se encuentra el Artículo 25, el que lo define como: “(...) un derecho y una obligación que goza en todas sus modalidades de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

La primera discusión se dio para establecer cuál era el carácter del trabajo y cuál su ubicación en el nuevo orden jurídico. En la sentencia T-222 de 1992 (M.P. Ciro Angarita), la Corte consideró que: “Cuando la constitución de 1991 decidió garantizar un orden político, económico y social justo e hizo del trabajo requisito indispensable del Estado, quiso significar con ello que la materia laboral, en sus diversas manifestaciones, no puede estar ausente en la construcción de la nueva legalidad”.

Más adelante y con la finalidad de defender el trabajo como derecho fundamental, en la misma sentencia agregó: “El trabajo es un derecho fundamental que goza de especial protección del Estado y, además es uno de los bienes que para todos pretende conseguir la organización social, según el preámbulo, y uno de los valores fundamentales de la República, (...)”.

En la sentencia T- 225 de 1992 (M.P. Jaime Sanín) insistió “En este momento de la cultura mundial y del sentimiento nacional, parece innecesario destacar la importancia del trabajo y bastará decir que hace mucho dejó de ser una mercancía sujeta a los mecanismos del que hacer económico para convertirse en atributo de la personalidad jurídica, un valor de la existencia individual y comunitaria y un medio de perfeccionamiento del ser humano y de la sociedad toda, que no podría existir sin él”.

En la sentencia T-457 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón) en relación con la responsabilidad que les concierne a las autoridades sobre la realización de los derechos fundamentales, reflexionó en estos términos: “La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional (...). En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquellos que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela”, estableciendo una relación antes desconocida entre jueces y eficacia de los derechos fundamentales.

El reconocimiento del trabajo como derecho fundamental ha sido reiterado en innumerables oportunidades, razón por la cual la acción

de tutela se convirtió en la acción más efectiva para evitar o superar su vulneración. Sobre este tema, en la sentencia T-799 de 1998 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) manifestó a la Corte, que:

“El núcleo esencial de los derechos fundamentales ha sido entendido como el reducto medular invulnerable que no puede ser puesto en peligro por autoridad o particular alguno (...) Con el derecho al trabajo, consagrado como derecho fundamental en el artículo 25 constitucional y en los convenios internacionales suscritos por Colombia, sucede como con los demás de su clase: muchas de las prerrogativas laborales que se derivan de su naturaleza esencial no alcanzan el nivel de derechos fundamentales, y por tanto, no son susceptibles de protección por vía de tutela (...) No obstante, la Corte ha establecido una excepción a la regla: para cada caso concreto, cuando quiera que la vulneración de un derecho conexo conlleva el ataque injustificado del núcleo esencial del derecho fundamental, la tutela es el mecanismo adecuado para hacer efectiva la protección del Estado”.

En el mismo sentido la sentencia C-593 de 2014 (M.P. Jorge Pretelt Chaljub), al hacer referencia al trabajo reiteró una vez más que: “La protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva tanto del empresario como la del trabajador o del servidor público, no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada (...)”.

Lo anterior implica entonces que dentro de la nueva concepción del Estado como Social de Derecho, debe entenderse la consagración constitucional del trabajo no sólo como factor básico de la organización social sino como principio axiológico de la Carta”.

3.2 El trabajo en Condiciones Dignas y Justas

El inciso segundo del mencionado Art. 25 ordena que el derecho al trabajo debe desarrollarse en condiciones dignas y justas, circunstancia que genera competencias para su verificación por la vía judicial o administrativa, de conformidad con la ley, a fin de establecer el grado de observancia de empleadores particulares y públicos de la normatividad aplicable a las relaciones de trabajo y a sus derechos mínimos irrenunciables.

Este mandato sobre las condiciones en que deben desarrollarse las actividades laborales es nuevo en el ordenamiento jurídico colombiano y guarda armonía con los mandatos del Protocolo adicional de San Salvador, referido a los derechos económicos, sociales y culturales. En la práctica tal postulado implica una restricción al *ius variandi* del empleador, el cual debe armonizarse con las condiciones dignas y justas, lo que equivale a hacer un uso razonable de su poder subordinante.

El principio de las condiciones dignas y justas ha sido relevante en múltiples situaciones, entre otras, frente a los traslados por razones de salud. Con ocasión de la sentencia T-694 de 1998 (M.P Antonio Barrera Carbonell) al decidir la tutela interpuesta por una docente que padecía graves problemas de salud, por los cuales había sido intervenida quirúrgicamente, existiendo recomendación médica para su reubicación dada la inconveniencia de movilizarse diariamente hasta su sitio de trabajo, dijo la Corte:

[...] el derecho a la vida no solamente se desconoce cuándo se pone a su titular al borde de la muerte, sino cuando se le obliga a sufrir una situación incómoda y, desde todo punto de vista, contraria al principio de dignidad humana consagrado en el artículo 1 de la Constitución. (...) Si el trabajador tiene que arriesgar su integridad física, su salud y su vida en condiciones dignas porque el desplazamiento al lugar de trabajo o éste mismo lo conducen al padecimiento de dolores, incomodidades excesivas y aun peligro para el funcionamiento normal de su organismo, que es parte del derecho a la vida en condiciones dignas, así no conduzca necesariamente a la muerte, es procedente la tutela de tales derechos y el juez constitucional debe proceder de conformidad.

Con estas consideraciones concedió la tutela, ordenando se realice el traslado a la primera vacante que se presente, con la finalidad de hacer realidad las condiciones dignas y justas del trabajo.

Avanzando en su hermenéutica en la sentencia T-144 de 1999 (M.P José Gregorio Hernández Galindo) en la que se decidieron diversas tutelas relacionadas con el no pago oportuno de los salarios o de los reajustes legales. Para la Corporación:

“Las condiciones dignas y justas de la relación laboral se aplican, por imperativo mandato constitucional, a todas las formas y expresiones del trabajo, y entre ellas, la oportunidad en la cancelación de los salarios y prestaciones desempeña el mismo papel. Las capacidades del individuo -aun con la diversidad existente en cuanto a las modalidades laborales, en su magnitud, alcances y niveles-, se orientan hacia la ejecución de las labores asumidas con un propósito y por

una causa primordial, que residen normalmente en la remuneración, sin perjuicio de otros móviles estimados valiosos por quien trabaja, como la realización de sus propias tendencias y expectativas en los aspectos personal y profesional”.

La Corporación como puede deducirse establece un nexo directo entre el respeto a las condiciones dignas y justas del trabajo y el cumplimiento de los mínimos laborales establecidos tanto legal como convencionalmente.

De allí que no baste con acoger las directrices del artículo 53 superior, sino que como ya lo señaló la sentencia C-898 de 2006 (M.P. José Manuel Cepeda Espinosa), al decidir la inexequibilidad del literal f) del Art. 3º de la Ley 1010 de 2006, respecto a considerar como un atenuante de la conducta de acoso laboral “los vínculos familiares y afectivos “(...) el mismo compromete con (...) la garantía de otros derechos fundamentales en el ámbito laboral como son el derecho a la integridad tanto física como moral, el derecho a la igualdad, a la intimidad, al buen nombre, y a la libertad sexual, entre otros”, lo que implica la integralidad del principio de condiciones dignas y justas, según el cual no basta cancelar el salario justo, sino hacerlo con respeto por la dignidad humana y el aporte al desarrollo empresarial de las mujeres y hombres que prestan servicios personales y subordinados.

Dentro de la misma línea jurisprudencial se ubica la sentencia T-541 de 2014 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), en la cual se tuteló el derecho fundamental de una educadora al trabajo en condiciones dignas y justas, las cuales fueron vulneradas mediante un escrito publicado por la Rectoría de una institución educativa, en el cual se acusaba a varios docentes, entre ellos, a la tutelante de fomentar conductas delictivas entre los estudiantes, con lo cual se afectó el buen nombre y la honra de la docente, circunstancia que en ambiente laboral, vulnera el principio de las condiciones dignas y justas previstas en la Carta Constitucional.

En tal sentido y con la finalidad de salvaguardar tan caros derechos, se concedió la tutela y se ordenó al Rector publicar por los medios institucionales un texto donde se reconozca que la indebida actuación de la Institución vulneró el “(...) derecho constitucional a la presunción de inocencia y amerita que se le ofrezcan las debidas excusas. Que la institución educativa valora el desempeño de la docente y que en su momento se atenderá, si es el caso, a los resultados de las investigaciones que adelantan los organismos competentes”.

Es de esperar que este principio dinamice tanto la jurisprudencia como la legislación y especialmente la praxis laboral, más aún cuando

el actual gobierno asumió la meta de alcanzar el trabajo decente para Colombia.

Tanto el reconocimiento del derecho al trabajo como fundamental y su prestación en condiciones dignas y justas, se inspiran en la dignidad humana y en los principios de igualdad y libertad. La principalística es ajena a cualquier hermenéutica discriminatoria basada en el género de las personas.

3.3 Libertad de Trabajo

El derecho al trabajo va acompañado de la libertad de trabajo, postulado que se aborda en el artículo 26 constitucional. Si se analiza de manera integral la regulación laboral colombiana, se encuentra que este mandato aparentemente entra en contradicción con uno de los elementos básicos de la relación laboral, como es la subordinación. Sin embargo, esta confrontación es solo aparente, puesto que la libertad se predica respecto del momento de inicio de la actividad laboral; en la posibilidad que tiene quien va a trabajar, de aceptar o no dicha vinculación, de acoger las condiciones salariales y prestaciones que se ofrecen. Una vez formalizado el vínculo, la subordinación o la capacidad legal del empleador de dar órdenes y de quien trabaja de acatarlas, contribuye a dar identidad laboral a la relación de las partes. La subordinación se restringe al ámbito del trabajo y los mandatos deben proferirse con respeto al marco constitucional y legal, esto es, sin afectar la dignidad humana ni los derechos laborales.

La hermenéutica de la Corte Constitucional de manera reiterada enseñó que la subordinación no es esclavitud, puesto que “tienen como límite obligado el respeto por la dignidad del trabajador y por sus derechos fundamentales. Estos, por consiguiente, constituyen esferas de protección que no pueden verse afectadas en forma alguna por la acción de aquél” (SU-342 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell). Con lo cual se pone freno a algunas prácticas indebidas de aquellos empleadores que exceden sus facultades subordinantes, incluyendo la intromisión en la libertad religiosa o la autonomía política de sus trabajadores.

Las anteriores circunstancias hicieron necesario que a través de la sentencia C-299 de 1998 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), la Corporación señalara el alcance del poder subordinante del empleador, al establecer que este consiste en:

(...) impartir las órdenes, dirigir a los empleados, imponer los reglamentos, y disponer lo relativo a las relaciones internas de la empresa, con el propósito de conseguir que ella marche de acuerdo con los fines y objetivos para los cuales se creó; el trabajador debe acatar lo

ordenado, y someterse a las reglas y cumplirlas, lo cual no afecta por sí solo sus derechos ni su dignidad. Sin embargo, la subordinación no se puede extender hasta el punto de afectar “los derechos y prerrogativas que son esenciales a la persona humana para mantener su dignidad de tal”.

Como quedó claramente establecido las órdenes deben estar relacionadas con la actividad laboral contratada y encuentra en los derechos humanos y en los derechos laborales de los trabajadores un límite necesario e imprescindible.

Al año siguiente, por medio de la sentencia T-568 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), la Corte complementó el marco de acción del empleador, al indicar que otra limitación “son las normas contenidas en los convenios y tratados internacionales relativos a los derechos humanos laborales, tal como lo disponen los arts. 53, inciso 4, 93 y 94 de la Constitución, que prevalecen en el orden interno e integran, como lo observó la Corte, el bloque de constitucionalidad”.

El Reglamento Interno de Trabajo, se configura en otra limitación a la libertad de trabajo. Sin embargo, esta competencia del empleador también se encuentra limitada por: i) la Constitución; ii) los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos; iii) la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, los cuales “no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores” (Art. 53 C.N.). Lo que significa que la autonomía configurativa de los asociados de una actividad empresarial está sujeta a una racionalidad constitucional y legal tendiente a salvaguardar los derechos fundamentales de los participantes en dicha empresa.

Una decisión polémica sobre la libertad de trabajo, fue la contenida en la sentencia que T- 629 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao), en la cual se analizó el ejercicio de la prostitución por parte de mujeres mayores de edad, que sin presiones ni engaños deciden ejercer esta actividad, como una opción individual que se enmarca dentro del Artículo 26 constitucional y que por lo mismo, conlleva una práctica de libertad de oficio. Con independencia de los prejuicios personales y de los señalamientos sociales basados en creencias religiosas, la Corporación consideró pertinente otorgarles a estas personas, ya marginadas social, cultural y económicamente, la protección jurídica consagrada tanto en la Constitución como en la ley laboral, cuando quiera que so pretexto de su ilegalidad quienes se beneficiaron de dicha actividad, pretendan además desconocer las normas vigentes. De allí que:

Habrá contrato de trabajo y así debe ser entendido, cuando el o la trabajadora sexual ha actuado bajo plena capacidad y voluntad, cuando

no hay inducción ninguna a la prostitución, cuando las prestaciones sexuales y demás del servicio, se desarrollen bajo condiciones de dignidad y libertad para el trabajador y por supuesto cuando exista subordinación limitada por el carácter de la prestación, continuidad y pago de una remuneración previamente definida. Una conclusión del juez constitucional que no pretende ni auspiciar la actividad, ni desconocer su carácter no ejemplificante, mas sí proteger a quienes se ganan la vida y cumplen con su derecho al trabajo a través de la prostitución ejercida no de modo independiente sino al servicio de un establecimiento de comercio dedicado a ello”.

En opinión de la Corte Constitucional, no existe prohibición legal en Colombia de ejercer la prostitución, de hecho los centros dedicados a esta actividad se encuentran registrados en las Cámaras de Comercio y pagan impuestos. Con este razonamiento otorgó la tutela, al mismo tiempo que entendió como un ejercicio de libertad el optar por esta actividad, la que constituye relación laboral frente a un empleador subordinante.

Con la sentencia T-434 de 2011 (M.P. Mauricio González Cuervo), de manera expresa dijo la Corte: “Las decisiones del empresario no serán restringidas por el Estado siempre que no invaliden injustificadamente la libertad de los trabajadores por lo que al patrono se le exige una “razonabilidad constitucional” en sus acciones. La libertad de regulación de las empresas no es absoluta como lo ha dicho la Corte en reiterados pronunciamientos, en la medida en que no puede limitar o desconocer los derechos de trabajadores infringiendo la Constitución y las leyes”.

3.4 Principios Fundamentales del Trabajo

Mediante la sentencia T-457 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón), la Corte constitucional generó un vínculo inescindible entre las condiciones dignas y justas consagradas en el inciso final del Art. 25 de la C.N. y el contenido del Art. 53 de la Carta, en cuanto a su juicio, sólo estos mínimos pueden garantizar el derecho fundamental al trabajo.

De este texto se han extractado los siguientes principios a los cuales se hará referencia:

3.4.1 Igualdad de oportunidades para los trabajadores y no discriminación

3.4.1.1 No discriminación por razones de salud.

3.4.1.2 No discriminación por razones de género.

- 3.4.2 Primacía de la realidad.
- 3.4.3 Protección a la maternidad.
- 3.4.4 Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales.
- 3.4.5 Estabilidad.
- 3.4.6 Favorabilidad y condición más beneficiosa.
- 3.4.7 Otros Principios.
 - 3.4.7.1 Mínimo Vital.
 - 3.4.7.2 Buena Fe.

El anterior listado no es el único, ya que una nueva hermenéutica de los valores constitucionales y de estos principios, podría generar otros derechos fundamentales que den respuesta a realidades futuras. Tal situación debe valorarse como un logro, ya que son los principios, el fundamento y teleología del ordenamiento jurídico, más aún cuando la temporalidad de las leyes, su carácter coyuntural, las tensiones políticas y los grandes intereses económicos, le restan solidez al ordenamiento jurídico.

Conviene a continuación y siguiendo el texto “Principios del derecho laboral: líneas jurisprudenciales” (Goyes, Hidalgo, 2007), hacer una breve referencia al significado y alcance de cada uno de ellos, analizados con enfoque de derechos y perspectiva de género, como corresponde a una sociedad comprometida con la reconstrucción del tejido social, tarea en la cual, la principalística laboral, está llamada a desempeñar un papel que siguiendo los mandatos del constituyente primario realice la justicia material como escenario previo a la consolidación de la paz.

3.4.1 Igualdad de Oportunidades y no discriminación

La Organización Internacional del Trabajo, identifica este principio como el mandato de “no discriminación” en el ámbito laboral, el que obliga a las empresas a dar un tratamiento equitativo a todas las personas que le prestan servicios. Dicha igualdad de oportunidades, debe iniciar con las posibilidades de ingreso, continuar durante la vida laboral y mantenerse hasta la culminación de la relación de trabajo.

En el caso colombiano la igualdad de oportunidades para el ingreso, sólo se encuentra regulada con carácter obligatorio para el sector público, ya que por mandato constitucional el ingreso debe ser producto de

un proceso garantista de la igualdad de oportunidades (C-266 de 2002 (M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa), C-588 de 2009 (M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), lo que implica el respeto a la meritocracia en los cargos de carrera administrativa, tal como lo establece la Ley 909 de 2004. Para el sector particular no existe ninguna restricción respecto a los criterios de selección del personal a su servicio; los voceros de este gremio consideran que sería irrelevante legislar al respecto, puesto que el empresario privado, tiene interés en seleccionar de forma rigurosa a sus subalternos, buscando los mejores perfiles para el desempeño de las funciones que les sean encomendadas.

No obstante esta situación normativa, la jurisprudencia constitucional determinó que cuando de manera autónoma, se abre una convocatoria para proveer cargos que pudieron designarse de manera autónoma, debe respetarse el resultado de dicho concurso, puesto que la autolimitación genera expectativas legítimas a quienes participan y se acogen a los términos del concurso. La designación debe respetar, así mismo, el orden de los resultados obtenidos por los participantes.

Ahora bien en la vida empresarial, una de las circunstancias que con frecuencia da origen a trato discriminatorio, es el ejercicio del derecho a la asociación sindical, lo cual resulta paradójico, puesto que se trata de un derecho considerado fundamental por encontrarse consagrado en la Declaración de principios del Trabajo de la OIT de 1998 y por cuanto los convenios que lo desarrollan, el 87 de 1948 y el 98 de 1949 sobre libertad sindical, fueron ratificados por Colombia (Leyes 26 y 27 de 1976) y forman parte de los mandatos constitucionales en virtud del bloque de constitucionalidad, de conformidad con la sentencia C-401 de 1999 (M.P. José Manuel Cepeda Espinosa), además de los convenios 169, sobre pueblos indígenas y tribales, convenio 138 (edad mínima), convenio 182 (peores formas de trabajo infantil), y todos aquellos que sean incluidos por la jurisprudencia constitucional dentro de este bloque.

En numerosas oportunidades la Corte Constitucional tuteló a los sindicalistas que fueron víctimas de trato discriminatorio por parte de sus empleadores, tal circunstancia se analizó con ocasión de la sentencia SU-342 de 1995 M.P. (Antonio Barrera Carbonell), en la que denunció el irrespeto al principio de igualdad de oportunidades por parte de aquellos empleados que “mediante sutiles procedimientos utilizan la firma de pactos colectivos, previa la renuncia de los trabajadores beneficiados con el mismo al sindicato, con el fin de otorgar mejores condiciones de trabajo a los trabajadores no sindicalizados, en comparación con los trabajadores sindicalizados”. Eventos discriminatorios referidos a salarios, prestaciones, jornada, cesantía, sufridos por personal sindicalizado fueron estudiados y tutelados en las sentencias SU-509 de 1995,

SU-510 de 1995, SU-511 de 1995, SU-599 de 1995, T-173 de 1995, T-300 de 2000, T-436 de 2000 y SU-998 de 2000, se reconoció la posibilidad de conceder por vía de tutela el reintegro de aquellas personas despedidas con vulneración de los principios relacionados con el derecho de asociación sindical.

Una evaluación sistemática de la jurisprudencia constitucional permite identificar los eventos en los cuales, el trato diferencial no significa vulneración de la igualdad de oportunidades, ellos son: “1) empírico: que se trate de casos diferentes; 2) normativo: que exista un fin normativo que justifique racional y proporcionalmente la diferencia de trato y 3) valorativo: que la medida adoptada sea adecuada –razonable– a la luz de los principios y valores constitucionales”. Agregando como criterios de identificación de tratos desiguales frente a trabajadores sindicalizados la posición jerárquica del sindicalizado, la relación entre número de trabajadores despedidos y frecuencia del hecho y el animus del empleador de afectar el derecho de asociación sindical (T-223 de 2001, (M.P. Dr. Fabio Morón Díaz), T-1321 de 2001 (M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra) y T-1328 de 2001 (M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinoza).

En relación con este principio, hay dos eventos que no sólo exigen igualdad de oportunidades, sino discriminación positiva o trato privilegiado en favor de aquellos grupos de personas que han padecido discriminación histórica basada en criterios sospechosos, tales como las capacidades diferentes y el género (condición femenina y diversidad sexual). Con el objetivo de alcanzar la igualdad, el ordenamiento jurídico, no sólo admite sino que promueve acciones afirmativas, tal es el caso de la estabilidad reforzada en el trabajo, consagrada bajo consideraciones como las siguientes: “Las acciones afirmativas surgieron históricamente con una doble finalidad: (i) para compensar a ciertos grupos discriminados a lo largo de la historia, (ii) para nivelar las condiciones de quienes, por haber sido discriminados, se vieron impedidos de disfrutar sus derechos en las mismas condiciones que los demás, (iii) para incrementar niveles de participación” (Sentencias T-964 de 2004 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-965 de 2004 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

3.4.1.1 No discriminación por razones de salud

Otorga estabilidad reforzada a aquellas personas que padecían alguna disminución de su capacidad laboral al ingreso a la empresa o que durante la relación sufrieron quebrantos de salud que afectaron su capacidad laboral, exigiendo según el caso o no, la calificación acerca de los porcentajes de invalidez, tal como lo señalan las sentencias T-1040 de 2001 y T-351 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-198 de 2006 (M.P.

Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-121 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Tal protección procede sin tener en cuenta la modalidad del vínculo contractual, incluyendo trabajadores en misión, cooperados e incluso contratistas de prestación de servicios, circunstancia de la que dan cuenta las sentencias T-449 de 2008, T-125 de 2009, T-281 de 2010, T-651 de 2010, T-281 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y 263 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

La línea comienza con la sentencia T- 576 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), en la cual la Corte fijó una dirección protectora, al establecer que si bien no existe un derecho fundamental a conservar o permanecer en un trabajo, cuando se trata “(...) de un empleado en circunstancias de debilidad manifiesta y, quien, adicionalmente, presenta una estabilidad laboral reforzada, en virtud de su especial condición física o laboral, la tutela procede como mecanismo definitivo para el reintegro laboral”, reflexión con la cual viabilizó la procedencia de la acción de amparo.

La circunstancia de carecer de la calificación de invalidez tampoco fue considerada un óbice para negar la protección, puesto que de conformidad con la sentencia T-1040 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) “(...) aquellos trabajadores que sufren una disminución en su estado de salud durante el transcurso del contrato laboral, deben considerarse como personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Razón por la cual, frente a ellas también procede la llamada estabilidad laboral reforzada, por la aplicación directa e inmediata de la Constitución”.

En la sentencia T-398 del 24 de abril de 2008 (M.P. Humberto Sierra Porto), se decidió la acción de amparo interpuesto por una trabajadora a quien el empleador en lugar de cumplir con su deber de reubicarla, dio por terminado el vínculo laboral vulnerando el procedimiento de despido indicado en la Ley 361 de 1997, razón por la cual opera en este caso, la presunción según la cual “(...) su despido fue hecho a causa y con ocasión de su enfermedad”.

Siguiendo las subreglas indicadas en la sentencia T-263 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) la Corte ha sostenido que la estabilidad laboral reforzada implica: “(i) el derecho a conservar el empleo, (ii) a no ser despedido en razón de su situación de vulnerabilidad, (iii) a permanecer en él hasta que se configure una causal objetiva que amerite la desvinculación laboral y (iv) a que el inspector de trabajo o la autoridad que haga sus veces, autorice el despido con base en la verificación previa de dicha causal, a fin de que el mismo pueda ser considerado eficaz”.

La anterior posición jurisprudencial fue ratificada en la sentencia T-003 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), puesto que en tales casos: “El empleador tiene una facultad legal limitada para despedir al trabajador con discapacidad, aun cuando se le indemnice, por cuanto debe cumplir con el procedimiento establecido en la Ley 361 de 1997”.

En esta perspectiva la sentencia T-341 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), al analizar la tutela interpuesta por una trabajadora vinculada por contrato a término fijo, despedida encontrándose en incapacidad médica, la Corporación con apoyos en los precedentes jurisprudenciales, consideró que el despido durante la incapacidad, era un acto discriminatorio, que vulneraba principios fundamentales del trabajo como la solidaridad, la estabilidad reforzada, el mínimo vital, razones por las cuales concedió la tutela y ordenó su reintegro y reubicación en un lugar adecuado a su estado de salud, al igual que el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir y los aportes de la seguridad social.

3.4.1.2 No discriminación por género

Por mandato constitucional Arts. 13 y 43 hombres y mujeres tienen igualdad de oportunidades, en consecuencia no es admisible ninguna discriminación basada en la condición masculina, femenina o de diversidad sexual. Estos postulados constitucionales rompen con el patriarcalismo, que obstaculizó el ingreso de la mujer al mercado laboral, primero por su condición femenina y más adelante con el pretexto de protegerla dada sus especiales condiciones de debilidad. En ese horizonte aún subsiste en el articulado del Código Sustantivo del Trabajo, normas que impide el trabajo de las mujeres en determinadas actividades y en ciertas jornadas de trabajo (Art. 342 C.S.T.). Las acciones de amparo formuladas por mujeres que consideraron vulnerado su derecho a la igualdad de oportunidades, dieron origen a pronunciamientos de la Corte Constitucional donde se analiza en profundidad el sentido y alcance de estos principios fundamentales del trabajo. Los avances jurisprudenciales en relación con este principio de igualdad y no discriminación en relación con el escenario de equidad de género, ya se trató ampliamente en el capítulo precedente.

3.4.2 Principio de Primacía de la Realidad

Este es un principio que se incorporó al ordenamiento jurídico colombiano a partir de la Constitución de 1991 y puede considerarse como uno de los fundamentos de la principalística laboral, a raíz de la crisis contractualista en materia del trabajo. De conformidad con este postulado, es la realidad laboral la que determina los efectos jurídicos,

con independencia del contenido de los contratos o de las figuras jurídicas a las que hubiese recurrido el empleador de buena o de mala fe. En aplicación de este principio es posible develar la realidad oculta tras las formas.

La interpretación y aplicación de este principio, dio origen al contrato realidad, según el cual, será la existencia de la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración, los elementos que indique si existe o no relación de trabajo. En caso de contradicción entre lo real y lo formal, prima la realidad. Sobre el tema, la sentencia C-023 de 1994 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), expresó:

(...) No es posible que las formalidades establecidas por los sujetos lleguen a obstruir los beneficios reales para el trabajador y la realidad misma del derecho al trabajo. Y es lógico que así suceda, pues nunca lo substancial puede subordinarse a lo accidental, sino todo lo contrario: los accidentes deben definir cada vez más lo substancial, en lugar de anular la realidad. De no ser así operaría un desorden jurídico, contrario al orden jurídico que inspira la carta Política.

Mediante la sentencia C-555 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), al estudiar la constitucionalidad de los artículos 6 -16 de la Ley 60 de 1993, en relación con los docentes contratistas, reiteró la Corporación que: “El mencionado principio agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado mismo”. Semejantes afirmaciones corroboran el planteamiento según el cual, el principio de primacía de la realidad es el sustento de los derechos laborales que deben ser reconocidos a todas las personas que prestan sus servicios.

A este principio acudió la sentencia C- 154 de 1997 (M.P. Hernando Herrera Vergara), al declarar la exequibilidad de la Ley 80 de 1993, advirtiendo que la viabilidad de los contratos de prestación de servicios en el sector público, no puede utilizarse para ocultar relaciones laborales. La Corte comenzó precisando las características del contrato de prestación de servicios, como la realización de actividades temporales relacionadas con el objeto de la entidad pública de manera autónoma, razón por la cual no es procedente “(...) el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo”.

Por lo tanto, y tratándose de figuras distintas, las expresiones acusadas del numeral 3o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no vulneran los preceptos constitucionales, por lo que se declaran exequibles, “salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada”.

Conviene en este punto, volver a la sentencia T- 629 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao), la cual fue objeto de estudio al hacer referencia a la libertad de trabajo. Sin embargo, como ocurre con mucha frecuencia, el juez constitucional al igual que quienes tutelan, invocan diversos principios como fundamento de la decisión o como vulnerados por una acción.

Dicha sentencia se tendrá en cuenta ahora, en cuanto la violación del principio de primacía de la realidad, sirvió a la Corte Constitucional para otorgar la tutela interpuesta por una trabajadora sexual de un establecimiento de comercio, despedida por encontrarse en estado de embarazo. De dicha argumentación se extrae el siguiente párrafo:

“La Sala concluye que desarrolló una actividad personal como trabajadora sexual y en la prestación de otros menesteres al servicio del bar, durante los meses de febrero de 2008 y marzo de 2009, tareas realizadas de manera continuada y sujetas a las reglas de subordinación y dependencia admisibles en cuanto a los servicios sexuales y a las demás tareas desempeñadas para la comercialización, organización y limpieza del bar, todo ello a cambio de una retribución económica. Esto es, que se configuró un contrato realidad cuyos términos en el tiempo no están determinados con total precisión en el proceso de tutela, salvo en lo que hace a la fecha de despido, pero cuya existencia se acredita de manera suficiente para reconocer la violación de derechos fundamentales al trabajo, la seguridad social, la igualdad, la dignidad, la protección de la mujer en estado de embarazo, el derecho del que está por nacer, el fuero materno y el mínimo vital”.

En este caso y gracias a la vigencia del principio de primacía de la realidad, fue posible proteger los derechos fundamentales de esta mujer prostituta subordinada, los cuales con fundamento en prejuicios morales y religiosos se habían desconocido. Con toda razón, para la Corporación cuando una sociedad como la colombiana tolera la prostitución, no existe razón alguna para negar los derechos constitucionales y legales que se promulgan de todas las personas, sin discriminación alguna.

Como resulta evidente la aplicación del principio de primacía de la realidad protege la relación del trabajo sin consideración a la modalidad contractual, el género, la actividad laboral, basta que se demuestre la prestación personal, la subordinación y la remuneración para que emerja

la figura de la relación laboral y los derechos salariales y prestacionales que le son inherentes.

En esta misma perspectiva, la sentencia T-029 de 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos), se ocupó de la acción de amparo interpuesta mediante agencia oficiosa por una trabajadora de servicios generales de un centro educativo, quien cuando esperaba un diagnóstico por la existencia de un tumor cerebral fue informado de la no renovación de su contrato a término fijo inferior a un año y que venía renovándose desde hacía seis años. Como consecuencia la E.P.S. suspendió la atención y los medicamentos.

Retomando su línea jurisprudencial conformada tanto por las sentencias ya analizadas como por los fallos siguientes: T-166 de 1997 (M.P. Gregorio Hernández Galindo; T-404 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-909 de 2005 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-616 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), reiteró que:

“(...) son las condiciones objetivas en las que se presta el servicio las que se imponen, por mandato superior, a los calificativos que los sujetos a bien tengan asignarle al momento de celebrar el pacto, pues las obligaciones y derechos en cabeza de las partes de la relación laboral no se restringen a la estricta literalidad de lo acordado, sino que surgen de la auténtica forma en que se desenvuelve la interacción entre el patrono y el trabajador”. De esta manera queda sin ningún valor aquellos actos formales tendientes a desconocer o desvirtuar la realidad laboral, puesto que el principio opera contra dicha arbitrariedades, así se las revista de formalidad.

Como además la trabajadora enfrentaba graves problemas de salud, que aunque surgieron en vigencia de la relación de trabajo, fueron diagnosticados con posterioridad a la terminación del vínculo laboral, a juicio de la Corporación: “(...) están abrigados por la Constitución a través de la figura de estabilidad laboral reforzada, como consecuencia del hecho objetivo que es la enfermedad”.

Además al revisar las circunstancias concretas del caso, se pudo establecer que de conformidad con el principio de primacía de la realidad, por la duración del contrato y por la naturaleza de las labores, que se trataba de un contrato a término indefinido, siendo procedente su reintegro. “(...) en una labor igual o mejor a la que venía desempeñando, brindándole todas las garantías prestacionales a que haya lugar, y pagándole los salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde (...); empleo del cual no podrá separarla sin el agotamiento previo de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico para el efecto”.

Resulta evidente la importancia de este postulado en aras de alcanzar la justicia material con que está comprometido el Estado colombiano, gracias a la protección especial que principios como éste le otorgan a la persona que presta sus servicios, que sin duda es la más débil en esta clase de relaciones. El cabal entendimiento del concepto y sus consecuencias, evitaría el inmenso desgaste de la justicia constitucional y laboral, decidiendo derechos que están consagrados en el ordenamiento jurídico y que surgen con la sola prestación de servicios personales, subordinados y remunerados.

3.4.3 Protección especial a la Maternidad: Fuero de Maternidad

Formalmente la primera ley que se refirió al tema de la maternidad y sus incidencias laborales fue la Ley 129 de 1931 mediante la cual el Estado colombiano ratificó los primeros 26 convenios expedidos por la OIT desde su creación en 1919, entre los cuales figuraba el C 3 referido al empleo de las mujeres en embarazo. Desafortunadamente, la falta de reglamentación hizo nugatoria su aplicación, razón por la cual, la historia laboral colombiana registra como la primera Ley de maternidad la Ley 53 de 1938 conocida como la ley protectora de la maternidad, de la que se destacan los siguientes beneficios: 1) licencia de 8 semanas, permiso de lactancia de 20 minutos cada tres horas, imposibilidad de despido 3 meses antes y 3 meses después del parto y prohibición de emplear a las mujeres en embarazo en trabajos peligrosos, nocturnos e insalubres.

La Ley 197 de 1939 amplió la protección de los 3 meses anteriores al parto a toda la etapa del embarazo. La expedición del Código Sustantivo del Trabajo no trajo ninguna novedad, se limitó a reproducir lo establecido por las leyes anteriores. Con la expedición del Decreto 13 de 1967 (Art. 8)², el despido en licencia de maternidad o en incapacidad proveniente de embarazo, acarrea su nulidad.

La Ley 51 de 1981 que ratificó la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) no produjo la conmoción política, social y cultural que debió producir, por el contrario en vigencia de la teoría dualista constitucional, sin decreto reglamentario, tales normas eran letra muerta. Por esta razón el tema

2. “2. No producirá efecto alguno el despido que el patrono comunique a la trabajadora en tales períodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, este expire durante los descansos o licencias mencionadas” (Art. 8 decreto 13 de 1967).

de la maternidad sólo fue afectado muy parcialmente en virtud de la Ley 50 de 1990, en estos términos:

- Licencia de maternidad de 12 semanas.
- Licencia de maternidad a favor de la madre adoptante del menor de siete años y al padre adoptante cuando carezca de cónyuge o compañera.
- Posibilidad de la madre trabajadora de ceder al padre una de las semanas de la licencia de maternidad en la etapa del parto o en la fase inicial del puerperio.

La Constitución de 1991 en los Arts. 13, 43, 53 consagró la igualdad y la prohibición de discriminar, reconoció la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y la protección especial a la maternidad, incluyendo entre los principios laborales la Protección a la Maternidad, a la Mujer y al Menor, en consonancia con los mandatos de la CEDAW reconoció la protección a la maternidad como un derecho fundamental de las mujeres, susceptible de amparo constitucional.

Este nuevo marco jurídico obligó a una nueva hermenéutica del sentido y alcance del principio de protección a la Maternidad. La línea jurisprudencial comienza con la sentencia T-527 de 1992 (M.P. Fabio Morón Díaz), al resolver una tutela interpuesta por una funcionaria del DAS en estado materno que consideró vulnerado su derecho al trabajo. En esta oportunidad no se concedió la tutela por cuanto no se trataba de un derecho fundamental.

Con la sentencia T-116 de 1993 (M.P. Hernando Herrera Vergara), se resuelve la acción de amparo de un trabajador a quien le negaron una cirugía de oído por falta de un contrato entre la EPS y el hospital. Allí la Corte se refirió a que “la fundamentalidad de un derecho no depende sólo de su naturaleza sino de las circunstancias particulares del caso”.

Tal pronunciamiento no sólo produjo un cambio sustancial en la necesaria universalidad de los derechos fundamentales, sino que significó un avance teórico en materia constitucional, el que se ha tomado como referencia para varios países de América Latina.

En efecto la sentencia T-497 de 1993 (M.P. Fabio Morón Díaz), frente al caso de una funcionaria del Congreso despedida en estado de embarazo, si bien no otorgó la tutela por cuanto no se demostró el perjuicio irremediable, si reconoció que la protección a la maternidad era un derecho fundamental de las mujeres.

En la sentencia C-710 e 1996 (M.P. Jorge Arango Mejía), se estudió la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el Art. 140 del

C.S.T. en lo relacionado con la calificación administrativa que le compete a la Inspección del Trabajo, para establecer si existe o no justa causa para el despido de una trabajadora en embarazo, lo que a juicio de los demandantes vulneraba el principio de igualdad frente a la calificación judicial requerida para despedir a un directivo sindical.

La Corte diferencia los dos casos, y observa que el legislador es autónomo para establecer los procedimientos sin que se vulnere el principio de igualdad, por ser casos distintos, en el derecho protegido, las consecuencias y los procedimientos. Por tal razón declara exequible la norma demandada.

Por medio de la sentencia C-470 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) al definir la constitucionalidad del ordinal 3º artículo 239 C.S.T. que autorizaba el despido de una mujer embarazada sin justa causa y sin autorización del Inspector del Trabajo, con la sola imposición del reconocimiento de una indemnización equivalente a 60 días de salario. Dijo en esa ocasión la Corporación: “debe entenderse que carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente [...]”.

Este caso fue calificado como “caso difícil” y la norma fue declarada exequible en el entendido de que todo despido por causa de embarazo carece de efectos legales y la indemnización se cancela a título de sanción por desconocimiento del mandato constitucional y legal. Esta nueva hermenéutica acorde con los principios constitucionales y los estándares internacionales introdujo un nuevo contexto normativo para la interpretación y aplicación de las normas laborales y que en su momento produjo divergencias con la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia,

En efecto, en sentencia con Radicación 16523 de 2002 (M.P. Luis Gonzalo Toro), la C.S. de J. se apartó de esta decisión precisando que: “La realidad es que si una norma se declara exequible, ella continua intacta y con su texto original, el cual podría ser aplicado e interpretado según el criterio del juez, quien solo está sometido al imperio de la Ley” (art. 230 C.N.).

Por su parte, el Consejo de Estado, en fallo contenido en el Expediente 5065, Sentencia del 3 de noviembre de 1993 (M.P. Clara Forero de Castro), frente al despido de una empleada pública en embarazo y considerando la protección constitucional de la maternidad dijo: “Se deduce entonces que mientras la administración no desvirtúe tal presunción, debe aceptarse que el despido prohibido no tuvo por finalidad el buen servicio, configurándose así la desviación de poder que conlleva

la nulidad del acto del acto de remoción y el reintegro de la empleada, sin perjuicio de la indemnización como sanción”.

Este es uno de los temas que ha merecido a lo largo de los 26 años de existencia de la justicia constitucional, un sinnúmero de pronunciamientos, los cuales y por razones didácticas, se han agrupado de la siguiente manera:

- a) Obligación de motivar los actos administrativos de desvinculación del sector público de mujeres en embarazo, en las sentencias la T-375, T-494 de 2000, T-1243, T-1153 de 2000, T-1569 de 2000,
- b) Reconocimiento del fuero de maternidad en los contratos a término fijo, T-1153 de 2000,
- c) Fuero de maternidad en los contratos por duración de obra, sentencia T-169 de 2008, T-221 de 2007,
- d) Fuero para trabajadoras cooperadas, sentencias T-1099 de 2007, T-004 de 2010,
- e) Fuero de maternidad para trabajadoras en misión, sentencias T-761 de 2007, T-876 de 2010,
- f) Fuero en los casos de servidoras públicas en provisionalidad, sentencias T-245 de 2007,
- g) Fuero materno para las mujeres vinculadas con contrato de aprendizaje, sentencia T-174 de 2011,
- h) Fuero de maternidad para mujeres con relaciones precarias en el sector privado y público, sentencias T-471 de 2009, T-394 de 2010.

Una sentencia que conviene destacar es la T- 805 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), según la cual, una mujer despedida en estado gestante puede solicitar la protección constitucional de su derecho, siempre y cuando se demuestre: (i) que el despido o la desvinculación de la trabajadora tuvo lugar durante los períodos de gestación o lactancia; ii) que el empleador conocía con anterioridad al despido, dicho estado (...); (iii) que el despido se haya producido sin el cumplimiento de los requisitos legales pertinentes, sin la autorización del Inspector del Trabajo, si se trata de trabajadora oficial o particular, o sin que exista resolución motivada del jefe del respectivo organismo, si se trata de servidora pública; (iv) que ese despido o desvinculación sea consecuencia directa del embarazo y no de circunstancias objetivas que lo justifiquen, y (v) que ese despido o desvinculación amenace el mínimo vital de la madre o del nasciturus”.

En virtud de las sentencias T-095 de 2008 y T-1069 de 2008 se modificó la subregla que exigía el conocimiento del estado de embarazo.

Toda esta línea jurisprudencial fue sintetizada por la propia Corporación al proferir en el año 2013 la sentencia T-070 (M.P. Alexie Julio Estrada), en la cual se analizaron 33 eventos de mujeres despedidas o desvinculadas de su trabajo encontrándose en estado de embarazo. Este fallo ha sido objeto de numerosas críticas por su exceso de rigorismo, no obstante, debe reconocerse que fija con precisión los pasos a seguir y las consecuencias jurídicas de la vulneración al principio de la protección especial a la maternidad.

El gran tema de discusión frente a las 33 trabajadoras, era determinar si esta condición a la luz de las normas constitucionales, les otorgaba la prerrogativa de conservar su trabajo, con independencia del carácter laboral o no del mismo, y de las modalidades en que se hubiesen pactado. Tanto para las empleadoras como para la administración de justicia, era claro que dicha protección procedía sujeta a dos condiciones: el carácter laboral del vínculo y el conocimiento sobre el estado de embarazo durante la vigencia de la relación laboral.

Una primera consecuencia de este reconocimiento generalizado fue la negación de la protección en los contratos de cooperativismo y en los de prestación de servicios y en general en todos los no laborales e inclusive en los laborales a término fijo, de obra, etc. Por lo mismo, el primer problema jurídico a determinar es el alcance de la protección constitucional a la maternidad y su relación con la modalidad contractual. La amplia jurisprudencia existente al respecto, será el fundamento para precisar esta primera inquietud.

La posición de la Corte sobre este punto se fijó después de un amplio recorrido por la normatividad internacional, regional, constitucional y legal en torno a la maternidad, encontrando que se trata de un deber estatal (Art. 43 C.N. Art. 26 PIDESC, CEDAW) del que surge el fuero de maternidad o no discriminación en el trabajo (Arts. 13, 43, 53 C.N. Art. 11 Cedaw, Arts. 1 y 24 CADH, C 3 OIT, R 95 de 1952 OIT, C111 OIT, C156 de 1981). Adicionalmente para el constituyente del 91 la vida es un valor fundante del Estado Social de Derecho (Arts. 11 y 44 C.N.), razón por la cual debe garantizarse a través del salario o ingreso el goce al mínimo vital y la salud. Finalmente se insistió en la estrecha relación entre la protección a la maternidad y la familia reconocida como núcleo esencial de la sociedad colombiana (Arts. 5 y 42 C.N.). Esta revisión permitió a la Corte reconocer que existe un fuero de maternidad que debe ser protegido por el Estado y acatado por los empleadores y todas las entidades públicas y privadas a las que las mujeres en estado gestante presten sus servicios, independientemente de si los mismos, obedecen a un vínculo laboral o no.

Esta hermenéutica aunque con algunas diferencias en sus alcances y en las circunstancias en que se presentan los hechos, es la que dio origen a una serie de sentencias, donde se otorga desde la protección máxima hasta una más laxa que admite los despidos en determinadas circunstancias. Por estas divergencias, se procede a realizar una labor de unificación jurisprudencial, donde radica el mérito y los riesgos de esta sentencia hito.

La segunda limitación hace referencia a la notificación al empleador sobre el estado de embarazo, la cual debía ocurrir durante la vigencia de la relación laboral. Como consecuencia, el debate probatorio se centraba en determinar con certeza si se realizó o no dicha comunicación. El problema para la Corte es establecer si en efecto la consecuencia de la comunicación es el surgimiento o no de la protección constitucional.

Al respecto, se encontró que de una posición estricta, según la cual si no había notificación no había protección, se pasó a una interpretación flexible para los casos de estado notorio (5 meses) y rígida en los demás. A partir de la sentencia T-095 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) se estableció que la notificación no era determinante para el surgimiento de la protección, sino que bastaba con verificar que el embarazo se hubiese presentado en vigencia de la relación laboral, que es el precedente acogido de allí en adelante, aunque no de manera unánime.

Antes de fijar el alcance en los casos concretos, la Corporación indicó que:

La perspectiva adoptada en la presente unificación consiste en considerar la procedibilidad de medidas protectoras siempre que se den los requisitos consignados en el acápite anterior, y trasladar las consecuencias tanto de las particularidades de cada modo de vinculación o prestación, como del conocimiento del embarazo por el empleador (o contratista), no a la viabilidad de la protección misma, sino a la determinación de su alcance. Es decir, se procura la protección siempre que se cumplan los requisitos, pero dicha protección tendrá un alcance distinto según la modalidad de vinculación que presenta la alternativa laboral desarrollada por la mujer gestante y según el empleador haya conocido o no del embarazo al momento del despido.

Por lo mismo, si existe conocimiento del embarazo por parte del empleador, se genera una protección integral y completa, puesto que opera la presunción según la cual el despido obedeció al embarazo y por ende se configura una discriminación basada en el sexo. En cambio, la falta de conocimiento, genera una protección débil, que tiene como fundamento la solidaridad y la estabilidad reforzada tendiente a garan-

tizar un salario o un ingreso económico a la madre y como garantía de los derechos del recién nacido.

El conocimiento del empleador no está sujeto a formalidades. Este puede darse por información directa, por estado notorio, cuando es de conocimiento público y cuando las circunstancias del despido permiten inferirlo.

Respecto a las modalidades contractuales, se afirmó que la protección coherente con el sentido de fuero de maternidad, consiste en garantizar a la mujer trabajadora su derecho efectivo a trabajar independientemente de la alternativa laboral en la que se encuentre, e inclusive en presencia de otras formas de subsistencia como el contrato de prestación de servicios, con cooperativas o con empresas de servicios temporales, etc. entendiéndose que “(...) la manifestación práctica de esta lógica es el reintegro o la renovación del contrato como medida de protección principal”. Las hipótesis son las siguientes:

1.- Contrato laboral a Término indefinido con conocimiento del estado de embarazo y despido sin permiso administrativo. En este caso, las consecuencias son: ineficacia del despido, reintegro, pago de los salarios dejados de percibir.

1.1 El empleador no tiene conocimiento del embarazo, se ordena el pago de las cotizaciones durante el embarazo y le corresponde a la justicia ordinaria decidir si existió o no justa causa del despido, con las consecuencias pertinentes.

1.2 Cuando el empleador no adujo justa causa para el despido y no conoce acerca del embarazo y canceló indemnización. La tutela ordena el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación y la justicia ordinaria decide el reintegro siempre y cuando subsistan las causas que originaron el contrato, evento en el cual ordena el reintegro, los salarios dejados de percibir, los que se compensarán con lo pagado por indemnizaciones.

2. Contrato a término fijo. 2.1 Si conoce el estado de embarazo y la despide antes del vencimiento del término sin permiso administrativo (sin justa causa), el despido es ineficaz, procede el reintegro y el pago de los salarios dejados de devengar.

2.1.1 Si se despide por vencimiento del plazo pactado, el empleador debe acudir ante la Inspección del Trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral. Si considera que subsisten las causas el empleador debe prolongar el contrato durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Si no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato al

vencimiento del plazo y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si no acude ante el inspector del trabajo, el juez de tutela debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación vía tutela si demuestra que subsisten las causas del contrato laboral. La no tramitación del permiso acarrea en todos los casos el pago de la sanción de 60 días de salario del 239 C.S.T.

El empleador no conoce el estado de embarazo, se presenta tres hipótesis:

2.2.1 Termina el contrato sin causa antes del vencimiento, solo procede el pago de cotizaciones durante el periodo de gestación. La renovación por vía de tutela procede si demuestra que las causas del contrato laboral subsisten e inclusive ordenar la indemnización por despido sin justa causa

2.2.2 Desvinculación antes del vencimiento del contrato con justa causa, sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el embarazo y ante la justicia ordinaria la definición de la justa causa.

2.2.3 Despide al vencimiento del término pactado, considerando ésta una justa causa, la protección son las cotizaciones durante el embarazo y la renovación vía tutela si subsisten las causas que originaron el contrato, sin pago de salarios, por considerar que empieza un nuevo contrato a término fijo.

3. Contrato de Obra. El empleador conoce el estado de embarazo y 3.1 desvincula antes de la terminación de la obra, el despido es ineficaz, procede el reintegro y los pagos dejados de percibir.

3.1.1 Se desvincula a la terminación de la obra alegando este hecho como justa causa, es necesario acudir ante la Inspección para que determine si subsisten las causas objetivas que originaron el contrato; si el Inspector determina que subsisten se debe prolongar el contrato durante el embarazo y tres meses más. Si a juicio del inspector no subsisten las causas, podrá terminar el contrato y pagar las cotizaciones durante el embarazo. Si no acude donde el inspector ordena el pago de cotizaciones y vía tutela puede ordenar la renovación si se prueba que subsisten las causas del contrato, además de la sanción de 60 días de salario por no acudir ante la Inspección.

3.2 Cuando el empleador no conoce la condición de embarazada, da lugar a tres hipótesis:

3.2.1 Si la desvincula antes del cumplimiento de la obra, sin alegar justa causa, ordena el pago de las cotizaciones durante el embarazo,

la renovación vía tutela si demuestra que las causas que originaron el contrato subsisten.

3.2.2 Si la desvincula antes del terminar la obra, alegando justa causa, se ordena el pago de cotizaciones durante el embarazo, le corresponde a la justicia ordinaria determinar si existió o no justa causa.

3.2.3 Si despide una vez cumplida la obra, alegando esto como una justa causa, se ordena el pago de las cotizaciones durante el embarazo y la renovación vía tutela si demuestra que subsisten las causas que originaron el contrato.

4. Mujeres gestante vinculadas mediante Cooperativas de Trabajo Asociado. Lo primero es determinar si existió un contrato en realidad, en caso positivo la cooperativa y la empresa donde se encuentra realizando labores la mujer embarazada, serán solidariamente responsables.

5. Mujeres en embarazo con vínculo laboral con empresas de servicios temporales. Se considera pertinente aplicar las reglas indicadas para los contratos a término fijo o para los contratos por obra o labor, dependiendo de la modalidad contractual empleada por la EST.

En los eventos 4 y 5 se entiende que existió notificación cuando conoce del embarazo (i) la cooperativa de trabajo asociado, (ii) la empresa de servicios temporales, o (iii) el tercero o empresa usuaria con el cual contrataron. “Igualmente, deberá preverse que el reintegro procederá ante el tercero contratante o la empresa usuaria, y que en todo caso el lugar de reintegro podrá cambiar y ordenarse según el caso a la empresa usuaria o la cooperativa o EST, de resultar imposibilitada una u otra para garantizarlo”.

6. Mujer embarazada vinculada mediante contrato de prestación de servicios. Lo primero para el operador constitucional, es descartar la existencia de una relación laboral, cuando se trate de un evento que amenaza el mínimo vital. En caso contrario, tal definición le compete al juez ordinario o contencioso laboral. Si la definición se hace por vía de tutela se procederá según la reglas del contrato a término fijo.

7. Empleada embarazada en provisionalidad en cargo de carrera. Se presentan las siguientes hipótesis:

7.1 Sale a concurso, tener en cuenta que el último cargo a proveer será el ocupado por la mujer gestante y en dicho evento cancelará las cotizaciones que le garanticen el pago de la licencia de maternidad;

7.2 Existió supresión del cargo o liquidación de la entidad, se debe garantizar su continuidad hasta que se origine la licencia de materni-

dad, de no ser posible, se cancelarán los salarios y prestaciones, hasta asegurar el goce de la licencia.

8. Empleada de libre nombramiento y remoción. Se pueden distinguir dos hipótesis:

8.1 El empleador conocía del embarazo antes de la declaratoria de insubsistencia, hay lugar a reintegro y al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir,

8.2 El empleador no tuvo conocimiento del estado gestante, se pagan las cotizaciones requeridas para el reconocimiento de la licencia de maternidad.

9. Empleada en embarazo en cargo de carrera. Cuyo cargo se suprime por liquidación de la entidad o por necesidades del servicio, se presentan dos hipótesis:

9.1 Se crea otra entidad, hay lugar al reintegro en un cargo igual o equivalente y al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir;

9.2 No se crea otra entidad similar, se ordena el pago de los salarios y prestaciones durante el embarazo.

Los eventos relacionados con funcionarias públicas en embarazo en periodo de prueba, en carrera administrativa con evaluación de servicios no satisfactoria, o con supresión del cargo de carrera por razones de buen servicio, serán resueltos teniendo en cuenta las circunstancias particulares, razón por la que se excluyeron de la presente sentencia de unificación.

Acerca de la procedencia de la tutela, se indicó:

- 1) Que se debe proponer en un plazo razonable.
- 2) Que el juez constitucional debe realizar el análisis particular.
- 3) Que la protección a la maternidad procede durante el embarazo y la licencia de maternidad.
- 4) Que es necesaria la afectación al mínimo vital de la madre y del hijo.

Haciendo uso de las subreglas antes mencionadas se decidieron los 33 casos de acciones de amparo interpuesta por mujeres despedidas o desvinculadas en estado de embarazo, tutelando en todos los casos a las mujeres vulneradas en su estado materno, definiendo en cada caso puntual, el alcance de dicha protección, acogiendo las subreglas establecidas en este fallo.

Con posterioridad a esta sentencia, los fallos se han proferido ajustándose a las pautas antes mencionadas. Un pronunciamiento judicial que resulta de especial interés es el contenido en la sentencia T-353 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), en el cual se decidieron tres acciones de tutela interpuestas por dos mujeres desvinculadas en estado de embarazo, de juzgados de descongestión judicial aduciendo vencimiento de los términos y una tercera desvinculada encontrándose en incapacidad médica, por idéntica razón.

En los casos de estabilidad laboral reforzada por maternidad, la Corporación consideró que la causa de la desvinculación era legal, en cuanto los juzgados de descongestión son transitorios y los vínculos laborales están sujetos a la continuación o no de dicha situación. En consecuencia, en los dos casos en los que se alegó vulneración a la protección constitucional a la maternidad reflexionó en estos términos: “Así que para determinar cuál es el alcance de las medidas de protección para restituir los derechos de la mujer en estado de embarazo, es necesario que el juez constitucional decida en cada caso bajo su conocimiento, la especificidad de la naturaleza y la forma en que ocurrió la terminación del vínculo laboral”.

Tal decisión se justificó en: 1) la imposibilidad real “(...) de crear un estándar único de órdenes de reintegro o renovación, pues para esta Sala es claro que cada caso, cada labor o función, y cada empresa presenta posibilidades distintas para brindar la garantía de estabilidad de la alternativa laboral de la mujer gestante” y 2) aunque en ciertos casos “(...) la orden de reintegro puede ser fácticamente imposible, no se justifica dejar sin ningún tipo de protección a la mujer embarazada siendo procedente reconocerle, conforme a las particularidades del caso y como medida sustituta, las cotizaciones respectivas a seguridad social, después de la cesación de la relación laboral y hasta el momento en que la mujer acceda a la prestación económica de la licencia de maternidad”.

Dichas argumentaciones, llevaron a la Corporación a reconocer la existencia de estabilidad laboral reforzada, a ordenar el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta tres meses posteriores al parto y a realizar los aportes pertinentes a la seguridad social. Aunque desde luego, se negó la petición de reintegro.

En el tercer caso de la mujer con incapacidad, la reflexión fue distinta puesto que dichas incapacidades si bien debían ser reconocidas por la E.P.S. no tenían la capacidad de otorgarle estabilidad laboral reforzada, puesto que no implicaban un estado de vulnerabilidad, ni una disminución de sus condiciones laborales. Careciendo del fuero de salud y dado que la terminación del vínculo obedeció a la culminación de la descongestión se negó el amparo impetrado.

Los razonamientos expuestos permiten insistir en que la interpretación y aplicación de los principios deben guardar cierta racionalidad, que respete el núcleo central del principio, evitando que un exceso de subreglas, como ocurrió con la sentencia T-070 de 2013, lo transformen en una regla que cierra las puertas a nuevos eventos y posibilidades.

En este año la sentencia C-005 de 2017 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), se pronunció sobre la acción de inconstitucionalidad formuladas contra los Arts. 239 y 240 del C.S.T. en cuanto limitan la estabilidad reforzada por maternidad a la mujer trabajadora en estado de embarazo. Pretendía la actora que se declare la exequibilidad condicionada de las disposiciones acusadas, en el entendido que la estabilidad laboral reforzada también se aplique para el (la) cónyuge o compañero(a) permanente trabajador(a) de la mujer embarazada no trabajadora, razón por la que no puede ser despedido(a) durante el periodo de embarazo o lactancia, salvo que se cuente con la correspondiente autorización del inspector de trabajo. La Corte Constitucional hizo un estudio profundo y decantó dos posturas frente a la hermenéutica de las normas:

1) Quienes defienden la exequibilidad simple, esto es, la estabilidad reforzada beneficia a mujer en embarazo y con relación laboral vigente. Para los desempleados existen mecanismos de protección previstos en la Ley 1636 de 2013 y en los decretos, 1772 de 2015 y 780 de 2016. La mujer embarazada que pierde la condición de beneficiaria puede continuar su afiliación como independiente o a través del régimen subsidiado. La pretensión de crear un fuero laboral de paternidad afecta las finanzas públicas e implica la admisión de omisión legislativa, que en este caso no existe, puesto que una es la situación de la mujer en embarazo con relación laboral y otra sin dicha relación.

2) Los que optan por la exequibilidad condicionada se apoyan en que la estabilidad laboral reforzada protege tanto a la mujer embarazada como al menor por nacer; la nueva interpretación conlleva un avance en la igualdad de género y en la equidad entre los ámbitos familiar y laboral; con el fuero de paternidad se contrarresta la discriminación contra la mujer en edad fértil; el requisito para que opere esta hermenéutica es el concepto de beneficiaria y no el de dependencia económica; si existe vacío normativo que debe subsanarse.

Para resolver consideró el mandato del Art. 43 que confiere especial protección durante el embarazo y subsidio alimentario durante el primer año de vida, si estuviese desempleada; el Art. 53 que impide la discriminación al terminar la relación laboral por causa del embarazo (principio de igualdad y fuero de maternidad); el respeto a la vida como valor fundante de la sociedad colombiana (Preámbulo, Arts. 11 y 44 C.N.), todos los cuales, justifican dicha protección especial.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el fuero de maternidad previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, además de prevenir y sancionar la discriminación por causa o razón del embarazo, desde una perspectiva constitucional e internacional, debe servir también para garantizar a la mujer embarazada o lactante un salario o un ingreso que le permita una vida en condiciones dignas y el goce del derecho al mínimo vital y a la salud, de forma independiente”. Otra consideración fue la relevancia en la familia en la sociedad colombiana (Art. 5 Y 42). Así mismo, la CEDAW aboga por modificar los roles tradicionales de la mujer en la sociedad, en la familia (156 de OIT). La Recomendación 165 de OIT sugiere debe permitirse que “trabajadores con responsabilidades familiares puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo, así como reintegrarse a ella tras una ausencia debida a dichas responsabilidades”, sugerencias que se justifican en el principio de igualdad de trato, puesto “(...) que el acceso y permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo depende, en gran medida, de la implementación de estas estrategias”.

Los desarrollos normativos, la Corte los sintetizó así: De la inicial política de aceptar el doble rol de la mujer como madre y trabajadora, eximiendo de responsabilidad al padre, se pasó a una segunda fase que reconoce los derechos de los padres trabajadores, aunque otorgándoles un rol accesorio en la crianza de las y los hijos. En la tercera fase se reconoce la titularidad neutra de los derechos de conciliación entre funciones laborales y familiares, con idénticos derechos. La última etapa procura un cambio de roles en los planos familiar y laboral de hombres y mujeres, lo que implica un cambio cultural, que permita al padre una participación dinámica y propositiva en el cuidado de los hijos, armonizando vida familiar y laboral y generando mayor equidad de género.

Esta evolución puede juzgarse a través de su propia jurisprudencia. Con la sentencia SU- 389 de 2005 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), se extendió a los padres cabeza de familia las medidas de estabilidad laboral reforzada previstas para las madres cabeza de familia, con fundamento en el Art. 44 C.N y en el principio de interés superior del niño. Mediante la sentencia C-273 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), defendió la licencia de paternidad como un derecho que permite al padre comprometerse con el pleno desarrollo físico y emocional de sus hijas y/o hijos. A través de la sentencia C-174 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), se unificó en 8 días la cobertura de la licencia de paternidad.

De esa manera, se estableció que la estabilidad laboral, no es solo un mecanismo para evitar la discriminación laboral, sino una garantía

para todas las mujeres en embarazo, tengan o no relación laboral. Por otro lado, los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales, establecen que la igualdad de derechos y obligaciones al interior de la familia, son una forma de proteger el desarrollo integral de las y los niños.

Así las cosas, los argumentos de la hermenéutica simple no tienen justificación: Respecto al argumento económico, este sólo se genera por incumplir los imperativos de protección (no obtener el permiso para el despido), al mismo tiempo que se avanza en la integración del rol paterno en la vida familiar. Sobre la existencia de políticas para enfrentar el desempleo, éstas resultan ajenas al impacto emocional, económico y de seguridad social, que sufre la familia que espera un hijo o hija, y que son a todas luces insuficientes (6 meses de cuota monetaria de subsidio familiar cuyo reconocimiento está sometido al procedimiento previsto en la Ley 1636 de 2013). La posibilidad de afiliarse como independiente o subsidiada, desconoce la protección constitucional a la maternidad-paternidad. Finalmente no se acepta aquello que son situaciones jurídicas diferentes, puesto que el criterio que se tuvo en cuenta fue la relación laboral de la mujer gestante o lactante, la cual es equiparable a “(...) la del trabajador(a) que constituye el soporte material y emocional de la mujer gestante o lactante; en una y otra situación se cumplen los fines constitucionales de la garantía (la protección de la maternidad; de la vida en gestación; del interés superior de los niños y niñas; de la unidad familiar y la igualdad en materia de derechos y obligaciones entre los miembros de la pareja)”.

En consecuencia para la Corporación

(...) la exclusión de los padres trabajadores o de la pareja de la gestante o lactante de la protección laboral reforzada, discrimina no solamente a estos miembros del núcleo familiar, sino también a la madre gestante cuya estabilidad depende de su pareja vinculada laboralmente, e incluso del infante comoquiera que quedaría en riesgo, incluso la asistencia y atención en salud oportuna y continua del proceso de gestación y nacimiento. (...) El fortalecimiento del principio de corresponsabilidad de los miembros de la pareja frente a las obligaciones familiares, mediante la extensión de la protección aquí prevista, desfocaliza de la mujer, como única destinataria del fuero de maternidad y de lactancia, las prevenciones a la hora de contratar o vincular laboralmente a un empleado(a).

Con estos razonamientos se declaró la exequibilidad condicionada del numeral 1 del artículo 239 y del numeral 1 del artículo 240 del C.S.T. “en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga

la condición de cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la)”.

Desde 1993 hasta el año 2017 la línea jurisprudencial ha mantenido un desarrollo permanente, cobijando las diversas modalidades contractuales, los distintos empleadores, la más amplia cobertura profesional, ocupacional y de actividades, puesto que se trata de un principio fundamental de las mujeres en primer lugar, de los menores y del núcleo familiar en su conjunto.

No debe olvidarse tampoco, que la protección fundamental a la maternidad no se agota con la garantía de la estabilidad reforzada, sino que se extiende al pago de la licencia de maternidad, prestación económica que busca garantizar los ingresos de la trabajadora que por razón del parto y los cuidados de salud que requieren tanto el menor como la propia madre, debe suspender la realización de las actividades laborales, sin que tal cambio de actividad implique la pérdida de sus ingresos durante el tiempo que dure dicha licencia.

Sin embargo, el incumplimiento por parte de los empleadores de las cotizaciones al sistema, condujeron a algunas EPS a tomar decisiones erróneas e inconstitucionales, al negar el pago de la licencia aduciendo, mora o no pago de las cuotas a cargo del empleador en los casos de relación laboral. La jurisprudencia constitucional muy prolija al respecto, determinó que en todo caso, el incumplimiento del empleador no abolía la obligación de las EPS de efectuar el pago, puesto que existían mecanismos para buscar su efectividad durante el embarazo, en todo caso, le corresponde a la EPS o directamente al empleador cubrir este monto de manera obligatoria y prioritaria.

Los mayores obstáculos se presentan con aquellas mujeres en estado de embarazo que laboran en calidad de independientes. Para ellas, las decisiones reiteradas de la Corte han establecido que la protección rige de manera proporcional al tiempo cotizado al sistema de seguridad social menor a 7 meses, tal como se deduce de las sentencias T-1243 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-530 de 2007 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-963 de 2009 (M.P. Dra. María Victoria Calle Correa).

Debe recordarse que por mandato de la Ley 1622 de 2017 la duración de la licencia de maternidad es de 18 semanas remuneradas con fundamento en el salario devengado al momento de hacer uso de la licencia. Si la trabajadora devenga un salario variable es necesario recurrir al salario promedio del último año. Para hacer uso de este derecho, debe

presentar al empleador una certificación médica que contenga, el estado de embarazo, la fecha probable del parto y la fecha en que empezará dicha licencia.

Este mandato incluye a las mujeres vinculadas al sector público, a la madre adoptante desde la fecha en que recibe al hijo (a) adoptivo, al padre que asume la responsabilidad de la crianza por muerte o enfermedad de la madre. En caso de partos prematuros o de hijos múltiples la licencia se extenderá dos semanas más (Art. 1º Ley 1822 de 2017). Durante el disfrute de la licencia la empleadora debe conservar el puesto a la trabajadora. El despido durante la licencia carece de efecto jurídico.

En términos generales queda prohibido el despido de una mujer en estado de embarazo, el que se presume cuando ocurre durante el embarazo o en los tres meses posteriores al parto (Art. 2º Ley 1822 de 2017). No obstante, si la mujer gestante incurre en justa causa de despido, deberá solicitar a la Inspección del Trabajo el pertinente permiso de despido, el que está condicionado a la garantía del debido proceso a la trabajadora, quien será escuchada y podrá solicitar todas las pruebas que considere pertinentes para probar la ausencia de justa causa (Art. 240 C.S. del T.)

Reconociendo las importantes conquistas a nivel de principalística laboral alcanzadas por las mujeres, desde el reconocimiento como derecho fundamental de la Protección a la Maternidad, hasta la posibilidad legal de tutelar toda amenaza o vulneración de dicha protección, quedan pendientes asuntos de gran trascendencia social, como el condicionamiento de la acción de amparo a la afectación al mínimo vital, de tal suerte, que termina siendo este último principio el prioritario, negando la autonomía del principio de Protección a la Maternidad.

Así mismo, se han realizado grandes avances en el marco normativo desde el derecho al trabajo sin discriminación, hasta la igualdad de oportunidad y de salarios. Desafortunadamente las ley no pueden transformar las realidades, aunque si convertirse en herramientas poderosas para empoderar a las mujeres hasta alcanzar los cambios culturales que aún se requieren a nivel social.

La perspectiva ha permeado la jurisprudencia de las Altas Cortes y de ella han hecho eco, los operadores jurídicos a nivel local. No obstante no es el pensamiento mayoritario, aún subsisten mentes patriarcales e intentos de retroceso, que obligan a las mujeres a permanecer alertas en la defensa de los derechos y en la administración de justicia material.

3.4.4 Principio de Irrenunciabilidad a Mínimos Laborales

La sentencia con la cual se da inicio a esta línea es la C-023 de 1994 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), en la que se estudio la inexecutable de algunos apartes de los Arts. 39 y 40 del Decreto 1647 de 1991, referido a la posibilidad de desvincular personal de carrera y de libre nombramiento y remoción del sector tributario, previo el pago de una indemnización. La Corporación con fundamento en este principio, indicó que la irrenunciabilidad de las garantías laborales se fundamenta “(...) en la conexidad del trabajo con la dignidad humana y con el libre desarrollo de la personalidad (...)”. En consecuencia de admitirse la renuncia, no sería factible cumplir con los mandatos del Art. 2° constitucional. Dijo enfáticamente: “El derecho fundamental al trabajo no puede ser compensado por vías alternativas, porque al ser inherente a la persona, no puede ser susceptible de renuncia tácita en aras de una indemnización”. Con estas reflexiones se excluyó el texto demandado del ordenamiento jurídico.

La sentencia T-149 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) aclaró: “[...] El principio de irrenunciabilidad de los beneficios laborales se apoya en el mejoramiento constante de los niveles de vida y en la dignificación del trabajador... los derechos y prerrogativas en ellas reconocidas se sustraen a la autonomía de la voluntad privada, por lo que no son disponibles salvo los estipulados por la ley”.

En el año 1997 con la sentencia T-166 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), se otorga un nuevo alcance al principio en el sentido de aclarar que “(...) la garantía constitucional estriba en hacer efectivas las de orden legal que favorecen al trabajador, quien indefenso ante el poder del patrono y en razón de sus apremiantes necesidades, podría consentir de manera forzada en renunciar a sus prerrogativas (...) Es ante estas perspectivas que el constituyente y el legislador quitan todo valor jurídico a las renunciaciones que provengan del trabajador y que recaigan sobre los beneficios legales mínimos (...)”.

Con el auge de los procesos de modernización del Estado y el cambio de naturaleza de algunas entidades públicas, los planes de retiro compensado adquirieron gran importancia. La Corte Constitucional a través de la sentencia T-321 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) precisó que tales propuestas “(...) deben contar siempre con la voluntad y la libertad de los trabajadores, a quienes no se puede forzar directa ni veladamente para que se acojan a ellos, ni se los puede hacer objeto de retaliaciones, castigos u hostigamientos posteriores por el solo hecho de haberse negado a participar en tales procesos (...)”. En ese sentido se tuteló al trabajador de carrera obligado a renunciar a los beneficios de la estabilidad a cambio de compensaciones económicas.

Otro desarrollo interesante del principio se dio con la sentencia T-348 de 2001 (M.P. Jaime Araujo Rentería), en la que se decidió la acción de amparo interpuesta por una persona a quien no se le cancelaba la cesantía parcial solicitada como retaliación por no acogerse al nuevo sistema salarial de la entidad que implicaba en su caso, la pérdida de prestaciones, cesantías retroactivas. Las consideraciones que hizo la Corte para otorgar la tutela fueron las siguientes: “(...) el cambio de legislación no puede llevar a que los trabajadores que no quedan cobijados por las nuevas modalidades de protección de sus derechos laborales (...) queden marginados de la igualdad de oportunidades ante la ley”. En consecuencia las empleadoras deben admitir que entre el personal a su servicio pueden coexistir diferentes regímenes sin que tal diversidad afecte los intereses de la empresa.

Con la sentencia T-827 del año 2004 (M.P. Rodrigo Uprimmy), conoció de la acción de amparo interpuesta por un pensionado a quien se le redujo la mesada pensional y se le ordenó devolver los dineros cancelados en exceso, con lo cual el monto de su pensión resultada inferior al 50% del salario mínimo legal. Para la Corporación el valor de la mesada no puede en ningún caso ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, como protección de los derechos al trabajo, a la igualdad, a la irrenunciabilidad, al mínimo vital y a la dignidad humana de quienes después de toda una vida de labores, cumplen con los requisitos para acceder a su pensión de jubilación, de acuerdo con la normatividad vigente.

Del 2004 al 2016 se ha consolidado la línea jurisprudencial sobre el principio de irrenunciabilidad como una forma de protección de la o el trabajador. Al respecto la Sentencia T- 629 de 2016 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), decide la acción de amparo interpuesta por una docente a quien realizaron descuentos de nómina superior al 70% de su salario a pesar de ser madre cabeza de familia, con hijas universitarias y esposo en condición de discapacidad. Para la Corte “Se tiene que, en principio, el salario de un trabajador no puede ser afectado por encima del 50% de acuerdo con lo contenido en el artículo 156 del Código Sustantivo del Trabajo. No obstante, esa regla encuentra su excepción en los embargos por concepto de demandas de alimentos o procesos ejecutivos proveniente de cooperativas,” Recuerda que la prohibición del embargo más allá del 50% del salario mínimo se flexibilizó con la expedición de la Ley 1527 de 2012. No obstante en el caso concreto concede el amparo y ordena embargar hasta el 50% del salario devengado por la tutelante.

La rigidez de este principio se ha denunciado, limita el acceso de quienes devengan el salario mínimo al sistema financiero, sin embargo,

ampara a la trabajadora o trabajador y su familia y evita que en aras de la eficiencia se desconozca o violente los derechos mínimos consagrados a favor de los y las trabajadoras.

De la línea jurisprudencial creada alrededor de este principio, se pueden extraer las siguiente subreglas:

- a) Son mínimos irrenunciables los principios mencionados en los mandatos constitucionales contenidos en los artículos: 25 Trabajo en condiciones dignas y justas (SU-519 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-593 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), 53 Principios laborales (SU 256 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mejía), Art. 39 (C-009 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell), Arts. 48 y 49 sobre seguridad social y salud (T- 762 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa, T-164 de 2013 y T-047 de 2016 M.P. Ignacio Pretelt Chaljub) y Arts. 122 a 125 acerca de las condiciones mínimas para los trabajadores del Estado (C-614 de 2009 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub);
- b) Los derechos establecidos en las leyes laborales y en las convenciones colectivas del trabajo (sentencias T-166 de 1997 (M. P. José Gregorio Hernández Galindez), T-202 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz) , T-1239 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-426 de 2015 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), sentencia con Radicación n°. 42082 de 2014 de la C.S.J. (M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, entre otras).
- c) El principio de irrenunciabilidad es de carácter material y no formal (T-295 de 1999).
- d) La aplicación del principio de la irrenunciabilidad corresponde al Estado y a los particulares (C-177 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda).

Gracias a la vigencia de este principio, la conciliación y la transacción si bien son de recibo en materia del trabajo, están restringidas cuando se trata de derechos ciertos e indiscutibles, dada su irrenunciabilidad; situación que puede obstaculizar la búsqueda de soluciones alternativas a los conflictos laborales, pero que se mantiene en aras de proteger la dignidad humana. Su preservación permite excepciones al principio de consonancia de las decisiones judiciales, al admitir fallos ultra y extra petita cuando resulten afectados los mínimos irrenunciables (sentencias C-968 de 2003 y C- 070 de 2010).

3.4.5 Principio de Estabilidad Laboral

Teniendo en cuenta que los seres humanos en general buscan la trascendencia en la familia y en la sociedad, se planteó el principio de

la estabilidad laboral, que contribuye a alcanzar tan loable meta. De allí que el constituyente primario elevara a rango constitucional un principio que ya se encontraba en el C.S. del T. En criterio de la Corte constitucional este principio tiene una doble finalidad, por una parte “garantizar un medio para el sustento vital y, por otra, garantizar la trascendencia del individuo en sociedad”. Tal estabilidad no es absoluta, sino que está condicionada al cumplimiento cabal de las funciones y tareas encomendadas y a las necesidades reales de la empresa.

En Colombia se consagró tanto la estabilidad simple como la estabilidad reforzada, y aunque las dos buscan garantizar la continuidad laboral, en el segundo evento, la protección es mayor y los procedimientos mucho más engorrosos, ya que deben agotarse permisos administrativos o judiciales previos.

En los eventos en que se presenten justas causas de despido, la estabilidad pierde su validez y el empleador puede proceder a terminar el vínculo contractual sin necesidad de pagar indemnizaciones; esta situación resulta acorde con los intereses de la empresa y la posibilidad de brindar a otras personas opciones de trabajo. Por el contrario, resulta preocupante que la estabilidad resulte cuestionada por la sola voluntad del empleador, quien en ejercicio de su autonomía puede sin ninguna razón terminar la relación laboral, con la sola condición de cancelar una indemnización, afectando la vocación de permanencia del vínculo laboral y el bienestar de un grupo familiar.

La anterior situación es una consecuencia del carácter relativo de la estabilidad laboral, en oposición a la estabilidad absoluta; si bien en la actualidad no es posible garantizar la estabilidad total, si se requiere una estabilidad básica que garantice la continuidad individual y social del trabajo, esto es, su dignidad individual y su trascendencia colectiva.

La sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 109 de 19 de septiembre de 1991, analizó la demanda presentada contra el Art. 3, de Ley 50 de 1990, que modificó el Art. 46 del C.S.T., junto con otras tres disposiciones de la misma norma. Para la Corporación la regulación del contrato a término fijo por escrito y con duración no superior a 3 años, renovable indefinidamente, no merece ninguna objeción.

Respecto a los numerales 1 y 3 del Art. 3, referidos a la posibilidad que tienen las partes de informar con 30 días de anticipación a su vencimiento, el deseo de no prorrogarlo, se considera una expresión de la autonomía de la voluntad, así como las prórrogas automáticas por el mismo período en caso de no dar el aviso mencionado.

El punto de tensión es el numeral 2 sobre los contratos inferiores a un año, cuya prórroga automática opera hasta por tres veces posteriores

al vencimiento del término pactado, por el mismo lapso, y a partir de la cuarta prórroga, de año en año, y así indefinidamente.

Para la Sala Plena, “Explicado así el alcance del artículo 46 del C.S.T. no se ve cómo pueda quebrantar el artículo 17 de la C.N. 1886 (hoy Art. 53 C.N. 1991), porque en ninguna situación de desprotección se coloca al trabajador. Antes por el contrario y en aras de la seguridad jurídica de él y también de su empleador se consagra la renovación automática del contrato en caso de silencio de las partes, ocurrido con una antelación de un mes a la fecha de su expiración (...). De ahí también que expresamente se ordene en el artículo 46 nuevo que en los contratos de trabajo de periodos inferiores a un año, los asalariados tendrán derecho a vacaciones y prima de servicios proporcionales”.

Con estos razonamientos declaró exequible la norma demandada. Desafortunadamente este análisis se realizó a la luz de la Constitución de 1886, por lo que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional.

No obstante, se han querido aminorar sus efectos, en posteriores pronunciamientos, por ejemplo, en la sentencia C-483 de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) la Corte planteó que: “No significa lo anterior que los denominados contratos a término fijo sean per se inconstitucionales; ellos son permitidos siempre que provengan del acuerdo entre las partes, es decir que haya consenso entre el empleador y el trabajador sobre la duración de la relación laboral, y no de la imposición del legislador, pues ésta se opone a la Carta en cuanto condena por vía general a una determinada clase de trabajadores a la inestabilidad en el empleo”. Como se ve, la posición de la Corte Constitucional busca la armonía entre el principio de estabilidad y la autonomía de las partes para pactar el plazo de la relación laboral.

En idéntico sentido se pronunció en la sentencia C-588 de 1995 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), se demandó la constitucionalidad de los términos “pero es renovable indefinidamente y así sucesivamente”, contenidos en los numerales 2 y 3 del Art. 3 de la ley 50 de 1990, en la que insistió en que no hay oposición entre los contratos a término fijo y la estabilidad laboral, puesto que las relaciones del trabajo no son para siempre y debe protegerse también la libertad de las partes para poner fin a una relación laboral. Se expresó la Corte en estos términos:

El principio de la estabilidad en el empleo no se opone a la celebración de contratos a término definido. Las relaciones laborales no son perennes o indefinidas, pues tanto el empleador como el trabajador, en las condiciones previstas en la ley y en el contrato tienen libertad para ponerles fin. La estabilidad, por lo tanto, no se refiere a la duración infinita del contrato de trabajo, de modo que aquélla se torne

en absoluta, sino que, ella sugiere la idea de continuidad, a lo que dura o se mantiene en el tiempo. Bajo este entendido, el contrato a término fijo responde a la idea de la estabilidad en el empleo. Por lo tanto, no es cierto que sólo el contrato a término indefinido confiere estabilidad en el empleo, pues el patrono siempre tiene la libertad de terminarlo, bien invocando una justa causa o sin ésta, pagando una indemnización.

Con estos argumentos se declaró su exequibilidad.

Por su parte, la sentencia C-003 de 1998 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), se decidió la demanda de constitucionalidad contra el Art. 2º de la ley 64 de 1946 (contrato de trabajadores oficiales), en cuanto establece que los contratos no podrán celebrarse por términos superior a dos años y al determinar que la falta de término, implica que la duración del mismo es de seis meses, en seis meses; así como de la expresión se puede prescindir del servicio pagando el respectivo período. Para los demandantes tal disposición vulnera los Arts. 25, 42, 53, 93 y 209 constitucionales.

Para la Corporación “(...) el hecho de que la vinculación del trabajador oficial se lleve a cabo a través de un contrato, (...) y que el acto que se concluye se perfecciona mediante el acuerdo de las voluntades de las partes, nada obsta para que el legislador fije las pautas dentro de las cuales debe moverse tal autonomía contractual, máxime cuando está de por medio la consideración de que el trabajo que se contrata, busca realizar algún objetivo de interés común, en cuanto que es llevado a cabo para alguna entidad estatal la cual, por definición, nunca persigue intereses de otra índole”, así las cosas, se declaró su exequibilidad, en el entendido de que la disposición no impide la celebración de contratos de trabajo a término indefinido con la Administración Pública, si así lo establecen las partes.

El segundo aparte de la norma demandada es del siguiente tenor: “a menos que las partes se reserven el derecho de terminarlo unilateralmente mediante aviso a la otra con antelación no inferior al período que regule los pagos del salario de acuerdo con la costumbre, y previa cancelación de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar. Puede prescindirse del aviso, pagando igual salario.” Esto es lo que se conoce con el nombre de cláusula de reserva, la que corresponde al antiguo Art. 48 del C.S.T. en virtud del cual se eximia al empleador de pagar la indemnización por despido sin justa causa. La norma fue derogada en virtud del Decreto 2351 de 1968. En el marco de los derechos laborales constitucionales, tal norma es inaceptable, tal como de manera enfática, lo reconoció la Corte, al manifestar: “La cláusula de reserva se erige en un desconocimiento frontal de la garantía

de estabilidad laboral que reconoce la Carta Política de manera expresa en el artículo 53 superior (...). La garantía de estabilidad laboral sólo se ve suficientemente respetada cuando las normas jurídicas garantizan una indemnización por despido injustificado”. Con estos argumentos declaró inexecutable el texto mencionado contenido de la cláusula de reserva.

Así mismo, la sentencia T-546 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), retomó su posición al reiterar, que “La jurisprudencia de la Corte ha determinado entonces, que la estabilidad laboral no puede garantizar la permanencia en un empleo determinado, aun en los casos en que la terminación del contrato provenga de una decisión injustificada por parte del patrono”. En tales hipótesis, la protección de la estabilidad laboral se produce a través de la imposición de una obligación secundaria al empleador, que es el reconocimiento de la indemnización.

A diferencia de la estabilidad relativa antes analizada, existe en Colombia la figura de la estabilidad especial o reforzada, que implica una estabilidad de mejor categoría. Si bien no es absoluta, conlleva restricciones superiores por tratarse de personas amparadas con el fuero de salud, el fuero sindical, el fuero de maternidad, madres o padres cabeza de familia, personas vinculadas a la carrera administrativa, entre otros, cuyo despido está supeditado al cumplimiento de procedimientos previos ya de carácter administrativo o judicial, en todo caso, con garantía del derecho de defensa, doble instancia, petición y práctica de pruebas, según sea el caso. A todas estas figuras se hace relación expresa en este texto, razón por la cual, en este punto, basta con afirmar que para numerosos tratadistas, la única figura compatible con el postulado constitucional de la estabilidad, es la reforzada, la cual no debe limitarse a los casos mencionados, sino que dicha hermenéutica debe hacerse extensiva a toda persona que preste un servicio eficiente, siempre y cuando, subsistan las condiciones que dieron origen al vínculo laboral.

Un evento *sui generis*, es el generado con aquellas personas que si bien no pertenecen a la carrera administrativa, desempeñan funciones correspondientes a cargos de carrera en provisionalidad, los cuales tradicionalmente se equiparaban a los funcionarios de libre nombramiento y remoción. Con ocasión de la sentencia SU-917 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), se aclaró que:

“Quienes desempeñan empleos pertenecientes a la carrera, sin estar inscritos o en provisionalidad, sí tienen un grado de estabilidad, aunque menor por ausencia del fuero propio de los inscritos. Así, el que desempeñe empleo de carrera en provisionalidad, no significa que deje de desempeñar empleo de carrera y se convierta en funcionario

de naturaleza política, de libre nombramiento y remoción, en sujeto del tratamiento político o discrecional”.

En las actuales condiciones de escasez de empleo a nivel local, nacional y global, la estabilidad laboral como principio protector recuperó la trascendencia que tuvo en sus inicios, puesto que en la era de la globalización y la flexibilización, se promociona la idea según la cual, es el cambio, el emprendimiento, la movilidad, los valores que persiguen las nuevas generaciones que se insertan al mercado laboral, cuando la realidad demuestra que el deseo de trascendencia permanece y que la estabilidad en el trabajo, le otorga solidez a la familia, a los afectos y a la posibilidad de asumir responsabilidades y compromisos con vocación de permanencia.

Las líneas jurisprudenciales relacionadas con el Fuero de Salud y el Fuero de Maternidad son ejemplos de la estabilidad reforzada y en este aspecto se remite a dichos apartes de este mismo capítulo.

3.4.6 Principio de Favorabilidad y Condición más beneficiosa

La favorabilidad es uno de los principios de mayor arraigo en el derecho del trabajo. A él dedicó varias páginas de su obra Américo Plá Rodríguez, para quien este postulado guarda estrecha relación con el desequilibrio existente entre las partes de la relación laboral. Por un lado el empleador, dueño de los medios de producción, de las pruebas y de las mejores condiciones para su defensa, y por otro lado, la persona que presta el servicio, en situación de vulnerabilidad por sus dificultades económicas, desconocimiento normativo y marginalidad social. La favorabilidad puesta en la balanza de la justicia, tiene por fin equilibrar dicha relación.

La jurisprudencia constitucional, indicó que la interpretación del principio de la favorabilidad obligaba al operador jurídico escoger entre “las diferentes interpretaciones que el juzgador encuentre lógicamente posibles y razonablemente aplicables al caso”, aquella que resulte más favorable a los intereses de quien trabaja.

Acorde con la doctrina internacional, la Corte Constitucional adopta la clasificación que conlleva este principio, entre la favorabilidad propiamente dicha, que es la que se predica cuando existen dos normas aplicables a un caso; el indubio pro operario, que opera cuando una norma admite más de una interpretación racional, y la condición más beneficiosa, relacionada con la vigencia para determinadas personas de normas derogadas o excluidas del ordenamiento jurídico. En este punto,

la jurisprudencia colombiana, aun mantiene reservas y con ocasiones hace referencia a ella identificándola con la favorabilidad propiamente dicha (sentencia C-168 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

El mayor avance en la hermenéutica de la favorabilidad se produjo con la sentencia T-01 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), al limitar la autonomía judicial cuando ordenó: “El juez no puede escoger con libertad entre las diversas opciones por cuanto ya la Constitución lo ha hecho por él y de manera imperativa y prevalente”. Más adelante vinculó este principio con el debido proceso, al expresar: “(...) se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada”.

Otro efecto de la aplicación de la favorabilidad, es la distinción entre: 1) derechos adquiridos como aquellos que se consolidaron por cumplir los requisitos expresados en la ley, 2) meras expectativas, las cuales pueden ser afectadas por los cambios legislativos y 3) las expectativas legítimas que justifican el entender las etapas de transición como derechos adquiridos. (C-789 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil).

Así las cosas, es posible aseverar que la jurisprudencia impulsó el desarrollo paulatino de este principio. De su inicial entendimiento como regla restringida al campo legal, evolucionó a la aplicación constitucional, en virtud de su vinculación con el derecho fundamental al debido proceso, cuya negativa puede constituirse en vía de hecho para el operador jurídico. Los avances de las últimas jurisprudencias, permiten reconocer la autonomía del principio de la favorabilidad y la aplicación de la condición más beneficiosa estrechamente ligada al principio de progresividad.

Mediante la sentencia T-1213 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) se precisó lo siguiente:

(...) las Salas de Revisión han concluido que la norma jurídica que en la actualidad compendia los requisitos a los cuales se encuentra condicionado el reconocimiento de la pensión de invalidez –esto es, el artículo 1° de la Ley 860 de 2003– vulnera el principio de progresividad; razón por la cual, los operadores jurídicos se encuentran llamados a dar aplicación al texto primero en el cual fueron inscritos los requisitos para el reconocimiento de esta prestación, vale decir, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 de acuerdo a su redacción original”.

En las misma línea protectora se profirió la sentencia T-872 de 2013 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), en la que manifestó: “(...) cuando una persona declarada en situación de invalidez haya cotizado

por lo menos 300 semanas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (abril 1° de 1994), puede acceder a la pensión bajo el régimen del Acuerdo 049 de 1990”, postura ratificada con las sentencias T-012 de 2014 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-295 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) De allí que se trata de un precedente consolidado

Con ocasión de la sentencia T-065 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz), referido a la situación de varias personas con pérdida de su capacidad laboral superior al 50%, a quienes les fue negada la pensión de invalidez por no demostrar 50 semanas de cotización en los últimos tres años, tuteló el derecho a la pensión de invalidez, siguiendo los precedentes de la Corporación, es decir con la cotización de las 300 semanas antes del 1° de abril de 1994.

Tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han acogido en aplicación del principio de progresividad y por tanto, la aplicación de disposiciones que salieron del ordenamiento jurídico con la finalidad de proteger las expectativas legítimas de las personas. Tal es el caso que ocurre con quienes cotizaron al régimen pensional y cumplieron los requisitos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, antes de la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003, cuya regulación les impide acceder a dicha pensión.

De igual manera, respecto a la aplicación del Decreto 758 de 1990, que aprobó el Acuerdo 049 de 1990, la Corte Constitucional ha indicado que cuando una persona con pérdida de capacidad laboral superior al 50% cotizó más de 300 semanas antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, tiene el derecho a la pensión de invalidez.

En consecuencia es viable que quienes administran justicia apliquen la norma más beneficiosa para conceder la pensión de invalidez de quien cotizó a varios regímenes y dejen de aplicar la vigente. Para las dos Cortes, es procedente aplicar el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y adicionalmente para la Corte Constitucional, si a 1° de abril de 1994 una persona demuestra haber cotizado al menos 300 semanas, tiene derecho a que se le reconozca y pague su pensión de invalidez.

Por su parte, el principio de progresividad entró al ordenamiento jurídico colombiano en virtud del bloque de constitucionalidad, puesto que dicho principio está expresamente consagrado en el PIDESC (Art 2°), lo que obliga a los Estados a evaluar la viabilidad de expedir normas regresivas, las cuales sólo se justifican cuando la finalidad de las mismas es mejorar las condiciones de vida de la colectividad, así como efecto colateral, se produzca un desmedro en los derechos específicos de cier-

tos sectores sociales, en nuestro caso, el sector trabajador. En Colombia la expedición de la Ley 789 de 2002 que disminuyó conquistas laborales como el monto de las indemnizaciones por despido sin justa causa, se justificó en la perspectiva de incrementar el empleo, al encontrar que las tablas indemnizatorias incidían en la baja generación de empleo en el país. La evaluación posterior respecto al alcance de las metas propuestas, es el indicativo para mantener o derogar dicha normativa.

Este postulado se viene aplicando en materia de seguridad social, en el tema de pensiones. Al decidir las tutelas interpuestas por aspirantes a pensión de vejez, invalidez o sobrevivencia, (T-1291 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-221 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) expresó la Corte: “La regulación más estricta sí es directamente vulneradora del principio de progresividad toda vez que al tornar más pedregoso el camino para acceder a la pensión de invalidez deja a los grupos discapacitados en estado de abandono, además de repercutir de manera más lesiva respecto de los grupos poblacionales de mayor edad”.

Al revisar la evolución del principio de la favorabilidad, es evidente la tendencia a expresarse como progresividad, circunstancia de la cual da cuenta la jurisprudencia constitucional y laboral ordinaria, frente a la pensión de invalidez y sobrevivencia, analizados ut supra.

3.4.7 Otros Principios Laborales

Los principios que se mencionan a continuación no fueron consagrados en el Art. 53 constitucional, ni están previstos en los primeros 21 artículos del C.S.T. Ellos ingresaron al ordenamiento jurídico colombiano por vía del bloque de constitucionalidad y/o por creación directa de la jurisprudencia constitucional fundamentadas en la dignidad de la persona humana. Son ellos:

3.4.7.1 Principio del Mínimo Vital

Este principio de creación jurisprudencial es de la mayor importancia en Colombia, puesto que gracias a su existencia ha sido posible mediante la figura de la conexidad con el derecho a la vida, a la salud, tutelar derechos económicos, sociales y culturales, tales como el derecho a la pensión, al salario, a la salud.

De otra parte, este es el principio que más dinamizó la jurisprudencia constitucional, razón por la cual son innumerables las sentencias que han impartido justicia material con fundamento en este principio, íntimamente relacionado con la dignidad de las personas. De este am-

plio conglomerado de pronunciamientos judiciales, resulta pertinente, hacer referencia a algunas de ellas, así:

En la sentencia C-387 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), que declaró la exequibilidad del Art. 14 de la ley 100 de 1993 en cuanto ordena el reajuste de la pensión mínima en la misma proporción que el salario mínimo, advirtió:

Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

Más adelante, por medio de la sentencia SU 995 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), no solo por ser un fallo de unificación, sino porque en ella, se justificaron medidas excepcionales para pronunciarse sobre el pago de acreencias laborales, cuya competencia está asignada a la justicia laboral ordinaria, con el fin de “(...) evitar que el trabajador sufra una situación crítica económica y psicológica (...) cuando no se trate de situaciones injustificadas, inminentes y graves que hacen urgente la intervención del juez de amparo”, aclarando eso sí que la tutela sólo hace referencia al mínimo vital, concepto que no puede equipararse con el de salario mínimo, pues mientras el primero hace referencia a ingreso único, el segundo se relaciona con un monto legal.

De igual manera, en la sentencia T-736 de 2001 (M.P. Clara Inés Vargas), se precisó que el mínimo vital, está relacionado con el “mínimo de recursos para la subsistencia en condiciones dignas”. Desde luego, separar el valor del ingreso del número de ingresos, ha sido objeto de críticas, ya que, mientras una familia que perciba como ingreso dos salarios mínimos, no podría tutelar, una familia que tenga un ingreso único de 10 veces el salario mínimo, podría hacerlo.

La cantidad de sentencias que se sustentan en el principio del mínimo vital son tan numerosas que no es posible asumir su análisis, por esa razón, consideramos pertinente relacionar las más destacadas a las cuales puede acudir, son ellas: sentencias: T-426 de 1992 (M.

P. Eduardo Cifuentes Muñoz), SU-342 de 1995 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), T-530 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-019 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-081 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández G.), SU-111 de 1997 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-273 de 1997 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-261 de 1997 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-011 de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-384 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), SU-995 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-100 de 1999 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-263 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-339 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández G.), T-439 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-818 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-438, T-683, T-386, T-341 de 2001 T-394 de 2001 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-438 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T-683 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-694 de 2001 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-907 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-1160 de 2001 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-148 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-664 de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), C-776 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-353 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-772 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-816 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-1049 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-162 de 2004 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-092 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-335 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-552 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-567 de 2004 (M.P..Manuel José Cepeda Espinoza) T-944 de 2004 (M. P. Álvaro Tafur Galvis), T-099 de 2005 (M.P. Jaime Araujo Rentería), C-111 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-309 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-435 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), C-543 de 2007 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), SU-484 de 2008 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-651 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-701 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-702 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-764 de 2008 (M.P. Jaime Araujo Rentería).

Circunstancias anormales y propias del contexto de guerra que vivió Colombia, justificaron la aplicación del principio del mínimo vital en beneficio de las familias de las víctimas del secuestro, de lo que se ocupó la sentencia T-015 de 1995 (M.P. Hernando Herrera Vergara) en estos términos: “la cancelación de los salarios y prestaciones correspondientes [...] a partir del día en que se produjo su secuestro y hasta que el afectado por el mismo recobre su libertad o hayan transcurrido los dos años siguientes a dicha fecha”.

Mediante la sentencia T-157 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa), se otorgó protección a maestros a quienes no les cancelaron salarios adeudados con posterioridad a la prestación de los servicios. La Corte, revisó su línea jurisprudencial e insistió en que el juez constitucional debe valorar en el caso concreto las necesidades básicas de la persona y su grupo familiar, para definir si el mínimo vital se encuentra amenazado o efectivamente lesionado.

La afectación del derecho al mínimo vital, requiere de la comprobación de varias “hipótesis fácticas mínimas” que permiten al juez constitucional reconocer la vulneración del mínimo vital, como consecuencia del no pago oportuno de los salarios devengados por el trabajador. Dichas hipótesis son:

- 1) Que exista un incumplimiento en el pago del salario al trabajador que por su parte ha cumplido con sus obligaciones laborales;
- 2) Que dicho incumplimiento comprometa el mínimo vital de la persona. Esto se presume cuando a) el incumplimiento es prolongado o la no satisfacción de este requisito lleva a que no se pueda presumir la afectación del mínimo vital, la cual deberá ser probada plenamente por el demandante para que proceda la acción de tutela, o b) el incumplimiento es superior a dos (2) meses salvo que la persona reciba como contraprestación a su trabajo un salario.
- 3) La presunción de afectación del mínimo vital debe ser desvirtuada por el demandado o por el juez, mientras que al demandante le basta alegar y probar siquiera sumariamente que el incumplimiento salarial lo coloca en situación crítica, dada la carencia de otros ingresos o recursos diferentes al salario que le permitan asegurar su subsistencia.
- 4) Argumentos económicos, presupuestales o financieros no son razones que justifiquen el incumplimiento en el pago de los salarios adeudados al trabajador. Lo anterior no obsta para que dichos factores sean tenidos en cuenta al momento de impartir la orden por parte del juez de tutela tendiente a que se consigan los recursos necesarios para hacer efectivo el pago.

No sobra reiterar en la obligatoriedad de las autoridades administrativas de respetar los precedentes de las Altas Cortes y de las autoridades judiciales, la posibilidad de separarse de los mismos, exclusivamente en aquellos eventos, en que existan mejores y poderosas razones.

3.4.7.2 Principio de Buena fe

Este es un principio general que se reconoce como fuente de derecho, desde la Ley 153 de 1887, en cuyo Art. 8° se estableció: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.

La noción de buena fe implica dos conceptos básicos: lealtad y la transparencia; la primera obliga a cumplir con los compromisos adquiridos y la segunda obliga establecer claramente las reglas del juego para que las partes, sepan a qué atenerse en desarrollo de un acuerdo contractual.

A partir de 1991, el principio de la buena fe encuentra sustento en el Art. 83 de la Constitución Nacional, y en materia laboral en el Art. 55 del C.S.T. según el cual las partes deben proceder de buena fe en el desarrollo de la relación de trabajo, lo que implica el cumplimiento cabal de los compromisos adquiridos por parte de quien presta el servicio y la observancia total de la normatividad laboral, por parte de quien se beneficia de dicha labor. En la norma del Código la buena fe está atada a la lealtad, que significa el proceder con honestidad y honradez, sin la intención de perjudicar o engañar.

Un mandato tan sencillo en la práctica es desconocido, separándose intencionalmente o no del ordenamiento jurídico, bien sea para inscribir la relación laboral en el marco del código civil o del código de comercio o simplemente para negar la existencia de dicha relación de trabajo. Los doctrinantes del derecho laboral por el contrario, defienden la necesidad de desarrollar, interiorizar y proteger este principio, base de la confianza y de unas relaciones laborales pacíficas y armoniosas.

En sentencia T-460 de 1992 (M.P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón) se expresó que: “El principio de la buena fe se erige en arco toral de las instituciones colombianas dado el especial énfasis que en esta materia introdujo la Carta del 91, a tal punto que las relaciones jurídicas que surjan a su amparo no podrán participar de supuestos que lo desconozcan”. En este sentido, la buena fe es un principio que junto con los demás propios del derecho laboral, sostiene una estructura jurídica cuya finalidad es la dignificación y realización del ser humano, a través del trabajo.

A través de la sentencia C-544 de 1994 (M.P. Jorge Arango Mejía), se volvió a plantear la validez y legitimidad histórica de este principios,

manifestando: “La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma”. Es decir partimos de entender y aceptar que la buena fe es una norma de conducta generalizada y en ese sentido, el proceder de mala fe, es una conducta que se aparta del funcionamiento social normal y por tanto debe ser sancionada.

Otro pronunciamiento importante es el contenido en la sentencia C-299 de 1998 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), en el que se decidió la demanda de inconstitucionalidad propuesta contra el Numeral 3 del Art. 62 del C.S.T. en cuanto hace referencia a las justas causas de terminación del vínculo laboral. La Corte armonizó dicho mandato con el Art. 55 del C.S.T. que ordena la buena fe en la ejecución de los contratos laborales, entendiendo que este obliga no sólo a lo expresamente pactado, sino a lo que se deriva de dicho acuerdo, llegando a la conclusión que las dos partes, son las responsables de un buen clima laboral.

Dicho mandato puede invocarse en aquellos eventos, en que la relación laboral implica trato personal y constante, casos en los cuales, un enfrentamiento o distancia entre las partes, afecta el normal desarrollo de las relaciones laborales. Con tales razonamientos se declaró exequible la norma demandada.

Por su parte la Corte Constitucional en la sentencia T-295 de 1999 (M.P. Alejandro, Martínez Caballero), resolvió el caso de un pensionado a quien de manera unilateral le redujeron el monto de la pensión de vejez, expresó: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”. El principio de la buena fe es también un principio del derecho laboral, desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo: “El principio de la buena fe, que no es nuevo sino que data de las mejores tradiciones romanas, debe presidir la ejecución de los contratos, incluido el de trabajo” (Sentencia del 9 de febrero de 1949).

En diversas ocasiones la Corte constitucional al igual que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, han recurrido a este principio para dirimir controversias referidas al mundo laboral, como ocurrió con la sentencia CSJ, SL 16 mar. 2005, Rad. 23987 (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza), en la que se insistió en que “La buena fe se ha dicho siempre que equivale a obrar con lealtad, con rectitud, de manera honesta, en contraposición con el obrar de mala fe; y se entiende que

actúa de mala fe “quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud”.

Más adelante, por medio de la sentencia del 23 de octubre de 2007, Rad. 28169 (M.P. Isaura Vargas Díaz), para resolver el caso de un despido en el que se invocó como justa causa la vulneración del principio de la buena fe, la Corte realizó una hermenéutica sobre los contenidos y alcances del mismo.

Indicó que la buena fe-lealtad conjuga la buena fe en la celebración del contrato por parte de la empleadora, con la lealtad que le deben quienes se vinculan a ella, sin que dicha fidelidad niegue su condición de seres humanos con derechos y ejercicio pleno de la ciudadanía, por lo mismo, con la capacidad de disentir de manera respetuosa y argumentada. Dijo al respecto: “(...) el deber de lealtad o de obediencia, como expresión de una dependencia jurídica-personal, no exige que el trabajador esté siempre y en todo de acuerdo con sus superiores. Estos se pueden equivocar como humanos que son, y es deber del inferior llamar la atención en tales casos. La dignidad del trabajador le impide alquilar su conciencia y renunciar a su personalidad propia (...)”.

3.5 Los principios en otras áreas del Derecho Laboral

La principalística del Derecho del Trabajo, no se limita a las relaciones laborales individuales, sino que hace presencia en el ámbito del Derecho Colectivo Laboral, donde se han identificado principios consagrados constitucionalmente y principios vinculados por vía del bloque de constitucionalidad, así: igualdad de oportunidades y libertad sindical, autonomía sindical, democracia sindical, buena fe, negociación colectiva, entre otros. Estos principios se encuentran consagrados en los Arts. 39, 55 y 56 de la Constitución Nacional.

Por otra parte, en los Art. 48 y 49, se concretaron derechos referidos a la seguridad social, diferenciando, principios en materia de salud, principios en pensiones y principios y riegos laborales, que se mencionan a continuación:

Principios de la seguridad social en Salud: Integralidad, igualdad de oportunidades y favorabilidad, solidaridad, para mencionar solamente los más recorridos.

Principios de la seguridad social en pensiones: Mínimo vital, favorabilidad, confianza legítima, progresividad o prohibición de retroceso,

igualdad de trato, con fundamento en los cuales se sustentan la acción constitucional de tutela.

Principios de la seguridad social en riesgos laborales: principios de indemnidad, estabilidad, integralidad-continuidad, igualdad-no discriminación y mínimo vital.

Así mismo existen principios propios del derecho procesal laboral, los cuales se inspiran en el Art. 29 de la C.N. y en el Código Procesal del Trabajo, los que se mencionan a renglón seguido: debido proceso, igualdad procesal, buena fe, que son aquellos a los que recurren los jueces constitucionales al administrar justicia³.

3. Ver al respecto:

Goyes, Hidalgo. (2007). Principios del derecho laboral: Líneas Jurisprudenciales. Pasto: Universidad de Nariño.

Goyes, Hidalgo. Principios del derecho colectivo del trabajo (En evaluación) Pasto: Universidad de Nariño.

Goyes, Hidalgo. Principios de la seguridad social en salud (En evaluación) Pasto: Universidad de Nariño.

Goyes, Hidalgo (2012). Principios de la seguridad social en pensiones. Pasto: Universidad de Nariño.

Goyes, Hidalgo (2016). Principios de la Seguridad Social y Riesgos Laborales.

Goyes, Hidalgo. Principios del derecho procesal del trabajo (En evaluación) Pasto: Universidad de Nariño.

4. LA RELACIÓN LABORAL CON ENFOQUE DE DERECHOS Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

La adopción de la metodología del enfoque de derechos para el estudio del Derecho Laboral Individual, ubica su aprendizaje en consonancia con el desarrollo de los Derechos Humanos, perfilando las obligaciones de los Estados frente a los componentes de accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad que debe acompañar a la consagración constitucional del derecho al trabajo y las condiciones dignas y justas en que debe realizarse.

De conformidad con los postulados contenidos en el PIDESC el derecho a trabajar hace referencia a la posibilidad legal que debe tener toda persona “(...) de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”. En idéntico sentido se pronunció el constituyente de 1991 y la jurisprudencia constitucional, conduciendo a replantear la idea del trabajo como un castigo divino, para reemplazarlo por un nuevo concepto, según el cual, el trabajo es un derecho fundamental que lleva implícita la condición de dignidad, por tratarse de la actividad humana, alrededor de la cual gira la vida individual y social, en todos los contextos. La dignidad de la actividad laboral se garantiza otorgando vigencia a los principios consagrados en el Art. 53 de la C.N.

Precisamente por este marco teórico, hay quienes consideran que los derechos consagrados en el PIDESC, están sujetos a una realización progresiva, atada a las posibilidades financieras de los Estados y a las políticas públicas de los respectivos gobiernos. Sin embargo, es pertinente advertir que el PIDESC impone obligaciones de efecto inmediato, los cuales no pueden desconocerse so pretexto de la ausencia de recursos. La Observación General No. 3 contiene las obligaciones que son de carácter inmediato frente al derecho al trabajo: 1) libertad de trabajo para escoger o aceptar cierto trabajo, 2) garantía de no discriminación, 3) adoptar medidas para la realización plena del derecho al trabajo. En este horizonte el Estado debe proferir medidas específicas

que conduzcan a su realización, tales como leyes armónicas con los postulados internacionales, adopción de políticas públicas, programas, en fin todas las medidas que conduzcan a dicha finalidad con la mayor rapidez y efectividad posibles. (Philippe Texier. Proyecto de observación general sobre el derecho al trabajo (Artículo 6) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 24 de noviembre de 2003, p. 14).

Por el contrario, las obligaciones de cumplimiento progresivo, son aquellas que pueden ser satisfechas a través del tiempo, lo que a juicio del Comité de los DESC no significa su aplazamiento indefinido, ni menos la adopción de medidas regresivas. En el tema del trabajo, la progresividad significa avanzar de manera efectiva y eficiente hacia su plena realización.

Se precisa que los componentes de accesibilidad y disponibilidad, le competen de manera directa al Estado para la efectivización. En ese sentido las políticas tendientes a mejorar los índices de desempleo, a mostrar nuevos indicadores de disponibilidad y la capacitación para el trabajo, se encuentra en relación directa con la accesibilidad, al igual que la descentralización de los centros de producción, atención y ventas de servicios. Los componentes de aceptabilidad y adaptabilidad están íntimamente imbricados con las condiciones en que se desarrolla la actividad laboral y que pueden incidir en su desconocimiento o vulneración.

Como se puede establecer, el enfoque de derechos se aparta de aquellas concepciones según las cuales los derechos laborales son generosas concesiones del Estado o del gran capital, así como de aquellas otras, para las que los derechos son conquistas arrancadas al sistema. Sin desconocer los procesos históricos, los aportes de los movimientos de trabajadores y sociales, al igual que la conciencia y compromisos de gobiernos y empresarios que valoran más el clima laboral y el desarrollo armónico que el sólo incremento de utilidades, hoy el derecho al trabajo y las condiciones para su prestación, se encuentran amparados internacional, convencional y constitucionalmente.

Desde este marco teórico se aborda el significado de la relación laboral, precisando que el término hace referencia a un hecho de la vida real y no sólo a un contrato o instrumento formal, que era el entendido tradicional del contrato de trabajo. En el tema de la relación laboral se distinguen tres momentos: 1. El ingreso a la empresa que marca el inicio de la relación laboral, 2. Las vicisitudes que se presentan durante la permanencia de dicha relación y 3. La terminación de la relación de trabajo, ya sea voluntaria, determinada por el empleador, ordenada por la ley o por decisión judicial, con sus consecuencias.

4.1 EL INGRESO

Este importante momento es radicalmente distinto si se hace referencia a un empleador público o particular. Teniendo en cuenta que este estudio versa sobre el Derecho Laboral Individual del sector privado, ese será el objeto de reflexión.

Sea lo primero advertir que la constitución de la empresa privada en Colombia se fundamenta en el ejercicio de la autonomía personal y de la voluntad de los asociados, quienes deciden aportar su capital, sus conocimientos y sus intereses, para la realización de un objeto social con la finalidad de obtener utilidades, es decir las empresas privadas se crean con ánimo de lucro, lo cual no es negativo ni se opone al derecho del trabajo. No obstante la claridad de su meta, las empresas saben que sin un recurso humano comprometido, el objeto social correrá serios peligros; es decir sin un sector trabajador que comparta los fines de la empresa y aporte su capacidad individual de manera subordinada y a cambio de una remuneración, no será posible lograr la misión y visión institucional. Al respecto en el Art. 194 del C.S.T. se encuentra la siguiente definición: “Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio”.

En el anterior orden de ideas, la selección del personal para realizar su función misional le corresponde a la empresa, la que cuenta con amplia autonomía para establecer perfiles, procedimientos, duración y modalidades de los vínculos laborales con respeto de los mínimos legales. La necesidad de asegurar resultados económicos exitosos, conduce siempre a procesos de vinculación estrictos.

No obstante este postulado básico, en aquellos eventos en que el empleador privado decida renunciar a su autonomía para la escogencia de personal y realice una convocatoria pública para su escogencia, fijando los criterios, la jornada, el salario, debe sujetarse a las reglas autoimpuestas. Así lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia T-694 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), al tutelar al participante en un concurso de empresa privada que suspendió dicho proceso informándole la imposibilidad de vinculación. La Corte reflexionó así. “(...) el proceso de selección (...) está compuesto por diversas etapas que permiten determinar las capacidades, aptitudes y actitudes de las personas en cumplimiento del procedimiento de selección”. Si bien la empresa tiene autonomía para calificar las aptitudes del aspirante, debe cumplir con el proceso mencionado. Sin embargo en el caso concreto

se encontró que en una nueva convocatoria de la empresa accionada, se vinculó al tutelante.

De igual manera en la sentencia C-034 de 2015 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), al revisar la acusación contra algunos artículos del Decreto - Ley 020 de 2014 que permiten el concurso cerrado para ascenso en algunos cargos, con el fin de fortalecer la carrera y valorar la experiencia. Al declarar su exequibilidad hizo consideraciones del siguiente tenor: “El sistema de empleo es utilizado en cualquier organización empresarial y no tiene diferencias según se emplee en la administración pública o en el sector privado (...)”.

De tal forma que, precedido de una convocatoria, de una entrevista, del análisis de la hoja de vida, de la pura voluntariedad del empleador, la suscripción de un contrato de trabajo escrito (de término indefinido, término fijo o de obra), el acuerdo oral (contrato verbal), e inclusive la sola prestación de servicios personales subordinados, dan origen a la relación laboral y se presume que toda relación laboral está regida por un contrato laboral (Art. 24 C.S. del T.).

Ahora bien, cuando la denominación del contrato pretenda ocultar la naturaleza laboral del vínculo o las condiciones en que efectivamente se prestan los servicios, es posible invocar el principio de primacía de la realidad, para lograr que la realidad laboral se imponga a las formalidades que contiene el contrato escrito, mediante la figura del contrato realidad.

En efecto, con ocasión de la sentencia Rad. 20.933 de 2003, (M.P. Carlos Isaac Náder), la C.S. de J. señaló:

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

Esta misma posición se reitera en la sentencia con Rad. 22259 del 2 de agosto de 2004 (M.P. Luis Javier Osorio López), en la que la C.S. de J. indicó enfáticamente: “(...)Quiere decir lo anterior que la relación de trabajo no depende necesariamente de lo que las partes hubieren

pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentra colocado”.

4.1.1 El Contrato Laboral. En la legislación laboral colombiana, aparece la figura jurídica del contrato de trabajo (Art. 22) definido como el acuerdo de voluntades entre una persona natural, que presta un servicio subordinado y remunerado y otra persona natural o jurídica, que se beneficia de dicho trabajo. Como contrato debe cumplir con los requisitos generales de todo contrato, esto es, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos. Una breve referencia a ellos, tiene la finalidad de comprobar su poca utilidad en el mundo del trabajo.

4.1.1.1 La Capacidad. Es la posibilidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones. En Colombia pueden celebrar contrato de trabajo todas las personas mayores de 18 años (Art. 29 C.S. T.). En concordancia con el Art. 35 de la Ley 1098 de 2006 Código de la Infancia y la Adolescencia), la edad mínima de admisión al trabajo es de quince años de edad. Entre los 15 y 17 años para celebrar un contrato laboral se requiere la autorización escrita del inspector de trabajo, de la primera autoridad local, o del ente territorial local, a solicitud de los padres, o del defensor de familia. Los menores de 15 años pueden recibir autorización para realizar trabajo remunerado de carácter artístico, cultural, recreativo y deportivo, con un límite máximo de 14 horas (Código de la Infancia y la Adolescencia Ley 1098 de 2006).

Si por cualquier circunstancia las y los niños menores de 17 años laboran sin permiso, esta falta no puede alegarse como pretexto para desconocer sus derechos, puesto que por el principio de primacía de la realidad, probada la relación laboral surge la totalidad de las obligaciones patronales, con lo cual queda en entredicho la capacidad, como elemento capaz de afectar las consecuencias jurídicas de una relación de trabajo.

4.1.1.2 El consentimiento. Se refiere a la expresión libre y voluntaria de obligarse a laborar. En materia laboral esta autonomía está restringida, puesto que existen mínimos laborales que no pueden ser afectados por la voluntad de las partes, (Art. 38 y 39 del C.S.T.), por eso algunos tratadistas identifican al contrato laboral como un contrato de adhesión a los mínimos laborales. En consecuencia, el consentimiento es irrelevante, quizá por esta razón, el trabajo forzado además de generar obligaciones a cargo del empleador y a favor de quien prestó los servicios, sin afectar la validez del contrato, por el contrario es causa de sanciones disciplinarias y económicas en contra del empleador.

4.1.1.3 Objeto. Es decir el fin que se persigue, es dual, para quien presta el servicio, la finalidad es recibir un salario y para el empleador

beneficiarse con la actividad de la o el trabajador. En todo caso debe tratarse de una actividad lícita. Si el objeto es ilícito, debe esclarecerse si quien realizó la actividad tenía o no conocimiento acerca de dicha ilegalidad, porque quien actúa de buena fe, tiene derecho a recibir la protección y los beneficios de la legislación del trabajo.

4.1.1.4 Causa. El Código Civil, en su artículo 1524, inciso 2°, define la causa como “...el motivo que induce al acto o contrato...”. En la tesis de grado del doctor Manuel A. Coral, del año 1936 sostuvo que la teoría de la causa era irrelevante en los contratos civiles, por cuanto tiene que ver con las motivaciones íntimas, las cuales sólo adquieren trascendencia cuando se ejecutan, caso en el cual se trata de hechos y no de motivaciones. Si esta tesis se defendió para el mundo de los contratos civiles, con mayor razón sus argumentos tienen validez para los contratos laborales, donde es la realidad la que señala la situación jurídica de las partes.

Hacer referencia a los anteriores elementos es más una expresión del auge del contractualismo en Colombia y un ejercicio teórico que en nada afecta la relación laboral, la cual se evalúa con independencia de los elementos propios de todo contrato. Inclusive la propia ley laboral denomina elementos del contrato de trabajo a los que identifican la relación laboral, esto es, 1. La actividad personal, 2. La subordinación y 3. La remuneración (Art. 23 C.S.T.), e inclusive en el Art. 24 C.S.T. creó una presunción legal, según la cual, toda relación laboral está regida por un contrato de trabajo.

4.1.2 La Relación Laboral

Con la finalidad de contribuir a dilucidar algunas confusiones, la Recomendación 98 de 1976, sugiere a los países miembros de la O.I.T. establecer una clara orientación sobre la forma de determinar la existencia de una relación de trabajo, estableciendo “(...) a) una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo; b) consagrando una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios, (...). Entre esos indicios podrían figurar los siguientes: 1) el hecho de que el trabajo se realice según las instrucciones y bajo el control de otra persona; 2) (...) que sea efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; 3) que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado (...) 4) que se pague una remuneración periódica al trabajador; 5) que dicha remuneración constituya la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; 6) que incluya pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; 7) que se reconozcan derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; 8) que

la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; 9) que no existan riesgos financieros para el trabajador” Sugiere además que las controversias del trabajo sean decididas por tribunales y jueces especiales.

A continuación se revisa la forma como se regula en la legislación laboral colombiana la relación laboral en cada uno de sus componentes:

4.1.2.1 La actividad personal

Se requiere que exista identidad entre quien ostenta la condición de trabajadora o trabajador y la persona que presta el servicio, que en todos los casos debe ser persona natural. Dicha persona no puede ser reemplazada por ninguna otra, ni natural (así se trate de alguien con idoneidad suficiente), ni menos jurídica, ya que entre personas jurídicas no existen relaciones laborales. La exigencia de la prestación personal se justifica por cuanto la relación de trabajo, es una relación *intuitu personae*, lo que significa, que para su surgimiento se tuvo en cuenta el perfil del contratante, ya sea por sus cualidades personales, su grado de escolaridad, sus dotes especiales para las artes u oficios, es decir, por tratarse de esa persona específica y no de otra.

La Corte Suprema de Justicia, desde el año 2004 en sentencia con Rad. 22259 de 2 de agosto (M.P. Luis Javier Osorio López) al analizar la aplicación del principio de primacía de la realidad por parte de un profesional de la salud contra la entidad a la que prestaba sus servicios, precisó que:

(...) Para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, ya que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal prevista en el artículo 24 del C. S del T., que para un caso como el que ocupa la atención de la Sala, sería en su versión posterior a la sentencia de la Corte Constitucional C-665 de 1998 (M.P. Hernando Herrera Vergara) que declaró inexecutable su segundo inciso, esto es, en los términos vigentes para el momento de la ruptura del vínculo (1° de marzo de 1999) que consagró definitivamente que “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”. Lo anterior significa, que al actor le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es

a la empleadora a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el operario.

En la misma línea y mediante sentencia SL del 24 de abril de 2012, No. 39600 (M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz), al evaluar la sentencia que negó la existencia de la relación laboral entre la demandante y la empresa contratante, expresó:

Si el demandado acepta la prestación del servicio, pero excepcional que lo fue mediante un contrato civil, como sucedió en el sub lite, le allana el camino el demandante para ubicarse en el supuesto de hecho contenido en el artículo 24 del CST y ampararse en la presunción de que se trató de un contrato laboral. En cuyo evento, el demandado tiene a su cargo desvirtuar la presunción mediante pruebas que demuestren, con certeza, el hecho contrario del elemento de la subordinación, es decir que la prestación personal del servicio se dio de manera independiente.

Por su parte, la Corte Constitucional desde la sentencia C- 665 de 1998 (M.P. Hernando Herrera Vergara), en virtud de la cual se declaró inexecutable el segundo inciso del art. 24, insistió en que: “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”. Es decir, que basta probar la actividad personal subordinada, para que se presuma la existencia del contrato de trabajo, trasladando la carga de la prueba a la empleadora, a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción, establecida en beneficio de todas las personas trabajadoras.

Teniendo en cuenta que la normatividad laboral anterior a la Constitución de 1991, debe ser interpretada y aplicada en el marco internacional y constitucional, es obligatorio superar la tradición cultural imperante en este país, que generó un estereotipo de trabajador (hombre, heterosexual, católico, liberal o conservador), para armonizarlo con la variopinta sociedad colombiana (conformada por hombres, mujeres, población LGBTI, personas con capacidades diversas, con libertad religiosa y política, entre otras). En consecuencia, la actividad personal no admite ningún condicionamiento o restricción sospechosa (género, raza, religión, filiación política) por resultar contraria a los principios de igualdad de oportunidades y de trato, connaturales al derecho fundamental al trabajo.

Al respecto el Convenio 111 de 1958 de la OIT, uno de los convenios fundamentales que obligan a los Estados miembros, prevé la necesidad de adoptar políticas tendientes a eliminar toda discriminación en el empleo por razones de “raza, color, sexo, religión, opinión política,

ascendencia nacional u origen social”, promoviendo por el contrario la igualdad de oportunidades y de trato en el trabajo.

Las prohibiciones que existían en la ley laboral protegían un ideal feudal de mujer, débil, indefensa, incapaz de desempeñar ciertas actividades o laborar en determinadas jornadas. La Corte Constitucional mediante sentencia C-410 de 1994 (M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz), al estudiar la demanda de varios artículos de la Ley 100 de 1993, diferenció entre los avances formales y las situaciones reales de las mujeres, para mantener diferencias como la edad para acceder a la pensión de vejez. Reflexionó la Corporación:

El sexo es el primer motivo de discriminación que el artículo 13 constitucional prohíbe. La situación de desventaja que en múltiples campos han padecido las mujeres durante largo tiempo, se halla ligada a la existencia de un vasto movimiento feminista, a las repercusiones que los reclamos de liberación producen, incluso en el ámbito constitucional, y a la consecuente proyección de esa lucha en el campo de la igualdad formal y sustancial (...). En el campo de la legislación laboral se ha dado un proceso similar al que se deja anotado, pues también allí, paulatinamente se han ido paliando las circunstancias desventajosas bajo las cuales se ha encontrado tradicionalmente la mujer. A este significativo avance no ha sido ajena la jurisprudencia que ha reconocido desde tiempo atrás, el derecho de la mujer a un tratamiento en igualdad de condiciones con el hombre.

A través de la sentencia T-326 de 1995 (M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero), al tutelar a una mujer que ocupó el primer lugar en un concurso de méritos que fue desconocido por el nominador, reiteró:

La prohibición de discriminar por razón del sexo adquiere el sentido de límite al particular o a la autoridad pública que deba proveer un empleo. Esta limitación, por ejemplo, les impide en principio, utilizar como pauta de selección, el sexo, hacer uso de distintos criterios y exigir diferentes requisitos o condiciones para hombre y mujeres y, también, echar mano de procedimientos que, pese a su apariencia neutral, por ser de más difícil cumplimiento para los miembros de un sexo que para los pertenecientes al otro, terminan excluyendo a una proporción mayor de hombres o mujeres, según se trate.

Por su parte, la sentencia C-622 de 1997 (M.P. Hernando Herrera Vergara), al decidir la demanda contra el Art. 242. Numeral 1 que estipulaba: “Las mujeres, sin distinción de edad, no pueden ser empleadas durante la noche en ninguna empresa industrial, salvo que se trate de una empresa en que estén empleados únicamente los miembros de

una misma familia”, realizó una evaluación contextual e histórica de la situación de la mujer, indicando que el texto demandado:

Lejos de considerarse una norma protectora, el precepto acusado tiene un carácter paternalista y conduce a prohibir que las mujeres, puedan laborar durante la noche, en las empresas industriales, lo cual constituye una abierta discriminación contra ella, que debe ser abolida, pues aparte de tener plena capacidad para el trabajo en condiciones dignas y justas, debe garantizárseles en igualdad de condiciones con los hombres, el ejercicio de los mismos derechos y oportunidades que se requieran, para que ellas, dentro de la protección requerida, puedan trabajar en la jornada nocturna.

Con estas argumentaciones declaró inexecutable el texto demandado.

Como puede deducirse de las sentencias mencionadas, existe un claro compromiso del Estado Social de Derecho y de todas las autoridades con la realización de los derechos fundamentales y la justicia material, uno de ellos, la igualdad y la no discriminación basada en razones del sexo de las personas, con lo que se contribuye a garantizar la accesibilidad del derecho al trabajo, según el Comité de los DESC.

4.1.2.2 La subordinación

Es un concepto que dio origen a diversos equívocos. Muchos tratadistas consideraban que la subordinación era integral, en cuanto la ley laboral habla de la obligación general que tiene el o la trabajadora de guardar fidelidad y obediencia a su empleadora (Art. 56 C.S.T.). Más adelante, se decantó este entendimiento, al precisar que la subordinación es un concepto genérico, que abarca al menos tres tipos de subordinación, técnica, económica y jurídica, estableciendo que era esta última, a la que se refiere la norma laboral, en cuanto se traduce en la capacidad jurídica permanente que tiene el empleador para impartir órdenes, y la correlativa obligación de acatar dichas órdenes por parte quien presta el servicio, obediencia que se encuentra limitada al ámbito de la actividad laboral. Dicha subordinación jurídica existe, con independencia de que las órdenes se profieran o no, puesto que en muchas ocasiones, la persona que presta el servicio es la experta (razón del vínculo) y por lo tanto, el empleador se abstiene de impartir órdenes, situación que no le impide que en cualquier momento pueda hacerlo.

La mala costumbre de trasladar la subordinación a espacios diferentes del laboral, puede constituirse en una irregularidad susceptible de investigación administrativa, al mismo tiempo, que podría invocarse como razón para dar por terminada la relación de trabajo por parte de

quien labora por justa causa imputable al empleador (acoso laboral y sexual).

Con ocasión de la sentencia T-180 del 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), se reiteró que el poder subordinante, comprende exclusivamente “(...) el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador” y “(...) el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél”. Esta doble función del poder subordinante, establece una estrecha relación entre una y otra, ya que las órdenes persiguen organizar el trabajo en aras de alcanzar los objetivos empresariales y oponerse a las mismas, conlleva un acto de indisciplina que impide que la empresa alcance sus metas. En todo caso, las dos funciones son estrictamente laborales.

La subordinación es una figura connatural a la actividad empresarial, que coadyuva a la realización del proyecto empresarial; sin direccionamiento, sin planes, sin cronogramas y sin metas, no sería posible alcanzar los fines empresariales.

El significado y el alcance de la subordinación, ha sido objeto de múltiples análisis por parte de la jurisprudencia de las Altas Cortes. En la sentencia T-501 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), se ocupó de la prueba indiciaria para configurar la relación laboral, indicando que:

(...) los contratos de prestación de servicios excluyen cualquier tipo de relación laboral, es claro que en algunas ocasiones el mismo es utilizado tanto por los empleadores privados como públicos para distraer la configuración de una verdadera relación laboral y el pago consecuente de las prestaciones que se originan en este tipo de relación (...) la noción del contrato realidad conlleva a dar primacía a la estructuración material de los elementos fundamentales de una relación de trabajo, independientemente de la denominación (...) para establecer los supuestos fácticos de cada caso concreto es necesario acudir a indicios, con base en el contrato realidad, que permitieren inferir la estructuración de una relación laboral.

Las sentencias 39401 de 2010 (C.P. Víctor Hernando Alvarado) y 00395-01 (1129-10) de 2011 (C.P. Gerardo Arenas Monsalve) del Consejo de Estado, privilegiaron la realidad, aún mediando un tercero contratista, en consideración a que el beneficiario de los servicios fue una entidad estatal.

Con los anteriores precedentes, la sentencia T-434 de 2011 (M.P. Mauricio González Cuervo), manifiesta que la subordinación es un

componente fundamental del contrato de trabajo ya que en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, faculta al empleador para “(...) exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto a modo, tiempo y cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos internos, sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos del trabajador”.

Las diferentes regulaciones que permiten la suscripción de contratos no laborales, con frecuencia se ha tergiversado dando origen a prácticas indebidas que pretenden vulnerar los derechos del sector trabajador. La Corte Constitucional ha precisado en qué ocasiones la contratación no laboral es viable, al tiempo que ha reiterado la validez del principio de primacía de la realidad en materia del trabajo. En efecto, mediante la sentencia C-171 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), se decidió la exequibilidad condicionada del Art. 59 de la Ley 1438 de 2011 que reformó el sistema de seguridad social en salud, según el cual: “Las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros (...)”, lo que en la práctica a juicio del demandante no sólo desconocía los principios protectores del trabajo, sino que autorizaba el desconocimiento de la relación laboral. Tras un estudio minucioso y ponderado, decidió:

(...) esta Corte ha insistido en la garantía del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma y la eficacia del contrato realidad a partir de los criterios fijados tanto por la jurisprudencia constitucional, como por la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, de manera que no puede utilizarse un contrato de prestación de servicio con el fin de ejecutar realmente una relación laboral, y cuando se constaten los elementos propios de la misma debe ser reconocida como tal.

La decisión de declarar la exequibilidad condicionada conllevó la incorporación del único entendimiento constitucional posible, esto es, que la operación mediante terceros, “(...) solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la entidad o cuando se requieran conocimientos especializados (...)”.

En año 2014 por medio de la sentencia T-750 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), la Corte Constitucional volvió a subrayar que la denominación que se dé a la relación laboral, no tiene la capacidad de desvirtuar el contrato realidad, puesto que:

(...) el juez debe valorar en cada caso si se configura una verdadera relación laboral (...). Para ello, basta con examinar los tres elementos

que caracterizan el contrato de trabajo o la relación laboral y, siendo así, el trabajador estará sujeto a la legislación que regula la materia y a todos los derechos y obligaciones que se derivan de ella.

A través de la sentencia T-426 de 2015 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) volvió a fijar las diferencias entre un vínculo laboral y un C.A.P.S., así:

“La vinculación a través de estos contratos se diferencia del vínculo laboral porque: primero, implica la ejecución temporal de una labor de manera independiente, esto es, sin subordinación que se manifiesta a través de la sujeción a órdenes impartidas por un superior y horarios. En segundo lugar, a diferencia de la vinculación laboral, al contratista le corresponde afiliarse como independiente a los sistemas de seguridad social en salud y pensiones y no a la entidad contratante, de conformidad con el artículo 282 de la Ley 100 de 1993. Puntualmente, la suscripción de contratos de prestación de servicios con la administración no genera el pago de salarios ni prestaciones sociales, por el contrario únicamente fija el reconocimiento de honorarios como contraprestación al desarrollo del objeto contractual previamente.

En virtud de la sentencia SU-448 de 2016 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), en un fallo de unificación, la Corporación insistió en el elemento de la subordinación como fundamental para establecer el contrato realidad.

Con base en lo expuesto, se puede concluir que existen situaciones, en materia laboral, en las cuales la realidad no siempre coincide con lo consignado en un contrato o con lo pactado verbalmente, pues puede ocurrir que aunque formalmente se señale que se trata de una determinada relación, en verdad se trate de otra totalmente distinta. Así, es habitual que ocurra que un contrato de prestación de servicios en verdad no lo sea, pudiéndose así, con observancia de los requisitos ya mencionados, proceder a declarar la existencia de un contrato laboral.

Siguiendo el análisis jurisprudencial, es posible afirmar que la subordinación consiste por un lado, en el poder para direccionar la actividad laboral y por otro, en la potestad disciplinaria del empleador sobre quienes laboren, con la finalidad de mantener un clima laboral propicio para alcanzar los fines empresariales, casi siempre económicos, mediante una convivencia armónica, respetuosa de la dignidad humana y de los derechos laborales consagrados constitucional y legalmente.

4.1.2.2.1 El Reglamento Interno de Trabajo (RIT) como expresión del poder subordinante

Mediante la ley que modificó diversos aspectos del C.S. del T. se pretendió alcanzar la eficiencia institucional aboliendo una serie de trámites burocráticos que obstaculizaban el ejercicio del derecho al trabajo. En ese sentido, si bien se mantuvo la obligación de contar en toda empresa que vincule más de 5 trabajadores y/o trabajadoras, con un Reglamento Interno de Trabajo, en el cual se manifieste el poder disciplinario del empleador.

De allí que el RIT más que un formato de obligatoria existencia, como lo consideraron algunas empresas en el pasado, hoy se valora como la posibilidad de regular el comportamiento de todas las personas que laboran, sin distinción del nivel o la ubicación que le corresponda en el organigrama interno. Si bien el texto del reglamento, es expresión de la autonomía empresarial, debe sujetarse a los mínimos legales y en todo caso, resultar acorde con los derechos humanos laborales, puesto que su vulneración habilita la oposición a su contenido y vigencia, discrepancia que será definida por el Ministerio del Trabajo.

El reglamento se definió como “el conjunto de normas que determinan las condiciones a que deben sujetarse el patrono y sus trabajadores en la prestación del servicio” (T-434 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo), el que no obstante ser expresión de la libertad de empresa, de poderes normativos privados y de la voluntad unilateral del empleador, razón por la cual se inserta o adiciona a los contratos de trabajo, fijando los términos de la subordinación. El RIT, no constituye una imposición unilateral del empleador, sino una oportunidad de establecer reglas claras de convivencia laboral, las que una vez socializadas contribuyen a la generación de un clima laboral propicio para la realización del objeto social de la empresa.

4.1.2.2.2 La subordinación en otras formas laborales

La subordinación en sus orígenes era objetiva y fáctica, puesto que la relación se desarrollaba en un espacio concreto, llamado empresa o fábrica durante una jornada determinada. El apareamiento de otras figuras contractuales laborales, tales como el trabajo a domicilio, el teletrabajo, los agentes vendedores, los agentes viajeros, pusieron en entredicho el concepto tradicional, surgiendo otras consideraciones que complementan la idea inicial.

4.1.2.2.3 El teletrabajo

Es un concepto novedoso que involucra el trabajo y el uso de la tecnología informática, trabajo que puede realizarse en la empresa o desde la casa, en este sentido, especialmente para las empresas que prestan servicios las instalaciones físicas se vuelven prescindibles, disminuyendo costos y facilitando el ingreso de nuevas personas al mercado laboral.

Un efecto directo del teletrabajo fue la necesidad de redefinir el concepto de subordinación, puesto que sin desaparecer se vuelve más sutil y difusa, convirtiéndose, al decir de Xavier Thinault (Citado por Baraona. R., 2012), en “telesubordinación”. La capacidad jurídica subordinante del empleador se realiza de manera virtual y el control se ejerce a través de medios informáticos, los cuales determinan tiempos de labor, descansos, ausencias, errores. Esta modalidad contractual crece de manera constante en todos los países, situación que reclamaba una regulación urgente para evitar abusos y desconocimiento de los derechos de quienes trabajan.

La Comisión Europea en 1997 recomendó fomentar el teletrabajo como una estrategia para fomentar el empleo. Su crecimiento global dio origen al “Convenio sobre el Teletrabajo”. Dicho texto pretende armonizar la flexibilidad connatural al teletrabajo con la protección de los derechos laborales, sin ninguna discriminación. Entre las obligaciones puntuales de la empleadora figuran: 1. Garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por el teletrabajador, 2. Respetar la vida privada del teletrabajador, fijando de común acuerdo los sistemas de control, 3. Entregar, instalar y mantener los equipos, 4. Otorgar los derechos salariales, prestacionales y los relativos a la seguridad social, 5. Equiparar los criterios de evaluación del teletrabajador con los de trabajos similares, 6. Garantizar las mismas prerrogativas que se otorgan a quienes laboran en las instalaciones del empresario.

En Colombia la Ley 1221 de 2008 reguló una nueva modalidad de contrato laboral denominada “teletrabajo”, como un instrumento para la generación de empleo. El artículo 2 lo define como “(...) el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación – TIC para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo.” Por lo tanto, teletrabajador es la “Persona que desempeña actividades laborales a través de tecnologías de la información y la comunicación por fuera de la empresa a la que presta sus servicios”.

Esta ley fue reglamentada por el Decreto 884 de 2012, donde se ordena que el texto de dicho contrato debe contener una indicación expresa de las condiciones del servicio, los medios tecnológicos que se van a emplear, garantizando un ambiente específico, días y horas de la prestación del servicio, responsabilidades en la custodia de los elementos de trabajo y su entrega de manera especial la adopción de medidas de seguridad informática. Así mismo se exige contar con la afiliación a la ARL. De donde puede deducirse que se trata de un contrato escrito y que obliga a realizar ajustes en los RIT y en los manuales de funciones de las empresas que adopten esta modalidad.

Se prevén tres modalidades de teletrabajo: 1) autónomos, quienes laboran en su propio domicilio o en otro lugar escogido para tal fin y sólo acuden a la oficina en algunas ocasiones, 2) móviles, no tienen un lugar de trabajo fijo aunque su herramienta de trabajo sean las tecnologías de la información y la comunicación en dispositivos móviles y 3) suplementarios, que laboran algunos días en su casa (2 o 3 días) y el resto del tiempo en una oficina.

El Art. 3 propone priorizar una política de prelación para el teletrabajo con la finalidad de favorecer a las personas en situación de discapacidad, población desplazada mujeres cabeza de hogar, reclusos, personas amenazadas, entre otras.

Sobre la viabilidad de dicha figura jurídica resulta pertinente recordar que en la sentencia C-614 de 2009 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) la Corte al estudiar la constitucionalidad del Art. 2° del Decreto 3074 de 1968 expresó: “(...) el legislador goza de libertad para configurar diferentes tipos de vinculación laboral, para diseñar fórmulas laborales e instrumentos contractuales que respondan a las necesidades sociales, pero no tiene autonomía para confundir las relaciones de trabajo o para ocultar la realidad de los vínculos laborales”.

Acorde con los postulados de protección constitucional al trabajo en todas sus modalidades, la Ley 1221 reconoce al teletrabajo como una verdadera relación laboral a la cual se aplica la ley laboral en armonía con las tendencias internacionales. Si bien el Art. 6 indica que no le son aplicables las normas sobre jornada de trabajo, horas extras y trabajo nocturno, el Ministerio de Trabajo debe evitar que se establezcan cargas excesivas que impidan el descanso, la recreación y las actividades culturales, como le corresponde a toda persona trabajadora.

Mediante Ley 1429 de 2010 se puso en cabeza del gobierno la obligación de diseñar y promover programas de capacitación y asesoría técnica para la generación del teletrabajo (Art. 3° literal c).

En la sentencia C-337 de 2011 (M.P. Jorge Pretelt Chaljub) al estudiar la constitucionalidad de un literal del numeral 6 Art. 6 de la Ley 1221 de 2008 admitió en primer lugar la Corporación que “(...) a pesar de que el uso de las tecnologías de la comunicación y las telecomunicaciones en el marco de un contrato laboral, trae consigo una redefinición del concepto de subordinación, ésta se presenta aunque adopta diversas maneras (por ejemplo, control a través de sistemas operativos), que incluso pueden ser más estrictas que las formas de subordinación tradicional”.

Acorde con la aceptación de la relación laboral de los teletrabajadores insistió en que:

“El artículo 6, numeral 6 señala expresamente que la igualdad de trato debe verse especialmente reflejada en el derecho a: constituir o afiliarse a las organizaciones sindicales que escojan y a participar en sus actividades, a la protección de la discriminación en el empleo; a una remuneración justa, a la protección por regímenes legales de seguridad social, al acceso a la formación, a la edad mínima en la admisión del empleo, a la protección a la maternidad, al derecho a la intimidad y privacidad del teletrabajador, al mantenimiento de las condiciones de salud en el sitio de trabajo, a la voluntariedad en el desempeño del teletrabajo con la posibilidad de retornar al trabajo convencional, a la prohibición de imputar las fallas técnicas al empleado y al reconocimiento de horas extras cuando así lo requiera el patrono”.

En relación con la seguridad social, aceptó la omisión legislativa al no incluir el reconocimiento del subsidio familiar, como les corresponde a los otros integrantes del sector trabajador, razón por la cual declaró exequible el numeral demandado, “siempre y cuando se entienda que la protección en materia de seguridad social a favor de los teletrabajadores, también incluye el sistema de subsidio familiar, de conformidad con la ley”. La Ley 1562 de 2012 que modificó el sistema general de riesgos laborales, estableció normas expresas sobre el teletrabajo.

Esta revisión de la normatividad vigente sobre el teletrabajo, permite afirmar que esta figura no sólo es aceptada y regulada en nuestro país, sino que goza de todas las garantías jurídicas propias de los contratos de trabajo. Su implementación y fortalecimiento se ha convertido en una política pública encaminada a combatir el desempleo en sectores sociales vulnerables, mujeres, madre y padre cabeza de familia, personas en incapacidad, desplazados, y en proceso de postacuerdo, debemos incluir también a hombres y mujeres reincorporados a la vida civil.

4.1.2.2.4 Subordinación y trabajo a domicilio

Históricamente el trabajo a domicilio surgió en la alta edad media, cuando algunos campesinos comenzaron a realizar tareas artesanales cumpliendo encargos realizados por mercaderes. En esta etapa el trabajo a domicilio era autónomo, podían realizarlo varios miembros de la familia y el contratante solamente establecía las condiciones del pedido y el valor a cancelar, así como el tiempo en que se entregarían los productos.

Muchos años más tarde, cuando se había instalado el sistema de producción industrial y se contaba con una regulación protectora del trabajo, se decidió darle legalidad a una situación fáctica, consistente en que algunas personas, si bien no asistían a las instalaciones de la empresa, realizaban de manera personal y continua actividades y servicios en beneficio del empleador, acatando sus directrices. Le correspondía a la empleadora suministrar todos los elementos necesarios para la producción, controlar la calidad y cancelar de conformidad con el número de piezas elaboradas, de allí que se hable del salario a destajo o por unidad de obra.

En Colombia en el Decreto 210 de 1953, Art. 6, se insistió en que de conformidad con “el artículo 89 del Código sustantivo del trabajo y para efectos del presente decreto cuando aparezca plenamente establecido que el trabajador o trabajadores a domicilio reciben del patrono materias primas o elementos destinados a ser manufacturados y expendidos por cuenta de esta último” existe contrato de trabajo. Sobre la entrega de dichos materiales debe llevarse registro expreso.

En numerosos fallos la Corte Suprema de Justicia, expresó que quienes se encuentren vinculados por esta modalidad, tienen derecho tanto al salario mínimo legal, como a todas las prestaciones sociales, los aportes a la seguridad social y los parafiscales (Legis, 2015).

La Corte Constitucional en Sentencia C-710/96 (M.P. Jorge Arango Mejía), al estudiar la constitucionalidad de las normas que regulan el contrato a domicilio, precisó las diferencias existente entre el típico contrato de trabajo y el contrato a domicilio, previa advertencia de que los dos son verdaderos contratos de trabajo. 1). La primera gran diferencia estriba en la naturaleza de la subordinación, puesto que en el contrato a domicilio, ésta se concretiza en seguir las indicaciones dadas por el empleador para la elaboración de un producto o la prestación de un servicio.

2). La intervención del inspector de trabajo o de la primera autoridad política, no pretende coartar la autonomía del empleador, ni la iniciativa privada (Art. 333 C.N.), se trata de garantizar el respeto a los derechos laborales, especialmente el mandato del Art. 25 constitucional.

3). El registro que realiza el empleador sobre las condiciones del trabajo (Arts. 90, 91, 92 y 93 C.S.T.), facilita el control por parte de los funcionarios respectivos. Con estos argumentos la Corporación declaró la exequibilidad de los artículos demandados.

4.1.2.2.5 Subordinación en Empresas de Servicios Temporales

Estos contratos fueron regulados por la ley 50 de 1990, con la finalidad de formalizar legalmente, una situación que se presentaba con frecuencia en el mercado laboral. El Art. 71, las definió como “(...) aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador”. En las E.S.T. hay dos clases de trabajadores, de planta y en misión (Art. 74).

La subordinación de los trabajadores en misión resulta un tanto difusa, debido a que son ellos quienes a nombre de la E.S.T. se trasladan a las instalaciones del usuario (Art. 73,), a realizar el trabajo o la labor contratada, la cual está restringida tanto en la naturaleza de las actividades, como en su duración, así: 1. Labores ocasionales, accidentales o transitorias (Art. 6° C.S.T.), 2. Reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad y 3. Atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más (Art. 77).

Aunque el misionero está en la obligación de observar las reglas internas de la empresa usuaria, tales como las de salud ocupacional y atender su régimen disciplinario, la circunstancia de no ser un contrato *intuitu personae*, impide el apareamiento de la relación laboral con la usuaria. Para mayor contundencia del marco de acción de las E.S.T. el Decreto 24 de 1998 las reglamentó, ordenando a las autoridades administrativas del trabajo, el control del término de duración, el que en ningún caso puede exceder de un año, so pena de desvirtuar su naturaleza y recibir sanciones.

Sin embargo, suelen presentarse casos en que la E.S.T. y la usuaria contravienen las normativas y generan controversias sobre la calidad

de empleadora que puede asumir la usuaria y las responsabilidades que les competen en el evento de una reclamación judicial. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con Rad. 9435 del 24 de abril de 1997 (M.P. Francisco Escobar Henríquez), al decidir una demanda en calidad de empleadora dirigida contra una usuaria, señaló la Corporación que: “(...) persiste para el correspondiente servicio contratado una vez agotados los plazos máximos permitidos por la ley, ya no podrá utilizar válidamente los servicios de una E.S.T., la misma que venía contratando o de otra”.

Por su parte, la sentencia T-862 de 2003 (M.P. Jaime Araujo Rentería), ratificó la necesidad de respetar el límite de tiempo, con la finalidad de proteger al sector trabajador. En igual sentido, la sentencia T-550 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), manifestó: “(...) en todo caso, la Ley dispone que esta clase de relación laboral no puede exceder de un año (Ley 50 de 1990, artículo 77 y Decreto Reglamentario 24 de 1998, artículo 13), restricción legal que tiene su fundamento en la protección al trabajador respecto a su estabilidad laboral, ya que este tipo de contrato de trabajo temporal no tiene como finalidad garantizar la permanencia ni estabilidad del empleado”.

En el evento de prolongarse dicho lapso, se desvirtúa la figura del trabajador en misión, para convertirse en una relación laboral permanente, por lo que su vinculación no debió realizarse con la E.S.T. sino directamente con el usuario, quien en la práctica actúa como su empleadora, bajo la intermediación de la E.S.T., alteración de la realidad laboral, que trae como consecuencia para la usuaria (empleadora oculta) el asumir los costos laborales de dicho servicio y para la E.S.T. (intermediario oculto) responder en investigación administrativa en su contra, la que podría terminar con el cierre de la empresa. Así las cosas, expresó la Corte: “(...) podemos estar en presencia de una relación laboral permanente encubierta, que no le permite al trabajador tener derecho a una estabilidad en el empleo. Cabe recordar que se debe evitar que persista la tendencia de sustituir trabajadores permanentes por temporales, pues como se señaló, siempre que subsistan las causas y la materia que dieron origen a la relación laboral, la misma no se puede dar por terminada y se debe propender por la estabilidad laboral de aquellos trabajadores que han cumplido a cabalidad con las labores encomendadas” (T-862 de 2003 M.P. Jaime Araujo Rentería).

Con ocasión de la sentencia T-663 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), volvió la Corporación a retomar el tema de las E.S.T. frente a la tutela interpuesta por una misionera que fue despedida cuando se encontraba en tratamiento médico sin recibir la calificación de la Junta de Invalidez. Argumentó la Corporación de la siguiente manera: “Como

ya se señaló, la estabilidad laboral reforzada se predica de todos los contratos, sin importar la modalidad de vinculación, incluidos aquellos que suscriben las empresas de servicios temporales y a término fijo. Esto, porque dicha estabilidad surge exclusivamente de las condiciones de debilidad manifiesta en que se encuentra el grupo de personas que son beneficiarias de la misma (...). En consecuencia concedió el amparo y ordenó tanto a la E.S.T. como a la usuaria reintegrar a la trabajadora a un cargo acorde con su situación de salud y reconocer los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el despido hasta su reincorporación a la empresa usuaria.

Con estas medidas se protegió a la trabajadora y se generó una responsabilidad solidaria entre la E.S.T. que actuó como intermediaria y la usuaria que es la verdadera empleadora.

En el mismo sentido la sentencia T- 503 de 2015 (M.P. María Victoria Calle), se pronunció frente a la tutela interpuesta contra la E.S.T. que la contrató y la usuaria donde realizó su actividad laboral, despedida unilateralmente cuando le faltaba menos de un año para adquirir derecho a pensión. La Corte fue enérgica al afirmar. “(...) Es claro que en este caso no debería tratarse de un trabajador en misión, sino de uno que desarrolla una labor permanente, por lo que su vinculación no debió corresponder a una contratación temporal. Así las cosas, presuntamente, podemos estar en presencia de una relación laboral permanente encubierta, que no le permite al trabajador tener derecho a una estabilidad en el empleo”, razones por las cuales concedió el amparo solicitado, ordenó a la entidades demandadas proceder al reintegro y al pago de los salarios y prestaciones adeudados y exhortar a la Defensoría del Pueblo para que acompañe al tutelante en la reclamación judicial dentro de los 4 meses siguientes al fallo.

Recogiendo los diversos planteamientos jurisprudenciales se puede aseverar que la subordinación difusa que se presenta en los contratos con las E.S.T. no afecta su naturaleza laboral. La realización de actividades diversas a las señaladas por la ley o la duración de dicho contrato por tiempo superior al máximo establecido, convierte a la misionera o misionero, en un trabajador permanente, a la usuaria en empleadora y a la E.S.T. en intermediaria, revelándose el interés indebido en transgredir la ley y afectar los derechos de quien presta sus servicios.

4.1.2.2.6 La Subordinación en las Empresas Asociativas de Trabajo

Las E.A.T. son entidades sin ánimo de lucro que se crearon con el objetivo de generar empleo y “(...) que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el

desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general” (Decreto 4588 de 2006 Art. 3°).

De conformidad con lo anterior, es la autonomía o ausencia de subordinación el eje central que define la especificidad de estas empresas. Así las cosas, no se puede predicar existencia de relación laboral con la E.A.T., puesto que todos sus integrantes son cooperados, que aportan su capacidad laboral y actúan frente a la beneficiaria como personas jurídicas, lo que excluye la posibilidad de relación laboral. Entre las personas asociadas a una E.A.T. no hay relación laboral, por lo tanto, están por fuera del C.S.T. los montos que reciben por sus servicios no son salario, sino compensaciones.

Estas características sirvieron para que algunos empleadores mal informados, recurrieran a las CTA con la finalidad de evadir relaciones laborales, motivo por el cual fueron objeto de varias denuncias formuladas por las Centrales de Trabajadores, en la medida en que hacían intermediación laboral y auspiciaban la vulneración de derechos laborales. Con el fin de zanjar tal problemática el mencionado Decreto 4588 de 2006 especificó en su Art. 5° que: “El objeto social de estas organizaciones solidarias es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autotérminación y autogobierno (...) Parágrafo. Las Cooperativas de Trabajo Asociado cuya actividad sea la prestación de servicios a los sectores de salud, transporte, vigilancia y seguridad privada y educación, deberán ser especializadas en la respectiva rama de la actividad; en consecuencia, las cooperativas que actualmente prestan estos servicios en concurrencia con otro u otros, deberán desmontarlos, especializarse y registrarse en la respectiva superintendencia o entidad que regula la actividad”. Adicionalmente se estableció la obligación de afiliar a la seguridad social a los trabajadores asociados con base en el promedio de las compensaciones mensuales.

En la misma perspectiva la Ley 1233 de 2008 intervino una vez en su actividad, fijando como monto mínimo de las compensaciones el equivalente al salario mínimo, encargando a la Superintendencia de Economía Solidaria el control de sus actividades. Se reiteró de igual manera la urgencia de fijar su objeto social de manera clara, evitando la concurrencia de actividades y se ordenó que en adelante, deberían contribuir no sólo a la seguridad social, sino también al Sena, ICBF y Cajas de Compensación.

La Ley 1753 de 2015 por medio de la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo “Todos por un nuevo país 2014-2018”, acogió la política

del trabajo decente para la generación de empleo, la formalización laboral y la protección al sector trabajador tanto público como privado. De manera puntual indicó que las empresas deberán cumplir con las normas laborales en los procesos de tercerización, los que de ninguna forma pueden recaer sobre las funciones misionales permanentes de las empresas.

En todo caso, es claro que las EST no son intermediarios, no son empresas de servicios temporales y no pueden contribuir a la evasión de las obligaciones laborales que les compete a las empresas so pena de soportar las investigaciones administrativas y las correspondientes sanciones.

En ese sentido, la SL de la CSJ mediante la sentencia con Rad. 25.713 de 6 de diciembre de 2006 (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza), frente a una disputa relativa a la existencia de relación laboral entre una cooperada y la empresa usuaria del servicio, reflexionó “(...) quien ha acudido a la fraudulenta utilización de la contratación con una cooperativa de trabajo asociado (...) estará en presencia de una conducta tendiente a evadir el cumplimiento de la ley laboral, lo que, en consecuencia, amerita la imposición de sanciones como la moratoria (...)”.

Manteniendo este precedente la SL de la C.S.J. en fallo con Rad. 32505 de 2009 (M.P. Isaura Vargas Díaz), decidió el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que reconoció la existencia de relación laboral entre un cooperado y la usuaria del servicio de la E.A.T. por cuanto si algunos empleadores aprovechando esa figura jurídica, obligan a sus antiguos trabajadores a integrarse en determinadas cooperativas, con la finalidad de renovarles el vínculo con la intermediación de la E.A.T., es claro que la naturaleza del cooperativismo se alteró y se convirtió en un intermediario que contribuye a ocultar la relación laboral.

Con fundamento en los planteamientos antes señalados, dijo la Corte: “(...) existen eventos en los que la vinculación de un cooperado con terceras personas, estructura una verdadera relación laboral, otorgándole así, un significado cardinal al principio de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos, ya que al no cumplir las Cooperativas los fines para los cuales fueron creadas actúan como intermediarios para obtener la vinculación laboral con la empresa donde se presta efectivamente el servicio”, máxime en situaciones como el caso en estudio, donde con anterioridad existió relación laboral, que no cambió, cuando el vínculo se realizó a través de la E.S.T. En consecuencia no casó la sentencia recurrida.

Frente a una de las formas organizativas de mayor auge, como son las S.A.S. en la sentencia C-090 de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo), la Corporación al analizar el artículo 1º. de la Ley 1258 de 2008, que restringe la responsabilidad de los accionistas de una S.A.S. al monto de sus aportes, incluyendo las obligaciones laborales, con excepción de aquellas obligaciones que impliquen fraude a la ley o perjuicio de terceros (Art. 42), casos en los cuales, opera la responsabilidad plena de accionistas y administradores, esclareció lo siguiente:

Del anterior recuento jurisprudencial se concluye que: (i) el legislador tiene un amplio margen de apreciación al regular las distintas modalidades de trabajo y la forma de hacer efectivo su valor, el principio y el derecho-deber, (ii) no obstante, al ejercer tal facultad, se encuentra obligado a garantizar las garantías laborales de los trabajadores, (iii) la Corte Constitucional ha declarado la constitucionalidad de ciertos fenómenos de flexibilización laboral, como mecanismo legítimo para incentivar la creación de empleo, pero (iv) dichas herramientas no pueden ser utilizadas para mutar verdaderos contratos laborales y desconocer las prerrogativas mínimas reconocidas por el artículo 53 Superior, (iii) en el caso que las figuras sean utilizadas fuera de los objetivos para los que fueron creadas, las autoridades de control deben tomar los correctivos pertinentes y además, (iv) habrá una responsabilidad de aquel patrono que ha utilizado estos instrumentos de forma irregular.

La anterior revisión internacional, jurisprudencial y legal, permite afirmar que si bien los cambios e innovaciones de los procesos productivos conducen a una flexibilización de la normatividad laboral, dicha situación no significa el desaparecimiento del derecho laboral, sino la emergencia de nuevas figuras jurídicas que afectan la concepción tradicional de algunos elementos de la relación laboral, siendo pertinente adaptarse a estos cambios propios del mundo del trabajo, salvaguardando la protección del sector trabajador mediante la observancia de los mínimos laborales, consagrados tanto por la OIT como por la Constitución Nacional de 1991. Tal es el caso, que se analiza a continuación.

4.1.2.2.7 De la subordinación a la parasubordinación

La relación de trabajo desde su surgimiento en el siglo XIX, permaneció estrechamente vinculada a una forma de producción fordista, en que la presencia de empleador y sector trabajador en un mismo espacio, permitía otorgarle características factuales y objetivas. Los últimos decenios del siglo XX fueron testigos del apareamiento de nuevas formas de trabajo, basadas en la iniciativa privada, que sustituyó al

Estado Bienestar hasta convertirlo en un Estado Mínimo, apoyado en los avances tecnológicos, en la producción por maquila y en la creciente globalización de todos los aspectos de la vida.

La subordinación y la seguridad propias de la era fordista, fue reemplazada por la parasubordinación o la inseguridad jurídica, puesto que en esta nueva forma de subordinación tampoco existe autonomía (Pérez, 2004, 54).

En Italia uno de los países más afectados por la crisis económica, tomó fuerza la parasubordinación ligada a la actividad personal (prevalente no obligatoria), continua y coordinada (no subordinada), con las directrices del beneficiario del servicio. En este escenario de respeto a la voluntad de las partes, cobra relevancia la denominación del contrato, así resulte en clara contradicción con principios como la primacía de la realidad.

En Colombia las Altas Cortes en sus numerosos fallos⁴, antes referidos, defendieron la subordinación como elemento central tanto de la relación laboral explícita, como de aquella que pretende ocultarse bajo otras figuras, lo que significa que aún no tiene acogida el concepto de parasubordinación.

No obstante las últimas sentencias del Consejo de Estado en las cuales la exigencia de permanecer en las entidades, de sujetarse a las directrices fijadas por el empleador, que hasta hace poco servían como pruebas de la subordinación, se empiezan a valorar como expresiones de coordinación entre el contratista y la entidad respectiva. Tal como puede deducirse del siguiente pronunciamiento: Sentencia con Rad. 438013 de 13 de noviembre de 2014 (C. P. Alfonso Vargas Rincón), en la cual precisó que en algunas ocasiones la actividad del contratista puede ser similar a la de empleados de planta, como cuando el personal vinculado “no alcanza a colmar la aspiración del servicio público”, evento en el cual se recurre a la contratación de personas ajenas a la entidad. Cuando esto ocurre “(...) resulta obvio que los vinculados por prestación de servicios deben someterse a las pautas de la entidad y a la forma como se encuentran coordinadas las distintas actividades, sin que ello implique dependencia respecto al contratante”. En criterio del Consejo de Estado, no resulta aceptable que quienes se vinculan por medio de CAPS desconozcan y no acojan en el desempeño de la actividad encomendada las políticas establecidas en la respectiva entidad, la

4. Ver al respecto: Goyes, I. Hidalgo, M. “Coordinación, parasubordinación o subordinación en los CAPS”. Encuentro Regional Red de Investigaciones Jurídicas y Socio-Jurídicas. Pasto, 2015).

que puede inclusive fijar tiempos para la prestación de tales servicios. En ese contexto, “(...) en vez de una subordinación, lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales”.

Con ocasión del fallo de Rad. 680012333000-2013-00108-00 del 11 de noviembre de 2015 (C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez), respecto de un supernumerario que reclamaba igualdad de derechos, se determinó que “(...) el mero transcurso del tiempo no permite la mutación de la naturaleza de la relación laboral del interesado, dado que mientras persistieron las necesidades del servicio y bajo la regulación legal hasta ese momento vigente fue imperioso para la Entidad contar con personal de apoyo para el ejercicio de las funciones ya referidas”. Por tanto negó la existencia de un contrato realidad.

En otro fallo de la misma fecha sentencia de la misma fecha 11 de noviembre de 2015 Rad. 660012331000201100293-01 (C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez) concluyó que: “En el caso concreto, se demostraron los siguientes componentes: 1) el funcional, porque la función contratada (escolta) está referida a las que debía adelantar la entidad pública como propia u ordinaria. 2) continuidad, porque se trató de una vinculación que sin solución de continuidad se extendió por 3 años con la misma persona y con el mismo objeto. 3) carácter permanente, porque la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración”. De ahí que, se concedieran las súplicas al demandante. Se resalta de este fallo la precisión de los elementos que debe contener todo contrato realidad.

En sentencia del 4 de febrero de 2016 (C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 050012331000201002195-01) se estableció que el demandante “no demostró (...) que dichas labores hagan parte del componente funcional y organizacional” de la entidad demandada, dadas sus tareas de asesor. Por tanto, negó las pretensiones.

El Consejo de Estado ha amparado los derechos laborales de aquellos contratistas mal vinculados en cuanto desempeñan actividades misionales, de la misma manera que respalda la viabilidad de los CPAS cuando se trata de labores no permanentes ni funcionales, respecto de las cuales es necesaria la coordinación que viabilicen el cumplimiento del contrato, sin que trasmute la naturaleza del mismo.

4.1.2.2.8 Hacia un nuevo entendimiento de la subordinación

Las evidencias jurisprudenciales de los años 1993 a 2016 de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado de Colombia ratifican que los

elementos que permiten defender el concepto de parasubordinación en Europa, están plagados de relatividad.

La coordinación y colaboración en oposición a la subordinación en las relaciones de trabajo son conceptos postmodernos que encuentran su principal límite en el trabajo al servicio de los Estados. De donde, la dignificación de la persona trabajadora no puede ceder paso a la precarización de su labor. La permanencia de la función pública torna complejo cualquier intento deslaborizador, pues aún con respaldo legal, como sucedió en Colombia, en el sector salud y docente, la realidad devela, como lo señalan los jueces, que la naturaleza de las actividades tornan imposible la tercerización y desregulación laboral.

Sin embargo, la existencia de nuevas formas de producción, el anhelo de independencia y autonomía personal de las personas en la época de la globalizaciones y las comunicaciones, exige un replanteamiento del concepto de subordinación –no para ocultar o negar relaciones laborales–, sino para dar cabida a aquellos trabajadores que se ubican en la zona gris dentro la coordinación y la subordinación, para que se les garantice los derechos humanos laborales de origen constitucional y legal como una remuneración mínima y vital, la seguridad social y sean incluidos en las diversas políticas y en las decisiones empresariales.

“Trabajo y subordinación aparecen como categorías inseparables, o mejor dicho, como si fueran una sola, cuando en verdad el trabajo puede ser desarrollado bajo continuada subordinación, dependencia y ajenidad; con autonomía y por cuenta propia, o cooperada, e incluso, puede ser desarrollado bajo otras circunstancias” (Manrique, 2013, 127).

De manera que el trabajo en todas sus modalidades amerita protección. La principal de ellas: la identificación si es subordinado o independiente, pues la dignidad de la persona comporta el “vivir bien”, “vivir como quiera” y “vivir sin humillaciones” (Corte Constitucional, T-881 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett), a través del principio de primacía de la realidad.

4.1.2.3 La Remuneración

Es el tercer elemento de la relación laboral y connatural al trabajo personal subordinado, debido a que la inmensa mayoría de trabajadoras y trabajadores, esperan a cambio de sus servicios del mundo, una remuneración que asegure los ingresos necesarios para atender a sus necesidades básicas y las de su grupo familiar.

Por esta razón y teniendo en cuenta, las dificultades probatorias de la parte débil de la relación laboral, la jurisprudencia ha sido reitera-

tiva en señalar que respecto a su prueba, al trabajador le basta afirmar que la actividad fue remunerada, trasladando la carga de la prueba al empleador, quien deberá demostrar el quantum de lo pagado.

La no existencia del salario en una actividad personal y subordinada, no exonera de responsabilidad a la empresa, por el contrario, la falta de estipulación es susceptible de cubrirse asignando la remuneración establecida para actividades similares que se desarrollen en la misma entidad o en otra de condiciones similares. Si no existieran actividades de referencia, existe el salario mínimo legal, como el monto por debajo del cual, no es posible desempeñar una actividad bajo la continuada dependencia de otra persona.

Existen actividades que no obstante ser personales, continuadas y de las cuales se derivan montos para la subsistencia, no constituya relación laboral. Tal es el caso que se presentó entre un Pastor y su Iglesia, en la cual desempeñó actividades por un largo período, reclamando a su retiro, los salarios, prestaciones y aportes a la seguridad social. La SL de la CSJ en sentencia con Rad. 5638 de 27 de mayo de 1993 (M.P. Jorge Iván Palacio), determinó que la ausencia del elemento de subordinación y el carácter voluntario de la actividad de estudio y divulgación del evangelio, no permitían hablar de una relación laboral, por falta de la integración de los elementos establecidos en el Art. 23 del C.S.T., argumentando que quienes solicitaban sus servicios eran los feligreses no la Iglesia y que sus emolumentos tenían como fuente los diezmos y limosnas que de manera voluntaria hacían a la Iglesia. Dijo entonces la C.S.J. “ (...) quienes asumen el compromiso de la dirección espiritual no persiguen fines materiales (...) y aunque la demandada está organizada con una clara jerarquía interna a la que se someten los pastores (...), no constituyen reglamento de trabajo, sino pautas de comportamiento espiritual. Con estas razones absolvió a la Iglesia demandada.

El tema del salario desde el punto de vista conceptual, sus modalidades, su relación con la jornada laboral y la discriminación por razones de género, serán abordados en el capítulo siguiente.

4.1.2.4 El Empleador, representantes, contratistas, intermediarios y Solidaridad

Frente a la persona que presta el servicio, o realiza una actividad, la que debe ser siempre persona natural, se encuentra la parte que se beneficia de dicha actividad, que es la empresa, esta sí, persona natural o jurídica, aunque cada vez son menos las personas naturales empleadoras. La normatividad comercial facilita el surgimiento y la liquidación de personas jurídicas de distintos espectros, con responsabilidades

específicas, convirtiéndose en la forma prevalente de empleadores, los cuales se rigen por las disposiciones del Código del Comercio y del Código Civil.

Con independencia de la forma organizativa acogida por la empleadora (S.A.; S.E.A.; S.E.; S. Responsabilidad Ltda.; S.A.S.; Sociedad Colectiva), la responsabilidad frente al sector trabajador es la misma, respetar los mínimos laborales, siendo válido superar dichos mínimos, mediante procesos de negociación y acuerdo de voluntades. Interesa a las y los trabajadores tener claridad acerca de quién tiene la calidad de empleador y qué personas pueden representar al empleador y contraer obligaciones en su nombre y representación.

Toda empresa tiene por estatutos (registrados en las Cámaras de Comercio) un representante legal, quien con la denominación de gerente, director, jefe, coordinador, etc. por decisión de los socios goza de la competencia para vincular trabajadores, suscribir contratos, acordar modalidades, fijar salarios, etc. En los eventos en que el representante legal actúe más allá de los poderes conferidos, dicha extralimitación no afecta la legalidad de sus compromisos, sino que genera responsabilidades frente a los socios, que pueden llegar inclusive a su relevo, pero que no tienen la fuerza para desconocer los derechos otorgados a quienes prestan servicios subordinados.

Teniendo en cuenta la complejidad de algunas empresas, su crecimiento y presencia en distintos domicilios, es necesario determinar internamente, qué cargos y qué personas actúan como representantes del empleador. La ley laboral trae un listado de cargos (Art. 32 C.S.T.), los cuales aunque resultan desactualizados para las nuevas formas organizativas de la empresa privada, conservan su vigencia, respecto a la posibilidad de señalar mediante los estatutos o el Reglamento Interno de Trabajo, la línea jerárquica interna.

Por mandato expreso de la ley laboral, hay otras figuras que no son representantes del empleador, sino auténticos empleadores, tales como los contratistas, los subcontratistas (Art. 34 C.S.T.), las E.S.T. (Ley 50 de 1990), casos en los cuales estas personas jurídicas asumen directamente la realización de una actividad, con sus propios recursos y medios y con total autonomía. Entre el contratante y el contratista aparece una relación civil o comercial. La relación laboral se presenta entre estos auténticos empleadores y sus respectivos trabajadores.

No obstante la anterior observación, cuando el beneficiario se dedica a actividades similares a las contratadas, adquiere responsabilidad solidaria con el contratista, por el desconocimiento de las obligaciones

laborales, pudiendo en proceso posterior de carácter civil repetir lo cancelado.

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

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

Es claro que el contratista se compromete, mediante un contrato civil, mercantil o administrativo, a realizar una o varias obras o a prestar un servicio en favor del contratante a cambio de un determinado valor o precio. El contratista en desarrollo de la actividad contratada procede con autonomía técnica y con sus propios recursos e instrumentos de trabajo. Para cumplir con el objeto contratado requiere contratar personal, frente a los cuales tiene la condición de verdadero empleador, no es representante del beneficiario ni intermediario del mismo. Por su parte, el beneficiario no es empleador de los trabajadores del contratista, pero frente a sus acreencias laborales actúa como garante de las mismas. Este fue el sentido de la sentencia N°. 6610 de 1994 (M.P. Rafael Méndez Arango) de la SL de la CSJ, cuando precisó “(...) la solidaridad consagrada en el artículo 34 (...) está establecida a favor de los trabajadores del “contratista independiente”, que por definición legal es un verdadero patrono y no un representante ni intermediario de quienes con él contratan (...)

Así las cosas, es posible afirmar que la responsabilidad solidaria en materia laboral procede: 1. A través de la relación beneficiario – contratista – trabajadores, 2. Solo opera para el caso de incumplimiento en el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, 3. Que exista relación con las actividades normales del beneficiario, 4. En firme la decisión judicial que ordene el pago, el beneficiario puede repetir contra el contratista, 5. El empleador debe ser demandado junto con el deudor solidario laboral (Sentencia SL de la CSJ Rad. 24323 de 2006, M.P. Eduardo López Villegas).

Esta Corporación a través de diversos fallos ha mantenido la conexión necesaria entre las obligaciones impuestas al empleador y las que le competen al beneficiario, precisando que las de este último tienen

carácter derivado. Así en fallo con Rad. 28783 del 2 de diciembre de 2008 (M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez), señaló: “(...) Es decir, ante la inexistencia de condenas respecto del empleador obligado, al beneficiario solidario no podía afectársele con ninguna que previamente no se hubiese impuesto a aquél, ya que su obligación no tiene carácter independiente sino derivado, porque no formó parte de la relación laboral de la que la prestación se origina, y, por ende, cualquier prestación que deba solucionar está condicionada a que se genere, con anticipación, en la persona del empleador”.

En idéntico sentido se pronunció mediante sentencia con Rad. 35937 del 9 de agosto de 2011 (M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve) al resolver la reclamación laboral de un subordinado del contratista. “En suma, si la solidaridad prevista por el artículo 34 del CST, entraña que, al cumplirse los supuestos que la misma norma exige, que el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, resulte solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tenga derecho el trabajador, y tales rubros solo surgen en un proceso laboral cuando son impuestos por el juez a cargo del respectivo empleador, al no poderse generar ellos por la circunstancia de declararse inhibido el operador judicial respecto de a quien se demandó como tal, resulta, entonces, imposible, derivar condena alguna al beneficiario del trabajo o dueño”.

Para el caso de trabajadores de las empresas de servicios temporales, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que no es factible aducir responsabilidad solidaria de la usuaria, puesto que la E.S.T. es una auténtica empleadora. En pronunciamiento de la SL de la CSJ en sentencia Rad. 16350-2014 de 29 de octubre de 2014 (M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas), frente a la reclamación formulada frente a la usuaria por parte del trabajador de una E.S.T. aclaró que:

(...) siendo indiscutible que durante el período ya mencionado el actor le prestó sus servicios como trabajador en misión, por ser trabajador directo de la empresa de servicios temporales igualmente demandada, en modo alguno estaba llamada a responder solidariamente por las acreencias laborales que la empleadora dejó de pagarle oportunamente a su trabajador y por la cual fue condenada a pagar la indemnización moratoria (...) a la empresa de servicios temporales E.S.T. (...) no es posible tenerla como contratista independiente (...) lo cierto es que entre ésta y la empresa usuaria no se pacta o contrata la «ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva», sino, cuestión bastante diferente, su objeto es «la prestación de servicios con terceros beneficiarios

para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.

Esa posición fue reiterada en la sentencia Rad. 70001-22-14-000-2015-00180-01 de 3 de septiembre de 2015 (C.P. Fernando Giraldo Gutiérrez), cuando frente a un caso de condiciones fácticas similares recurriendo a su propia jurisprudencia, insistió la Corporación: “(...) no resulta asimilable la situación del contratista independiente a la de las empresas de servicios temporales, por cuanto estas últimas se limitan a remitir trabajadores a la usuaria, como ocurrió en el caso sub iudice, sin desbordar los límites de la figura, por lo que no se encuentra ajustado a derecho el mandato extensivo a la usuaria respecto del pago de la licencia de maternidad de manera concurrente con la E.S.T.”, razón por la que decide modificar la sentencia recurrida y absolver a la usuaria de la responsabilidad solidaria.

En síntesis, la solidaridad opera plenamente frente a beneficiarios y contratistas independientes, presentando restricciones en los eventos de E.S.T. y usuarios, a menos que se trate de “supuestas” E.S.T. que actúan como intermediarios, caso en el cual deben tomarse en cuenta otras consideraciones. En todo caso la constitución y la jurisprudencia laboral cumplen un papel protector del sector trabajador frente a beneficiarios, usuarios, contratistas, E.S.T., intermediarios, etc. Todos los cuales pueden ser llamados en responsabilidad solidaria, de conformidad con las características puntuales de cada caso (Arts. 34, 35, 36 C.S. del T.).

4.1.2.5 Empleador y *Ius Variandi*

En Colombia no existe consagración normativa de esta figura, sin embargo, la jurisprudencia ha hecho importantes desarrollos de la misma, la cual se entiende, como otra expresión de la capacidad jurídica de mando de que dispone el empleador. La doctrina define el *ius variandi* como “la posibilidad que tiene el empleador de modificar algunos aspectos de las condiciones en que se presta el trabajo”, esta modificación es unilateral y no requiere la aprobación de quien presta el servicio, sin embargo, el *ius variandi* no puede equiparse con la arbitrariedad, puesto que los cambios deben realizarse dentro de los límites de la discrecionalidad razonable, esto es, sin afectar, los derechos, la seguridad ni la dignidad de la persona que trabaja.

En la sentencia T-407 de 1992 (M.P. Simón Rodríguez Rodríguez), la Corte Constitucional al decidir una acción de amparo, enseñó: “Con-

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

De esta y de posteriores pronunciamientos se configuró una línea jurisprudencial que gira en torno a dos factores: a) la objetividad que exige que todo cambio en las condiciones laborales, debe dar respuesta a necesidades de la empresa y no a formas de discriminación y b) la razonabilidad, es decir que existan razones suficientes y proporcionales a las modificaciones introducidas al contrato.

Siguiendo esta lógica, la SL de la CSJ en Sentencia Rad. 10.969 del 26 de julio de 1999 (M.P. Fernando Vásquez Botero), enseñó que :“La figura del *ius variandi* ha sido objeto de diversos análisis por parte de la jurisprudencia laboral, –tanto la vertida para el sector privado, como para el sector público–, la cual ha sido reiterada en manifestar que, como la potestad subordinante del empleador, que es de donde conceptualmente nace, no puede ser ejercida de manera omnímoda y arbitraria, pues en realidad no tiene la condición de absoluta e irrestricta, sino que es esencialmente relativa y sometida a unos límites, radicados en los derechos del trabajador, su honor y su dignidad”.

El *Ius Variandi* en consecuencia con la jurisprudencia de las Altas Cortes, sólo puede ejercerse como discrecionalidad racional y no como discriminación arbitraria. De allí que el juicio de proporcionalidad sea necesario para juzgar la modificación impuesta.

Teniendo en cuenta que el *Ius Variandi*, con frecuencia se expresa en las órdenes de traslado de un sitio a otro y que casi siempre dichos cambios afectan la estabilidad familiar, con miras a evitar las arbitrariedades la Corte Constitucional en sentencia T-965 de 2000 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), listó algunos elementos que permiten considerar inadmisibles el traslado, así: “(1) que el traslado tenga como consecuencia necesaria la afectación de la salud del servidor público o de alguno de los miembros de su núcleo familiar (...); (2) cuando la decisión de trasladar al trabajador es intempestiva y arbitraria y tenga como consecuencia necesaria la ruptura del núcleo familiar (...); (3) cuando quede demostrado que el traslado pone en serio peligro la vida o la integridad personal del servidor público o de su familia. No

sobra advertir que, para que la acción de tutela pueda proceder, las circunstancias alegadas deben encontrar pleno respaldo probatorio en el correspondiente expediente”.

De manera expresa y en relación con los límites del *ius variandi*, la sentencia T-065 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), indicó que los límites se encuentran en el propio texto constitucional,

concretamente, (i) en las disposiciones que exigen que el trabajo se desarrolle en condiciones dignas y justas (C.P. Arts. 1°, 25 y 53), (ii) en las que consagran los derechos de los trabajadores y facultan a éstos para exigir de sus empleadores la satisfacción de las garantías necesarias para el normal cumplimiento de sus labores (C.P. preámbulo y Arts. 1°, 2°, 25, 39, 48, 53, 54, 55, 56 y 64) y, en general, (iii) en los principios mínimos fundamentales que deben regular las relaciones de trabajo y que se encuentran contenidos en el Artículo 53 del Estatuto Fundamental.

De donde resulta pertinente consultar la forma como las medidas asumidas por el empleador, podrían afectar su situación familiar, su salud, el lugar y el tiempo de trabajo, sus condiciones salariales y su rendimiento laboral. Para la Corporación el ejercicio del *ius variandi*, conduce al empleador a “(...) observar el conjunto de estos elementos y tomar una decisión que los consulte de forma adecuada y coherente, teniendo siempre presente que dicha potestad no lo reviste “de atribuciones omnímodas que toman al trabajador como simple pieza integrante de la totalidad sino como ser humano libre, responsable y digno en quien debe cristalizarse la administración de justicia distributiva a cargo del patrono”.

Tales marcos interpretativos funcionan de igual manera ya se trate de empleadores públicos o privados, razón por la cual no tiene sentido ninguna distinción.

Mediante la sentencia T-524 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) la Corte adoptó una definición del *ius variandi*, “(...) como una de las expresiones del poder de subordinación que sobre los trabajadores ejerce el empleador, la cual se materializa en la facultad de variar las condiciones en que se realiza la prestación personal del servicio, es decir, la potestad de modificar el modo, el lugar, la cantidad o el tiempo de trabajo”, respetando los límites antes indicados.

En la misma perspectiva la sentencia T-687 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), retomó el tema para ratificar los anteriores pronunciamientos sobre el sentido y los límites del *ius variandi*, agregando que “(...) la discrecionalidad que tiene el Empleador en desarrollo

de esta facultad de modificar las condiciones de trabajo no es infinita, puesto que debe respetar los postulados constitucionales mencionados”.

Como se pudo establecer en torno al ingreso e inicio de la relación laboral el enfoque de derechos obliga a Estado a garantizar la accesibilidad al derecho del trabajo, estableciendo reglas claras que garanticen la igualdad de oportunidades e impidan cualquier forma de discriminación. Los postulados constitucionales, los desarrollos jurisprudenciales y la normatividad vigente permiten asegurar que esta obligación de inmediato cumplimiento es acatada por el Estado colombiano y que la autonomía empresarial consagrada constitucionalmente, se encuentra limitada por los derechos laborales reconocidos internacional y nacionalmente.

A continuación se hará énfasis en las vicisitudes propias de la vida laboral.

4.2 LA PERMANENCIA

En curso la relación laboral y una vez identificadas las partes que la conforman, resulta pertinente, detenerse en el desarrollo normal de la actividad laboral y las reglas que la rigen, haciendo énfasis en la llamadas vicisitudes de la vida laboral, para hacer referencia a aquellas circunstancias que alteran dicha normalidad, por causas adjudicables al empleador, o por causas relacionadas con la persona que presta el servicio, o por causas externas a las dos partes, ya sean ocasionadas en forma dolosa, culposa o carentes de toda responsabilidad de las partes de la relación laboral, las que tienen efectos jurídicos en dicha relación.

4.2.1 La suspensión de la relación laboral

Hay dos momentos que pueden considerarse hitos en la vida laboral, el primero de ellos es la fecha en que inicia dicha relación, el cual debe ser claro y concreto, sin lugar a ambigüedades, dado que es a partir de ese momento que surgen los derechos y prestaciones consagradas a favor del trabajador. El segundo hito es la fecha en que tal relación termina, por cualquiera de las causas legales, convencionales o reglamentarias, en la medida que en ese momento se clausura la protección otorgada por el Código Sustantivo del Trabajo.

No obstante entre los dos extremos de la relación laboral, se presenta un impase conocido como “suspensión de la relación laboral”, el cual surge cuando se presentan determinadas condiciones legales, en virtud de las cuales, la relación continúa vigente, aunque temporalmente cesen sus efectos salariales y prestacionales (Arts. 51, 52 y 53 del C.S.T.). El Art. 51 hace referencia a 7 circunstancias que conducen a la suspensión, son ellas:

- A. Ajenas a quien presta el servicio
 - Fuerza mayor o caso fortuito.
 - Muerte o inhabilidad de la empleadora si se trata de persona natural.
 - Suspensión de actividades o clausura temporal hasta 120 días.
- B. Relacionadas con quien presta el servicio
 - Licencias o permisos no remunerados.
 - Suspensión como sanción disciplinaria.
 - Detención.
 - Prestación del servicio militar.
 - Huelga.

La suspensión de la relación laboral es una figura jurídica, que surge cuando debido a la presencia de las condiciones fácticas antes referidas, no es posible continuar con el desarrollo normal de las actividades laborales y por ende, cesa para la empleadora la obligación de pagar los salarios convenidos y para él o la trabajadora, la obligación de prestar los servicios personales.

La suspensión es una situación sui generis de la relación laboral, puesto que manteniendo su validez, deja sin efecto, las obligaciones básicas de las partes: prestar el servicio y cancelar el salario respectivamente. Las otras obligaciones se mantienen durante la suspensión, tales como la fidelidad, confianza, buena fe, exclusividad por las dos partes; el empleador mantiene la obligación de cotizar a la seguridad social. “(...) ciertas obligaciones tales como la prestación del servicio de seguridad social (salud) siguen vigentes en cabeza del empleador con el fin de garantizar a los trabajadores este principio que goza de carácter constitucional, según dispone el artículo 53 superior, de forma tal, que es al patrono a quien corresponde asumir la obligación de prestar el servicio de salud salvo que se encuentre cotizando a la respectiva EPS a la que tenga afiliada al empleado (Sentencia T-162 de 2004).

Por su parte la Corte Suprema de Justicia indicó que: “(...) La suspensión del contrato no significa su extinción (...) Es decir, que el contrato se mantiene y con él persiste su elemento sobresaliente o esencial, como es la dependencia o subordinación.” (Sentencia Rad. 21814 de 13 de octubre de 2004 (M.P. Isaura Vargas Díaz).

Respecto a las causales externas al trabajador, es decir aquellas en las cuales no interviene la voluntad o intención de quien presta el servicio, tales como: La fuerza mayor o caso fortuito, la que requiere que se trate de hechos imprevisibles, esto es, no susceptible de estimarse como riesgo normal de la vida y además irresistibles, en cuanto no

es posible sobreponerse al mismo, circunstancias que se oponen a la existencia de culpa.

El secuestro de conformidad con la Ley 986 de 2005 se considera como un hecho de fuerza mayor y caso fortuito para el secuestrado. Sin embargo, el secuestro no suspende la relación laboral, pues no de otra forma, se entiende el mandato del Art. 15 que ordena al empleador continuar cancelando los salarios incluyendo los aumentos de ley y las prestaciones sociales, atendiendo a la modalidad y término del contrato laboral.

La muerte de la empleadora persona natural, es otra causa externa, que a diferencia de la muerte del trabajador, no termina, sino que suspende la relación laboral. La diferencia de trato frente al fallecimiento de una u otra parte de la relación laboral, radica en que en el primer caso, en la actualidad el contrato laboral ya no es *intuite personne* y en consecuencia, al trabajador no le interesa quién sea la empleadora, por lo tanto durante la suspensión opera la correspondiente sustitución, garantizando la continuidad de la actividad laboral y empresarial.

En el cese temporal de actividades hasta por 120 días, la empresa está obligada a tramitar ante el Ministerio del Trabajo el permiso correspondiente, previa comprobación de las causales técnicas o económicas que así lo justifiquen y de conformidad con la jurisprudencia constitucional, requiere también oír al sector trabajador. La ausencia del permiso administrativo, acarrea la ilegalidad de la suspensión y por tanto la empresa tiene la obligación de cancelar los salarios y prestaciones aún sin la prestación del servicio, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 140 C.S.T.

El anterior trámite requiere que el empleador se encuentre al día con la totalidad de obligaciones salariales y prestacionales. La autorización del cierre temporal no puede confundirse con la autorización para desatender los mínimos laborales.

La captura o la detención preventiva de quien presta el servicio, la jurisprudencia ha esclarecido que: "(...) lo que efectivamente suspende (la relación laboral) es la orden de detención preventiva física que conlleva la imposibilidad material de cumplir con una de las obligaciones del trabajador, cual es la de prestar personalmente el servicio..." (Rad. 40249 de 9 de noviembre de 2011. M.P. Clara Inés Vargas Díaz).

Recuperada la libertad, la persona está en la obligación de reintegrarse a sus actividades, so pena de dar origen a la terminación de la relación laboral por incumplir con sus obligaciones laborales. Se ha interrogado acerca del tiempo durante el cual debe operar la suspen-

sión por esta causal y la respuesta jurisprudencial es que debe hacerse durante un plazo razonable (1 mes, 6 meses?).

Causas relacionadas con quien presta el servicio.- En la medida en que estas circunstancias dependen de la voluntad y libre decisión del o la trabajadora.

La licencia no remunerada, es una prerrogativa que tienen las y los trabajadores para suspender la prestación personal de sus servicios asumiendo las consecuencias de dicha suspensión. Recordando que la relación laboral persiste, durante la licencia no es viable prestar servicios a otro empleador si en el contrato se pactó la cláusula de exclusividad, de no ser así, debe recordarse que en la legislación laboral es admisible la coexistencia de contratos (Art. 26 C.S.T.). Aclaró la Corte Suprema de Justicia lo siguiente: "(...) Si bien el trabajador en uso de licencia no remunerada queda desafectado del deber de prestar el servicio, frente a la exclusividad pactada no es admisible asumir que pueda dedicarse a desarrollar idéntica actividad para otro empleador, porque es precisamente ese el principal motivo que inspira la inclusión de una cláusula de ese linaje (...)" (Rad.39078 de 23 de noviembre de 2010 M.P. Camilo Tarquino Gallego).

La huelga como etapa de un conflicto colectivo debidamente tramitado, tiene la posibilidad legal de suspender las relaciones laborales, tal como lo confirmó la Corte Constitucional en sentencia C-1369 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) al declarar la exequibilidad de los Arts. 444, 51 Numeral 7) y 53 del C.S.T. Sin embargo, cuando la huelga es imputable al empleador, no hay suspensión de la relación laboral y por tanto deben cancelarse los salarios y prestaciones sociales, a pesar de que no existir la actividad personal y subordinada (Art. 140 C.S.T.).

Ahora bien, cuando se trata de una suspensión ilegal de actividades, esto es, por fuera de un conflicto colectivo, lo que se genera es una justa causa de terminación de la relación laboral.

La sanción disciplinaria, la cual por mandato legal suspende la relación de trabajo, siempre y cuando dicha sanción haya sido impuesta con respeto a las leyes y al procedimiento disciplinario previsto en el Reglamento Interno de Trabajo. De no hacerse en debida forma, el empleador podría ser condenado a cancelar los salarios y prestaciones adeudadas e inclusive la sanción moratoria del Art. 65 C.S.T.

Superadas las circunstancias que originaron la suspensión, la relación laboral se reinicia con todas las consecuencias jurídicas. El período de dicha suspensión se tendrá en cuenta para efecto de cancelar las vacaciones, los aportes a pensiones, las cesantías, que son los factores

señalados de manera expresa por el Art. 53, esto significa que la prima de servicios y el tiempo para indemnizaciones, no se afectan.

No sobra advertir que la no reanudación de actividades en los términos establecidos por el Art. 51, da origen a la terminación de la relación laboral por justa causa, es decir, sin lugar al pago de indemnizaciones.

4.2.2 La incapacidad y sus efectos en la relación laboral

Se entiende por incapacidad la alteración de las condiciones normales de salud, que impiden la prestación personal de los servicios contratados. Las incapacidades pueden tener origen en accidentes de trabajo, o en enfermedades comunes o profesionales y le corresponde a la EPS su otorgamiento y a la empleadora el pago respectivo. En los eventos en que la incapacidad supere dicho período, será la EPS y/o la ARP las encargadas de su tramitación y reconocimiento.

Un aspecto que se convirtió en factor de tensión para las empresas, fue definir con claridad la relación entre las incapacidades y las situaciones de “debilidad manifiesta”, puesto que de esta última surge el fuero de salud o estabilidad reforzada consagrada por la ley a favor de aquellas personas que se encuentren con graves alternaciones en su vida normal debido a razones de afectación de su salud.

Sobre dichas relaciones y sus consecuencias, las Altas Cortes, han construido líneas jurisprudenciales, que aunque se fundamentan en idénticos principios constitucionales, difieren en los contextos de aplicación y en las consecuencias jurídicas de los mismos, como se verá a continuación.

4.2.2.1 El fuero de Salud según la Corte Constitucional. Aunque la línea jurisprudencial del fuero de salud fue desarrollada en el capítulo 3. Aparte 3.5.1 Principio de igualdad de oportunidades y no discriminación, en este aparte, sólo se hará referencia a las consecuencias jurídicas en los eventos de desconocimiento de la estabilidad reforzada en los eventos de existencia de fuero de salud, con la finalidad de compararla con el tratamiento que la SL de la CSJ le ha otorgado a este fuero. Las sentencias C-531 de 2000 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-198 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-057 de 2016 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), permiten sintetizar los siguientes aspectos:

1. El principio de igualdad consagrado en el Art. 13 constitucional, es la base de la no discriminación, que debe regir todas las actuaciones tanto del servicio público como del sector privado, principio que en campo laboral, se traduce en la igualdad de oportunidades e igualdad de trato (Art.53C.N.). Con este postulado es válido el

mandato según el cual, aquellas personas que por razones de salud, se encuentran en una situación de desventaja o de debilidad manifiesta, merecen una protección especial, que se traduce en la estabilidad reforzada, conocida como “fuero de salud”.

2. En el ámbito internacional se han adoptado diversos Tratados y Convenios tendientes a proteger a las personas en condiciones de discapacidad. Algunas de las ratificadas por Colombia son: “La Declaración de los derechos del deficiente mental aprobada por la ONU en 1971, la Declaración de los derechos de las personas con limitación, aprobada por la Resolución 3447 en 1975 de la ONU, la Resolución 48/96 del 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre “Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad”, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, la Recomendación 168 de la OIT, el Convenio 159 de la OIT, la Declaración de Sund Berg de Torremolinos de la Unesco en 1981, la Declaración de las Naciones Unidas para las personas con limitación de 1983, entre otras” (Sentencia T-057 de 2016 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
3. Con fundamento en el marco antes señalado, el legislador colombiano profirió la ley 361 de 1997, en virtud de la cual, se prohibió el despido de trabajadores que estuvieran discapacitados o en un estado de debilidad manifiesta, cuando dicha desvinculación tuviera como causa o motivo dicha condición, por considerar que tal decisión vulnera el principio de igualdad y de solidaridad.
4. Para la Corte Constitucional el principio de solidaridad en las relaciones laborales, conlleva el reconocimiento mutuo como sujetos de derechos, cuya efectividad le compete tanto a los Estados como a los particulares, en especial, “(...) cuando se presentan situaciones donde la debilidad física o mental, la desigualdad material o la falta de oportunidades constituyan una limitación para obtener sus metas” (T-057 de 2016 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Este principio obliga al empleador a mantener la relación laboral o a reubicar al o la trabajadora en estado de incapacidad o debilidad manifiesta, hasta que se defina la estructuración o no de una pensión de invalidez, dijo la Corte “podría afirmarse que la discapacidad es el género, mientras que la invalidez es la especie, y en consecuencia no siempre que existe discapacidad necesariamente nos encontramos frente a una persona invalida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa” (T-057 de 2016 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). No obstante lo expresado, cuando

la reubicación resulte imposible de cumplir por la afectación al desarrollo normal de las actividades de la empresa, debe informarle a la persona, buscando de manera conjunta soluciones razonables y alternativas.

5. La estabilidad laboral reforzada es una prerrogativa de la que gozan las mujeres en estado de embarazo y lactancia, quienes tengan fuero sindical y las personas con discapacidad. Tal estabilidad implica el derecho a conservar el empleo después de adquirir la correspondiente limitación física, sicológica, o sensorial, con la finalidad de proteger su capacidad laboral.
6. La anterior protección se hace extensiva a quienes como producto de una alteración de su salud se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, aunque no exista una calificación previa que acredite tal discapacidad. Dicha protección conlleva “(i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre y cuando que no se configura una causal objetiva que conlleve a la desvinculación del mismo y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador.”(T-057 de 2016 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
7. En el evento en que no se hubiese agotado el trámite ante el Ministerio del Trabajo, la desvinculación resulta ineficaz, siendo factible el reintegro por vía de tutela. En estas circunstancias a juicio de la Corte, opera una presunción en contra del empleador, la que se justifica en cuanto “exigir la prueba de la relación causal existente entre la condición física, sensorial o sicológica del trabajador y la decisión del empleador constituye una carga desproporcionada para una persona que se encuentra en una situación de vulnerabilidad evidente. (...)” (T-057 de 2016 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
8. La jurisprudencia constitucional ha sido reiterada respecto a precisar que el fuero de salud, no sólo se predica de las personas con invalidez, sino también de quienes en razón de su estado de salud, enfrenten una situación de debilidad manifiesta, así no se haya establecido el porcentaje de pérdida de capacidad laboral. En el primer caso la protección será transitoria y en el segundo será definitiva.

Si el empleador despidió desconociendo la estabilidad reforzada, deberá asumir las siguientes consecuencias: i) la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, ii) el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social desde el despido hasta el reintegro

efectivo, y iii) el pago de la indemnización legal equivalente a 180 días de salario (Art. 26 Ley 361 de 1997).

9. En ningún evento es posible despedir sin contar con la autorización administrativa, recuérdese que el Decreto 019 de 2012, que permitía el despido del trabajador por justa causa fue declarado inexecutable mediante la sentencia C-744 de 2012 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

4.2.2.2 El fuero de salud según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en numerosas sentencias, es especial en las distinguidas con los Nos. Radicación 35.606 de 2005, Radicación 32532 de 2008, Radicación 39207 de 2012, Radicación 41867 de 2013, y sentencia SL13657 de 2015 Radicación No. 56315 de 2015 (M.P. Rigoberto Echeverri Bueno), partiendo de idénticos postulados internacionales y constitucionales, establece otros parámetros para una correcta hermenéutica y aplicación de la ley 361 de 1997, y en especial del mencionado Art. 26. Su tesis se resume de la siguiente manera:

1. La estabilidad reforzada consagrada en el Art. 26 es de carácter excepcional y por tanto no procede en términos generales, para quien se encuentra en incapacidad o sufre de alguna dolencia, física o mental.
2. El fuero de salud se consagró exclusivamente para favorecer a aquellas personas que presenten limitaciones en grado severo y profundo.
3. No es factible que tratándose de una medida excepcional, el operador jurídico tenga la posibilidad legal de extenderla a eventos no mencionados en la ley.
4. La relación laboral puede ser terminada con justa causa aun cuando el trabajador se encuentre en incapacidad temporal, si no padece de ninguna limitación, discapacidad o minusvalía.
5. Las incapacidades por sí mismas no acreditan la existencia de limitaciones físicas, ni menos los porcentajes de pérdida de capacidad laboral que la Corte Suprema de Justicia ha indicado como necesarios para que opere el Art. 26 de la Ley 361 de 1997.
6. De conformidad con el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 señala los parámetros de severidad de las limitaciones en los términos del artículo 5 de la Ley 361 de 1997, son los siguientes: limitación “moderada” cuando la pérdida de la capacidad laboral abarque entre el 15% y el 25%; Limitación “severa”, si es mayor al 25% pero inferior

al 50% y limitación profunda cuando el grado de minusvalía supera el 50% (...)

7. La protección de estabilidad reforzada del Art. 26 de la citada Ley 361, es aplicable para quienes padezcan un grado de invalidez superior a la limitación moderada, es decir superior al 25%.
8. De no aplicarse los mencionados porcentajes se llegaría al absurdo de proteger toda pérdida de capacidad laboral (por ejemplo el 1%), con lo que dejaría de ser protección excepcional para volverla general.
9. La duración ni la responsabilidad del pago de las incapacidades no pueden modificarse por fallo arbitral, puesto que se genera un desajuste en el sistema de salud y además se establece una carga excesiva a la empleadora que cumple con sus cotizaciones oportunas. (Sentencia Radicación 70598 de 2015 M.P. Clara Cecilia Dueñas).

Las obligaciones de las partes durante la vigencia de la relación laboral.

El cumplimiento del contrato escrito o del acuerdo verbal, conlleva para las dos partes, en primer lugar el compromiso de actuar de buena fe (Ar. 55 C.S.T.), la que se presume en todas las personas por mandato constitucional; también existen las llamadas obligaciones generales, que se sintetizan así: De modo general, incumben al empleador obligaciones de protección y de seguridad para con los trabajadores, y a éstos obligaciones de obediencia y fidelidad para con el empleador (Art. 56 C.S.T.). Esta norma fue demandada por inconstitucional y mediante sentencia C-397 de 2006 (M.P. Jaime Araujo Rentería), se determinó su exequibilidad argumentando que dicho mandato no afectaba la dignidad humana ni el libre desarrollo de la personalidad de quien presta sus servicios.

(...) Sobre el particular, debe recordarse que, según lo expuesto a menudo por esta corporación, las normas legales deben siempre interpretarse y aplicarse a la luz de los valores, principios y derechos constitucionales y, como se anotó en estas consideraciones, el ejercicio del poder subordinante por parte del empleador está sujeto a los límites impuestos por la dignidad del trabajador, sus derechos fundamentales y los principios mínimos fundamentales establecidos en el artículo 53 de la Constitución, a los cuales se agregan los principios y derechos contenidos en los tratados y convenios internacionales en materia laboral, ratificados por el Estado colombiano que forman parte integrante del bloque de constitucionalidad, conforme a lo dispuesto en los artículos 93 y 94 *ibídem* y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia en fallo con Rad. 28169 23 de octubre de 2007 (M.P. Isaura Vargas Díaz), al estudiar el despido de un trabajador por informar a un medio periodístico acerca de la caída de un cableado eléctrico, noticia que buscaba calmar la angustia de la comunidad, consideró que dicha conducta no vulneraba el deber de fidelidad del trabajador. Se pronunció así:

“El contrato de trabajo no debe erigirse en un vehículo o instrumento para restringir postulados constitucionales, empero existen derechos del empleador, por ejemplo, la libertad de empresa, como del trabajador a la de información, que le es inherente por la simple circunstancia de ser ciudadano, y que no son absolutos, en la medida, en que el primero encuentra su límite en la dignidad del empleado, en tanto que el segundo, verbigracia, en la abstención del trabajador de hacer público alguna situación o datos propios e inmanentes a la actividad empresarial (...)”.

Con este fallo se establecen límites entre lo admisible cuando se encuentra de por medio los intereses de la colectividad con la necesaria prudencia frente a aquella información de carácter interno cuyo conocimiento compete exclusivamente a quienes forman parte de dicha organización, en especial cuando se ha pactado la cláusula de exclusividad.

4.2.2.4 Obligaciones Especiales de las partes

Existen también obligaciones y prohibiciones especiales, para cada una de las partes de la relación laboral, las cuales se encuentran consagradas en los Art.57, 58, 59 y 60 del C.S.T.

4.2.2.4.1 Obligaciones Especiales del empleador (Art. 57).

1. Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores.
2. Procurar a los trabajadores locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud.
3. Prestar inmediatamente los primeros auxilios en caso de accidente o de enfermedad. A este efecto en todo establecimiento, taller o fábrica que ocupe habitualmente más de diez (10) trabajadores, deberá mantenerse lo necesario, según reglamentación de las autoridades sanitarias.

4. Pagar la remuneración pactada en las condiciones, períodos y lugares convenidos.
5. Guardar absoluto respeto a la dignidad personal del trabajador, a sus creencias y sentimientos.
6. Conceder al trabajador las licencias necesarias para el ejercicio del sufragio; para el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación; en caso de grave calamidad doméstica debidamente comprobada; para desempeñar comisiones sindicales inherentes a la organización o para asistir al entierro de sus compañeros, siempre que avise con la debida oportunidad al empleador o a su representante y que, en los dos (2) últimos casos, el número de los que se ausenten no sea tal que perjudique el funcionamiento de la empresa. En el reglamento de trabajo se señalarán las condiciones para las licencias antedichas (Inexequible: Salvo convención en contrario, el tiempo empleado en estas licencias puede descontarse al trabajador o compensarse con tiempo igual de trabajo efectivo en horas distintas de su jornada ordinaria, a opción del empleador).
7. Dar al trabajador que lo solicite, a la expiración de contrato, una certificación en que consten el tiempo de servicio, la índole de la labor y el salario devengado; e igualmente, si el trabajador lo solicita, hacerle practicar examen sanitario y darle certificación sobre el particular, si al ingreso o durante la permanencia en el trabajo hubiere sido sometido a examen médico. Se considera que el trabajador, por su culpa, elude, dificulta o dilata el examen, cuando transcurrido cinco (5) días a partir de su retiro no se presenta donde el médico respectivo para la práctica del examen, a pesar de haber recibido la orden correspondiente.
8. Pagar al trabajador los gastos razonables de venida y de regreso, si para prestar sus servicios lo hizo cambiar de residencia, salvo si la terminación del contrato se origina por culpa o voluntad del trabajador. Si el trabajador prefiere radicarse en otro lugar, el empleador le debe costear su traslado hasta la concurrencia de los gastos que demandaría su regreso al lugar donde residía anteriormente. En los gastos de traslado del trabajador, se entienden comprendidos los de los familiares que con el convivieren; y
9. Cumplir el reglamento y mantener el orden, la moralidad y el respeto a las leyes.
10. Licencia de Luto, fue adicionado por el Art. 1 de la ley 1280 de 2009.

Conceder al trabajador en caso de fallecimiento de su cónyuge, compañero o compañera permanente o de un familiar hasta el

grado segundo de consanguinidad (padres, hijos, hermanos, abuelos y nietos), primero de afinidad (suegros y suegras) y primero civil (padre, madre adoptantes e hijo adoptivo), una licencia remunerada por luto de cinco (5) días hábiles, cualquiera sea su modalidad de contratación o de vinculación laboral. La grave calamidad doméstica no incluye la Licencia por Luto que trata este numeral. Este hecho deberá demostrarse mediante documento expedido por la autoridad competente, dentro de los treinta (30) días siguientes a su ocurrencia.

Parágrafo. Las EPS tendrán la obligación de prestar la asesoría psicológica a la familia.

11. Adicionado por el Art. 3 de la Ley 1468 de 2011.

Conceder en forma oportuna a la trabajadora en estado de embarazo, la licencia remunerada consagrada en el numeral 1 del artículo 236, de forma tal que empiece a disfrutarla de manera obligatoria una (1) semana antes o dos (2) semanas antes de la fecha probable del parto, según decisión de la futura madre conforme al certificado médico a que se refiere el numeral 3 del citado artículo 236.

Los cinco primeros numerales por su claridad y sencillez no han sido objeto de ninguna discrepancia. El numeral 6) por el contrario fue objeto de diversas interpretaciones por considerar que su texto entraba en contradicción con los Arts. 51 y 53 que señalan que las licencias suspenden la relación laboral. Con el objeto de precisar su alcance, algunos apartes del numeral fueron objeto de pronunciamiento judicial.

En efecto, la sentencia C-930 de 2009 (M.P. Jorge Pretelt Chaljub), definió la demanda de inconstitucionalidad propuesta contra la frase contenida en el numeral 6. Del Art. 57 del C.S.T. que dice: “Salvo convención en contrario, el tiempo empleado en estas licencias puede descontarse al trabajador o compensarse con tiempo igual de trabajo efectivo en horas distintas de su jornada ordinaria, a opción del empleador”.

La discusión radicó en el significado de grave calamidad doméstica, puesto que algunas de esas licencias procedían de esa situación. A juicio del actor la calamidad doméstica, hace referencia a “tragedias familiares que requieren de la presencia del trabajador, tales como la muerte o enfermedad grave de un familiar, catástrofe natural como inundación o incendio de la vivienda”; o “el fallecimiento, accidente o enfermedad grave de su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida”, así como los daños que por siniestros sufran los bienes del empleado.

Para la Corte Constitucional la grave calamidad doméstica, se encuentra: i) íntimamente relacionada con el principio de solidaridad frente a situaciones que afecten la vida o la salud de las personas, ii) se trata de un suceso familiar cuya gravedad altera el desempeño normal de quien trabaja (enfermedad de un hijo, hija, padre, madre, hermano, cónyuge o compañero, el secuestro o la desaparición del mismo, una afectación seria de la vivienda del trabajador o de su familia por caso fortuito o fuerza mayor y iii) son eventos tan graves que acarrearán la falta de condiciones para prestar el servicio contratado.

En tales casos y en consideración a la dignidad humana de quienes prestan servicios personales y subordinados, es conveniente conceder permiso para: 1) desempeñar de cargos oficiales de forzosa aceptación, 2) cumplir comisiones sindicales cuando no se trate de servidores públicos, 3) asistir al entierro de los compañeros y, 4) enfrentar eventos de grave calamidad doméstica debidamente comprobada. En este último caso, no es posible establecer de antemano la duración del permiso o licencia remunerada, sino que dependerá del análisis ponderado frente a la situación concreta.

Reflexionó así la Corte:

Hoy en día, la norma acusada, el numeral 6o del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, consagra y regula la obligación del empleador de conceder al trabajador las licencias necesarias para atender a varias situaciones como: calamidad doméstica distinta de luto; desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación distintos de jurado de votación, clavero o escrutador; comisiones sindicales cuando no se trate de servidores públicos, y entierro de los compañeros, siendo esta obligación un desarrollo de los principios constitucionales de solidaridad y dignidad, así como de respeto a los derechos fundamentales del trabajador, y en todos estos supuestos existen razones de orden constitucional que justifican la limitación de la facultad de subordinación del empleador y lo compelen a reconocer la obligatoria licencia laboral. En estas situaciones en las cuales la suspensión del trabajo no obedece a causas imputables ni al empleado ni al empleador, sino a las prescripciones del legislador o a circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, o a interpretaciones sobre el alcance del derecho fundamental de asociación sindical, hacer que la carga la asuma el trabajador ya sea económicamente mediante el descuento sobre su salario o en trabajo personal con afectación de su derecho al descanso no resulta conforme a la Constitución, ya que para el trabajador el salario y el descanso son derechos fundamentales irrenunciables, en tanto que hacer recaer esta responsabilidad en el empleador no representa una carga excesiva o desproporcionada que implique un rompimiento desmesurado del equilibrio contractual.

En consecuencia declaró inexecutable el aparte demandado, es decir, la imposibilidad para la empleadora de descontar del salario los días de permiso o licencia, ni obligarse a compensar en horario distinto al ordinario, y executable los supuestos de dichos permisos, al ordenar:

Conceder al trabajador las licencias necesarias para el ejercicio del sufragio; para el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación; en caso de grave calamidad doméstica debidamente comprobada; para desempeñar comisiones sindicales inherentes a la organización o para asistir al entierro de sus compañeros, siempre que avise con la debida oportunidad al empleador o a su representante y que, en los dos (2) últimos casos, el número de los que se ausenten no sea tal que perjudique el funcionamiento de la empresa. En el reglamento de trabajo se señalarán las condiciones para las licencias antedichas”, contenida en el numeral 6° del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo”, condicionada a que se entienda que para el caso de la licencia por grave calamidad doméstica debidamente comprobada, habrá un lapso razonable de permiso remunerado cada mes (...).

La anterior jurisprudencia no puede conducir al equívoco de considerar que hay un permiso obligatorio mensual por calamidad doméstica, sino que en el evento de presentarse esas circunstancias especialísimas a que se refirió la sentencia, previa comprobación, se otorgará ese permiso razonable para atender el impase.

Otro fallo que abordó el tema de los permisos y sus consecuencias salariales fue el distinguido con el número T- 113 de 2015 (M.P. Mauricio González Cuervo), en el cual se estudió el caso de una trabajadora a quien le negaron permisos superiores a 3 días, sugiriéndole en su lugar, solicitara licencia no remunerada para atender la hospitalización de su hijo de 4 años, dado que el médico tratante recomendó la compañía permanente de su madre. No obstante que el hecho fue superado en el curso de la tutela, consideró la Corte que era pertinente pronunciarse de fondo.

Señaló que el Art. 57 previó aquellos eventos que dan origen a los permisos laborales, los cuales no afectan el salario. Sin embargo teniendo en cuenta que frente a la calamidad doméstica hay un vacío normativo, en cuanto no se señaló la duración de la misma, se hace necesario recordar que son “aquellas situaciones de carácter negativo sobre las condiciones materiales o morales de vida del trabajador” (...). Ante un evento de esta índole esta Corporación determinó que con el fin de definir el lapso durante el cual la licencia será remunerada deberá obedecer al principio de razonabilidad, de manera que resulta imposible “establecer de manera previa, general y abstracta cuál es el espacio

de tiempo durante el cual debe concederse al trabajador la licencia remunerada para atender la calamidad doméstica que lo aqueja en cada caso concreto” (Sentencia C-930 de 2009 M.P. Jorge Pretelt Chaljub).

Por tanto, el principio de razonabilidad implica evaluar las circunstancias específicas del caso en cuestión, de tal forma, que sea posible mediante un ejercicio de ponderación establecer su gravedad y establecer el lapso durante el cual la licencia debe ser remunerada.

En el caso concreto se insistió en que la protección constitucional era al menor, no a la madre y por lo mismo, los permisos solicitados no eran capricho de ella, sino un medio para “salvaguardar los derechos fundamentales y en particular el derecho a la vida digna de un sujeto de especial protección constitucional no solo en su calidad de menor de edad sino también por su precario estado de salud (...). No obstante, para conceder los permisos remunerados a los que haya lugar, será necesaria la existencia de orden médica en la que se prescriba la necesidad de acompañamiento permanente de la actora y el tiempo de duración del mismo. Y, en aras de proteger los recursos públicos, el juez podrá implementar las medidas que considere necesarias para que no se afecte la prestación del servicio”.

Concedió la tutela y ordenó otorgar los permisos solicitados.

En el contenido del numeral 7 se diferencian dos acciones: a) la certificación sobre el tiempo, funciones y el salario devengado, la que tiene como finalidad permitir su ingreso al mercado ocupacional y b) la práctica del examen de egreso, el que según la jurisprudencia de las Altas Cortes no es necesario, sin embargo, por razones de salud ocupacional y con el fin de contar con elementos de juicio frente a reclamaciones futuras, es indispensable su realización.

Sobre la primera acción, la Corte Constitucional en sentencia T-111 de 2010 (M.P. Manuel José Cepeda), frente a la negativa de un empleador privado de certificar el tiempo de trabajo, manifestó enfáticamente que esta es una de las obligaciones del empleador que le permiten a las antiguas trabajadoras/es continuar su vida laboral. “Argumentar la inexistencia de reglamentación del derecho de petición entre particulares es desconocer este artículo (...)”.

Respecto al examen médico de retiro, la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia con Rad. 12180 de 22 de julio de 1999 (M.P. Germán Valdés S.), decidió el reclamo de indemnización moratoria por no práctica del examen de retiro, manifestando que el contenido de dicha acción era justificable cuando recaía en el empleador la obligación de los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios. En la actualidad tales

responsabilidades han sido trasladadas a organismos especializados, por tanto “(...) el examen médico de egreso como obligación patronal debe considerarse desaparecida o innecesaria. En el año 2011 por sentencia con Rad. 40206 de 1 de marzo (M.P. Gustavo José Gnecco), reiteró la tesis de la inexistencia de esta obligación del empleador, con una sola excepción, cuando “(...) por razones de ubicación geográfica o de otra causa, no reciba asistencia médica de entes especializados”.

No obstante, la Resolución 2436 de 2007 sobre Salud Ocupacional obliga a practicar el examen médico de retiro con el fin de establecer el estado de salud del trabajador al abandonar el trabajo así como los posibles efectos del mismo. En consecuencia, parece que la mencionada resolución restableció dicha obligación.

El numeral 8 hace referencia a la financiación por parte del empleador de los gastos del traslado del trabajador y su grupo familiar, cuando este obedeció al cumplimiento del contrato. Sin embargo esta obligación queda supeditada a que el vínculo haya concluido por decisión unilateral del empleador o por justa causa imputable al empleador. La decisión de regresar debe hacerse en un plazo razonable, puesto que si decide fijar allí su residencia queda exonerado de dicho gasto (Sentencia Rad. 22383 de 30 de junio de 2004 M.P. Carlos Isaac Nader).

El numeral 9 consagra la obligación del empleador de mantener el orden y la moralidad en el trabajo. Dada la relatividad y subjetividad del concepto de moralidad, su interpretación origina con frecuencia discusiones dada la estrecha línea que lo separa de los principios de libertad, libre desarrollo de la personalidad. Mediante la sentencia C-931 de 2014 (M.P. Jorge Pretelt Chaljub), que estudió la exequibilidad del numeral 5) del literal A del Art. 62 sobre “todo acto inmoral o delictuoso en que incurra el trabajador”, como justa causa para terminar la relación laboral, se analizó a profundidad el concepto de la moralidad y sin bien no lo considera contrario al orden constitucional, si lo enmarca en consideraciones como la especificidad del acto considerado inmoral, su ocurrencia que debe ser en las instalaciones de la empresa, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, que la investigación disciplinaria respete el derecho de defensa y que la conducta está proscrita en la ley y/o el Reglamento Interno de Trabajo.

El numeral 10 fue adicionado por la Ley 1280 de 2009, denominado permiso de luto equivalente a 5 días hábiles remunerados, por la muerte de los padres, hijos, cónyuges, compañeros, abuelos y nietos. En este caso, son admisibles todos los medios probatorios legales.

El numeral 11 se refiere a la época en que debe iniciar la licencia de maternidad, en todo caso una o dos semanas anteriores al parto.

En la relación del Art. 57 figuran otras obligaciones de carácter legal y cuyo incumplimiento acarrea graves consecuencias para la empleadora que las desconozca, son ellas: pagar los aportes parafiscales, cotizar al sistema de seguridad social integral, a las Cajas de Compensación Familiar, al ICBF, al SENA, y atender las normas del sistema salud y seguridad en el trabajo SST.

La elaboración del Reglamento Interno de Trabajo es una buena oportunidad para desarrollar de manera más puntual las obligaciones de la empleador, con el objetivo de otorgar claridad y evitar, malos entendidos y seguramente desgastantes procesos judiciales.

4.2.2.4.2 Las obligaciones especiales a cargo de los trabajadores (Art. 58 C.S. del T.)

- 1a. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.
- 2a. No comunicar con terceros, salvo la autorización expresa, las informaciones que tenga sobre su trabajo, especialmente sobre las cosas que sean de naturaleza reservada o cuya divulgación pueda ocasionar perjuicios al empleador, lo que no obsta para denunciar delitos comunes o violaciones del contrato o de las normas legales del trabajo ante las autoridades competentes.
- 3a. Conservar y restituir un buen estado, salvo el deterioro natural, los instrumentos y útiles que le hayan sido facilitados y las materias primas sobrantes.
- 4a. Guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros.
- 5a. Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios.
- 6a. Prestar la colaboración posible en casos de siniestro o de riesgo inminente que afecten o amenacen las personas o cosas de la empresa o establecimiento.
- 7a. Observar las medidas preventivas higiénicas prescritas por el médico del patrono o por las autoridades del ramo; y

- 8a. Observar con suma diligencia y cuidado las instrucciones y órdenes preventivas de accidentes o de enfermedades profesionales.

Lo primero que se debe advertir es que el anterior listado de obligaciones a cargo de los trabajadores, puede ser adicionado por convenciones, pactos colectivos o en el Reglamento Interno de Trabajo, eso sí, garantizando que todas las personas que prestan sus servicios tengan conocimiento acerca de dichas obligaciones.

Sobre el numeral 1) se aclara que la prestación personal de la actividad, es un elemento que fue restringido a aquellos trabajadores que laboran en las instalaciones de la empresa, porque quienes se vinculan en virtud de otras modalidades, como el teletrabajo, el contrato a domicilio, impiden a las empleadoras garantizar esta obligación, razón por la cual, muchas empresas se preocupan más por los resultados que por la actividad personal e inclusive por la jornada. Desde luego, esta flexibilidad afecta los elementos básicos de la relación laboral.

La segunda parte del numeral 1) está relacionado con el segundo elemento del contrato, cuál es la subordinación u obligación de recibir y acatar órdenes. Si bien el empleador tiene una capacidad subordinante, su mandato debe limitarse al cumplimiento del objeto laboral durante el tiempo contratado, sin afectar la individualidad ni los derechos humanos de quien presta el servicio.

A continuación algunos fallos de la Corte Constitucional sobre el tema. Desde la sentencia SU-342 de 1995 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), se dejó claro que las órdenes que imparte el empleador no pueden afectar la dignidad del trabajador ni sus derechos humanos fundamentales. Más adelante a través del fallo C-299 de 1998 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), al conocer la demanda de inconstitucionalidad contra el literal 3 del numeral a) del Art. 62 se enfatizó en que la “2. La subordinación laboral no es una forma de esclavitud (...)”.

La subordinación a la que está sujeto el trabajador en el contrato de trabajo rige solamente para los efectos propios que se derivan de la relación laboral, es decir, para el cumplimiento de la actividad, servicio, o labor contratada y que, como se expresó, permite al empleador dar órdenes, dirigir al trabajador, imponerle reglamentos, o sancionarlo disciplinariamente...” argumentos con los cuales se declaró exequible los apartes demandados.

En el año 1999 con la sentencia T-568 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), se complementó el marco jurídico para el ejercicio del poder subordinante, al incluir aquellos convenios y tratados internacionales que al tenor del Art. 93 constituyen el bloque de constitucionalidad.

Con todos estos precedentes la Corporación al proferir la sentencia C-386 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) en la que se decidió la exequibilidad del término “mínimos” contenido en el literal b) del numeral 1) del Art. 23 del C.S.T., hizo énfasis en que:

Los poderes del empleador para exigir la subordinación del trabajador, tienen como límite obligado el respeto por la dignidad del trabajador y por sus derechos fundamentales (...) Igualmente dichos poderes, se encuentran limitados por las normas contenidas en los convenios y tratados internacionales relativos a los derechos humanos en materia laboral, de conformidad con los arts. 53, inciso 4, 93 y 94 de la Constitución (...) es evidente que los referidos poderes no son absolutos y tienen como límites: i) la Constitución; ii) los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos; iii) la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, los cuales “no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

El numeral 2 aborda uno de los problemas más delicados en el mundo empresarial actual, relacionado con la reserva que debe guardarse, teniendo en cuenta, la avidez de la competencia, los esfuerzos de creatividad, las responsabilidades en el manejo de la información y las restricciones propias de las leyes de habeas data. En ese sentido, se acostumbra cada vez más recurrir a los Acuerdos de Confidencialidad, en virtud de los cuales, quien va a prestar el servicio se compromete a guardar la reserva respecto de toda la información a la que tiene acceso durante la vigencia de la relación laboral e inclusive, algunos años después de su terminación.

El numeral 3 no requiere mayores elaboraciones, baste afirmar, que aquellas prácticas de compensar o descontar del salario, los montos relacionados con el daño de los elementos de trabajo, se encuentran prohibidas y pueden generar responsabilidades relacionados con la retención indebida de salario.

El numeral 4 retoma el tema de la moral, sobre el cual operan las consideraciones ya expuestas.

Los dos últimos numerales están relacionados con las medidas de seguridad industrial, prevenciones para evitar accidentes de trabajo y enfermedades laborales, todo lo cual constituye en la actualidad el SSST.

Además de estas obligaciones explícitas, existen otras que surgen de la naturaleza de la actividad, de lo establecido en el Reglamento Interno de Trabajo, en la Convenciones y en los fallos arbitrales.

4.2.2.5 Prohibiciones para las empleadoras.- El Art. 59 del C.S.T. consagra las prohibiciones a las empleadoras, en los siguientes numerales:

1. Deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que corresponda a los trabajadores, sin autorización previa escrita de éstos para cada caso, o sin mandamiento judicial, con excepción de los siguientes:
 - a). Respeto de salarios, pueden hacerse deducciones, retenciones o compensaciones en los casos autorizados por los artículos 113, 150, 151, 152 y 400.
 - b). Las cooperativas pueden ordenar retenciones hasta de un cincuenta por ciento (50%) de salarios y prestaciones, para cubrir sus créditos, en la forma y en los casos en que la ley las autorice.
 - c). INEXEQUIBLE. En cuanto a pensiones de jubilación, los empleadores pueden retener el valor respectivo en los casos del artículo 274. Corte Constitucional Sentencia C-247 de 2001(M.P. Carlos Gaviria Díaz).
2. Obligar en cualquier forma a los trabajadores a comprar mercancías o víveres en almacenes o proveedurías que establezca el empleador.
3. Exigir o aceptar dinero del trabajador como gratificación para que se le admita en el trabajo o por otro motivo cualquiera que se refiera a las condiciones de éste.
4. Limitar o presionar en cualquier forma a los trabajadores en el ejercicio de su derecho de asociación.
5. Imponer a los trabajadores obligaciones de carácter religioso o político, o dificultarles o impedirles el ejercicio del derecho del sufragio.
6. Hacer, autorizar, o tolerar propaganda política en los sitios de trabajo.
7. Hacer o permitir todo género de rifas, colectas o suscripciones en los mismos sitios.
8. Emplear en las certificaciones de que trata el ordinal 7o. del artículo 57 signos convencionales que tiendan a perjudicar a los interesados, o adoptar el sistema de “lista negra”, cualquiera que sea la modalidad que utilicen, para que no se ocupe en otras empresas a los trabajadores que se separen o sean separados del servicio.
9. Ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores o que ofenda su dignidad.

Al igual que las obligaciones especiales, estas prohibiciones no son taxativas, es decir existen otras prohibiciones que aunque no aparezcan en el artículo transcrito, comprometen la responsabilidad de la empleadora, tal como la prohibición constitucional de discriminar por cualquier motivo sospechoso (sexo, raza, religión, situación social o política), la prohibición de incurrir en conductas constitutivas de acoso laboral, por ejemplo.

La primera de las prohibiciones es efecto directo de la obligación principal del empleador de cancelar el salario, por lo mismo, retener, descontar, compensar, cualquier monto le está prohibido, excepto en los casos expresamente autorizados por la ley, cuya inobservancia por la empresa, acarrea sanciones pecuniarias y administrativas.

Los numerales 2 y 3 se refieren al respeto por la libre administración del salario y la prohibición de menoscabar de cualquier forma la integridad de dichos montos.

La prohibición prevista en el numeral 4) guarda estrecha vinculación con el derecho de asociación sindical y de la libertad sindical, los que obligan al país tanto en virtud del bloque de constitucionalidad, como por mandato expreso del Art. 39. El incurrir en acciones prohibidas constituye un delito penal y da origen a los procesos administrativos correspondientes.

Los numerales 5, 6 y 7 erigen en prohibiciones las restricciones a la libertad de pensamiento y libertad de cultos, la libertad de expresión y el pluralismo político, lo mismo que el derecho de la libre determinación. En consecuencia, les está vedado a las empleadoras afectar estas prerrogativas humanas propias de las democracias constitucionales.

El numeral 8) prohíbe algunas “malas prácticas empresariales”, consistentes en crear y aplicar a las certificaciones de trabajo, símbolos específicos, que impiden que él o la portadora puedan tener libre acceso a nuevos empleos, puesto que el escrito o prueba de trabajo, se convierte en sí misma, en un señalamiento oculto que causa grave perjuicio a quien se ha separado por cualquier causa de un trabajo.

Sobre este asunto, la sentencia de la C.S.J. con Rad. 28867 de 28 de noviembre de 2006 (M.P. Eduardo López Villegas), al analizar las implicaciones de las llamadas “listas negras”, señaló “(...) La tutela de la dignidad humana obliga a sancionar la mala intención del empleador al suministrar la información sobre el retiro del trabajador (...)”.

Finalmente el numeral 9 permite manifestar que existen muchas otras prohibiciones surgidas del respeto que se debe al ser humano, a su dignidad y al respeto a sus derechos constitucionales, los cuales deben

tenerlos en cuenta la empresa, para evitar consecuencias disciplinarias y económicas inconvenientes, además de afectar el buen nombre de la empresa, considerado en la actualidad un bien intangible de superior valor al puramente económico o monetario.

4.2.2.6 Prohibiciones para el sector trabajador. Art. 60 C.S. del T.

1. Sustraer de la fábrica, taller o establecimiento, los útiles de trabajo y las materias primas o productos elaborados. Sin permiso del empleador.
2. Presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de narcóticos o drogas enervantes.
3. Conservar armas de cualquier clase en el sitio del trabajo, a excepción de las que con autorización legal puedan llevar los celadores (Decreto 2478 de 1948).
4. Faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso del empleador, excepto en los casos de huelga, en los cuales deben abandonar el lugar del trabajo.
5. Disminuir intencionalmente el ritmo de ejecución del trabajo, suspender labores, promover suspensiones intempestivas del trabajo o excitar a su declaración o mantenimiento, sea que participe o no en ellas.
6. Hacer colectas, rifas y suscripciones o cualquier clase de propaganda en los lugares de trabajo.
7. Coartar la libertad para trabajar o no trabajar, o para afiliarse o no a un sindicato o permanecer en él o retirarse.
8. Usar los útiles o herramientas suministradas por el empleador en objetos distintos del trabajo contratado.

Las prohibiciones que la legislación laboral estableció para las y los trabajadores, guarda así mismo, íntima relación con sus obligaciones generales de lealtad y fidelidad y con la necesidad que tiene la empresa de procurar comportamientos respetuosos de los derechos de las demás personas, con miras a garantizar un ambiente laboral adecuado para el desarrollo exitoso de los objetivos empresariales, garantizando sus deberes de protección y seguridad. La posibilidad legal que tiene el empleador de disciplinar al personal que presta sus servicios, es una expresión de su poder subordinante, el cual, como ya se ha establecido no es ilimitado ni arbitrario, en la medida en que debe sujetarse a las restricciones impuestas por el propio ordenamiento jurídico.

Los numerales 1 y 3 prohíben la comisión de delitos (hurto y porte ilegal de armas), los cuales, afecta de manera directa los bienes de la empleadora y el debido comportamiento en el sitio de trabajo, lo que en la práctica contradicen las obligaciones generales de fidelidad y lealtad.

El numeral 2 es el más polémico y sobre el mismo existen varios pronunciamientos jurisprudenciales que resulta interesante relacionarlos.

Para la C.S.J. en sentencia con Rad. 27762 del 3 de octubre de 2006 (M.P. Isaura Vargas Díaz), esta prohibición tiene su fundamento “en la exigencia del legislador al trabajador de ‘prestar el servicio en condiciones aptas que reflejen el pleno uso de sus facultades psíquicas, intelectivas, físicas, sin que factores imputables a su propia conducta alteren, aminoren o enerven su normal capacidad de trabajo”.

Por su parte la Corte Constitucional por medio de la sentencia C-252 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), al decidir la acción de inconstitucionalidad contra el numeral 2 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, de acuerdo con el cual constituye una falta disciplinaria gravísima consumir, en el sitio de trabajo o en lugares públicos, sustancias prohibidas que produzcan dependencia física o psíquica, asistir al trabajo en tres o más ocasiones en estado de embriaguez o bajo el efecto de estupefacientes, lo que a juicio del demandante afectaba el derecho al libre desarrollo de la personalidad. La Corte declaró exequible la norma, arguyendo que:

(...) Un servidor público o un particular que cumple funciones públicas no está en capacidad de dirigir su voluntad y su inteligencia al normal desenvolvimiento de su órbita funcional si acude a trabajar bajo el efecto de bebidas alcohólicas o de sustancias estupefacientes pues tanto aquellas como éstas afectan sus capacidades motoras, racionales y psíquicas al punto que le impiden su normal desenvolvimiento laboral. Esta situación, desde luego, constituye una clara infracción de sus deberes funcionales.

Esta línea jurisprudencial se mantuvo a través de muchos pronunciamientos, hasta que mediante la sentencia C-636 de 2016 (M.P. Alejandro Linares Cantillo), en la que se estudió la demanda de inconstitucionalidad contra esta norma. Para la Corporación el punto de partida del análisis, era determinar la relación “del estado de embriaguez o bajo los efectos de narcóticos o drogas enervantes”, con la prestación del servicio o actividad contratada.

Se recordó que las bebidas alcohólicas contienen etanol y según la OIT reducen la capacidad de reacción, afectan el comportamiento motor, provocan cambios de humor (agresivos o depresivos), pérdida de

concentración y deterioro de las capacidades intelectuales. Por su parte los narcóticos son sustancias químicas que producen “estupor, coma o insensibilidad al dolor”. De conformidad con la Ley 1566 de 2012 se adoptó la expresión “sustancias psicoactivas”, para hacer referencia a dichas drogas.

Con los anteriores elementos comenzó advirtiendo que la mencionada prohibición es legítima en la medida en que guarda relación con el trabajo desempeñado, esto es, garantizar la seguridad en el trabajo y velar por el adecuado cumplimiento de las labores contratadas. Sin embargo, se apartó de la línea en cuanto

(...) en ciertos casos el consumo de sustancias psicoactivas puede no afectar la seguridad de los trabajadores ni el desempeño de la actividad laboral. (...). Con base en este razonamiento (...) concluyó que la exequibilidad de la disposición demandada debería condicionarse con el propósito de enfatizar la relación que debe tener la prohibición prevista en la norma mencionada con el buen desempeño de la labor contratada, reconociendo que la prohibición no recae sobre el sujeto, sino sobre la potencial afectación que dicha conducta pudiese tener en la labor contratada.

Con estos argumentos decidió la exequibilidad condicionada “en el entendido que la prohibición allí contemplada solo se configura cuando el consumo de alcohol, narcóticos o cualquier otra droga enervante afecte de manera directa el desempeño laboral del trabajador”.

Esta sentencia provocó un revuelo en el mundo laboral, puesto que según los titulares de prensa, el estado de embriaguez o el consumo de sustancias psicoactivas no constituían causa de despido. Es necesario, insistir en que la prohibición subsiste en el ordenamiento jurídico, sólo que ahora es indispensable establecer en qué medida afecta el cumplimiento de la actividad laboral.

El pronunciamiento mencionado revive la importancia de la prueba de alcoholemia, ya que la misma permite obtener una medición exacta del grado de alcohol en la sangre. De igual manera, será necesario recurrir a pruebas científicas que determinen el nivel de intoxicación causado por el consumo de sustancias psicoactivas”.

Los numerales 4, 5, 6 y 7 están referidos al cumplimiento cabal de los compromisos laborales, actividad que debe desarrollarse de manera diligente y productiva, libre de cualquier coacción y sin imponer actividades, visiones y concepciones particulares.

El numeral 8) tiene que ver directamente con la obligación de fidelidad y lealtad y especialmente de buena fe, al darle a los elementos de trabajo una utilización diferente a la prevista por el empleador.

4.3 TERMINACIÓN

Si bien la relación laboral tiene vocación de permanencia, en el sentido de que toda persona que trabaja espera alcanzar una estabilidad en el empleo, de tal forma, que superadas las angustias de la falta de ingresos, le permitan realizar su proyecto de vida, conformar una familia, mejorar su escolarización, adquirir vivienda, en fin proveer condiciones para un vida digna y el bienestar familiar y social, toda relación está finalmente destinada a concluir.

Hay diversas vías que conducen a que dicha relación laboral llegue a su fin. Algunas de estas alternativas son de la incumbencia exclusiva de la persona que trabaja (renuncia libre y voluntaria), otras están relacionadas con la autonomía del empleador (despido unilateral con indemnización), algunas provienen de mandato legal (inclusión en nómina de pensionados por vejez, invalidez, la terminación del plazo pactado, de la obra contratada,), del querer de las partes (muto consentimiento) y las restantes obedecen a actitudes y conductas dolosas en las que incurre la o el trabajador y/o la empleadora.

Cuando la terminación de la relación laboral obedece a la comisión de alguna de las justas causas consagradas en la ley laboral (Art. 62 y 63 C.S.T.), el empleador debe manifestar que hechos se endilgan a la persona inculpada, las pruebas de su responsabilidad y desde luego la decisión causal que asume la empresa. Estas justas causas no son taxativas, razón por la cual, en los contratos individuales, en el Reglamento Interno de la Empresa y aun en fallos arbitrales, pueden consagrarse obligaciones y prohibiciones, acordes con la naturaleza de la función desempeñada, que al vulnerarse se constituyan en justas causas de terminación de la relación laboral.

Las Justas causas son:

A). Por parte del empleador:

1. El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido.
2. Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el empleador, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo.

3. Todo acto grave de violencia, injuria o malos tratamientos en que incurra el trabajador fuera del servicio, en contra del empleador, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, jefes de taller, vigilantes o celadores.

Mediante sentencia C-299 de 1998 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), se declaró exequible el numeral, bajo el entendido de que para aplicar esta causal es requisito indispensable que se oiga previamente al trabajador en ejercicio del derecho de defensa.

4. Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas.
5. Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores.

A través de la Sentencia C-931 de 2014 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) fue declarado exequible el término inmoral.

6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.
7. La detención preventiva del trabajador por más de treinta (30) días, a menos que posteriormente sea absuelto; o el arresto correccional que exceda de ocho (8) días, o aun por tiempo menor, cuando la causa de la sanción sea suficiente por sí misma para justificar la extinción del contrato.
8. El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa.
9. El deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del empleador.
10. La sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales.
11. Todo vicio del trabajador que perturbe la disciplina del establecimiento.

12. La renuencia sistemática del trabajador a aceptar las medidas preventivas, profilácticas o curativas, prescritas por el médico del empleador o por las autoridades para evitar enfermedades o accidentes.
13. La ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada.
14. El reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa.

La sentencia C-1443 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) declaró la exequibilidad condicionada, en esos términos: “Es decir, que el empleador cuando el trabajador haya cumplido los requisitos para obtener su pensión, no puede dar por terminado el contrato de trabajo, en forma unilateral, por justa causa, si previamente al reconocimiento de la pensión de jubilación, omitió consultar al trabajador si deseaba hacer uso de la facultad prevista en el artículo 33, parágrafo 3, de la Ley 100 de 1993. Bajo cualquier otra interpretación, se declara inexecutable”.

15. La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al empleador de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad.

En los casos de los numerales 9 a 15 de este artículo, para la terminación del contrato, el empleador deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días.

B). Por parte del trabajador:

1. El haber sufrido engaño por parte del empleador, respecto de las condiciones de trabajo.
2. Todo acto de violencia, malos tratamientos o amenazas graves inferidas por el empleador contra el trabajador o los miembros de su familia, dentro o fuera del servicio, o inferidas dentro del servicio por los parientes, representantes o dependientes del empleador con el consentimiento o la tolerancia de éste.
3. Cualquier acto del empleador o de sus representantes que induzca al trabajador a cometer un acto ilícito o contrario a sus convicciones políticas o religiosas.
4. Todas las circunstancias que el trabajador no pueda prever al celebrar el contrato, y que pongan en peligro su seguridad o su salud, y que el empleador no se allane a modificar.

5. Todo perjuicio causado maliciosamente por el empleador al trabajador en la prestación del servicio.
6. El incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del empleador, de sus obligaciones convencionales o legales.
7. La exigencia del empleador, sin razones válidas, de la prestación de un servicio distinto, o en lugares diversos de aquél para el cual se le contrató, y
8. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al empleador, de acuerdo con los artículos 57 y 59 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

PARÁGRAFO. La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.

Los listados de justas causas que pueden invocar cualquiera de las dos partes de la relación laboral para dar por terminado su vínculo, son muy claros en su texto y en su sentido gramatical, razón por la cual no ameritan mayores explicaciones.

Hay en cambio, dos interrogantes generales que es necesario aclarar: 1) Son estas las únicas justas causas o pueden invocarse otras establecidas en los Reglamentos Internos o en los contratos individuales y 2) En qué eventos existiendo una justa causa, es indispensable adelantar un proceso disciplinario en el cual se garantice al sector trabajador el principio del debido proceso constitucional?

Con la finalidad de dar respuesta a estos cuestionamientos, se recurrió a la doctrina y jurisprudencia de las Altas Cortes, lo que permite afirmar:

1. Las justas causas en principio se encuentran en el Art. 62 del C.S.T. y serían solamente esas. Sin embargo, al leer con detenimiento el numeral 6 donde se hacen relación al incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones legales se contempla de manera expresa: “o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”.

En consecuencia, si algunos comportamientos, conductas o acciones específicas y puntuales para la actividad empresarial de que se trata, se consideran justas causas para terminar la relación laboral, las mismas deben estar consagradas de manera expresa en el Reglamento y/o en

el contrato, en las convenciones o fallos arbitrales, con la calificación puntual de faltas graves. A continuación se presenta el comportamiento de la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia en relación con las justas causas y la forma de garantizar el debido proceso constitucional.

4.3.1 Justas Causas y debido proceso en la jurisprudencia constitucional

El punto de partida de este aparte, es el artículo 29 de la Constitución que ordena. “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, con lo cual puso en vigencia el derecho sancionador o disciplinario, al cual debe acogerse tanto el operador jurídico como el profesional que tenga la competencia para adelantar dichas acciones disciplinarias.

Tal marco jurídico extendió el radio de acción del derecho disciplinario al campo laboral, en especial los principios de la presunción de inocencia, el de *in dubio pro reo*, los derechos de contradicción y de controversia de las pruebas, el principio de imparcialidad, el principio de publicidad, el principio de la doble instancia el principio “*nulla poena sine lege*”, la prohibición contenida en la fórmula *non bis in ídem* y el principio de la cosa juzgada, son las guías a tener en cuenta por parte del empleador particular que decida abrir un proceso disciplinario.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ocupó también de revisar si las garantías del Art. 8 de la Convención Americana de Derechos, son aplicables a los procedimientos administrativos. En el caso Ivcher Bronstein contra Perú, aclaró: “Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales (...) La Corte ha establecido que, a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, las garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del mismo precepto se aplican también a esos órdenes y, por ende, en éstos el individuo tiene derecho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal, en cuanto sea aplicable al procedimiento respectivo” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ivcher Bronstein Vs. Perú. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf.)

La Corte Constitucional colombiana inició esta línea jurisprudencial con la sentencia T-433 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), al estudiar el recurso de amparo formulado por un médico que fue sancionado por ausentarse del trabajo sin permiso e ingerir bebidas alcohólicas, y quien alegó no ser informado de la apertura del proceso, lo que le impidió

controvertir y solicitar pruebas, por lo cual se le impuso la sanción más alta, sin tener en cuenta su hoja de vida libre de cualquier antecedente disciplinario.

Para la Corporación, la empleadora obvió la distinción de las etapas procesales y no fijó las garantías mínimas que deben tenerse en cuenta en los procesos disciplinarios, razón por la cual, confirmó la tutela solicitada, al comprobar el desconocimiento del debido proceso constitucional.

Posteriormente, la Sentencia T-170 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández Galindez), se estudió el caso de un trabajador que había sido sancionado por promover reuniones dentro de las instalaciones de la empresa. Recordó la Corte, que toda sanción debe ir acompañada de un proceso donde se haya oído al acusado, se hayan practicado pruebas, haya ejercido su derecho a la defensa, para definir las faltas y la responsabilidad del implicado. Por lo mismo y teniendo en cuenta que en el caso concreto, si bien la empresa, citó al trabajador, lo escuchó, y luego decidió sin tener en cuenta sus explicaciones y sin practicar las pruebas solicitadas, imponiendo una sanción desproporcionada frente a las faltas cometidas, con lo cual, vulneró el debido proceso, y mostró clara hostilidad por su carácter de directivo sindical. Dijo así:

En efecto, los prolongados lapsos de suspensión de las labores del actor, a título de sanción, y la proximidad entre ellas, conducen invariablemente a un cese forzoso que se traduce en la carencia absoluta de remuneración durante largos períodos, (...), el injusto trato dado por los patronos al quejoso va mucho más allá del daño sufrido por él mismo y se proyecta necesariamente en contra de sus allegados, en especial los niños. También en ese campo es menester que se conceda la tutela, como salvaguarda -derivada de la Constitución-, a favor de los hijos menores del peticionario, cuyos derechos prevalecen sobre los de otros, por expreso mandato del artículo 44.

El otorgamiento de la tutela implicó no sólo el cese de hostilidades, sino que también compulsó copias a la fiscalía para investigar los posibles delitos contra la libertad de asociación sindical. Conviene transcribir el numeral 5º. de dicho fallo donde se lee: “La Corte se abstiene de resolver acerca de la validez de las sanciones disciplinarias que la empresa ha impuesto al trabajador, pero, por razones de pedagogía constitucional, las consideraciones de la presente providencia deben ser tenidas en cuenta por los jueces ordinarios que habrán de pronunciarse sobre ellas y por la empresa en las futuras actuaciones internas que puedan culminar con la imposición de sanciones a sus trabajadores”, con lo cual, no sólo abrió la compuerta para su nulidad, sino que hizo

extensivas estas argumentaciones para futuros procesos disciplinarios en el sector público y privado.

En la Sentencia T-605 de 1999 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), se analizó la acción de tutela interpuesta por un trabajador a quien le terminaron el contrato alegando justa causa, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 del Decreto-Ley 2351 de 1965, sin que se hubiese comprobado la falta.

La Corporación manteniendo su línea argumentativa, reiteró la aplicación del Art. 29 a los procesos disciplinarios adelantados en las empresas privadas, cuando sus trabajadores han cometido faltas que merezcan sanción prevista en la ley o en los reglamentos internos de trabajo; insistió en que las sanciones deben ser razonables y proporcionales a la falta. Indicó la necesidad de probar los hechos que se imputan y aclaró que dichas decisiones pueden ser controvertidas judicialmente, razones por las que otorgó la tutela.

Por medio de la sentencia T-385 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas), se concedió la tutela formulada por un trabajador a quien se le acusaba de infringir el reglamento interno de trabajo, sin darle la oportunidad de defenderse. La Corporación con idéntica visión de los hechos, insistió en que el respeto al debido proceso, implica el derecho de toda persona que presta servicios remunerados, a conocer los hechos que se le endilgan y a tener la oportunidad de defenderse.

Con ocasión de la sentencia T-083 de 2010 (M.P. Humberto A. Sierra Porto), se revisó el amparo interpuesto por una persona a quien le prohibieron el ingreso a su lugar de trabajo durante un año, a título de sanción. La Corte reiteró que el debido proceso es una garantía constitucional, que se aplica también en situaciones donde son los privados quienes aplican las sanciones, de manera que el procedimiento sancionatorio siga las reglas constitucionales, y que además es un derecho fundamental de la persona contra quien se adelanta el proceso.

Con el fin de garantizar esta garantía, estimó la Corporación que era necesario que los entes privados fijaran unos parámetros mínimos que delimitaran el uso del poder y bajo los cuales las personas puedan conocer las condiciones por las que se rige su relación con esa empresa privada (reglamentos). Además, los reglamentos deben especificar cada una de las etapas procesales de manera que las sanciones no queden sujetas al simple arbitrio de los encargados de tomar las decisiones.

En la Sentencia T-075A de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), la Corporación conoció de la acción de tutela interpuesta por una docente despedida por haber hecho pública su posición frente al conflicto palestino-israelí y a la comparación que realizó con el conflicto

colombo-venezolano. La tutelante indicó que si se le hubiese dado la oportunidad de explicar y aclarar los hechos, habría ejercido su derecho de defensa, el cual, en su criterio fue vulnerado.

Una vez más se insistió en el respeto al debido proceso en todo tipo de acciones, ya se trata de entidades públicas o privadas. En materia laboral este principio conlleva la obligación de explicitar las causas que condujeron a la aplicación del procedimiento previsto en el Reglamento Interno de Trabajo, el que en todo caso debe respetar los derechos fundamentales de los trabajadores, entre ellos el Art. 39 del C.S.T., razón por la cual se concedió la tutela.

Siguiendo los anteriores precedentes, la sentencia T-276 de 2014 (M.P. María Victoria Calle), al fallar la tutela interpuesta por un trabajador despedido unilateralmente, aduciendo comisión de actos inmorales al exhibir un disfraz de carnaval en el parqueadero de la empresa, en el que resultaban visibles sus nalgas, argumentó:

Ahora bien, en cuanto a la resolución del problema jurídico, observa la Sala que la violación concreta a la que este se refiere (la trasgresión del debido proceso con ocasión del despido del actor) es resultado del comportamiento del empleador, el cual se basó en (i) el reglamento descrito que vulnera el principio de legalidad y tipicidad pues en el caso concreto ejemplifica la aplicación de una norma disciplinaria excesivamente indeterminada, y (ii) la imposición de una sanción desproporcionada que desconoció el grado de culpabilidad del actor, el contexto en el que se cometió la falta, el efecto que tuvo y la hoja de vida y trayectoria del actor, quien no había recibido en quince (15) años de trabajo ni una llamada de atención.

Por lo mismo, concluyó que la empleadora vulneró el debido proceso por desconocimiento de los principios de legalidad y tipicidad (indeterminación del reglamento), y por la aplicación de una sanción desproporcionada, teniendo en cuenta la antigüedad y buen comportamiento del trabajador. Así las cosas, concedió la tutela y ordenó de manera transitoria su reincorporación, hasta que la justicia decida.

Es conveniente precisar en este punto que si bien el empleador tiene amplia autonomía para organizar las actividades de la empresa y disciplinar a las personas que prestan servicios en la empresa (Reglamento Interno de Trabajo), tales prerrogativas deben armonizar con los mínimos laborales y los principios constitucionales del debido proceso.

En el mismo sentido la sentencia C- 593 de 2014 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), al decidir la constitucionalidad del Art. 115 del C.S.T. sobre procedimiento disciplinario para la imposición de sanciones,

declaró su exequibilidad, con fundamento en consideraciones como las siguientes.

En primer lugar, esclarecer que el Art. 29 constitucional “no sólo involucra u obliga a las autoridades públicas, en el sentido amplio de este término, sino a los particulares que se arrogan esta facultad, como una forma de mantener un principio de orden al interior de sus organizaciones (v. gr. establecimientos educativos, empleadores, asociaciones con o sin ánimo de lucro, etc.) y (...) es un derecho fundamental de la persona procesada la de que, en su integridad, los fundamentos y postulados que a esa garantía corresponden le sean aplicados”. Es decir, que el debido proceso tiene una doble cara, por un lado la restricción del poder disciplinante del empleador y por la otra, el derecho del o de la trabajadora a que en el evento de un proceso disciplinario le respeten todas las garantías propias de estos procedimientos.

En consecuencia indicó la Corte que los empleadores de carácter privado, deben establecer parámetros que indiquen cuando se hará uso de dicho poder, permitiendo al sector de trabajadores, conocer las condiciones de los mismos. “Es aquí donde encuentra justificación la existencia y la exigencia que se hace de los llamados reglamentos, manuales de convivencia, estatutos, etc., en los cuales se fijan esos mínimos que garantizan los derechos al debido proceso y a la defensa de los individuos que hacen parte del ente correspondiente”.

De allí que en el Reglamento Interno de Trabajo, en el caso de las empresas, sea necesario diferenciar las etapas procesales, con el fin de evitar la arbitrariedad en la imposición de sanciones, de tal suerte, que al menos se asegure: 1) La notificación formal de la apertura del proceso, 2) la formulación de los cargos imputados, con indicación de las faltas y su calificación, 3) la indicación del plazo concedido para formular los descargos, controvertir pruebas y/o solicitar nuevas pruebas 4) el pronunciamiento mediante acto motivado y coherente y 5) la imposición de sanción proporcionada a los hechos 6) la concesión de recursos pertinentes.

En la sentencia C-931 de 2014 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), se estudió la constitucionalidad del numeral 5 del literal A) del Art.62 del C.S.T. que dice: 5. Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores...”A juicio del demandante el concepto “inmoral” es indeterminado y, por lo mismo, permite la libre interpretación de quien va a aplicar la falta, en este caso el empleador, quien juzgará desde sus concepciones particulares, sin que las personas que laboran en dicha empresa, pueden conocer de antemano, que comportamientos son inmorales para la empleadora.

Reflexionó así la Corporación: La expresión “inmoral o” demandada no conlleva la autorización de terminar la relación laboral por razones arbitrarias o a juicios subjetivos, ni menos aún a creencias particulares confesionales. El respeto a la moralidad hace referencia a la ética moral colectiva contenida en la Constitución, estrechamente ligada al pluralismo, la tolerancia y la diversidad cultural. Por lo mismo concluyó:

Por todo lo expuesto, la Corte Constitucional encuentra que la expresión “inmoral” contenida en el numeral 5 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, no contraviene los postulados constitucionales al trabajo y a la estabilidad laboral, ya que no da lugar a una aplicación caprichosa ni arbitraria del empleador de la misma, por cuanto, se reitera, dicha conducta debe realizarse en el lugar de trabajo o en ejercicio de las labores y que, además, afecten el normal desarrollo de la vida laboral, lo cual no constituye ni falta disciplinaria ni implica una invasión del área privada ni del fuero interno del trabajador como lo plantea el demandante, esfera que es excedida cuando su conducta incide en el cumplimiento de sus obligaciones, como el deber de “guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros”, afectando el ambiente laboral.

Con las claridades antes señaladas, declaró exequible la expresión “inmoral” demandada.

4.3.2 Justas causas y debido proceso en la Corte Suprema de Justicia

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene otra visión en los asuntos relacionados con la terminación de la relación laboral por justa causa, como se verá a continuación.

En efecto, por medio del fallo de Rad. 39394 de 2011 (M.P. Camilo Tarquino Gallego) se estudió el recurso extraordinario, propuesto por una trabajadora quien adujo la no realización del proceso disciplinario convencional para su despido de la empresa.

La Corporación retomó la línea jurisprudencial iniciada con las sentencias Rad. 17453 de 2002, Rad. 17976 de 2002, Rad. 30612 y Rad. 32422 de 2008 (M.P. Luis Javier Osorio López), en el sentido de establecer que el despido no se asimila a una sanción disciplinaria y, en consecuencia, aquel no tiene que estar sujeto a un trámite previo, salvo que tal exigencia se hubiera pactado en el contrato de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo o el laudo arbitral y/o el reglamento interno de trabajo. Se precisó al respecto:

La jurisprudencia de la Corte ha precisado que la naturaleza del despido no es la de una sanción, por lo que para adoptar una decisión de

esta índole el empleador, salvo convenio en contrario, no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario.

Por las consideraciones expuestas, la C.S.J. decidió no casar la sentencia. Para esta Corporación es claro, que el despido es una expresión de la autonomía del empleador y que en consecuencia, cuando se procede a aplicar las alternativas legales, no hay necesidad de acoger un procedimiento disciplinario, puesto que no se trata de una falta. Cosa distinta ocurre, si previamente en el RIT, en los contratos individuales, en las convenciones o fallo se determinó que el despido es sanción, caso en el cual no podría obviarse el proceso disciplinario.

En la sentencia Rad. 38855 de 2012 (M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve), la sala laboral de la C.S.J. replanteó su propia jurisprudencia sobre la gravedad de las faltas, al manifestar:

La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.

En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta...”.

Esta jurisprudencia es de la mayor importancia para el empleador al momento de tomar la decisión de terminar una relación laboral, puesto que si el despido se basa en la vulneración del contenido de los artículos 58 y 60 del C.S.T. es el juez quien debe valorar la gravedad de la falta, pero si la causa aludida se encuentra en documento diferente, tal como convención, pacto, fallo arbitral, reglamento o contrato, la gravedad que justifique el despido debe estar consagrada en el documento aludido.

En una reciente sentencia distinguida con la Rad. 10137 de 2015 (M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas), esta misma Corporación frente al recurso de casación interpuesto por el apoderado de un trabajador-directivo de empresa privada que fue despedido por justa causa al mantener relaciones sexuales con la esposa de un subalterno, después de realizar un análisis detallado de todas las circunstancias fácticas y de las normas aplicables, encontró que en efecto se había producido una grave violación de las obligaciones especiales a cargo del trabajador en especial la consagrada en el numeral 4 del Art. 58 C.S.T. que ordena

guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros. La tesis con la cual negó el recurso propuesto, fue del siguiente tenor:

(...) Debe advertir la Corte que si bien una relación sexual extramatrimonial que ocurra entre el empleado o empleada de una compañía con la esposa, esposo, compañera o compañero de otro empleado o empleada de esa misma compañía, de por si no puede catalogarse como una falta grave que pueda dar lugar a la terminación del contrato de trabajo, lo cierto es que cuando ese tipo de relaciones se hacen públicas o notorias y afectan el buen ambiente laboral que debe observarse dentro de un sitio de trabajo, la situación es distinta, pues (...) trascendió de la órbita privada de los vinculados en ella, para entrar a formar parte de una opinión generalizada entre el resto de empleados (...) puedan también desprenderse ambientes negativos de trabajo, que deben ser conjurados con medidas como la adoptada por la demandada en el caso bajo examen.

Por medio de la sentencia Rad. 47346 de 2016 (M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz), se analizó el recurso extraordinario formulado por el empleador que dio por terminada unilateralmente una relación laboral de conformidad con la ley y cometió el equívoco de citarlo a descargos como si se tratara de un proceso disciplinario, cuando en este caso, simplemente estaba ejerciendo una posibilidad legal.

Sin embargo, la C.S.J. se apartó del planteamiento, por cuanto en su criterio y según el Reglamento Interno de Trabajo, el despido fue catalogado como una sanción, razón por la cual había que observar el procedimiento disciplinario interno en concordancia con el artículo 115 del C.S.T.

En el caso concreto se observó además, que según el R.I.T. existe un procedimiento especial que compromete a la empresa con citar a la persona disciplinada a descargos en presencia de dos testigos, trámite del cual se separó la demandada, impidiendo al tutelante hacer uso de otros recursos, como el de “reconsideración” que puede solicitarse en los dos días siguientes a la notificación de las sanción, por escrito y exponiendo con total claridad los motivos y fundamentos que justifican rectificar la sanción impuesta.

En consecuencia, por disponerlo el mismo reglamento, la decisión de despido no podía producir efecto alguno, al omitir la intervención de los representantes del sindicato y la oportunidad de controvertir la sanción por el afectado, sin que amerite entrar a examinar la comprobación de los hechos adjudicados por la empresa al actor para despedirlo.

Queda claro entonces, que la terminación de un contrato de trabajo de manera unilateral y con indemnización no es una sanción. Sin embargo, cuando dicha medida obedece a justa causa y se consagra como la mayor sanción disciplinaria es indispensable tramitar el proceso con plenas garantías, en observancia del Art. 29 constitucional y los mandatos legales y extralegales vigentes.

4.3.3 El acoso laboral como justa causa de despido

El acoso laboral o mobbing hace referencia a toda situación de violencia sistemática a que se vea sometida una persona en el ámbito laboral. Con anterioridad a la expedición de la Ley 1010 de 2006 que reguló este hecho, la Corte Constitucional se había pronunciado al respecto. Así en la sentencia T-461 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), trató el hostigamiento en las relaciones laborales, y en la sentencia T-170 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández G.), acerca de la persecución frente al ejercicio del derecho de asociación sindical.

Con la expedición de la mencionada ley el país en coherencia con los postulados básicos del derecho al trabajo y el respeto a la dignidad humana, enfatizó que no basta con el cumplimiento de las prestaciones económicas, sino que se requiere de un ambiente laboral respetuoso de la condición humana. Los bienes jurídicos que protege la ley, son: el trabajo en condiciones dignas y justas, la libertad, la intimidad, la honra y la salud mental de los trabajadores, empleados y contratistas, la armonía entre quienes comparten el mismo ambiente laboral y el buen ambiente de la empresa.

El acoso laboral entendido como “(...) toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo, un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo”, generando problemas de salud física y mental, puede ser descendente (del superior al subalterno) ascendente (del inferior al superior) u horizontal (entre personal del mismo nivel), puede presentarse en una de las siguientes modalidades:

- 1) Maltrato Laboral, que implica violencia física, verbal o moral.
- 2) Persecución Laboral que conlleva en todos los casos arbitrariedad en los horarios, las funciones, las evaluaciones.
- 3) Discriminación Laboral originada en razones sospechosas, estos es, raza, género, religión, opción política.

- 4) Entorpecimiento laboral en la medida que obstaculiza el cumplimiento de las labores encomendadas.
- 5) Inequidad Laboral que puede presentarse como preferencias injustificadas o menosprecio por las actividades de ciertas personas y
- 6) Desprotección Laboral, al evadir el cumplimiento de las leyes tendientes a disminuir los riesgos propios de la actividad laboral.

La norma distingue entre sujetos activos, partícipes y sujetos pasivos del acoso laboral. Son sujetos activos las personas naturales que ejerzan mando en una organización tanto del sector público como privado; las y los trabajadores o empleados del sector privado y los y las empleadas públicas y trabajadoras oficiales. Son partícipes los demás empleados que permitan y favorezcan el acoso y los empleadores que desconozcan sus responsabilidades legales. Son sujetos pasivos, las personas víctimas de maltrato, persecución, discriminación, entorpecimiento, inequidad, desprotección laboral.

El Art. 7º de la Ley 1010 trae un listado ilustrativo de algunas conductas que constituyen acoso laboral, entre las que se encuentran: la agresión física, las expresiones injuriosas y ultrajantes, los comentarios hostiles y humillantes, las amenazas de despido, las denuncias disciplinarias injustificadas, la descalificación humillante y pública, las burlas sobre la apariencia física, la alusión a la intimidad, la imposición arbitraria de deberes, la exigencia en horarios excesivos, el trato discriminatorio, la negación de materiales de información, el envío de anónimos, al cual se suman todas aquellas que se consideren constitutivas de acoso laboral por las autoridades competentes.

Es importante insistir que conductas tales como órdenes relacionadas con la disciplina laboral, el ejercicio de potestad disciplinaria, exigencias razonables de fidelidad, circulares y memorandos para mejorar calidad, deberes extras de colaboración, terminación legal del contrato, cumplimiento de deberes y prohibiciones del C.S. del T., del RIT y del Código Único Disciplinario, no son acoso laboral, sino ejercicio de la potestad subordinante y del *ius variandi* al que la ley hizo referencia en su Art. 8º.

Teniendo presente que la finalidad de la ley es mejorar los ambientes laborales, se ordena incluir en los RIT un acápite especial sobre acoso laboral y las formas específicas como van a prevenirse en cada empresa, acordando procedimientos internos sencillos, conciliatorios y efectivos para superar cualquier malestar que pudiere presentarse y especialmente poniendo en funcionamiento los Comités de Empresa con representación de las partes de la relación laboral.

En el evento en que la empresa evada la problemática de acoso, la víctima dentro de los 6 meses siguientes a la ocurrencia de la conducta de acoso, puede acudir ante las Inspecciones del Trabajo, de Policía, las personerías municipales, la Defensoría del Pueblo, las que en primera instancia solicitarán a la empleadora asuma la apertura de la investigación pertinente, caso contrario tanto el Ministerio Público, como el Consejo Superior de la Judicatura y los jueces laborales, pueden asumir las investigaciones que sean del caso.

Las sanciones guardan relación con la actividad de cada sujeto y la gravedad de la falta, la que puede ser considerada gravísima para el servidor público o dar lugar a terminación del contrato sin justa para el trabajador particular; prevé multas de 2 a 10 salarios mínimos para quien acosó o quien toleró y, pagos de hasta el 50% de los costos médicos en los eventos de enfermedad laboral o enfermedad general producto del acoso.

La ley en comento previó circunstancias atenuantes relacionadas con: a) Buena conducta anterior, b) Obrar con emoción o pasión excusable, c) Procurar anular las consecuencias, d) Reparar el daño, e) Inferioridad síquica, f) Vínculos familiares y afectivos, g) Provocación o desafío de la víctima, h) Otra circunstancia análoga.

La atenuante fundamentado en los vínculos familiares y afectivos fue demandado por inconstitucional y la Corte Constitucional mediante sentencia C-898 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda), la declaró inexecutable.

De igual manera se consagraron circunstancia agravantes en cuanto conllevan: a) Reiteración de la conducta b) Concurrencia de causales c) Motivos abyectos d) Aumentar intencionalmente el daño e) Posición predominante del acosador f) Utilización de inimputables y g) Dañar física o síquicamente al sujeto pasivo.

Finalmente, la ley consagra medidas de protección para evitar las retaliaciones contra las personas que interpongan quejas o participen como testigos en dichos procesos y sanciones que van desde 1 a 3 salarios mínimos contra los quejosos que actúen de manera temeraria e imprudente.

Esta ley fue demandada en la medida en que el Art. 7° habla de hechos públicos, con lo cual se dejaba por fuera los múltiples casos de hostigamiento en que el acosador lo hace en privado y que dificulta la parte probatoria. Para la Corporación “(...) la presunción establecida en el artículo 7° no se erige en una carga desproporcionada para el sujeto que ha sido hostigado en privado, pues al igual que quien ha sido víctima de estas conductas de manera pública, está en el deber de acreditar

el acaecimiento de los hechos que considera configuradores de acoso laboral, con la diferencia de que debe llevar al juzgador a la convicción de que de las conductas denunciadas se desprenden las consecuencias jurídicas establecidas ante la ocurrencia de acoso laboral”, razón por la cual declaró exequible la norma demandada.

4.3.4 Indemnizaciones

De conformidad con el Art. 64 del C.S.T. y con fundamento en los postulados constitucionales que impiden la existencia de obligaciones irredimibles, en ejercicio de la autonomía empresarial, es posible terminar una relación laboral sin justa causa, siempre que medie el reconocimiento de la indemnización prevista en la mencionada norma.

El Art. 64 del C.S.T. contempla en su inciso primero una indemnización no tarifada, según la cual, en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable, indemnización que comprende tanto el lucro cesante como el daño emergente.

Esta tabla indemnizatoria fue modificada por la Ley 789 de 2002, la cual fijó los días de indemnización con base en dos criterios: el monto del salario devengado y el tiempo de servicio. Dada la claridad de dicho mandato, las dificultades no surgen de su contenido, sino de su armonía con el Art. 53 de la C.N. que consagró el principio de la estabilidad, por una parte y por otra, de si dicha tabla contiene todos los valores que una decisión unilateral e injustificada, causa en la vida particular y en el entorno familiar de la persona afectada.

Para dilucidar el primer punto se recurre a la sentencia C-533 de 2012 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), que conoció la demanda de constitucionalidad presentada contra los artículos 6° de la ley 50 de 1990 y 28 de la Ley 789 de 2002, en cuanto eliminó la posibilidad que tenía el juez de ordenar en determinados casos el reintegro de un trabajador despedido sin justa causa. La Corte estudió el respaldo constitucional que tendría dicha medida y recordó que por sentencia 115 de septiembre 26 de 1991, la C.S.J. en la que al analizar esta misma medida expresó:

Esto, que le parece inconveniente al actor, el legislador lo juzgó de otra manera en pos de lograr que trabajadores antiguos no fuesen despedidos antes de los 10 años por el temor patronal a esta acción en el futuro, lo cual no merece reparo constitucional, a pesar de que el artículo 53 de la nueva Constitución haya comprendido dentro de los principios que han de inspirar la legislación laboral el de que ésta consagre el de la ‘estabilidad en el empleo’, pues no se trata de

una estabilidad absoluta e ilimitada que solamente terminaría con la muerte, sino de una protección razonable y prudente que conduzca a la preservación de la vocación de permanencia que tiene la relación laboral (...) cree por el contrario la Corte que los propósitos de estabilidad prudente y de indemnidad del trabajador se logran con el sistema estudiado de la fijación anticipada de una indemnización que, por lo demás, es pesada, sin que esto implique tampoco que este procedimiento sea el único que eventualmente puede escoger el legislador.

De otra parte, el párrafo transitorio protegió los derechos adquiridos, brindando adicionalmente la oportunidad de acogerse al nuevo sistema.

Se revisó también el fallo C-569 de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), en virtud del cual, se acogió la decisión de la Corte Suprema de Justicia, el mismo que hizo tránsito a cosa juzgada absoluta. Y en la sentencia C-038 de 2004, que declaró exequible el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, frente a la reducción del porcentaje de la indemnización por despido sin justa causa. Los razonamientos fueron del siguiente tenor:

Conforme a lo anterior, en principio la ley no puede afectar una situación jurídica concreta y consolidada (...). Pero en cambio, la ley puede modificar las regulaciones abstractas, sin que una persona pueda oponerse a ese cambio, (...) si se admitiera que una mera expectativa pudiera impedir el cambio legislativo, llegaríamos prácticamente a la petrificación del ordenamiento(...).

Para la Corte Constitucional, las leyes pueden producir cambios laborales, siempre y cuando no se irrespeten los derechos adquiridos y los principios mínimos constitucionales, incluyendo los derivados del bloque de constitucionalidad.

En el mismo sentido, la sentencia C-727 de 2009 (M.P. María Victoria Calle Correa), indicó que existen dos principios de gran relevancia constitucional, a saber, la progresividad y la no regresividad en la protección de esos derechos. El primero pretende lograr prestaciones mayores hasta alcanzar cobertura universal y el segundo, asegura que una vez alcanzados dichos toques, no es posible retroceder, excepto que se trate de circunstancias particulares, donde la afectación se justifica frente al incremento del bienestar colectivo. Con estos argumentos y manteniendo el respeto por los precedentes constitucionales, se decretó la exequibilidad de las normas demandadas.

No obstante esta competencia legal que tiene la empleadora para terminar unilateralmente y sin justa causa una relación laboral, la persona afectada, tiene así mismo, la posibilidad de controvertir tal decisión, dando origen a decisiones judiciales que originan situaciones como las que se exponen a continuación.

4.3.5 Reintegro por despido unilateral sin justa causa, exige devolución de la indemnización, cancelada de forma equivocada

El caso planteado contraría el mandato actualmente vigente, según el cual, el empleador tiene la prerrogativa de terminar unilateralmente y sin justa causa una relación laboral, con el solo condicionamiento, de cancelar la indemnización establecida por las normas laborales. Sin embargo, la Sala Laboral de la C.S.J. inauguró una línea de pensamiento sobre este tópico con la sentencia con Rad. 8857 del 11 de marzo de 1985, en la que expresó que en aquellos eventos en los que el empleador indemniza al trabajador despedido, este hecho no le impide al asalariado demandar en busca del retorno a su trabajo y cuando el reintegro se ordena judicialmente, conlleva la obligación de devolver el monto de lo cancelado.

En la sentencia con Rad. 48699 de 2016 (M.P. Clara Cecilia Dueñas), al estudiar el fallo impugnado que ordenó restituciones mutuas, la Corporación precisó, que al tenor del art. 1746 del C. C., “el trabajador al ser reintegrado a su puesto de trabajo, está en la obligación de restituir al empleador los valores que recibió por concepto de indemnización y cesantía”.

Así las cosas, ni todas las normas laborales que conllevan disminución de beneficios son inexecutable, ni el pago de la indemnización a la fecha del despido unilateral, evitan que la trabajadora o trabajador, decidan acudir a la justicia ordinaria laboral para desatar la actividad judicial y poner en tela de juicio tales decisiones. Será el análisis racional y ponderado del operador jurídico el que determine las consecuencias jurídicas en cada caso específico.

Si bien el artículo 64 indica que la mencionada tabla indemnizatoria contiene los montos correspondientes al caso fortuito y a la fuerza mayor, hay laboristas, que consideran que el sector trabajador, puede apartarse de dicho esquema e intentar una valoración exacta de los daños y perjuicios que el incumplimiento del contrato le acarrea, disminuyendo la autonomía de la empleadora. Lo que significa retornar al sistema del Decreto 2127 de 1945, vigente para los trabajadores oficiales.

4.3.6 Indemnización Moratoria

El Art. 65 del C.S.T. consagró una indemnización moratoria a cargo de la empleadora, cuando al concluir una relación laboral con justa causa o sin ella, no se cancelan los valores adeudados por conceptos de salarios y prestaciones sociales, y sin importar el monto de lo adeudado, se condena al empleador a cancelar a título de indemnización por falta de pago, un día de salario por cada día de mora, desde la terminación de la relación laboral y hasta el mes 24. A partir del mes 25 se reconoce sobre los saldos adeudados, el interés bancario más alto correspondiente a los créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria. Los parágrafos 1 y 2 de esta norma, se refieren el primero a la obligación de la empresa de informar sobre el estado de cotizaciones a la seguridad social y de parafiscales de los últimos 3 meses, otorgando hasta 60 días para realizar esta diligencia. El segundo párrafo consagró una transición consistente en mantener la anterior tabla indemnizatoria, esto es la de la ley 50 de 1990, para quienes devenguen un salario mínimo.

Una de las primeras sentencias que se ocupó de este tema, fue la C-079 de 1999 (M.P. María Victoria Sáchica Méndez), en el cual al decidir la demanda de inconstitucionalidad contra algunos apartados del artículo 65 CST, la Corte indicó que la indemnización de “salarios caídos” era una forma de restablecer derechos laborales motivando a las empresas a la observancia de sus obligaciones salariales y prestaciones. “(...) Se presenta así un mecanismo de apremio al empleador que demora dichos pagos cuando ya no existe una acción con origen contractual para hacerlos exigibles pero que permite compensar la pérdida del poder adquisitivo del dinero del trabajador, por permanecer en manos del empleador”.

Se debe tener en cuenta que la indemnización moratoria está desligada de las causas que determinan la terminación de un vínculo laboral, constituyéndose en una medida protectora de la o el trabajador y por el contrario, su existencia depende de manera directa del no pago o del pago retrasado de las acreencias laborales. Indicó sobre dicha normativa:

(...) Así las cosas, la indemnización moratoria se constituye en una garantía necesaria para quien ya no cuenta con un contrato de trabajo ni las acciones que del mismo se desprenden para defenderse: en su lugar, la configuración de una causal de terminación injustificada por parte del empleador por el incumplimiento que tratan los artículos 57 y 62 del C.S.T., en la forma ya mencionada que constituye

un mecanismo de protección efectivo de los derechos contractuales vulnerados.

La Corporación reitera que además de la constitución en mora de la empleadora, es necesario probar que el incumplimiento en los pagos correspondió a una actuación de mala fe. Dijo al respecto: “(...) la sanción indemnizatoria prevista por el artículo 65 del C.S.T. no es –como lo insinúa el demandante– de aplicación automática, razón por la cual la condena correspondiente debe obedecer a una sanción impuesta a la conducta del empleador carente de buena fe que conduce a la ausencia o deficiencia en el pago de origen salarial o prestacional. En consecuencia, la absolución es posible si se demuestra una conducta de buena fe del empleador”.

Más adelante por medio de la sentencia C-781 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), la Corporación constitucional, estableció las condiciones fácticas que deben probarse para exigir tal derecho, ellas son: “(...) i) que haya terminado la relación laboral; ii) que el empleador este debiendo al trabajador salarios y prestaciones y no las pague en el momento de dicha terminación; iii) que no se trate del caso en que procede la retención de dichos salarios y prestaciones; y, iv) que no se haya consignado el monto de la deuda confesada por el empleador en caso de que no haya acuerdo respecto del monto de la deuda, o que el trabajador se haya negado a recibir el pago”.

La Corporación señaló que la indemnización moratoria no actúa estrictamente como sanción contra el empleador, sino como un mecanismo que salvaguarda a las y los trabajadores de los efectos de la pérdida de poder adquisitivo de la moneda.

La indemnización moratoria y los intereses moratorios frente a salarios y prestaciones en dinero, son instrumentos jurídicos para “(...) desincentivar el incumplimiento del empleador en el pago de salarios y prestaciones, insolutas al momento de terminar la relación laboral. Por ende no son, en estricto sentido, una sanción contra el empleador, sino un instrumento de apremio”, que pretende evitar la inminencia de un perjuicio irremediable derivado de la pérdida del trabajo, extendiendo en el tiempo la protección constitucional del salario.

Mediante la sentencia C-892 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), se estudiaron nuevas demandas contra el Art. 65 del C.S.T. y con fundamento en el convenio 95 de la OIT recordó que es obligación de los Estados, garantizar el pago final de lo adeudado al término de una relación laboral, con la finalidad de ayudar al sector trabajador despedido a enfrentar la situación de vulnerabilidad laboral.

Para el demandante, la expresión “salarios y prestaciones en dinero” como presupuesto de hecho para la exigibilidad de los intereses supletorios a la indemnización moratoria, es restrictivo puesto que no abarca todos los factores remuneratorios.

Si se tiene en cuenta la definición de salario del Art. 127 C.S.T., se puede establecer que la misma, abarca las distintas modalidades de ingreso que recibe la o el trabajador. Por el contrario en el Art. 128 del C.S.T. se incluyen pagos que no son salarios, tales como indemnizaciones, las vacaciones, las sumas o bienes que recibe el trabajador con el fin de cumplir con las funciones asignadas y todo aquello que recibe por simple liberalidad de la empleadora.

Por su parte, las prestaciones sociales, sirven para enfrentar los riesgos intrínsecos de la actividad laboral. Algunas de estas prestaciones están a cargo del empleador (cesantía, prima de servicios, dotación, intereses a la cesantía, vacaciones) otras han sido trasladadas (las relacionadas con la seguridad social y las que están a cargo de las cajas de compensación familiar).

En síntesis lo único que quedaría por fuera son aquellos montos que la empleadora otorga por mera liberalidad, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes y los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente.

En esta perspectiva, “resulta prima facie razonable que el legislador circunscriba la aplicación de los intereses moratorios supletorios a la indemnización moratoria al concepto “salarios y prestaciones en dinero”, puesto que, como se indicó en precedencia, se trata de un criterio amplio, que abarca todos los ingresos relacionados con el reconocimiento económico de la labor que adelanta el trabajador”.

Para la Corte, el concepto “salarios y prestaciones en dinero” es lo suficientemente omnicompreensivo de los ingresos que recibe el trabajador como retribución por la actividad laboral. De acuerdo con las anteriores consideraciones, los argumentos de la demanda son insuficientes para respaldar la inconstitucionalidad, de donde por considerar que el texto demandado resulta coherente con el ordenamiento jurídico colombiano, se declaró la exequibilidad del aparte indicado, de conformidad con la C-781 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

4.3.7 Compatibilidad entre indemnización moratoria y la indexación laboral

El ordenamiento jurídico laboral por su carácter protector de la parte débil de la relación laboral, esto es, la persona que presta el servicio, estableció distintos mecanismos para evitar el incumplimiento del empleador con los consecuentes perjuicios, uno de ellos, es el previsto en el Art. 65 del C.S.T. o indemnización moratoria, otro es la indexación, o mecanismo objetivo de corrección monetaria. El interrogante que surge al respecto, es si la indemnización moratoria y la indexación se pueden aplicar simultáneamente o sólo cuando fracase la indemnización moratoria?

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, considera que en cada caso concreto, le corresponde al operador jurídico elegir la mejor alternativa para garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo del trabajador. Para esta Corporación, los dos conceptos son inadmisibles de manera simultánea, por lo tanto, la indexación sólo procede ante el fracaso de la indemnización moratoria y siempre y cuando hubiese sido solicitada. Dijo sobre el tema “(...) ante las pretensiones conjuntas de indemnización por mora e indexación deben por tanto los jueces laborales examinar en primer lugar, de acuerdo con las situaciones particulares de cada caso, si la conducta del empleador que a la terminación del contrato de trabajo quedó adeudando salarios y prestaciones estuvo revestida de la buena fe que lo exonere de la sanción dispuesta por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y sólo cuando absuelvan por ese concepto deben entrar a decidir sobre la aplicación de la indexación a los créditos laborales insolutos”.

En este mismo horizonte y con ocasión de la sentencia de la SL de la CSJ del 21 de noviembre de 2001, Rad. 16476 (M.P José Roberto Herrera Vergara), al resolver un caso similar, enfatizó en señalar que la indexación es un instrumento objetivo que es susceptible de aplicación cualquiera que sea la modalidad o denominación del ingreso laboral. La indexación laboral deja de ser optativa y se convierte en obligatoria cuando el paso del tiempo, afecta de manera grave la posibilidad adquisitiva de la acreedora, puesto que:

Evidentemente uno de los objetivos perseguidos por la indexación es el que las acreencias laborales susceptibles de tan equitativa figura se solucionen actualizadas, para que no se presente ninguna mengua en su poder adquisitivo. Por ello se ha aceptado jurisprudencialmente que en tales casos la corrección monetaria es procedente, según algunos, como factor de daño emergente por el perjuicio que sufre el titular del derecho por el no cumplimiento oportuno del deudor de la obligación a su cargo, y según otros como actualización dineraria.

En consecuencia, cuando el paso del tiempo afectó el monto adeudado, es necesario acudir a la indexación, no para pagar más, sino para cancelar lo justo, pues de no proceder de esta manera, se estaría premiando al empleador incumplido, permitiendo un enriquecimiento sin causa, ya que la o el trabajador reciben objetivamente menos dinero.

4.3.8 Daños Morales y Daños Extrapatrimoniales

Así mismo se le reclama al legislador, la no inclusión de los daños morales que causan a la trabajadora o trabajador afectado por la decisión unilateral y sin justa causa, de ponerle fin a una relación laboral. En un país con altos índices de desempleo, el cumplimiento estricto de las obligaciones encomendadas, deberían ser la mayor garantía de permanencia. La unilateralidad legalizada en el Art. 64 del C.S.T. acarrea daños inmateriales relacionados con la imagen social, la responsabilidad frente a obligaciones adquiridas, el buen nombre, la estabilidad familiar y social, causando sufrimiento moral que puede reflejarse en enfermedades físicas y mentales, todo lo que constituyen los daños extrapatrimoniales.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 22 de enero de 2008 Exp. 29171 (M.P. Dr. Eduardo López Villegas), en relación a los perjuicios relacionados con la posibilidad de disfrutar integralmente la vida, admitió que existen daños admitidos por la jurisprudencia laboral, civil, administrativa "(...) como es la del menoscabo en la vida de relación social, que no se equipara a la aflicción íntima, que se padece en el interior del alma, calificada como daño moral, ni tampoco con la pérdida de la capacidad laboral, que es estimable en dinero a partir del grado de invalidez establecido por las Juntas Calificadoras; es el daño que afecta la aptitud y disposición a disfrutar de la dimensión de la vida en cualquiera de sus escenarios sociales; es una afectación fisiológica, que aunque se exterioriza, es como la moral, inestimable objetivamente, y por tanto inevitablemente sujeta al arbitrio judicial".

Sobre el mismo tema Tamayo Jaramillo (1999), enseña:

(...) Suponiendo que la víctima reciba la indemnización de esos daños, -materiales y morales- seguirá existiendo el daño fisiológico que también debe ser reparado. En realidad, la víctima se podría hacer esta reflexión: mi integridad personal me concedía tres beneficios: ingresos periódicos, estabilidad emocional y actividades placenteras. (...) De qué vale a la víctima seguir recibiendo el valor del salario u obtener una satisfacción equivalente a un perjuicio moral subjetivo, si para el resto de actividades vitales no dispone de la más mínima capacidad ?

El autor mencionado distingue entre el daño moral subjetivo y el fisiológico. El daño moral subjetivo consiste en un atentado contra las facultades íntimas de la vida, mientras que el daño fisiológico consiste en el atentado a sus facultades para hacer cosas, independientemente de que éstas tengan rendimiento pecuniario.

Con idéntica perspectiva de análisis, la sentencia distinguida con Radicación 39642 de 2014 (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), se ocupó del caso de una trabajadora bancaria despedida de manera unilateral, por cuanto a juicio de la empresa entregó una tarjeta de crédito sin los protocolos internos. Tal decisión resultó injusta en cuanto para la época de despido se encontraba de vacaciones y por lo mismo no entregó dicho documento. Dijo la C.S.J. “(...) aunque es obvio que toda pérdida del empleo produce en el individuo frustración, tristeza o sentimientos negativos, tal situación no es la única que debe mirarse para imponer una condena por daño moral, dado que es necesario ponderar la manera como el trabajador se vio afectado en su fuero interno, y cómo la actividad de la empresa lo lesionó injustificadamente”.

En consecuencia el mandato del Art. 64 del C.S.T. no consideró el daño moral, de donde el daño emergente y lucro cesante, son insuficientes, puesto que además de realizar una actividad laboral por la que recibe un salario, “(...) todas las personas, desarrollan relaciones sociales a través de las cuales derivan una imagen propia que es la que proyecta tanto a su familia como a sus amigos”.

Los elementos básicos de la relación laboral que se destacaron, deben entenderse ahora, desde el enfoque de derechos, como prerrogativas propias de la condición humana, tanto del sector trabajador como del grupo empresarial. No se trata de concesiones graciosas otorgadas por una parte en beneficio de la otra, se está frente a derechos, a mínimos fundamentales que no pueden ser vulnerados. Ahora bien, la perspectiva de género, nos induce a ver a las mujeres y a la población con diversidad sexual, a las personas con capacidades especiales, a los directivos sindicales, como nuestros pares en el mundo del trabajo, que gozan de los mismos derechos y que, atendiendo a sus especiales condiciones (embarazo, discriminación, discapacidad, liderazgo sindical), deben ser protegidos de manera especial, esto es, otorgándoles la estabilidad reforzada que obliga a no despedir sin existir justa causa y sin mediar la autorización judicial o administrativa correspondiente.

Para finalizar este capítulo se hará referencia a uno de los contratos especiales que más cambios ha sufrido en sus concepciones y tratamiento jurídico desde la principalística laboral, además porque en su realización están implicadas las mujeres como gestoras de las labores de cuidado. En su evolución se refleja también la transformación de

la sociedad colombiana en busca de la equidad de género y de trabajo decente, obligación ineludible del Estado, desde el enfoque de derechos en aras de garantizar la accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad del derecho al trabajo.

4.3.9 Contratos Especiales: El servicio doméstico

Del listado sobre contratos especiales que trae el C.S.T. sólo una modalidad contractual ha sido objeto de numerosos pronunciamientos jurisprudenciales de carácter progresivo, que generaron un nuevo espectro normativo y hermenéutico, es el caso del trabajo doméstico desempeñado en más del 90% de los casos, por mujeres, razón por la que merece un aparte especial.

4.3.9.1 Antecedentes

Desde el punto de vista histórico esta actividad se encuentra estrechamente relacionada con el trabajo que realizaban las mal llamadas criadas y/o criados domésticos, nombre peyorativo que se daba a aquellas personas que sin pertenecer al núcleo familiar e inclusive en algunos casos, manteniendo vínculos de parentesco, carecían de posibilidades para subsistir de manera autónoma, siendo acogido por familias, que bajo ésta denominación, usufructuaba de su fuerza de trabajo a cambio de vivienda, alimentación y vestido, las que se otorgaban en condiciones inferiores a aquellas de las que disfrutaban los demás integrantes de la familia. Es decir, se presentaba una situación de abierta discriminación al interior de los grupos familiares contra las y los criados domésticos, a quienes se los concebía como inferiores, negándoles no sólo el goce de sus derechos, sino incluso su propia humanidad.

La fidelidad con la familia que acogía al o la criada doméstica debía prolongarse por toda la vida, negándoles su realización como personas. La ancianidad que les esperaba a estas personas era generalmente la mendicidad o la caridad pública. La ausencia de reconocimiento social y económico de esta labor se encuentra en su objetivo, que es el reemplazo o la complementariedad de la labor desempeñada por la ama de casa, calificada por los economistas tradicionales como inactiva. La invisibilidad del trabajo doméstico entonces, está ligada a la invisibilidad del trabajado de las mujeres en el hogar (amas de casa), quienes para algunos de los integrantes de sus familias, no hacen nada, remunerado debe agregarse, aunque sí muy productivo. Sin esta actividad, las demás personas no dispondrían de las facilidades para asumir con eficiencia sus respectivos roles en el mundo laboral y social.

Esta percepción errada y patriarcal ha sido sostenida por economistas y estadísticos que entiende el grupo familiar como unidad de consumo, desconociendo su aporte a la producción y a la reproducción social, negando su condición de trabajadoras/es, en cuanto carecen de remuneración y de la formalización laboral. Para contrarrestar semejantes injusticia con la labor doméstica se discuten proyectos de ley para otorgar seguridad social a las amas de casa y ojalá en un futuro cercano la protección de la ley laboral.

Las teorías feministas han evidenciado la subvaloración de este trabajo, también por el hecho de ser desempeñado por mujeres, de donde, de la sola pertenencia al género femenino deviene la obligatoriedad de las actividades domésticas, para las que según las concepciones patriarcales, no se requiere capacitación ni habilidades.

El ama de casa explotada y subordinada, una vez lograr superar este estado, traslada en un buen número de casos, las mismas condiciones subhumanas a las personas (mujeres) que la liberan de este agobio. Resulta paradójica semejante actitud, puesto que con fundamento en el conocimiento que se tiene de esta actividad, las trabajadoras domésticas debían encontrar en los hogares a los que prestan sus servicios y especialmente en las jefas de hogar y en las amas de casa, sus defensoras y aliadas, como en efecto ocurre en muchas ocasiones.

Las trabajadoras domésticas integran así mismo, el grupo de personas más susceptibles del acoso sexual, la violencia física y diversas formas de abuso, que se amparan en su situación vulnerable, en el desconocimiento de sus derechos laborales, en la retención de salarios, de documentos y inclusive en formas inadmisibles de esclavitud.

La OIT, a través del Programa de Condiciones de Trabajo y Empleo, en relación con los trabajadores domésticos ha reconocido que: (...) “La vulnerabilidad de esta categoría de trabajador proviene, primero que todo, de la relación de sumisión y de su aislamiento. Las tareas se realizan dentro de la esfera del hogar, en la residencia de los empleadores. Esta característica es la piedra angular del trabajo doméstico. Este factor y sus implicaciones son claves para entender el funcionamiento de esa relación”.

Según informes de la OIT, para el año 2013, 18 millones de personas se dedicaban al trabajo doméstico en América Latina, el 93% de las cuales son mujeres, y una de cada 7 se dedica al trabajo doméstico remunerado, aunque afectado por la informalidad. Las bajas tasas de afiliación a la seguridad social, los reducidos ingresos, las dificultades para la inspección o la falta de mecanismos para la negociación colectiva ubican esta ocupación como una de las más deficitarias en trabajo

decente, con salarios iguales o inferiores al 50% del salario promedio (Lexartza, Chaves, & Carcedo, 2016).

4.3.9.2 Evolución Jurisprudencial

En vigencia de la nueva Constitución Nacional y bajo los mandatos contenidos en los artículos 25 y 53, la jurisprudencia constitucional se mostró de manera temprana sensibilidad frente a esta clase de trabajadoras. En efecto, mediante sentencia C-051 de 1995 (M. P. Jorge Arango Mejía), precisó que el hogar o la familia “no es una empresa y no genera utilidades”.

Por su parte, la sentencia C-372 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz), al estudiar la demanda de constitucionalidad contra varias normas del C.S.T. entre otras el Artículo 162 que establece excepciones a la jornada máxima laboral, señalando en el numeral “b) Los del servicio doméstico, ya se trate de labores en los centros urbanos o en el campo”, reflexionó, así:

(...) una jornada laboral excesiva contradice los principios de la dignidad humana y las condiciones justas en que han de cumplirse las tareas domésticas, tornándose indispensable fijar un límite al período de trabajo que exceda de la jornada máxima ordinaria (...) para la Corte lo razonable es que, en ningún caso, los trabajadores del servicio doméstico laboren más de 10 horas diarias, y en el evento de que se requiera el servicio más allá de tal límite, procederá entonces, el reconocimiento y pago de horas extras, en los términos de la legislación laboral.

Lo que permitió declarar exequible el artículo demandado condicionado al término antes indicado y exclusivamente para quienes tienen la condición de internas.

Con posterioridad, la sentencia SU-062 de 1999 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), se pronunció respecto a la tutela presentada por una servidora doméstica que después de 17 años de servicio fue despedida sin liquidarle sus prestaciones y sin que jamás hubiese sido afiliada a seguridad social. Recordó la Corporación que:

(...) por no haberse reconocido, durante el tiempo que duró la relación laboral, unas condiciones de trabajo justas, y finalizada esa relación, un mínimo vital que le permita a la tutelante sobrevivir en condiciones acordes con su situación de persona de la tercera edad, se ha desconocido su dignidad. La normatividad jurídica de rango legal aplicable al servicio doméstico (...) imponen al empleador el deber de afiliar al servicio doméstico al régimen de pensiones, (...) y

cuyo incumplimiento hace responsables a los empleadores, quienes pueden verse obligados a pensionar por su cuenta a los trabajadores no afiliados oportunamente, o a pagar la denominada por la ley “pensión sanción”.

Con dichas argumentaciones se concedió el amparo y se ordenó a los demandados cancelar un salario mínimo mensual hasta que la justicia ordinaria se pronuncie sobre los derechos laborales de la tutelante. Así mismo ordenó a la Defensoría del Pueblo darle el apoyo jurídico pertinente.

Mediante la sentencia C-967 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), se declaró exequible el inciso 2 del parágrafo 1 del Artículo 18 de la Ley 797 de 2003 modificatoria de la Ley 100 de 1993, en el sentido de establecer que la base mínima de cotización era el salario mínimo, incluyendo a las personas vinculadas al servicio doméstico. Estos fueron los argumentos:

En efecto, conocidos los antecedentes legislativos de la ley en general se tiene que no iba a ser posible asegurar a los afiliados al sistema de seguridad social la garantía de pensión mínima (...), se observa que la excepción que permitía a los trabajadores del servicio doméstico cotizar con base en salarios mensuales inferiores al mínimo legal mensual (...) resultaba ser un factor de distorsión del equilibrio económico del sistema que hacía imperiosa su revisión. Así pues, como se dijo, la reforma al régimen de los empleados del servicio doméstico contribuye a la eficacia de su derecho a la seguridad social, y de los derechos de los demás afiliados al sistema en general”.

En síntesis para la Corte, el trabajo doméstico, por sus especiales características y la situación de vulnerabilidad de quienes lo ejecutan, demanda la protección del Estado a fin de que sea reconocido legal y socialmente como una actividad laboral, merecedora equitativamente de los derechos respectivos.

A través de la sentencia C-1004 de 2005 (M. P. Jaime Araujo Rentería), se declaró inexecutable el numeral d) del Artículo 229 del C.S.T. que establecía: “y al pago íntegro de su salario en caso de incapacidad para desempeñar sus labores a consecuencia de enfermedad, todo hasta por un (1) mes”.

Para la Corporación, tal disposición contrariaba el Artículo 206 de la Ley 100 de 1993 que para los casos de incapacidad por enfermedad no profesional, otorga un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los noventa (90) días y la mitad (1/2) del salario por el tiempo restante. La

norma demandada contiene un trato desigual que carece de justificación objetiva y razonable constituyendo una discriminación inaceptable de dichas trabajadoras.

Por medio de la sentencia C-310 de 2007, al analizar la constitucionalidad de un aparte del numeral 2° del artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo, en el que se establecía la obligación de liquidar el auxilio de cesantía de los trabajadores del servicio doméstico solamente con base en la parte del salario que reciben en dinero, vulneraba los artículos 13, 25 y 53 de la Constitución Política.

Esta Corporación consideró que la expresión “sólo”, contenida en dicha norma vulneraba el derecho al trabajo por cuanto comportaba un tratamiento diferencial e injustificado en lo concerniente a la liquidación de cesantías, por la simple circunstancia de que unas realizan labores “de aseo, cocina, lavado, planchado, vigilancia de niños, y demás labores inherentes al hogar”.

Por lo anterior, la referida expresión “sólo” fue declarada inexecutable y el resto de artículo executable bajo el entendido que el auxilio de cesantía siempre se pagará en dinero y en ningún caso será inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año.

En el año 2012 el Congreso de Colombia expidió la Ley 1595 ratificatoria del Convenio 189 de 2011 de la OIT sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos, la cual fue declarada executable por medio de la sentencia C - 616 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). argumentado: “(...) De otro lado, en lo que respecta al ámbito material del tratado, está conformado por reglas dirigidas a la protección de los derechos constitucionales de las trabajadoras y trabajadores domésticos, circunstancia que avala su executibilidad. En consecuencia, la Corte declarará la constitucionalidad del instrumento internacional y de su ley aprobatoria”.

Este convenio menciona los derechos básicos de las y los trabajadores domésticos. De ellos se han sintetizado por su importancia para el país, los siguientes:

- Promoción y protección de los derechos humanos.
- Respeto y protección de los principios y derechos fundamentales en el trabajo (Arts. 3, 4, 11).
- La protección efectiva contra todas las formas de abuso, acoso y violencia (Artículo 5).

- Condiciones justas de empleo incluyendo una vivienda digna (Artículo 6).
- Información sobre los términos y condiciones de empleo (Artículo 7).
- Horas de trabajo.
- Medidas destinadas a garantizar la igualdad de trato entre trabajadores domésticos y trabajadores en general con respecto a las horas normales de trabajo, compensación por horas extras, períodos de descanso diario y semanal, y vacaciones pagadas anuales (Artículo 10).
- Salario mínimo, sí existe un salario mínimo para los demás trabajadores (Artículo 11).
- El pago del salario debe ser en dinero en efectivo, directamente a la trabajadora y en períodos mensuales (Art. 12).
- El pago en especie solo si es una parte limitada de la remuneración total, si el valor es justo y razonable. Los uniformes o equipos de protección no se deben considerar como pago en especie (Artículo 12).
- Derecho a un trabajo seguro y un ambiente laboral saludable (Artículo 13).
- Se debe poner en marcha medidas para garantizar la salud y seguridad ocupacional (Artículo 13).
- Protección social, seguridad social, incluyendo prestaciones de maternidad (Artículo 14).
- Servicio sobre las Condiciones de Trabajo y del Empleo.
- Derechos mínimos para las trabajadoras internas.
- Condiciones de vida digna que respeten la privacidad (Artículo 6).
- Libertad para llegar a un acuerdo con sus empleadores actuales o potenciales sobre si residir o no en el hogar (Artículo 9).
- Autonomía para decidir si permanece o no en el hogar o con sus miembros durante los períodos de descanso o permiso (Artículo 9).
- Derecho a mantener sus documentos de identidad y de viaje en su posesión (Artículo 9).
- Reglamento de horas con disponibilidad inmediata (Artículo 10).

Del anterior listado, es claro que los y las trabajadoras domésticas tienen su jornada laboral de ocho horas diarias, deben ser remuneradas con salario mínimo y gozan de todas las primas y las prestaciones sociales. Al respecto la Ley 1788 de 2016 estableció de manera expresa la obligación de cancelar la prima de servicios en las mismas condiciones en que la devengan el resto de trabajadores/as del país. Queda pendiente el cumplimiento de la ley y su monitoreo. (Roa, M. 2015. Recuperado de <https://vasenkaista.fi/2016/02/las-empleadas-domesticas-de-colombia/>).

Más adelante con ocasión de la sentencia T-014 de 2015 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), al decidir la acción de amparo interpuesta por una trabajadora doméstica de 78 años, quien fue despedida sin justa causa, sin el pago de prestaciones sociales y sin haber sido afiliada al sistema de seguridad social durante los más de 20 años que duró la relación laboral, retomó su línea jurisprudencial y recordó que:

(...) todos los trabajadores y trabajadoras domésticas tiene derecho a que se les garantice condiciones de trabajo dignas y justas. Ello implica, que como mínimo, los empleadores deben respetar: (i) el pago de un salario acorde con la jornada laboral; (ii) la vinculación al sistema de seguridad social para amparar los riesgos de vejez, muerte e invalidez; (iii) la jornada laboral permitida; (iv) la permanencia en el trabajo y en general todas las garantías mínimas e irrenunciables que el ordenamiento jurídico colombiano ponga a disposición de los trabajadores.

En consecuencia ordenó cancelar a título de pensión-sanción un salario mínimo hasta que la justicia ordinaria decida y solicitó a la trabajadora demandar en el término de cuatro meses.

En el año 2016, por medio de sentencia T-185 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz), frente a la solicitud de amparo de una trabajadora doméstica despedida unilateralmente y sin justa causa, después de que se le había diagnosticado una leucemia, como fundamento para la decisión que se adoptó, realizó en primer lugar un revisión de las condiciones históricas, económicas y sociales que ha enfrentado este sector de trabajadoras, concluyendo que: “(...) es un hecho notorio que la subvaloración de las labores realizadas por las trabajadoras del servicio doméstico es una situación que contribuye a la generación de desigualdad social y la discriminación hacia grupos vulnerables y por ello demanda una protección especial del Estado (...)”.

A dichas circunstancias atribuye el histórico desconocimiento de sus derechos, razón por la cual y con fines didácticos sintetiza las obligaciones derivadas de la contratación de estas empleadas, así:

i. pagar una remuneración por los servicios prestados, que no puede ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente; ii) reconocer y pagar horas extras; iii) pagar cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, vestido y calzado de labor; iv) pagar el auxilio de transporte, cuando el salario devengado es inferior a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes; v) pagar una indemnización cuando el empleador decida terminar unilateralmente el contrato de trabajo sin justa causa; vi) pagar una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario cuando el trabajador sea despedido o su contrato terminado por razón de una discapacidad sin la autorización de la oficina de Trabajo; vii) afiliar al trabajador al Sistema de Seguridad Social Integral en pensiones, salud y riesgos profesionales y pagar las respectivas cotizaciones a cada uno de dichos regímenes.

De otra parte y como en el caso concreto se trataba de una persona en estado de vulnerabilidad por enfermedad, de conformidad con el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, su despido solo era factible con la autorización de la oficina del Trabajo. En consecuencia se decide, conceder el amparo, ordenar el pago mensual de un monto equivalente a un salario mínimo dentro de las próximas 48 horas y hasta que la justicia ordinaria defina sus derechos laborales. Ordenar a la Defensoría del Pueblo asesoramiento a la tutelante para que en los próximos 4 meses presente la respectiva demanda.

4.3.9.3 Situación actual del servicio doméstico

La breve revisión histórico, social y normativa acerca del servicio doméstico, da cuenta de las prácticas discriminatorias que durante muchos años se han practicado con el beneplácito social, a tal punto, que fueron conductas toleradas y aceptadas por la sociedad colombiana hasta finales del siglo XX.

Tan inhumana situación comenzó a cambiar a partir de 1991 y fueron los principios constitucionales del trabajo, los que inspiraron una jurisprudencia constitucional protectora de los derechos laborales y humanos de quienes laboran en el servicio doméstico.

Los avances del derecho judicial y legislador se han enriquecido con los aportes de la Organización Internacional del Trabajo y de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos. La ratificación en el año 2012 del Convenio 189, sentó unas bases serias para una transformación profunda de esta actividad en el ordenamiento jurídico colombiano.

Desafortunadamente aún subsisten prejuicios patriarcales y culturales que mantienen situaciones contrarias a la dignidad y la justicia con

las empleadas domésticas. Urgen campañas amplias de difusión de los derechos laborales de este sector trabajador, así como de enseñanza a las familias colombianas respecto a sus obligaciones con estas trabajadoras.

Algunos hogares no cumplen con los mandatos legales respecto al servicio doméstico, al no reconocer el salario justo, ni la jornada máxima, al dejar de vincularlas a la seguridad social, manteniendo situaciones ilícitas que afectan la dignidad humana y el trabajo decente, no obstante el interesante y progresiva línea jurisprudencial de la Corte Constitucional y la reciente ratificación del Convenio OIT sobre el servicio doméstico permite afirmar que carece de todo soporte la permanencia de tratos diferenciales y sospechosos, que corresponden a visiones sexistas que desconocen la importancia crucial de las labores domésticas en el sistema productivo directo de los miembros de una familia.

En Colombia para el año 2015 el número de domésticas oscilaba entre 750.000 y 1.000.000 de personas, lo que permite dimensionar la importancia del servicio doméstico y su aporte al producto interno bruto nacional. Se debe a las organizaciones de las trabajadoras domésticas el proceso paulatino de empoderamiento de derechos. La Escuela Nacional Sindical realizó un estudio sobre la situación de las empleadas domésticas en la ciudad de Medellín, el cual contiene elementos que son válidos para el resto del país, en cuanto los patrones de comportamiento se repiten. De dicho texto se destaca:

(...) un 90 por ciento de las entrevistadas no recibía el salario mínimo; sus empleadores no pagan la seguridad social; las jornadas se prolongan hasta por 16 horas día de las trabajadoras internas; un 90% vive en los límites de la pobreza; un gran número carece de formación y son madres solteras. En las zonas urbanas más del 60% de estas empleadas domésticas no vive con la familia en la que trabaja”.

Un gran porcentaje de las trabajadoras entrevistadas, denunció las condiciones de violencia doméstica de la que son víctimas. Por esta razón el fortalecimiento de sus sindicatos tiene incidencia directa en la promoción de sus derechos y en la formalización de este trabajo.

En el tiempo transcurrido desde la aprobación del convenio hasta la actualidad, según estudios de la Escuela Nacional Sindical, existen aún graves déficit de trabajo decente en este sector laboral, por dos razones: 1) de naturaleza cultural, ya que el servicio doméstico es una alternativa para cubrir las necesidades de cuidado en el ámbito familiar subvaloradas en nuestra sociedad y 2) de naturaleza jurídica, debido a

que estas personas se vinculan mediante contratos privados precarios, puesto que un alto porcentaje de las familias empleadoras pertenecen a estratos económicos que enfrentan graves dificultades para asumir los costos laborales. Una importante alternativa hacia el trabajo decente, sería que el Estado asuma los servicios de cuidado para los estratos más bajos (guarderías, gerontológicos, centros de acompañamiento a niños y adolescentes en edad escolar). De igual manera entre las organizaciones sindicales de este gremio circula la propuesta de despersonalizar la relación laboral y sustituirla por contratos con cooperativas o agencias de colocación conformadas y dirigidas por las propias trabajadoras domésticas.

De conformidad con el texto del Convenio 189 de la OIT, deben preverse estrategias de inspección laboral, ya que bajo el amparo del hogar como ámbito privado se vulneran derechos humanos laborales sin ninguna respuesta estatal, pese al compromiso internacional con la abolición de la violencia de género, el trabajo infantil y el trabajo forzoso, fenómenos comunes en un oficio, caracterizado por la pobreza y el desconocimiento de derechos.

Respecto a la actual normatividad, quedan pendientes algunas tareas: a) modificar el Art. 162 del C.S.T. (exequible según sentencia C-378 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), que establece una jornada de 10 horas diarias para las trabajadoras internas. b) Generar mecanismos efectivos de protección social para las trabajadoras por días, modalidad predominante y para quienes la pensión de vejez hoy resulta casi imposible y c) Determinación y calificación de los riesgos laborales en el trabajo doméstico. La Mesa Tripartita de Trabajo Doméstico (creada por la Ley 1788 de 2016), está llamada a constituirse en el escenario adecuado para avanzar en la efectividad del Convenio. Desde: <http://ail.ens.org.co/informe-especial/6-aniversario-del-convenio-oit-trabajo-domestico-estamos-colombia>

5. SALARIO MÍNIMO, JORNADA MÁXIMA Y VACACIONES

En este capítulo se trabajará el salario y la jornada laboral como una sola unidad debido a la interdependencia existente entre ellas, tratándose de una relación laboral clásica. De igual manera, se hará referencia al descanso como un derecho fundamental y una necesidad personal y empresarial.

Sobre el origen etimológico del término salario, se ha precisado que el mismo hace referencia a la sal como instrumento de cambio utilizado en épocas primitivas (Cabanellas, 1968). Desde una perspectiva económica el salario es la remuneración al esfuerzo humano, es el precio del trabajo que se establece en la relación entre oferta y demanda, aunque la demanda del trabajo no se da en sí misma, sino en su posibilidad de producir bienes, de allí que también incida la demanda del producto o del servicio que ayude a producir.

El salario al ser un concepto de flujo, se refiere siempre a una unidad de tiempo, ya sea hora, día, quincena, mes, etc. Para el análisis económico es importante la diferencia existente entre salario nominal y salario real; el salario nominal es la retribución del trabajo expresada en moneda corriente y el salario real es la capacidad adquisitiva de dicha remuneración. En economías inflacionarias como la colombiana los salarios reales y los nominales no son iguales, lo que significa que el salario del mercado es inferior al salario justo, generando un problema de conflictividad social, cuya solución requiere de consideraciones políticas y éticas y de productividad, frente al cual el Estado debe intervenir con principios de justicia distributiva, en aras de esos dos elementos exigidos por el enfoque de derechos, la aceptabilidad y la adaptabilidad del derecho al trabajo.

Para la OIT el salario y la jornada son los aspectos centrales de la actividad laboral y por esa razón, desde su surgimiento los ubicó en el centro de sus preocupaciones. La búsqueda del salario decente aparece en su constitución de 1919 como una de las mejoras necesarias

para asegurar la paz mundial. En la Declaración de Filadelfia de 1944 se reafirmó que: «la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos» por lo que propone “adoptar, (...) medidas destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esta clase de protección” (OIT, 91ª reunión (2003). Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo).

Acerca de las implicaciones sociales del salario, hay unanimidad en aceptar la importancia que conlleva para asegurar el bienestar de las familias y su consolidación, permitiendo la satisfacción de necesidades y el acceso a los derechos y obligaciones civiles y políticas. El salario garantiza la inclusión de las y los trabajadores en los diferentes grupos sociales, culturales, económicos, garantizando la permanente socialización de las personas.

Superando las concepciones políticas extremas, tanto desde los planteamientos marxistas, que identificaron el salario con la plusvalía, como para la ortodoxia conservadora, que veía en el salario un acto caritativo del capitalista, la doctrina social optó por una posición intermedia que considera el salario, como una remuneración merecida por el aporte del sector trabajador a los procesos de producción de bienes y/o servicios, y de crecimiento del capital. Desde esta concepción el salario debe ser establecido con parámetros de justicia, puesto que el salario está destinado a la satisfacción de las necesidades básicas tanto de la persona que trabaja como de su familia, en los ámbitos material, social y espiritual.

El Papa Francisco ha denunciado con contundencia los estragos de una economía globalizada que impone “un trabajo indigno y mal pagado”, invitando a los católicos al compromiso con la igualdad salarial entre hombres y mujeres. En su criterio tres son las dimensiones que debe tener el trabajo para que se convierte en factor de esperanza y no de alienación: “trabajo libre, creativo y participativo/solidario” (Ramos, A. (2015) Recuperado de <https://es.aleteia.org/2015/06/08/papa-francisco-3-claves-del-trabajo-digno-en-un-mundo-globalizado/>)

A continuación sus palabras:

¡El trabajo nos da la dignidad! Quien trabaja es digno, tiene una dignidad especial, una dignidad de persona: el hombre y la mujer que trabajan son dignos. En cambio, los que no trabajan no tienen esta dignidad. Pero tantos son aquellos que quieren trabajar y no pueden. Esto es un peso para nuestra conciencia, porque cuando la sociedad está organizada de tal modo, que no todos tienen la posibilidad de trabajar, de estar unidos por la dignidad del trabajo, esa sociedad no

va bien: ¡no es justa! Va contra el mismo Dios, que ha querido que nuestra dignidad comience desde aquí (). (Papa Francisco (2013), Recuperado de <http://www.revistaeclesia.com/homilia-del-papa-francisco-sobre-el-trabajo/>).

5.1 Normas internacionales sobre salario y jornada

Como ya se explicó en el preámbulo de la Constitución de la OIT de 1919, se hizo expresa referencia a que la paz basada en la justicia social, llamando a su mejoramiento en materia de “(...) reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado (...)”, (OIT. NORMLEX, Recuperado de <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:1:0::NO::>) por considerarlas parte de los fundamentos laborales conducentes a la justicia social. Nótese así mismo, que desde comienzos del siglo XX se vincularon los conceptos de salario y jornada, en cuanto ésta última, hizo referencia al lapso durante el cual, de manera libre y autónoma una persona decide ponerse al servicio de la empleadora, para realizar las funciones que le encomienden de manera personal y subordinada, actividad que da origen al pago obligatorio de un salario proporcional al tiempo y las funciones realizadas.

La O.I.T. abordó mediante diversos convenios (C) y recomendaciones (R), los aspectos más álgidos del tema salarial, así: a) Sobre el pago y la protección del salario, el C 95 y la R 85, el C 173 y su R 180; b) Referido a la fijación de salario mínimo para asegurar un nivel de vida adecuado, el C 26, el C 99 y la R 89, el C 131 y la R 135. A continuación una breve referencia a los mismos:

El C 95 de 1949, comenzó definiendo el salario en su Artículo 1º como “(...) la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”.

Tal definición de salario es aplicable a todas las personas, sin ninguna discriminación, teniendo como único criterio el trabajo o servicio contratado. Si bien se acepta el salario en especie este es restringido y no puede incluir como formas de pago el alcohol o las drogas, comprometiéndose además a cancelarlo en el sitio de labor, prohibiendo el pago en bares. También se limitan los economatos o ventas organizadas por la empresa, salvo que garanticen precios justos y carezcan

de ánimo de lucro. Se exige a las empresas expedir recibos de pago y llevar el correspondiente registro de los mismos. Se salvaguarda la obligación de cancelar el salario a quien presta el servicio, así como la libre disposición del mismo. Por último se establece que en caso de quiebra de la empleadora, los salarios adeudados entran en la categoría de acreedores preferentes.

Este último tema es objeto del C 173 de 1992 que revisó parcialmente y en lo pertinente el C 95 con la finalidad de proteger los créditos laborales en los casos de insolvencia del empleador. Para lograr tal fin, les otorga a los créditos laborales los siguientes privilegios: “(a) prelación a los salarios correspondientes a un período determinado, que no deberá ser inferior a tres meses, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo; (b) a las sumas adeudadas en concepto de vacaciones pagadas correspondientes al trabajo efectuado en el curso del año en el que ha sobrevenido la insolvencia o la terminación de la relación de trabajo, así como las correspondientes al año anterior; (c) a las sumas adeudadas en concepto de otras ausencias retribuidas, correspondientes a un período determinado, que no deberá ser inferior a tres meses, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo, y (d) a las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo”. Las leyes nacionales pueden regular internamente sin desconocer los privilegios mencionados.

Sobre la fijación del salario es necesario referirse en primer lugar al C 26 de 1928 que en su Art. 1º determinó que los Estados que ratifiquen el convenio se obligan a: “(...) establecer o mantener métodos que permitan la fijación de tasas mínimas de los salarios de los trabajadores empleados en industrias o partes de industria (especialmente en las industrias a domicilio) en las que no exista un régimen eficaz para la fijación de salarios, por medio de contratos colectivos u otro sistema, y en las que los salarios sean excepcionalmente bajos”.

En la misma óptica el C 99 de 1959, reiteró la obligación para sus miembros de “(...) establecer o a conservar métodos adecuados que permitan fijar tasas mínimas de salarios para los trabajadores empleados en las Empresas agrícolas y en ocupaciones afines” (Art. 1º).

Más de 30 años después, el C 131 de 1970 se ocupó del tema de los salarios mínimos. En su Art. 2º señaló que estos salarios tendrán fuerza de ley y no podrán reducirse por ninguna persona o entidad, aunque desde luego sin desconocer la posibilidad de la negociación colectiva. Para establecer el salario mínimo, propuso tener en cuenta los siguientes criterios: a) las necesidades del sector trabajador y sus familiares (costo de vida, seguridad social y el nivel de otros grupos sociales b)

los factores económicos (productividad, empleo, desarrollo económico). El monto del salario mínimo debe ser reajustado periódicamente, mediante procesos de consulta en igualdad de condiciones a empresarios y organizaciones de los trabajadores o ellos y ellas directamente.

Por su parte, la R135 de 1970, relativa al establecimiento de salarios mínimos, expresó: “Las tarifas de los salarios mínimos deberían ajustarse de tiempo en tiempo para tomar en cuenta los cambios en el costo de la vida y otras condiciones económicas, garantizando ajustar el salario al aumento de los precios de la canasta familiar”.

En síntesis, el concepto de un salario mínimo móvil forma parte del marco internacional de garantías a favor del salario y de quienes lo devengan.

5.1.1 Convenios de la OIT sobre jornada laboral

El Art. 2 del C 01 de 1919, determinó que en las empresas industriales públicas o privadas, la duración del trabajo no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana, salvo las siguientes excepciones: a) puestos de inspección, dirección y confianza, b) en virtud de una ley, de la costumbre o de convenios colectivos. Esta duración de la jornada se hizo extensiva a las actividades del comercio y las oficinas por medio del C 30 de 1930.

Con estos antecedentes en el año 1935 se aprobó el C 47 sobre jornada de 40 horas como una estrategia para enfrentar el flagelo del desempleo, advirtiendo que la reducción de la jornada no debería tener efecto en el salario devengado. La R 116 de 1962 establece algunos mecanismos tendientes a implementar la jornada laboral de 40 horas, la cual ya se estableció en diversos países del mundo, mejorando la calidad de vida del sector trabajador, sin perjudicar los intereses del capital.

El C 171 de 1990 asumió el tema del trabajo nocturno y la protección especial que deben tener quienes laboren en esta jornada. El C 175 de 1994 hizo referencia a los trabajadores de tiempo parcial, a quienes debe garantizarse la misma protección, salario y demás condiciones de los trabajadores de tiempo completo.

En el año 2005 la Conferencia de la OIT analizó un estudio sobre las horas de trabajo y formuló las siguientes recomendaciones:

- a) Otorgar protección efectiva para que las horas de trabajo no perjudiquen la salud y seguridad de quienes trabajan.
- b) Permitir un equilibrio adecuado entre el trabajo y la vida familiar.
- c) Establecer jornadas más flexibles.

- d) Incrementar la jornada diaria y conceder mayores tiempos de descanso.
- e) Establecer límite a las horas extraordinarias durante un determinado período.
- f) Combinar horas de trabajo con horas de descanso, estableciendo mínimos diarios.
- g) Aumentar la flexibilidad para mantener la jornada semanal de 40 horas.
- h) Tener en cuenta modalidades como : tiempo parcial, semana de trabajo concentrada, el tiempo de trabajo escalonado, la duración variable de la jornada de trabajo, las horas de trabajo computadas anualmente, los horarios flexibles, el trabajo sobre llamada, etc.
- i) Consultar tanto a empleadores como a trabajadores sobre la duración de la jornada.
- j) Sugerir que los principios de la duración del trabajo sean adoptados mediante leyes nacionales.

(OIT, 93. ° Reunión (2005). Informe III (Parte 1B). Conferencia internacional del Trabajo, Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo).

5.1.2 El salario y la jornada en el Sistema Regional Americano

Los países del continente americano también se han ocupado de estos aspectos cruciales en el mundo del trabajo. Al respecto, es necesario recurrir al Protocolo adicional de San Salvador del año 1988, referido a los derechos económicos, sociales y culturales, entre ellos el tema del salario, sobre el cual manifestó en su Art. 7 denominado Condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, que estas se garantizan mediante: “a. Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción”. (Recuperado de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>).

5.2 Salario y Jornada en Colombia

La legislación colombiana se ocupó de la relación dialéctica salario vs jornada, desde comienzos del siglo XX. En efecto, la Ley 10 de 1934 en el Art. 15 ordena que “Ningún empleado podrá ser obligado a trabajar más de ocho horas al día”. Es decir, la jornada laboral de ocho horas, es el tiempo en que se desarrolla la actividad personal subordinada, a

cambio de una remuneración, generando la máxima según la cual, si hay trabajo, debe existir salario.

El Decreto 2350 de 1944 en su Art. 3^a insistió en que “la duración máxima del trabajo diurno es de ocho horas diarias, sin que pueda pasar de 48 en la semana” y en el Art. 5^a ordenó “El salario no será en ningún caso inferior al mínimo legal señalado por el Gobierno”. En los últimos diez años se avanzó al establecer un salario mínimo para una jornada máxima.

La Ley 6 de 1945, el antecedente inmediato del Código Sustantivo del Trabajo, volvió en su Art. 1^o a mencionar la remuneración como uno de los elementos del contrato de trabajo y por su parte el Art. 3^o fijó la jornada laboral en 8 horas día y 48 semanal, regulando jornadas especiales y forma de remuneración del trabajo nocturno.

Respecto a salarios se habló de mínimos legales de conformidad con las respectivas regiones, dando respuesta a contextos específicos. A partir de la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, se evolucionó hacia conceptos mucho más precisos del salario como contraprestación a los servicios prestados y de jornada máxima, que conlleva la obligación de realizar pagos adicionales por jornadas suplementarias.

La Ley 50 de 1990 fue la última reforma laboral proferida en vigencia de la Constitución de 1886, por medio de la cual se introdujeron cambios muy significativos en materia de salario y jornada, los cuales serán analizados con detenimiento más adelante, debido a que el marco constitucional generado por la Carta Política de 1991, obligó a una nueva hermenéutica de estas disposiciones.

5.2.1 Salario y Jornada en la Constitución Nacional

Gracias a la constitucionalización del derecho laboral en Colombia, hoy existen referentes de este nivel aplicable a los salarios. En primer lugar se encuentra el Art. 25^o donde se consagró la obligación de garantizar para el trabajo “condiciones dignas y justas” y al establecer los principios laborales el Art. 53 mencionó entre ellos, la “remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo”.

La jornada laboral cuyo máximo no debe exceder de 48 horas semana, hace parte de las condiciones dignas y justas. Así mismo, el Art. 53^o hace referencia indirecta a la jornada al consagrar en el listado de principios “el adiestramiento y el descanso necesario”, lo que implica el límite diario, semanal y anual de los tiempos de trabajo, no sólo por las necesidades físicas y biológicas de todo ser humano, sino también

en consideración a las necesidades familiares, educativas, políticas, sociales y lúdicas que deben hacer parte de una vida integral.

Es importante advertir que, para órganos como la Corte Constitucional el establecimiento de estos principios obedece a una protección permanente que el Estado debe ofrecer al trabajador, tal como lo indicó desde las primeras sentencias que se ocuparon del tema. Así por ejemplo, a través de la sentencia C-252 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), en la cual se resolvió la demanda de inconstitucional propuesta contra el Art. 197 de la Ley 115 de 1994, “por la cual se expide la Ley general de educación”, dijo acerca del concepto de salario mínimo, vital y móvil:

(...) expresa una forma específica a través de la cual se concreta la protección especial que el trabajo debe recibir del Estado y de la sociedad. Si la remuneración que el trabajador obtiene no le permite satisfacer las necesidades –materiales, sociales y culturales– que se reputan indispensables para reponer sus energías y, además, llevar una vida social y familiar normal, ella no estará a la altura de la persona humana y no podrá ser reputada digna, pues, dejará de servir como instrumento para construir una existencia libre y valiosa. Atendidas las condiciones particulares de ciertas ocupaciones, oficios o profesiones, la ley puede señalar remuneraciones mínimas aplicables a quienes laboran en ellas.

De igual manera en la sentencia C-781 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas), al pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad propuesta contra el parágrafo 2º del Art. 65 del C.S.T. en cuanto ordena la aplicación de la norma indemnizatoria a quienes devenguen más del salario mínimo. La decisión de exequibilidad se fundamentó en consideraciones sobre el salario mínimo del siguiente tenor:

Está claro que los trabajadores que reciben hasta el salario mínimo se encuentran en una situación de vulnerabilidad, por lo que es menester rodearlos de una protección superior a la que ordinariamente debe prodigarse a un trabajador en condiciones normales, medida que se justifica en razón de la función que cumple ese tipo de retribución en el Estado Social de Derecho, pues permite que el trabajador que la percibe pueda proyectar una vida digna y decorosa, y alcance así los objetivos que se ha propuesto en los ámbitos social y familiar. Es así como, para proteger al trabajador que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta, el Legislador ha configurado ciertas cautelas orientadas a proteger la importante institución laboral del salario mínimo.

Sumado a lo anterior, se ha establecido que este principio del mínimo vital es irrenunciable y por lo mismo, se trata de un asunto transigible. Si bien existe libertad de estipulación en cuanto al monto, condiciones, forma y lugar de pago, siempre se debe respetar el tope mínimo legal, de donde su contravención vulnera este postulado constitucional.

5.2.2 Pago Oportuno de salarios

Con ocasión de la sentencia SU- 995 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), se revisaron diversos fallos relacionados con tutelas por el no pago oportuno de salarios y prestaciones. Recordó que la misma Corporación defendió la importancia que para el desarrollo de las relaciones laborales, tiene el pago cumplido de las sumas debidas a los trabajadores. El respeto al salario es el núcleo central de las relaciones empleador-trabajadores/as, razón por la cual, asumió los precedentes expuestos con anterioridad. Retomó así mismo, el concepto de mínimo y su relación con la garantía de unas condiciones de vida decorosas de la persona y su grupo familiar, lo que obliga al análisis de cada caso concreto y ratificando la necesidad de fijar unas fechas de pago precisas que no pueden quedar al arbitrio de las empresas.

El segundo aspecto analizado fue la movilidad del salario con el fin de hacer frente a las fluctuaciones monetarias y mantener su poder adquisitivo, determinando la imposibilidad patronal de desconocer esta obligación sobre el reajuste anual de salarios.

Si bien ciertos criterios económicos permiten fijar un salario mínimo, (...) ésta es una medición que no agota el aludido concepto de mínimo vital protegida por la Constitución, ni puede identificarse con él sin dar al traste con la cláusula del Estado Social de Derecho y desnaturalizar el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 Superior. (...). De ahí, que la idea de un mínimo de condiciones decorosas de vida (v. gr. vestido, alimentación, educación, salud, recreación), no va ligada sólo con una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer para subsistir, sino con la apreciación material del valor de su trabajo, de las circunstancias propias de cada individuo, y del respeto por sus particulares condiciones de vida.

Por otro lado, en el seno de una economía inflacionaria, no puede menospreciarse la importancia de la movilidad del salario, expresada como la capacidad de reajustar una asignación dada, estimando las fluctuaciones monetarias e intentando mantener el poder adquisitivo real de los salarios. Al respecto la Corte afirmó:

Si el juez de amparo ignora esa realidad, y escoge el criterio cuantitativo más deficiente para limitar a él la procedencia de la tutela, no sólo desconoce las necesidades de un vasto sector de la población para el que el salario, si bien superior al mínimo, también es la única fuente para satisfacer las necesidades personales y familiares, sino que utiliza su criterio subjetivo para introducir un tratamiento discriminatorio, precisamente en el procedimiento judicial consagrado por el Constituyente para hacer efectivo el derecho a la igualdad, y los demás que son fundamentales.

Con estas consideraciones se tuteló el derecho a la movilidad salarial de un sector de docentes que devengaban más del mínimo legal.

5.2.3 Pago Justo y no discriminatorio

Es importante señalar que la autonomía para fijar salarios por parte de la empresa no es absoluta, sino que debe hacerse con observancia del principio de igualdad y de la naturaleza de las funciones desempeñadas. Así se deduce de la sentencia SU-519 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), en la que se decidió la tutela interpuesta por una operadora de telecomunicaciones, que no obstante desempeñar el mismo cargo, las mismas funciones y en idénticas condiciones, a otras compañeras, devengaba un salario inferior. La Corporación argumentó así su decisión:

“Para la Corte es claro que todo trabajador tiene derecho, de nivel constitucional, a que se lo remunere, pues si el pago de sus servicios hace parte del derecho fundamental al trabajo es precisamente en razón de que es la remuneración la causa o el motivo, desde el punto de vista de quien se emplea, para establecer la vinculación laboral. Ahora bien, esa remuneración no puede ser simplemente simbólica. Ha de ser adecuada al esfuerzo que implica la tarea cumplida por el trabajador, a su preparación, experiencia y conocimientos y al tiempo durante el cual vincule su potencia de trabajo a los fines que interesan al patrono”.

En consecuencia le concedió la tutela y ordenó que en 48 horas se le cancele la diferencia salarial injustificada.

En ese mismo año, por medio de la sentencia SU-547 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), se ratificó el criterio antes citado, al decidir la tutela interpuesta por un trabajador beneficiario de convención colectiva a quien la empresa no le realizó los ajustes salariales correspondientes, aduciendo mal comportamiento en el desempeño de las funciones. Reflexionó así la Corporación: “(...) no es la discrimina-

ción salarial el procedimiento adecuado para someterlo al reglamento de trabajo ni para exigirle eficiencia, ya que al respecto existen medios, ajustados a la normatividad laboral, que facultan al patrono para sancionar, previo un debido proceso, al trabajador que transgrede o vulnera las reglas y normas que en su función debería observar”. Por las razones expuestas se tutelaron sus derechos y se ordenó la nivelación salarial en el mismo porcentaje aplicado a sus compañeros.

5.2.4 Salario mínimo vital y móvil

El artículo 147 del Código Sustantivo del Trabajo, prevé un mecanismo para dar cumplimiento a este principio, en los eventos en que no se logre un acuerdo entre las partes, al establecer: “El Gobierno lo determinará teniendo en cuenta como parámetros la meta de inflación del siguiente año fijada por la Junta del Banco de la República y la productividad acordada por el comité tripartito de productividad que coordina el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; además, la contribución de los salarios al ingreso nacional, el incremento del producto interno bruto (PIB) y el índice de precios al consumidor (IPC)”. El artículo 148 del mismo texto, consagra una protección para los trabajadores que devenguen un salario mínimo, obligando a los empleadores a reajustarlo anualmente en el mismo monto que lo ordene la norma respectiva.

A nivel jurisprudencial, le correspondió a la sentencia T-102 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), al resolver la acción de amparo interpuesta por un trabajador a quien el empleador no realizó los ajustes anuales, determinar que una remuneración por debajo del monto mínimo, pierde el carácter conmutativo que tiene la relación laboral, en la medida en que el salario debe guardar relación con la cantidad y la calidad del trabajo desarrollado. En este sentido, dejó claro, que el reajuste anual del salario mínimo no está sujeto a la voluntad del empleador, sino que es un mandato constitucional y legal que debe ser acatado.

Con ocasión de la sentencia T-581A de 2011 (M.P. Mauricio González Cuervo), que otorgó la tutela interpuesta por un hombre de 77 años a quien le realizaban descuentos superiores al 50% de su mesada pensional, la Corporación definió el contenido del término vital, así:

El concepto de mínimo vital, de acuerdo con la jurisprudencia, debe ser evaluado desde un punto de vista de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, por lo cual es necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto, haciendo una valoración que se encamine más hacia lo cualitativo que a lo cuantitativo, verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como la

alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación, como mecanismos para hacer realidad su derecho a la dignidad humana.

Con dichos argumentos indicó que los descuentos debían limitarse al 30% de su mesada, sentando una orientación para evitar los abusos y la afectación al mínimo vital.

5.2.5 La movilidad de los salarios superiores al mínimo legal

Para muchos estudiosos del derecho laboral, el contenido del artículo 53 indica que la movilidad del salario está ligada al concepto de mínimo, de donde, la obligatoriedad del incremento anual solo es aplicable a esta clase de salarios. Algunas voces discrepan de esta hermenéutica al considerar que la movilidad está ligada a los procesos de una economía inflacionaria y por tanto todas las personas (con independencia del monto del salario), se ven afectadas por los incrementos del IPC, produciéndose en la práctica un trato discriminatorio que viola el mandato del artículo 13 de la C.N.

En ese sentido, es importante hacer referencia a la sentencia T-276 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), que resolvió positivamente la tutela interpuesta por un grupo de trabajadores a los cuales el empleador no realizó el incremento anual, manifestó al respecto:

(...) En el nivel mínimo se cumple la obligación legal incrementando el salario en la proporción anual plasmada en el respectivo decreto, ello no quiere decir que las demás escalas salariales puedan permanecer indefinidamente congeladas, según la voluntad del patrono, ya que la remuneración de los trabajadores debe ser móvil, es decir, está llamada a evolucionar proporcionalmente, de acuerdo con el aumento en el costo de la vida.

Este punto se aclaró mediante la sentencia C-911 de 2012 (M.P. Mauricio González Cuervo), cuando al estudiar la inconstitucionalidad del Art. 148 del C.S.T. que dice. “La fijación del salario mínimo modifica automáticamente los contratos de trabajo en que se halla estipulado un salario inferior”, la Corte precisó que la conservación del poder adquisitivo de los salarios, no se traduce en la obligación de establecer un porcentaje de incremento salarial sin excepciones, sino que:

La correcta interpretación de este derecho, implica que la remuneración de los trabajadores debe ser justamente “móvil”, virtualmente variable, mas no se traduce en que el porcentaje de ajuste que refleje dicha movilidad, deba aplicarse por igual a los distintos valores

que puede tener la remuneración salarial de los trabajadores, (...) quienes ganan salarios más altos no son necesariamente sujetos de una protección salarial reforzada y su derecho a mantener el poder adquisitivo real del salario puede recibir distinto tratamiento, siempre que sea razonable.

De esta manera declaró la exequibilidad de la norma demandada, dejando al acuerdo de las partes y a la razonabilidad del empleador el dar movilidad a estos salarios, utilizando las opciones y porcentajes que se juzguen viables, en cada situación particular.

5.2.6 Modificaciones introducidas por las leyes 50 de 1990 y 789 de 2002 en el tema de salario y jornada laboral

Estas dos grandes reformas laborales dieron origen a profundas divergencias entre el sector trabajador y el sector empresarial. Los primeros arguyendo la violación de parámetros internacionales de protección al trabajo y claros mandatos constitucionales a partir de 1991; los segundos respaldando su articulado, en la necesidad de fomentar la generación de empleo, flexibilizar las relaciones de trabajo y hacer atractiva la inversión extranjera en Colombia. La Corte Constitucional al decidir diversas demandas contra varios artículos de dichas leyes, declaró su exequibilidad, amparándose en el postulado constitucional de que los beneficios particulares (de sectores puntuales) deben ceder frente al bien común de la clase trabajadora colombiana; dos hechos respaldaban su afirmación; la alta informalidad del trabajo y el reducido porcentaje de sindicalización.

No obstante estos pronunciamientos, las centrales del trabajo de Colombia, mantuvieron desde 1991 y con mayor énfasis a partir de 2002, las banderas de recuperar los derechos arrebatados por estas leyes de carácter regresivo, con fundamento en los estudios de impacto de dichas normativas en el mercado laboral.

Para comprender el sentido en primer lugar de la reforma laboral contenida en la Ley 50 de 1990, es necesario recordar que el país se encontraba en pleno auge del proceso de apertura económica y que se hacía urgente mejorar la estabilidad política y la seguridad jurídica que frenaban la inversión y la generación de empleo. En la exposición de motivos, la justificación se planteó así:

El proyecto de ley se inspiró en el propósito de eliminar las distorsiones del mercado laboral. De acuerdo con el análisis del gobierno, la legislación laboral colombiana, con la intención original de proteger a los trabajadores, creaba condiciones que afectaban adversamente la generación de empleo, elevando los costos laborales y, en muchos

casos, introduciendo factores de incertidumbre sobre las obligaciones empresariales que deprimían el mercado laboral. (Cámara de Comercio de Bogotá. 1991).

Como puede deducirse es la flexibilidad del mercado de trabajo una de las grandes preocupaciones de la administración Gaviria, debido a la incidencia en la competitividad de la economía colombiana, esta situación llevó a formular como los objetivos centrales de la reforma, los siguientes:

- Eliminar la retroactividad de las cesantías.
- Eliminar la acción de reintegro y la pensión sanción.
- Precisar el concepto de despido colectivo.
- Ofrecer la posibilidad de establecer contratos a término fijo por un período menor a un año.
- Crear el salario integral.

Con posterioridad a su aprobación, los economistas realizaron análisis que destacaban como la reforma había afectado los llamados “factores de salida del empleo”, que era la supuesta razón, por la cual los empresarios limitaban la generación de empleo. No obstante persistía la rigidez en los factores de entrada y permanencia en el trabajo, por lo cual se piensa en la necesidad de afectar esos factores para mejorar la flexibilidad del mercado laboral, generando mayor empleo. Para el equipo económico que defiende esta posición, mercados laborales como los europeos inflexibles, mantienen tasas de desempleos resistentes a la baja, por el contrario, países como Estados Unidos con mercados laborales flexibles, muestran tasas de desempleo inferiores al 5% (Fajardo, L. Guataqui, J. (2000) Recuperado de <https://www.economiainstitutional.com/pdf/No3/lfajardo3.pdf>).

En el texto de la nueva ley laboral, aparecieron los siguientes conceptos:

1. Factores que integran el salario: “Art. 127. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”.

El carácter abierto de esta norma origina con frecuencia dudas respecto a cuáles factores constituyen salario. Con la finalidad de es-

clarecer el alcance del mencionado artículo, se recurre a la sentencia de la C.S.J. Rad. 8269 de 1996 (M.P. Rafael Méndez Arango), en la que se indicó que: “(...) la índole de un derecho no se desnaturaliza por su origen unilateral o bilateral, por esta razón si un pago en realidad retribuye de manera directa aunque no inmediata el trabajo, su naturaleza no puede ser otra distinta a la de un salario”.

Más adelante esa misma Corporación a través de la sentencia Rad. 27762 del 28 de noviembre del 2006 (M.P. Isaura Vargas Díaz) expresó: “(...), en rigor, debe entenderse como salario solamente aquella porción que el trabajador recibe como remuneración inmediata de su servicio. Los beneficios colaterales o subsiguientes no tienen el mismo carácter, no importa que para ciertos efectos algunos de ellos deban ser considerados como tales”.

Algunos pagos son salario por mandato expreso del legislador, así por ejemplo, el salario en especie es salario cuando su otorgamiento es oneroso, habitual y equivale a una forma de remunerar los servicios prestados, por lo mismo, lo que se entrega en especie debe ingresar al peculio de la o el trabajador y no tratarse de elementos de trabajo o transporte. Estos montos forman parte del salario ordinario para la liquidación de las prestaciones sociales. El salario en especie tiene topes legales, no puede superar el 50% de la totalidad del salario para quienes devengan más del mínimo legal y para quienes ganan el mínimo no puede ser superior al 30% del mismo.

De conformidad con el Art. 130 los viáticos permanentes también son salario, no en su totalidad, sino en aquellos montos destinados a cubrir los gastos de alimentación y alojamiento exclusivamente. El punto a esclarecer es determinar cuando se trata de viáticos permanentes como opuestos a los esporádicos o no habituales. La sentencia C-081 de 1996 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), que declaró exequible el Art. 17 de la Ley 50 de 1990 sobre viáticos, reflexionó de la siguiente manera:

En efecto, es razonable sostener que aquella parte del viático permanente destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento constituye salario, partiendo del concepto legal y doctrinario según el cual el salario es la retribución por la labor del trabajador, para que éste pueda subvenir a sus necesidades. En efecto, si continuamente el trabajador se encuentra fuera de su sede de trabajo, la manutención y alojamiento que suministra el empleador a través del viático, equivalen al salario en la solución de tales necesidades. En cambio, la Corte considera que el Legislador podía, dentro de su libertad de configuración, excluir como factor salarial aquellos viáticos permanentes para gastos de representación o transporte, por considerar que ellos no son una retribución por la labor del trabajador, ni sirven para satisfacer sus necesidades.

Sobre el mismo tema, la SL de la CSJ en sentencia con Rad. 33156, (M.P. Eduardo López Villegas) de septiembre de 2008, precisó que la norma en comento,

(...) no fijó el criterio de viáticos permanentes con referencia a un lapso temporal determinado. Es por esta razón que la jurisprudencia ha señalado pautas o criterios para definir cuándo los viáticos -entendidos como las erogaciones que hace el empleador para cubrir los gastos ocasionados cuando un trabajador se desplaza a cumplir funciones fuera de la sede habitual de su trabajo-, tienen ese carácter de permanencia. Así se ha estimado que son viáticos permanentes aquellos que “se originan en un requerimiento laboral ordinario, habitual o frecuente”, () pero que de todas maneras corresponde al juez determinarlo, examinando en cada caso las circunstancias particulares acudiendo a criterios funcionales o cualitativos y cuantitativos. Tiene que ver el primero con la naturaleza de la actividad que va a cumplir el trabajador por fuera de su sede de labores, la cual ha de estar enmarcada dentro del ámbito de su contrato de trabajo y del desempeño de la labor subordinada, y el segundo, atañe a la periodicidad de los desplazamientos que debe ser regular y en número importante.

En consecuencia, el criterio orientador para definir qué pagos constituyen salario, radica en determinar el origen de los mismos, de donde es salario: 1) el pago en efectivo que retribuye directamente el trabajo desarrollado o el servicio prestado, 2) lo que se entregue en especie como contraprestación del servicio, 3) los viáticos permanentes, habituales o frecuentes y sólo en la parte destinada a cubrir manutención y alojamiento.

Por el contrario, hay pagos que aunque los realiza el empleador en el marco de la relación laboral, no son salario, en concordancia con lo establecido en el Art. 128 donde se dijo: “No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación

o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

La utilización de algunas denominaciones (bonificaciones, primas) para referirse a ciertos factores que pueden o no constituir salario, así como la autonomía de las partes para determinar que no son salario los beneficios extralegales, dio origen a fuertes debates, que han sido tratados por la jurisprudencia de las Altas Cortes.

Mediante la sentencia C-521 de 1995 (M.P. Hernando Barrera Carbonell), al declarar la exequibilidad del artículo 15 de la ley 50 de 1990 que modificó el 128 del C.S.T. en lo referido a la posibilidad de fijar factores salariales, argumentó lo siguiente:

La regulación de las relaciones de trabajo por los aludidos instrumentos, supone el reconocimiento constitucional de un amplio espacio para que se acuerden entre los trabajadores y los empleadores las condiciones de la prestación del servicio, en forma libre y espontánea, obedeciendo al principio de la autonomía de la voluntad, el cual tiene plena operancia en las relaciones laborales y resulta compatible con las normas constitucionales que regulan el trabajo, en cuanto su aplicación no implique la vulneración de los derechos esenciales o mínimos de los trabajadores, regulados por éstas y la ley.

La SL de la CSJ por medio de la sentencia con Rad. 4369-2015 (M.P. Gustavo Hernando López Algarra) no casó el fallo impugnado que negó la reliquidación de prestaciones sociales por la no inclusión de beneficios extralegales, que a juicio del demandante eran salariales. La Corporación comenzó por distinguir entre el salario básico u ordinario, que es el que entrega la empresa como contraprestación por el servicios recibidos y el salario a secas, que es el que resulta de sumar otros factores como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones, entre otros. Esta distinción la fundamentó en el fallo del Tribunal Supremo del Trabajo, de 10 de noviembre de 1959, en el que se lee: “Cuando el Código habla de “salario” solamente, es claro que deben entenderse comprendidos todos los elementos que lo constituyen conforme al art. 127, tal como ocurre en los casos indicados por los artículos 64, 249, 230, 278, 292 y 306, entre otros; en cambio cuando se refiere o emplea la expresión “salario ordinario”, es lógico que de ese concepto sean excluidos los demás elementos que concurran a constituir la “remuneración fija u ordinaria” a que se refiere la ley, como ocurre en los eventos contemplados por los Arts. 173, 174, 192 y 204” (Gaceta judicial XCI, página 1065).

En el caso puntual, las partes le otorgaron carácter salarial a los viáticos sindicales, tal como expresamente lo reconoció la SL de la CSJ en sentencia con Rad. 34552 del 3 jun. 2009 (M.P. Luis Javier Osorio López) en estos términos: “Como puede observarse, es el mismo texto convencional el que dispone que los viáticos sindicales constituyen factor de salario, lo que indica que fue la intención de los celebrantes de la convención asignarles esa naturaleza”. Ahora bien, la discusión actual reside en reclamar la inclusión de dichos viáticos para la liquidación de las primas tanto legales como convencionales. Para la Corte, estos viáticos no hacen parte del salario básico u ordinario y por lo mismo, no deben incluirse para el pago de dichas prestaciones, lo que condujo a no casar la sentencia.

Así las cosas, no constituyen salario los siguientes pagos: 1) Las suma que recibe por mera liberalidad de la empleadora, 2) Los pagos destinados a cumplir sus funciones (transporte, elementos de trabajo), 3) Lo que corresponde a prestaciones sociales, 4) los beneficios contractuales o convencionales expresamente pactados (alimentación, habitación o vestuario, primas de vacaciones), 5) Los viáticos esporádicos o no frecuentes.

Una vez definido que es salario y cuáles factores lo integran, corresponde abordar el tema de la autonomía que tienen las partes para decidir los períodos y forma de pago: las cuales pueden pactarse por unidad de tiempo (horas, días, semana, quincena o mes). También admite la ley, pactar el salario a destajo, o por unidad de obra, o por tarea (Art. 132)

5.2.7 Salario Integral

La implementación del salario integral da respuesta a una histórica queja empresarial, relacionada con la inconveniencia de acumular grandes pasivos laborales. El ex presidente Alfonso López Michelsen defendió esta tesis, con fundamento en la mayoría de edad que había adquirido la clase trabajadora colombiana, la cual no requería que sus prestaciones fuesen administradas por las empresas como si se tratara de menores, incapaces de manejar y dar buen uso a sus recursos.

La idea original fue establecer un salario mínimo integral que incluyera el factor prestacional. Sin embargo, las organizaciones obreras se opusieron bajo la consideración de que en Colombia el salario mínimo siempre ha sido deficitario y por lo tanto, el pago del salario integral cubriría los gastos de la canasta familiar, dejando desprotegidos riesgos que en la actualidad se asumen con el pago de las prestaciones sociales. Con fuertes movilizaciones se impidió el avance de tal iniciativa.

La nula reacción de las organizaciones obreras, frente al salario integral creado por la ley 50 de 1990, se explica en que la aplicación práctica de esta figura, cobija a un porcentaje muy pequeño del sector trabajador, que es el que devenga más del 10 salarios mínimos mensuales, por lo cual el grueso de las y los trabajadores colombianos, están por fuera de dicha disposición.

De conformidad con el numeral 2 del Art. 132, el empleador puede determinar qué cargos se rigen por la modalidad del salario integral, teniendo en cuenta dos condiciones: 1) que se trate de un monto superior a 10 salarios mínimos, 2) que incluya el factor prestacional, esto es, el pago anticipado de las prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie; y, en general, las que se incluyan en dicha estipulación. Este factor prestacional no será inferior al 30% del salario integral. Adicionalmente solo se cancelará lo correspondiente a vacaciones.

Para efectos del pago de impuestos y retención en la fuente debe disminuirse el 30% prestacional, igual operación corresponde realizar para la cancelación de los aportes a la seguridad social, al SENA, ICBF, y Cajas de Compensación Familiar.

Para quienes iniciaron la relación laboral con anterioridad al 1 de enero de 1991, la ley les permite acogerse al nuevo régimen, recibir la cancelación definitiva de las cesantías y prestaciones adeudadas, sin afectar la continuidad de la relación laboral.

Al respecto, la sentencia proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia con Rad. 21396 de 2005 (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza), expresó que son requisitos formales del salario integral: a) El monto salarial (mínimo 10 sml) y el factor prestacional (mínimo 30% de dicho monto, b) que el acuerdo proceda de la libertad de estipulación de las partes, c) que conste por escrito, d) que la relación laboral ya esté vigente.

La obligatoriedad del pacto escrito fue determinada en la sentencia Rad. 19683 del 9 mayo de 2003 (M.P. Luis Javier Osorio López) en la que advirtió que: "(...) esa forma de remuneración no requiere fórmulas sacramentales para su elaboración, el que deba constar por escrito si es una solemnidad, cuya inobservancia trae aparejada su inexistencia, cuyos efectos son los propios de la ineficacia como acto jurídico necesario".

La Corte Constitucional analizó la exequibilidad de la norma citada, por medio de la Sentencia C-565 de 1.998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) que declaró exequible el artículo 132, inciso 2, del Código

Sustantivo del Trabajo, subrogado por el 18 de la Ley 50 de 1990, en la parte que dice: “En ningún caso el salario integral podrá ser inferior al monto de diez (10) salarios mínimos legales mensuales, más el factor prestacional correspondiente a la empresa, que no podrá ser inferior al treinta por ciento (30%) de dicha cuantía”. La Corte encontró que esta norma constituye “un precepto legal protector de los derechos esenciales de los trabajadores (...) y no significa nada distinto de un tope, de obligatorio cumplimiento, aplicable a lo pactado en cuanto hace al monto mínimo del salario integral”.

Adicionalmente la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Radicación 10837 del 18 de septiembre de 1.998 (M.P. Francisco Escobar Enríquez), hizo referencia a la posibilidad de las partes de pactar un salario integral mixto (10 sml más el factor prestacional del 30%) por un lado y por otro, una doble alternativa para el reconocimiento de aquellas prerrogativas no incluidas en el anterior monto, incrementado el salario más allá de la base de los 10 salarios o incrementado el factor prestacional por encima del 30%. Es posible también cancelar directamente el valor de esas primas extralegales o bonificaciones, en la misma forma que se hace con las demás personas que trabajen en la empresa.

Las sentencias de la SL de la CSJ distinguidas con la Rad. 17214 del 17 de abril de 2.002 (M.P. Fernando Vásquez Botero), admitieron la validez de la negociación de aspectos relacionados con el salario integral e insistieron en que los requisitos legales deben pactarse al momento de suscribir el contrato de trabajo. Si posteriormente se incumplen no se vicia el acuerdo, sino que surgen otras consecuencias. “(...) En efecto, en una situación como la planteada, en la que el empleador no reajusta el salario integral del trabajador, como consecuencia de la variación de la remuneración mínima legal (...) no significa que el acuerdo inicial sobre esa clase de asignación no exista o sea nulo”.

La misma Corporación mediante fallo con Rad. 19475 del 19 de febrero de 2003 (M.P. Isaura Vargas Díaz), precisó que la estipulación del pacto de salario integral no incluye la compensación anticipada de vacaciones, y será inválido el acuerdo que así lo indique, porque la norma expresamente lo excluyó. Tampoco queda incluido dentro del salario integral el pago de una eventual indemnización o indemnizaciones, por despido unilateral y sin justa causa o por mora en la cancelación de los salarios o factores prestacionales adeudados a la terminación del contrato de trabajo, puesto que a dichos pagos no se hizo referencia la reforma laboral.

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

pagos que se realizan sin el factor prestaciones fueron expresamente señalados en la ley.

Por último, es importante recordar que el pacto de salario integral, no desconoce ni afecta los derechos laborales ciertos e indiscutibles de cualquier otra naturaleza, tales como jornada laboral, acciones de reintegro, fuero sindical, puesto que se trata de aspectos que van más allá de lo puramente remunerativo.

Con relación al tema de la jornada y el salario integral, la SL de la CSJ en sentencia del 28 de abril de 2009, Rad. 33849 (M.P. Luis Javier Osorio López), manifestó:

Cuando el legislador, en el artículo 147-3 del CST, ordena que en caso de laborarse jornadas inferiores a las máximas legales, y se devengue el salario mínimo, éste regirá en proporción al número de horas efectivamente laboradas (...) Por manera que, cuando el ad quem aplica dicho principio a un trabajador que pacta salario integral pero con una jornada de medio tiempo, la Sala estima que en ningún dislate jurídico incurre, ya que, con ello, asegura que dicha especial remuneración estará en adecuada correlación con el tiempo efectivo de trabajo, y no se le podrá remunerar con una cantidad inferior a la que proporcionalmente corresponde. Es palmario, además, que dicho numeral no consagra dicho principio únicamente para el salario mínimo legal sino también para el salario convencional, lo que denota el carácter no exclusivo de la disposición. Salario mínimo y salario integral, entonces, obviamente que no son sinónimos, mas ello no implica que un principio tuitivo como el de proporcionalidad no pueda ser aplicado a ambos como garantía, conforme al artículo 1° antes citado, de la armonía social y equidad entre las partes intervinientes en la relación de trabajo, célula fundamental del tejido social.

Con una hermenéutica similar, la Corte Constitucional por medio de la sentencia T-128 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao) resolvió la acción de amparo interpuesta por una docente universitaria quien pactó con su empleadora un salario integral, recibiendo de esta un monto inferior al establecido por la ley laboral. La demandada alegó que el salario cancelado fue proporcional a la jornada trabajada.

Para la Corte, resultó evidente que el salario integral al igual que el salario mínimo corresponde a la jornada completa, de tal suerte que si el tiempo de trabajo es inferior, resulta admisible un pago proporcional.

(...) una postura que supusiera que toda persona que se vincula a partir de un salario integral tiene que recibir siempre el monto establecido en el numeral 2° del artículo 132 del C.S.T., conllevaría a que dicho tipo de vinculación siempre tuviere que hacerse por

tiempo completo, lo cual atentaría contra el principio en virtud del cual una de las opciones de la contratación se basa en la escogencia de la jornada laboral. Igualmente, se iría en contravía del numeral 1º del mencionado artículo, cuando establece que “el empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo (...)”.

5.3 Jornada Laboral

En relación con la jornada máxima laboral, se estableció que “La duración máxima legal de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana (...), las que podrán distribuirse de común acuerdo entre las partes, adicionando hasta dos horas diarias, con el objeto de liberar todo o parte del día sábado (Art. 163 C.S.T.)”. Están exceptuadas de la jornada máxima legal las siguientes actividades:

- a) las labores que sean especialmente insalubres o peligrosas, donde pueden establecerse jornadas inferiores.
- b) las actividades realizadas por menores, las que se regirán por las siguientes reglas:
 - 1) el menor entre doce y catorce años sólo podrá trabajar una jornada máxima de cuatro (4) horas diarias y veinticuatro (24) horas a la semana, en trabajos ligeros;
 - 2) los mayores de catorce y menores de dieciséis años sólo podrán trabajar una jornada máxima de seis (6) horas diarias y treinta y seis (36) horas a la semana;
 - 3) la jornada de trabajo del menor entre dieciséis y dieciocho años no podrá exceder de ocho (8) horas diarias y cuarenta y ocho (48) a la semana;
- c) en las empresas creadas con posterioridad a la ley 50 de 1990, las partes pueden acordar turnos temporales o indefinidos, que garanticen laborar sin solución de continuidad durante todos los días de la semana, con una jornada máxima de seis (6) horas al día y treinta y seis (36) a la semana. En estos eventos, el empleador no está obligado a reconocer pagos por recargo nocturno, por trabajo dominical o festivo, no obstante cancelará el salario correspondiente a la jornada máxima de trabajo, el que no podrá ser inferior al mínimo legal o convencional y tendrá derecho a un día de descanso remunerado. No se podrá contratar el mismo personal para dos turnos diarios, con excepción de quienes ocupen cargos de dirección, confianza o manejo.

Así mismo, la ley 50 de 1990 ordenó que aquellas empresas con más de cincuenta (50) trabajadores que laboren jornada completa, están obligadas a dedicar dos (2) horas de dicha jornada a actividades recreativas, culturales, deportivas o de capacitación (Art. 21).

Como se ve en relación con la jornada existen pautas de carácter legal dentro de las cuales la autonomía y las necesidades de la empresa pueden realizar los ajustes pertinentes para garantizar la mayor productividad y rentabilidad. Es decir también en este factor el *ius variandi* opera siempre y cuando se respeten los máximos fijados en torno a la jornada laboral.

En consecuencia el trabajo suplementario da origen a reconocimientos salariales adicionales. Si bien la ley estableció que tanto en las jornadas extras diurnas como nocturnas, tienen un tope máximo de dos (2) horas diarias y doce (12) semanales. No obstante, si labora más de ese tiempo, no por ese hecho pierde el derecho al reconocimiento de las mismas, ya que se trata de derechos irrenunciables. Será el empleador el que se hace acreedor a las sanciones administrativas que fije el Ministerio del Trabajo.

Las remuneraciones adicionales que se fijaron para el trabajo nocturno y para toda actividad extra ordinaria y nocturna es la siguiente:

1. El trabajo nocturno en jornada ordinaria se remunera con un recargo del treinta y cinco (35%) sobre el valor del trabajo diurno, con excepción del caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales.
2. El trabajo extra diurno se remunera con un recargo del veinticinco por ciento (25%) sobre el valor del trabajo ordinario diurno.
3. El trabajo extra nocturno se remunera con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el valor del trabajo ordinario diurno.
4. Cada uno de los recargos antedichos se produce de manera exclusiva, es decir, sin acumularlo con alguno otro (Art. 168 C.S.T.).

5.3.1 Descanso semanal y remuneración

Toda persona que haya laborado la semana completa o quien dejó de hacerlo por causa justificada (accidente, enfermedad, calamidad doméstica, fuerza mayor, caso fortuito) tiene derecho a un día de descanso remunerado por semana (Art. 173 C.S.T.), excepto que reciba por ese mismo día un auxilio o indemnización en dinero derivado de enfermedad o accidente de trabajo. Cuando se trata de jornadas por días u horas, se reconocerá la remuneración del día de descanso semanal de manera proporcional al tiempo trabajado.

Así mismo, la legislación laboral colombiana de manera expresa reconoce determinados días del año como festivos de naturaleza civil o religiosa (Art. 177), los cuales no afectan la continuidad para el reconocimiento del día de descanso. El pago de unos y otros, se encuentra incluido en el salario mensual (Art. 173 C.S.T.).

Por su parte, el Art. 175 del C.S.T. trae un listado de excepciones al descanso obligatorio en:

- a) aquellas labores que no sean susceptibles de interrupción por su naturaleza o por motivos de carácter técnico;
- b) las labores destinadas a satisfacer necesidades inaplazables, como los servicios públicos, el expendio y la preparación de drogas y alimentos;
- c) en las labores del servicio doméstico y de choferes particulares, y
- d) en el caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales;
- e) Los trabajadores de empresas agrícolas, forestales y ganaderas.

5.3.2 Remuneración por trabajo en días de descanso o festivo

Si con anterioridad se estableció el derecho de toda persona a descansar como reconocimiento al trabajo realizado durante la jornada laboral, es lógico que quienes trabajen en estas fechas, ya sean por horas o la jornada completa, tienen derecho no sólo a una remuneración, sino a un reconocimiento especial, puesto que laboran cuando todas las demás personas disfrutan de un descanso legal. En consecuencia, las tarifas según la ley 50 de 1990 eran las siguientes:

El trabajo en domingo o días de fiesta se remunera con un recargo del ciento por ciento (100%) sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas. Si coincide el día de descanso con otro día festivo, se reconocerá el recargo antes indicado, es decir, no son acumulables, excepto en los casos de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales que no hay remuneración adicional, aunque sí descanso compensatorio.

En los eventos del trabajo en días de descanso (dominicales generalmente) debe diferenciarse, si el trabajo es excepcional, evento en el cual, pueden escoger entre un descanso compensatorio remunerado, o a la retribución en dinero (antes indicada).

Para el caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales prevista en el artículo 20 literal c de esta ley, el trabajador sólo tendrá derecho a un descanso compensatorio remunerado cuando labore en domingo (Art. 180).

El trabajador que labore habitualmente en día de descanso obligatorio (según la jurisprudencia de la C.S.J. más de dos días de descanso por mes), tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado, más la retribución en dinero.

Un reciente fallo de la SL de la CSJ sobre los efectos económicos de la disponibilidad de los trabajadores, suscitó preocupaciones entre el sector empresarial. En efecto, mediante la sentencia SL55842017 (43641), del 5 de abril de 2017 de la SL de la CSJ (M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán), se casó la sentencia de segunda instancia y se confirmó la decisión del ad quo de condenar a la demandada a reconocer el tiempo de disponibilidad de sus trabajadores durante algunos fines de semana, argumentando que:

(...) el simple sometimiento del asalariado de estar a disponibilidad y atento al momento en que el empleador requiera de algún servicio, le da derecho a devengar una jornada suplementaria, así no sea llamado efectivamente a desarrollar alguna tarea, ello se afirma por cuanto no podía desarrollar actividad alguna de tipo personal o familiar, pues debía estar presto al llamado de su empleador y de atender algún inconveniente relacionado con los servicios prestados por la demandada.

Esta decisión resulta coherente con la facultad legal que tiene la empleadora de exigir a quienes laboran a su servicio, “el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad del trabajo” (Art. 23 literal b) del C.S. del T.).

5.4 Efectos de la reforma laboral de 1990

Si bien la Ley 50 de 1990, eliminó algunos costos como la retroactividad de la cesantía, admitió la existencia del salario integral (que incluye el factor prestacional), permitió que las partes establecieran autónomamente, cuáles prestaciones extralegales se consideran salario y cuáles no; la expedición de la Ley 100 de 1993 incrementó los aportes para salud, pensiones y riesgos profesionales a cargo de las empresas en casi 10 puntos adicionales sobre la nómina.

Las bondades empresariales del salario integral son aplicables a un sector muy reducido de la clase trabajadora, por lo que su incidencia en los gastos de las empleadoras es muy reducida.

De otra parte, hay quienes consideran que al establecer las horas lúdicas que mensualmente equivalen a un día de trabajo por mes, se afectó de manera grave los costos laborales, al igual que con los permisos

por lactancia (1 hora diaria) durante los primeros seis meses, los que tienen incidencia directa en la nómina.

De igual forma se recuerda la reforma laboral, mantuvo el sistema de recargos por jornada suplementaria, así: Si se trataba de horas extras ordinarias tienen un recargo del 25% sobre el valor del trabajo ordinario; si el trabajo extra era nocturno, el recargo alcanzaba el 75% sobre el valor del trabajo ordinario; si se trabajaba en un día de descanso o festivo y no supera las ocho horas, el porcentaje se incrementa en un 100% sobre el valor del trabajo ordinario; si se trata de horas extras en día de descanso o festivo en jornada ordinaria, el incremento es del 125% sobre el valor de la hora ordinaria; si en estos mismos días, el trabajo es nocturno sin pasar de las 8 horas, el porcentaje es del 150% sobre el valor del trabajo ordinario y si el trabajo en días de descanso y festivo es extra nocturno, el valor a cancelar equivale al 175% adicional sobre el valor de la hora ordinaria (Farné, S. (2002). Recuperado de https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/01/cuaderno_2.pdf).

La reforma laboral del año 1990 no produjo los resultados esperados por los empresarios colombianos, pero en cambio sí afectó y acarrió pérdida de derechos para la clase trabajadora colombiana, constituyéndose en una norma regresiva contraria a lo ordenado por el PIDESC respecto a la progresividad de los DESC.

5.4.1 Modificaciones de la jornada laboral e incidencia salarial en la ley 789 de 2002

En la perspectiva de continuar con el proceso de flexibilización del mercado laboral, motivados tanto en el incremento de la internacionalización de la economía (siglo XXI), como en la tendencia de varios empleadores a sustituir trabajadores, trasladando los centros de producción a países con mercados laborales más flexibles, se decidió revisar una vez más la ley laboral colombiana, la que además de determinar los mínimos laborales a los que deben someterse los empleadores, también establecía unos recargos sobre la nómina de las empresas tendientes a asegurar el pago de las prestaciones sociales en beneficio de la persona que presta servicios personales y de su núcleo familiar, incidiendo según estudios oficiales, en la inestabilidad del empleo y en su creciente informalidad.

Con la finalidad de contrarrestar tal situación se expidió la Ley 789 de 2002 cuyo articulado regresivo frente a los derechos de los trabajadores, se justificó con aseveraciones contenidas en la exposición de motivos, del siguiente tenor:

Este Proyecto titulado “Por el cual se dictan normas para promover empleabilidad y desarrollar la protección social” tiene como objeto contribuir al fortalecimiento del Estado Social de Derecho mediante medidas trascendentales aunque no de choque que den impulso al mercado laboral y contribuyan a recuperar la confianza tanto de los empleadores como de los trabajadores en la economía colombiana. Urge dinamizar la vida laboral en aspectos que hoy la legislación no facilita y que dentro de márgenes razonables e inspirados en la posibilidad de recuperar espacios para el empleo digno, hagan un poco más atractiva la posibilidad de generarlo e iniciar el camino restaurador de la economía, desde la oportunidad básica de tener acceso al trabajo en condiciones dignas y justas. El Gobierno Nacional, con el apoyo del Congreso de la República, ha emprendido un proceso de ajuste de las disposiciones que regulan las relaciones laborales en el país con el propósito de aliviar la situación que viven los desempleados y mejorar el ambiente laboral en aras a lograr elevar los niveles de productividad.

Así el Art. 25 de esta ley reformó el Art. 160 sobre jornada laboral, e introdujo la jornada ordinaria, que es aquella que comienza a las 6 a.m. y concluye a las 10 p.m. Esta medida acarreó como consecuencia inmediata la pérdida de cuatro horas de recargo nocturno que garantizaba la jornada diurna (6 a.m. a 6 p.m.), con el beneplácito de los empleadores y la inconformidad del sector trabajador, representado por las centrales obreras que levantaron desde entonces su voz de protesta contra dicha medida. Así mismo, en el Art. 26 modificadorio del Art. 179 del C.S. del T. disminuyó al 75%, el valor adicional por trabajo realizado en los días de descanso semanal y en los festivos (antes el 100%).

Los artículos 25 y 26 de la Ley 789 de 2002 fueron demandados por inconstitucionalidad y mediante la sentencia C-038 de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) se declararon exequibles, previo un riguroso análisis de los conceptos de derechos adquiridos y meras expectativas, así como del efecto general inmediato de las normas laborales frente al principio protector de las leyes laborales y la autonomía regulativa del legislador versus el postulado de no regresividad en temas sociales.

Para la Corporación la ampliación de la jornada ordinaria hasta las 10 p.m. se ajusta a los mandatos constitucionales puesto que respeta los recargos por trabajo nocturno. Dado que no existe en Colombia una definición legal sobre jornada nocturna, resulta pertinente remitirse a las normas internacionales del trabajo de la OIT. Al respecto se encuentran los Convenios 41 de 1934 sobre trabajo nocturno de mujeres, donde se define la noche como “el período de once horas consecutivas, por lo menos, que comprenderá el intervalo que media entre las 10 de la noche

y las 5 de la mañana”; el Convenio 89 de 1948, que revisa el anterior convenio sobre trabajo nocturno de mujeres y señala que la “noche comprende un período de once horas consecutivas, por lo menos, que contendrá un intervalo, fijado por la autoridad competente, de por lo menos siete horas consecutivas, comprendido entre las 10 de la noche y las 7 de la mañana” y el Convenio 79 de 1946 sobre trabajo nocturno de menores, entiende como trabajo nocturno aquel que se desarrolla “entre las 10 de la noche y las 6 de la mañana”.

Estas referencias internacionales ratifican la constitucionalidad de las normas demandadas, puesto que si bien el artículo 25, amplió la noción de jornada diurna (hoy ordinaria), lo hizo dentro de los estándares internacionales.

Respecto al monto de los recargos por festivos previsto en el Art. 26 o de flexibilización de la jornada de trabajo Art. 51, dichas modificaciones no alteran los límites constitucionales del Art. 53 de la Constitución Nacional, que obligan a respetar el descanso diario y semanal de trabajo, al igual que la jornada máxima. En igual sentido tanto el PIDESC (Art. 7) como el Protocolo de San Salvador (Art. 7 literales g y h) señalan que las condiciones dignas de trabajo exigen el derecho al descanso, al tiempo libre, a la jornada máxima, al pago por trabajo suplementario o de días festivo o de descanso.

Agregó la Corporación: “En ese sentido, la Corte concluye que los artículos 26 y 51 respetan esos mínimos constitucionales pues mantienen los límites de las 8 horas diarias y 48 horas por semana, reconocen la obligación del descanso semanal, y establecen los correspondientes recargos en trabajos por festivos y dominicales.

Las precisiones de la Ley 789 de 2002, sobre lo que debe entenderse por trabajo habitual u ocasional en días dominicales, la encontró razonable y compatible con la libertad legislativa. Tampoco prosperaron las objeciones contra el Art.51 demandado sobre jornada flexible, puesto que dicha jornada no sólo respeta los topes de 8 horas diarias y 48 horas semanales, sino que sólo puede surgir del acuerdo entre las partes, “por lo que el empleador no puede imponer unilateralmente el cambio de la jornada de descanso”.

Otro argumento fuerte esgrimido por la Corporación para respaldar la exequibilidad de los artículos demandados de la ley de reforma laboral, se refieren a la temporalidad de la ley 789 de 2002. En efecto, los artículos 45 y 46 de la ley crearon la “Comisión de Seguimiento y Verificación de las políticas de Generación de Empleo” (integrada por dos Senadores, dos Representantes, el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, el Director del Departamento Nacional de Planeación o su

delegado, el Director del DANE o su delegado y un representante de los trabajadores elegido por las centrales obreras y un delegado de los empleadores), encargada de evaluar los resultados de esta ley, dos años después de su puesta en vigencia; con dicha información el Gobierno presentará un proyecto de ley que modifique o derogue las disposiciones que no hayan impactado la generación de empleo.

Los resultados contradictorios frente a los efectos de dicha disposición, aplazaron la toma de decisiones. En efecto, mientras un estudio contratado por la Asociación Nacional de Industriales (Andi) y el Ministerio de la Protección Social mostraba que el 64% de las empresas que crearon nuevos empleos fueron impulsadas por la ley 789 de 2002, otra investigación realizada bajo la dirección del Banco Mundial produjo resultados muy inferiores, puesto que tan solo el 3% de las empresas crearon puestos de trabajo merced a los incentivos de la reforma. Otra encuesta desarrollada por las pequeñas y medianas empresas (Acpi), el Cinset y la Fundación Konrad Adenauer, mostró que el 6,5% de las empresas que aumentaron el número de trabajadores indicó haberlo hecho como consecuencia de la reforma laboral (El Tiempo (2017). Recuperado de <http://www.eltiempo.com/economia/sectores/como-queda-el-recargo-nocturno-en-colombia-99362>).

Durante todos estos años la clase trabajadora mantuvo su propuesta de revisar dicha norma cuyas expectativas no se alcanzaron, ni cuantitativa ni cualitativamente. Por esa razón, se consideró una conquista del sector trabajador colombiano, la reciente expedición de la ley 1846 de 2017, que redujo en una hora la duración de la jornada ordinaria, la que se extiende desde las 6 a.m. hasta las 9 p.m., estableciendo la jornada nocturna entre las 9p.m. y las 6 a.m. En consecuencia en la actualidad los porcentajes que se aplican a la jornada extra ordinaria, nocturna, al trabajo ordinario y extraordinario en días de descanso y festivo es la siguiente:

Trabajo extra ordinario en días laborales equivale al valor de la hora ordinaria más un 25% sobre dicho valor.

Trabaja nocturno en días laborables, se liquida con un 35% adicional al valor de hora ordinaria ya reconocida en el salario mensual, el que se aplica a partir de las 9 p.m.

El trabajo extra nocturno, se liquida con el valor de la hora ordinaria más el 75% de dicho valor.

El trabajo ordinario en días festivos o de descanso, se liquida con el valor de la hora ordinaria más el 75% de dicho valor.

El valor del trabajo extra ordinario en días de descanso o festivos, equivale al valor 100% adicional al valor de un día ordinario.

El valor del trabajo nocturno en un día de descanso o festivo, se liquida con el 110% adicional al valor del trabajo en un día ordinario, a partir de las 9 p.m.

El valor del trabajo extra nocturno en un día de descanso o festivo, se liquida con el 150% adicional al valor del trabajo en un día ordinario, a partir de las 9 p.m..

A juicio de los dirigentes sindicales, esta es una pequeña conquista que no corresponde a los compromisos adquiridos por el Gobierno ni a los resultados de la ley 789 de 2002, sin embargo, la aceptan como un primer paso en el proceso de recuperación de los derechos arrebatados mediante una ley abiertamente regresiva.

5.4.2 Descuentos salariales

Por mandato expreso de la ley laboral (Arts. 149 a 153 del C.S. del T.), el empleador debe cancelar al trabajador la totalidad del salario devengado, siendo prohibido descontar, retener o compensar todo o parte de dicho monto. Sin embargo, hay ocasiones en que tales descuentos no sólo son posibles, sino obligatorios, asumiendo el empleador la responsabilidad por no realizar las retenciones debidas, tal es el caso, de los embargos por alimentos, las cuotas sindicales, las cuotas de cooperativas, las autorizaciones expresas de quien trabaja.

Sin embargo, hay eventos en que varios de esos descuentos se presentan de manera simultánea y si el empleador le da cumplimiento estricto a las mismas, se afecta la propia subsistencia de la o el trabajador, constituyendo una vulneración de los derechos fundamentales.

El auge de sistemas crediticios fundamentados en el sistema de libranzas, obliga a establecer un análisis comparativo entre dichos descuentos y los derivados de sentencia judicial, con la finalidad de establecer la viabilidad de unos y otros.

- a). Los descuentos por embargo proceden en todos los casos de órdenes judiciales proferidas en procesos ejecutivos debidamente regulados por la ley laboral en los Arts. 149 a 156 del C.S.T., por lo que no pueden exceder de la quinta parte del excedente del salario mínimo, con excepciones de los pagos establecidos a favor de cooperativas o cuotas alimentarias que pueden ascender al 50% del salario mínimo. Una vez ordenado el embargo, la medida se mantiene hasta

la cancelación total y es el juez quien determina la prelación de dichos pagos o la adjudicación de remanentes si fuere el caso.

En tales eventos lo que le corresponde al empleador es cumplir la orden judicial, tomando todas las acciones para su observancia, so pena de asumir directamente tal responsabilidad.

- b). Los descuentos por libranza se fundamentan en la autonomía del o de la trabajadora, quien da autorización expresa y escrita para que se realice tal descuento, con fundamento en el numeral 5 del Art. 3 de la ley 1527 de 2012, el cual puede afectar el salario mínimo hasta en un 50%. La orden de descuento proviene de la cooperativa o la entidad financiera que otorgó el préstamo y el empleador deberá cumplir la orden en un monto de hasta el 50% y mantener la medida hasta el pago total o hasta que se revoque la autorización respectiva. Con dicha autorización se puede recurrir por vía judicial y en tales eventos, el operador jurídico carece de la posibilidad de regular tales descuentos, basados en la autonomía individual.

Para la Corte Constitucional en fallo T-168 de 2016 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), es la empresa la que tiene una obligación legal, clara y ligada indisolublemente al respeto de los derechos fundamentales del sector trabajador. Dijo la Corporación:

De lo antes expresado se infiere que hay lugar a decretar la priorización de los descuentos realizados por el empleador, para que estos se adecuen a los límites legales en cumplimiento de lo establecido por la Ley 1527 de 2012 y los artículos 155 y 156 de Código Sustantivo del Trabajo y la jurisprudencia constitucional. Teniendo en cuenta que ambos créditos en cuestión (embargo y descuento directo) tienen como fundamento “préstamos por libranzas a favor de cooperativas”, la trabajadora no puede recibir menos del cincuenta por ciento (50%) del neto de su salario, después de los descuentos de ley (...). Para ello, el empleador deberá dar prioridad a los embargos judiciales, luego a los créditos por libranza autorizados y restringir temporalmente los subsiguientes, hasta tanto no se satisfaga la primera obligación, puesto que, la vulneración de los derechos fundamentales de la actora, es latente”.

De conformidad con lo ordenado por el fallo en comentario, tienen los empleadores la obligación de hacer seguimiento al monto de los pagos de aquellas personas cuyos salarios han sido embargados o han autorizado descuentos salariales. Si bien, este control ha sido polemizado por infringir el principio de autonomía y libre administración del salario, la restricción tiene como fin asegurar la subsistencia de quienes devengan el salario mínimo.

5.5 Las vacaciones

De conformidad con la estructura del C.S. del T. la remuneración de las vacaciones no constituye salario, debido a que el pago no remunera servicios, puesto que el núcleo central de las vacaciones consiste en lo contrario, en no trabajar, en descansar de manera remunerada, con la finalidad de recuperar las energías perdidas a lo largo de un año de labor ininterrumpida. En ese sentido, las vacaciones se consagran como un derecho, cuyo beneficio no sólo es individual, sino también empresarial, puesto que las investigaciones sobre factores de productividad, indican que aún las personas más eficientes, alcanzan topes de rendimiento máximo, a partir de los cuales, comienza su descenso, este es el momento en el que resulta conveniente para la empresa otorgar las vacaciones para que él o la trabajadora tomen el descanso, recuperen sus energías y se reintegren a su actividad laboral. La Corte Constitucional manifestó sobre el tema:

Uno de los derechos fundamentales del trabajador, es el derecho al descanso. El derecho de todo trabajador de cesar en su actividad por un período de tiempo, tiene como fines, entre otros, permitirle recuperar las energías gastadas en la actividad que desempeña, proteger su salud física y mental, el desarrollo de la labor con mayor eficiencia, y la posibilidad de atender otras tareas que permitan su desarrollo integral como persona. El descanso está consagrado como uno de los principios mínimos fundamentales que debe contener el estatuto del trabajo y, por ende, debe entenderse como uno de los derechos fundamentales del trabajador (Sentencia C-710 de 1996 M.P. Jorge Arango Mejía).

Ahora bien, el reconocimiento y pago de las vacaciones le competen de manera directa al empleador y es necesario distinguir los siguientes momentos:

- 1) El surgimiento del derecho.
- 2) La exigibilidad del derecho.
- 3) El disfrute de las vacaciones.
- 4) La interrupción de las vacaciones.
- 5) La acumulación de vacaciones.
- 6) La compensación de vacaciones.
- 7) La prescripción de las vacaciones.

5.5.1 Surgimiento del derecho

Según el artículo 186 del C.S. del T. el derecho a las vacaciones nace cuando se cumple un año de trabajo subordinado y equivale a 15 días hábiles de descanso remunerado. Le corresponde al titular del derecho solicitar el disfrute de las mismas, pero de conformidad con la normatividad vigente, es el empleador quien tiene la potestad de determinar el día y mes a partir del cual comienza a disfrutar de sus vacaciones.

5.5.2 Exigibilidad de las vacaciones

El artículo 187 establece que el empleador tiene todo el año siguiente al surgimiento del derecho para conceder el descanso, el cual también lo puede señalar oficiosamente, basta con que se informe con 15 días de antelación, evitando en lo posible que se junten varios períodos, ya que dicha circunstancia implica la vulneración de la esencia del mencionado descanso.

Por medio del Decreto 13 de 1967 se impuso a los empleadores la obligación de llevar un registro de sus trabajadores/as, en el que se especifique la fecha de ingreso, la fecha en que se otorguen las vacaciones, el día de inicio y día de reintegro, así como el valor cancelado. En dicho documento deben anotarse novedades, tales como, la interrupción de vacaciones, la reanudación, las incapacidades y demás eventos que alteran el descanso legal.

5.5.3 Interrupción de las vacaciones

De acuerdo con lo consagrado en el artículo 188 del C.S. del T., es posible que se presente el fenómeno de la interrupción de vacaciones, debido tanto a razones personales (incapacidad), como a la solicitud expresa de la empresa cuando se trate de atender labores urgentes. En uno y otro caso, es posible reanudar el descanso, para lo cual se procederá a realizar nueva liquidación, que implica contar los días hábiles faltantes para completar los 15 de ley, cancelando el monto que resulte del total de días calendario, al igual que el valor salarial correspondiente a los días en que operó la interrupción de las vacaciones.

5.5.4 Acumulación de vacaciones

En principio la acumulación de las vacaciones está expresamente prohibida, puesto que esta figura jurídica, contradice la existencia del derecho y su justificación. Sin embargo, la misma ley laboral, flexibiliza la prohibición, al determinar que al menos deben disfrutarse de seis días por año de descanso remunerado. Con esta medida (artículo 6°

decreto 13 de 1967), los días restantes (9) pueden acumularse hasta por dos años, tiempo que se puede extender hasta 4 años, cuando se trate de actividades técnicas, especializadas, de trabajadores de confianza o de extranjeros.

Después de la expedición de la Ley 1429 de 2010 (ley de formalización del empleo), con fundamento en la movilidad propia del mundo moderno, se permiten tratamientos más flexibles frente a las vacaciones. El artículo 20 determinó que: “Empleador y trabajador, podrán acordar por escrito, previa solicitud del trabajador, que se pague en dinero hasta la mitad de las vacaciones”. Esta norma ha sido objeto de múltiples críticas, arguyendo que en la práctica el descanso anual obligatorio se redujo a ocho días remunerados, puesto que la inexistencia de prima de vacaciones en el sector privado y la necesidad de enfrentar la totalidad de los gastos cotidianos, durante el tiempo del descanso, conduce con frecuencia a generalizar la compensación. Quizá la medida más equitativa y de justicia social, hubiese sido, la extensión de la prima de vacaciones existente en el sector público al sector privado.

5.5.5 Compensación de vacaciones

En principio y en coherencia con la filosofía de las vacaciones, la ley laboral prohibía la compensación de las vacaciones durante la vigencia de la relación laboral y sólo se admitía de manera excepcional, como se ha visto. Sin embargo, la compensación de las vacaciones es obligatoria al concluir la relación laboral.

Las restricciones existentes en la ley laboral acerca de que la compensación obligatoria de vacaciones ha tenido una evolución interesante, en cuanto las distintas reformas legales y pronunciamientos judiciales, han avanzado hacia la garantía de la compensación, bajo el argumento que no se justifica perder o restringir un derecho cuyo nacimiento está sujeto al paso del tiempo.

El Decreto 2351 de 1965 Art. 14 modificó dicha norma estableciendo:(...) 2. Cuando el Contrato de Trabajo termine sin que el trabajador hubiere disfrutado de vacaciones, la compensación de éstas en dinero procederá por año cumplido de servicio y proporcionalmente por fracción de año, siempre que esta exceda de seis (6) meses”, esta norma fue declarada inexecutable mediante sentencia C-879 de 2003 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) bajo las siguientes consideraciones:

“el artículo 14 del Decreto 2351 de 1965 tiene como supuesto fáctico para autorizar la compensación en dinero de las vacaciones, la terminación del contrato de trabajo sin que el trabajador las hubiere disfrutado, caso en el cual procederá tal compensación por año cum-

plido de servicio y proporcionalmente por fracción de año, siempre que ésta exceda de seis meses, lo que significa que las vacaciones se causan a medida que transcurre el tiempo de servicio, pero se establece un mínimo de tiempo para que surja el derecho a su compensación dineraria. Para esta Corporación, la medida (...) desconoce el orden justo que se proclama desde el Preámbulo de la Constitución de 1991, la especial protección al trabajo, así como la igualdad de oportunidades para los trabajadores y el derecho a que su remuneración sea proporcional a la cantidad y calidad de trabajo (C.P. Art. 53), pues se trata de un derecho que se causa con el simple transcurso del tiempo laborado y, por ello no resulta razonable ni proporcional que se desconozca un período de tiempo efectivamente trabajado. Lo justo, en el presente caso, desde el punto de vista constitucional, es que al trabajador que se le termina su contrato de trabajo sin que hubiere disfrutado las vacaciones, éstas le sean compensadas en dinero por año cumplido de servicio y proporcionalmente por fracción de año laborado. Por esa razón, la Corte considera que la expresión “siempre que ésta exceda de seis meses”, carece de justificación constitucional y por tanto, será retirada del ordenamiento jurídico.

Con anterioridad a la sentencia antes referida la Ley 789 de 2002 se ocupó de este tema y en el segundo párrafo del Art. 27 ordenó: “Cuando el contrato de trabajo termine sin que el trabajador hubiere disfrutado de vacaciones, la compensación de éstas en dinero procederá por año cumplido de servicio y proporcionalmente por fracción de año, siempre que este exceda de tres meses”. En coherencia con su anterior pronunciamiento por medio de la sentencia C-019 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería) se declaró inexecutable la frase “siempre que exceda de tres meses”, reiterando los argumentos expuestos con anterioridad al afirmar “Así las cosas, una limitación temporal como la establecida en la norma acusada resulta lesiva del derecho al trabajo en términos del Preámbulo, al igual que de los artículos 1, 2, 25 y 53 de la Constitución Política”.

Hasta ese momento era claro que la compensación requería como supuestos de hecho: la terminación del vínculo laboral, el derecho a vacaciones por año cumplido y cualquier fracción de tiempo. A través de la sentencia C-035 de 2005 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), se resolvió la demanda de inconstitucionalidad presentada contra la frase “por año cumplido de servicios”. La Corporación hizo un exhaustivo análisis de la naturaleza de las vacaciones y su obligatoriedad, de la compensación como medidas excepcional, de la imposibilidad de disfrutarlas cuando termina la relación laboral, así como de las orientaciones establecidas por la OIT, para concluir indicando que:

“(…) en virtud de lo previsto en los artículos 5° y 11° del Convenio 132 de la O.I.T., es indiscutible que cualquier plazo que fije el Congreso de la República, en ningún caso, puede superar el lapso de seis (6) de prestación de servicios para tener derecho a vacaciones pagadas de forma proporcional. En este orden de ideas, al imponer la disposición acusada la obligación previa de haber laborado un año, para acceder al pago proporcional de las vacaciones en dinero a la terminación del contrato de trabajo; es innegable que se encuentra en abierta oposición a los mandatos previstos en la Constitución Política, y en especial, al derecho fundamental al trabajo (...) Por lo anterior, la Corte declarará inexecutable la expresión “por año cumplido de servicio y” prevista en el artículo 27 de la Ley 789 de 2002, aclarando, en todo caso, que a partir de este fallo, el derecho a las vacaciones compensadas en dinero se obtendrá proporcionalmente por fracción de año, siempre y cuando el legislador no señale un término para su reconocimiento, el cual, en ningún caso, puede superar el lapso de seis (6) meses, conforme a lo expuesto en esta providencia.

El legislador acogiendo los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales, profirió la Ley 995 de 2005, en cuyo Art. 1°. Se lee: “Del reconocimiento de vacaciones en caso de retiro del servicio o terminación del contrato de trabajo. Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado.

De tal suerte que en la actualidad, la compensación de las vacaciones al terminar la relación laboral es obligatoria y debe otorgarse sin consideración al tiempo laborado.

5.5.6 Prescripción de las vacaciones

De acuerdo con los Arts. 488 del C.S. del T. y 151 del C. PL. los derechos consagrados en dichas normas prescriben en tres años, que se cuentan desde que las respectivas obligaciones se hayan hecho exigibles, con excepción de las prescripciones especiales consagradas de manera expresa.

La SL de la CSJ en sentencia con Rad. 9138 de 18 de octubre de 1985 (M.P. Fanny González Franco), manifestó: “El Art. 187 prevé que todas las vacaciones debe concederlas el patrono de oficio o a petición del trabajador a más tardar dentro del año subsiguiente (...). De otra suerte, si tal no hubiera sido la previsión del legislador, habría empleado la

expresión “año siguiente” sin añadirle las palabras “a más tardar”. De donde se concluye que la exigibilidad del derecho a disfrutar de unas vacaciones por haber trabajado durante un año, sólo comienza a contarse para efectos de la prescripción desde el vencimiento de los dos años posteriores a aquél en que se configuró el derecho a disfrutarlas en tiempo”.

Estas reflexiones han generalizado con toda razón la afirmación de que las vacaciones tienen un término de prescripción especial de cuatro años.

De otra parte, el Art. 489 prevé la figura de la interrupción de la prescripción mediante un simple reclamo escrito presentado por el o la trabajadora a su empleadora; desde esa fecha y por una sola vez se activa el término de prescripción, siempre y cuando el escrito de interrupción sea lo suficiente explícito y preciso en la solicitud.

Sobre el particular la SL de la CSJ mediante sentencia con Rad. 30.437 del 1 de enero de 2011 (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza y Luis Gabriel Miranda B.), precisó que reclamaciones genéricas, abstractas, indefinidas o indeterminadas carecen de eficacia para interrumpir la prescripción, por ejemplo: “La frase “prestaciones sociales” es indeterminada, pues se ignora si comprende todas las que establece la ley del trabajo o sólo parte de ellas”.

5.5.7 Vacaciones colectivas y vacaciones anticipadas

Cuando en consideración a la naturaleza de las actividades misionales, la empresa tenga establecido en su Reglamento Interno de Trabajo, el otorgamiento de vacaciones colectivas, bien sea a todo el personal o a determinadas secciones, dicha norma es aplicable a todas las personas que prestan servicios subordinados a dicha empresa, sin que le sea permitido a la trabajadora o al trabajador resistirse a tal medida, aunque en ocasiones, la implementación de dicha medida implique que para quienes aún no han cumplido un año de servicios, vacaciones anticipadas.

Al conceder vacaciones anticipadas es necesario tener en cuenta que:

- a) No es posible legalmente obligar a dicha persona a permanecer por lo menos el año de servicios para que surja su derecho a las vacaciones.
- b) No es legal exigir el reintegro del valor recibido por las vacaciones ni menos descontarlo del monto de la liquidación.

- c) Si permanece en el trabajo, al cumplir el año, no tiene derecho a que se le otorgue un nuevo periodo de vacaciones
- d) Si permanece tampoco puede exigir el reajuste de lo cancelado por vacaciones, así su salario se haya incrementado.

5.5.8 Disfrute de las vacaciones

El disfrute de las vacaciones debe ir acompañado del pago de un monto igual al salario devengado y correspondiente a los 15 días hábiles concedidos, los que equivalen a 17 o más días calendario, dependiendo de la fecha en que comienza a contarse dicho descanso. La base salarial para liquidar las vacaciones, es el salario ordinario devengado por la o el trabajador, excluyendo el valor del trabajo suplementario y del trabajo en días de descanso obligatorio. Si se trata de salario variable, debe liquidarse con el salario promedio de lo devengado por el trabajador en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se haya concedido las vacaciones (Art 197 del C.S. del T.).

5.5.9 Enfoque de derechos y Perspectiva de género en vacaciones

Una hermenéutica con enfoque de derechos y perspectiva de género frente a las vacaciones, lleva a plantear que respetando la autonomía del empleador para fijar la fecha en que inician las mismas, cuando se trata de una mujer trabajadora, deben tenerse en cuenta, variables relacionadas con: 1) la fecha en que sus hijos menores salen de vacaciones, 2) el estado de embarazo de la trabajadora, permitiendo que la época de vacaciones coincida con el período anterior o posterior a la licencia de maternidad, 3) que el período vacacional le permitan atender las labores de cuidado de su núcleo familiar cuando se enfrentan situaciones especiales como enfermedades, calamidades domésticas, etc.

5.6 Brechas laborales entre hombres y mujeres: Jornada y salario

No obstante los avances de carácter normativo internacional, constitucional, legal y jurisprudencial, subsiste la discriminación laboral contra las mujeres, tal como lo corroboran los datos existentes a nivel mundial sobre las brechas laborales asociadas con el género de las personas, específicamente en el tema de salario y jornada.

Con posterioridad a la aprobación de la agenda de Beijing de 1995 la situación de las mujeres ha experimentado un indiscutible avance, que se refleja en el incremento en los niveles de escolaridad. No obstante,

éste mayor grado educativo no se corresponde con los obstáculos que aún existen para el acceso y permanencia en el mercado laboral. De allí, que entre los Objetivos del Desarrollo Sostenible, aparezca la equidad de género como una meta a alcanzarse hasta el año 2030. Organismos como la OIT han retomado la temática, planteando retos a los Estados miembros, para mejorar las tasas de empleo, reducir las brechas salariales y hacer compatibles para hombres y mujeres las responsabilidades familiares con las responsabilidades laborales.

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible reafirmó el consenso universal sobre la vital importancia que revisten la igualdad de género y su contribución al logro de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible. La creación de más y mejores empleos para las mujeres, la protección social universal, y la adopción de medidas para reconocer, reducir y redistribuir las labores de cuidado y las tareas domésticas no remuneradas son indispensables para hacer realidad la nueva y transformadora agenda para el desarrollo sostenible, que tiene por objeto reducir la pobreza (Objetivo 1) y las desigualdades (Objetivo 10), lograr la igualdad de género (Objetivo 5), y promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos (Objetivo 8). (OIT, 2016)

Uno de los principios universales del trabajo es el de la igualdad salarial, según el cual: A trabajo igual corresponde salario igual. Este postulado se encuentra consagrado en el Tratado de Versalles de 1919, en el Preámbulo de la OIT, en el Convenio N° 100 de 1951, en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). En Colombia existen disposiciones especiales tanto en el Art. 53 de la Constitución Nacional que consagró la remuneración mínima, vital y móvil sin discriminación alguna, como en el Código Sustantivo del Trabajo (Art. 127 y ss.).

“La igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor es de gran importancia en lo que a discriminación salarial respecta, cubre no solo casos en los que mujeres y hombres desempeñan un trabajo igual o similar, sino también la situación más habitual, cual es el desempeño de trabajos diferentes” (Díaz, E. (2015) La desigualdad salarial entre hombres y mujeres. Santiago: Estudios de la Dirección del Trabajo). En esta concepción es posible comparar tareas diferentes, siempre y cuando ellas gocen de igual valor, aunque desde luego al establecer ese igual valor, puede caerse en sesgos basados en género,

El mencionado Convenio 100, establece relaciones entre el valor del trabajo y los sistemas de valoración de puestos, y es allí donde radican los imaginarios discriminadores, que asignan un menor valor a los trabajos realizados tradicionalmente por las mujeres (aseo, cafetería, secretaria, acompañamiento psicológico). Por el contrario, trabajos relacionados con los avances tecnológicos, informáticos, creativos, generalmente realizados por hombres gozan de mayor reconocimiento.

González (1992) explica esta diferencia valorativa con fundamento en las teorías neoclásicas y en los nuevos paradigmas. Desde el primer enfoque, un trabajador más productivo debiese percibir un mayor salario. Ahora bien, “establecer cuál es la productividad de un trabajador particular en una determinada firma no es una tarea simple. En términos prácticos se observan características individuales que son entendidas como variables que aproximan la productividad laboral” (Fuentes, J., y otras, 2005).

Aquellas teorías que se basan en el capital humano y la señalización, priorizan la escolarización, que permite a ciertas personas acudir al mercado laboral a indicar de qué son capaces y por lo tanto, porqué merecen un mejor salario, aunque su aspiración no corresponda con remuneración que finalmente se les asigne. Para estos teóricos, quien demuestre mayor capital humano tendrá mayor productividad laboral, lo cual se premia en el mercado con mejores salarios.

Desde este enfoque la diferencia salarial entre hombres y mujeres tiene su explicación en el menor capital humano femenino, esto es, menor capacitación, menor experiencia (trabajos intermitentes debido a las labores de cuidado), menor participación en los cargos de responsabilidad, ya que son las propias mujeres, las que buscan puestos de bajo perfil, que les permita flexibilidad y fácil salida e ingreso del mundo del trabajo. La división sexual del trabajo y las responsabilidades domésticas en cabeza de las mujeres, en muchas ocasiones impiden el pleno desarrollo de su vida profesional y de ahí su poco interés en invertir en educación y su menor productividad. (Aguilar y Dresdner, 2000). Este planteamiento no es de aceptación en Colombia, donde las mujeres ostentan mayor escolaridad que los hombres, no solo en educación superior, sino en estudios de postgrado. El creciente número de hogares con jefatura femenina obliga a una mayor permanencia en el mercado; se ha incrementado la edad para la vida en pareja; los avances de la tecnología alivian las labores domésticas, al menos para determinados estratos urbanos, todo lo cual incide en la mayor expe-

riencia profesional de las mujeres y debería también indicar impactos positivos en sus remuneraciones.

Otras explicaciones de la brecha salarial se inclinan por el riesgo implícito en algunas actividades desempeñadas por hombres, de donde a mayor riesgo, mayor salario. Hoy las mujeres con apoyo normativo han incursionado en todos los campos del mundo del trabajo y cualquier excepción se juzga discriminatoria, lo que invalida esta tesis.

Algunas visiones encuentran la razón de las diferencias de ingreso, en las inclinaciones de los empleadores, preferir a los hombres para ciertas actividades (por ejemplo las que exigen mayor fuerza) y a las mujeres para otras. En esta tesis priman prejuicios o estereotipos que desde la CEDAW están prohibidos y deben ser erradicados por los Estados.

Entre las tesis alternativas, figuran la Institucional y la Radical, las que se oponen a los planteamientos neoclásicos antes referidos. Por el contrario, para el enfoque institucional, la asignación salarial está ligada a aspectos procedimentales, tales como la antigüedad, la escolaridad, etc., de tal suerte, que su fijación es neutra frente al género de las personas.

Para la tesis radicales, la discriminación salarial es producto directo de la distribución desigual de los empleos entre hombres y mujeres, ubicando a las mujeres en ocupaciones sexualmente tipificadas y por lo mismo con bajos salarios, o lo que es igual, por ser desempeñados mayoritariamente por mujeres tienen asignados bajos salarios, dando origen a la segregación horizontal.

Se reconoce también la segregación vertical, relacionada con la estructura jerárquica, ubicando a las mujeres en la escala más baja de dicha estructura y con pocas o nulas posibilidades de ascenso, razón por la cual, se le asignan los más bajos salarios.

Finalmente se encuentra como enfoque alternativo, las teorías feministas que integran al análisis elementos externos al mercado del trabajo, los que son ajenos a los estudios puramente económicos. Para esta visión, las ocupaciones “femeninas” expresan en el mundo laboral, los estereotipos dominantes en la sociedad sobre las mujeres y sus aptitudes.

La premisa básica es que la situación de desventaja que padecen las mujeres en el mercado laboral es un reflejo del patriarcado y del lugar subordinado que se les asigna en la sociedad y en la familia. Las responsabilidades de tareas domésticas y cuidado de hijos son

de cargo de las mujeres y el sustento económico es el cometido principal del hombre. Ello contribuiría a que, en promedio, acumulen menos capital humano antes de incorporarse a la población activa, y menos experiencia profesional una vez integradas al mercado de trabajo” (Díaz, E., 2015).

Para las tesis feministas, la brecha salarial se fundamenta en los valores dominantes propios de una sociedad patriarcal, que con fundamento en supuestas habilidades o aptitudes de hombres y mujeres, ubica a las mujeres en aquellas ocupaciones menos valoradas tanto socialmente como al interior de las empresas. Si la preparación y condiciones de vida de las mujeres han cambiado sustancialmente, no se justifica la existencia de estas diferencias discriminadoras y absurdas que impiden un mayor desarrollo económico y social. Las teorías feministas han puesto de presente factores ignorados en las otras teorías, que ayudan a entender el por qué las ocupaciones desempeñadas por mujeres refuerzan estereotipos de supuesta “femeneidad”, por qué las mujeres adquieren menos experiencia que los hombres (responsabilidades familiares), la razón por la que sus posibilidades laborales son limitadas. La segregación ocupacional se mantiene y perpetúa en la medida en que las familias consideren irrelevante invertir en la educación de las mujeres (Anker, R., 1997).

En consecuencia, trabajos de menor nivel, trabajos informales, menos tiempo en el trabajo y menor ingreso, así como su desempeño en los sectores de servicios, salud, educación y comercio, caracterizan la actividad laboral femenina. Tal situación suele reducirse a una fórmula simple, según la cual, si las mujeres trabajan menos horas, sus ingresos deben ser menores.

Sin embargo, de conformidad con los datos estadísticos de la OIT (Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo 2013b), el trabajo no remunerado, o de cuidado es una forma de trabajo, que incluye actividades como la recolección de leña y/o combustible, la búsqueda de agua, la cocina, la limpieza y el cuidado de niños, ancianos y otras personas dependientes, las cuales han sido asumidas por las mujeres, generando jornadas laborales muchos más largas que las de los hombres, las cuales en los países en desarrollo equivalen a 4 horas y 30 minutos, frente a 1 hora y 20 minutos de los hombres, estas diferencias se agudizan en la medida en que las familias de menores ingresos tienen mayores dificultades para acceder a los servicios públicos básicos, de donde las actividades de cuidado son mucho más exigentes en mujeres de los sectores más vulnerables.

Así las cosas, organismos internacionales como la OIT han admitido la existencia de este grave problema de inequidad social, comprometiéndose con la búsqueda de alternativas para superarla. En la práctica se han dado pasos incipientes en cuando a nivelar los salarios procedentes del empleo, cuya brecha en la actualidad se establece en el 23%, es decir, las mujeres ganan el 77% de lo que ganan los hombres. En 37 países el descenso de la brecha es de apenas de dos puntos, ubicándose en el 19.8%. Según la OIT “(...) si no se emprende ninguna acción específica, al ritmo actual, la igualdad de remuneración entre mujeres y hombres no se podrá alcanzar hasta 2086” (OIT, (2016), *Las mujeres en el trabajo*. Recuperado de http://www.unesco.org/library/PDF/wcms_457094.pdf)

Los organismos internacionales del trabajo y de la justicia, al igual que las organizaciones del sector trabajador, de la empresa privada y los propios gobiernos, han aceptado que la igualdad salarial es fundamental para lograr una verdadera igualdad de género en el mundo del trabajo, realizar la equidad social y el trabajo decente.

Para la Confederación Sindical Internacional (CSI) “la remuneración equitativa es un pilar fundamental del crecimiento económico y está estrechamente vinculada a la reducción de la pobreza: la ausencia de equidad remunerativa puede generar pobreza y fragmentación social, fenómenos que comprometen seriamente el crecimiento económico y el desarrollo”.

El logro de la equidad salarial “(...) sustenta la libertad, la dignidad y el bienestar de las personas y fomenta la emancipación y autonomía, reduciendo la vulnerabilidad a la explotación y a la violencia” (Cornish, M., 2008).

Además de la vulneración del principio según el cual, a trabajo igual corresponde salario igual, la recepción injusta de salarios inferiores, afecta el monto de las pensiones de vejez. Abolir las discriminaciones salariales por razón del género, garantizará ingresos justos. Tal meta no es sencilla, ya que está mediada por variables como el reparto del tiempo entre el trabajo remunerado y no remunerado, el valor asignado al trabajo, las políticas económicas y productivas, la concepción de la educación y el valor otorgado a ciertas áreas del conocimiento.

5.6.1 Brechas en el empleo en Colombia

Lo primero que se debe admitir es que el desempleo femenino en Colombia es muy elevado frente al desempleo masculino, situación que aunque se presenta a nivel global, no por ello, es aceptable o excusa-

ble. La tasa del desempleo femenino en Colombia alcanza el 10% y es la más alta de América Latina, superada únicamente por Venezuela y Costa Rica (Arango y otros, 2013).

En las dinámicas laborales de los últimos años en Colombia se observa un incremento constante de la participación laboral femenina en el mercado laboral, su incursión en todos los sectores de la economía y la mayor escolaridad de las mujeres. Sin embargo, las mujeres obtienen resultados laborales desventajosos, tales como: menor ocupación, menor participación, salarios más bajos y mayores tasas de desempleo (4% por encima del desempleo masculino), las cuales varían entre las diversas ciudades, así por ejemplo, la brecha más amplia se presenta en las ciudades de la Costa, aunque paradójicamente registren niveles de desempleo menores a los de Bogotá y Medellín.

En un estudio comparativo por ciudades colombianas, Bogotá, Barranquilla, Bucaramanga y Pasto, fueron las ciudades con menor desempleo femenino, frente a Cúcuta, Popayán y Armenia que mostraron los porcentajes más altos de desempleo femenino.

La edad, el estado civil y la educación permiten comprender dichas diferencias. “Las mujeres menores de 25 años, con educación secundaria completa y que son cabeza de hogar, experimentan las mayores brechas; asimismo, las mujeres casadas presentan tasas de desempleo dos veces más altas que las de los hombres, y al parecer dicha condición limita sus posibilidades de participación en el mercado laboral” (Arango y otros, 2013).

Los autores concluyen que son las condiciones familiares de las mujeres las que mayor incidencia tienen en su situación de desempleo y las posibilidades de vincularse al mercado laboral; las responsabilidades familiares pueden acarrear restricciones para encontrar empleo. Las mujeres con hijos pequeños y con cónyuges que generan ingresos tienen menos posibilidades de encontrar empleo, quizá porque al disponer de un ingreso tienen menos incentivo para encontrar trabajo. De igual forma, factores como la existencia de fuentes de trabajo cerca de su sitio de residencia, la facilidad del transporte público, el funcionamiento de jardines infantiles, son factores que inciden en la reducción del desempleo femenino en los sectores más vulnerables.

La mayor duración de la licencia de maternidad se planteó como un factor con posibilidad de incrementar la demanda laboral de las mujeres en edad fértil, sin embargo, no existen estudios confiables que demuestren las hipótesis, pues como se sabe, la licencia es asumida por la EPS

a la que se encuentren afiliada la trabajadora. En este aspecto, resulta conveniente la implementación de campañas educativas dirigidas a los empleadores, la búsqueda de consensos sociales e inclusive una mayor participación del Estado en el aumento de los jardines para menores, podrían convertirse en políticas públicas que contribuyen a que las mujeres decidan participar exitosamente en el mercado del trabajo.

Otras políticas públicas que se sugieren para disminuir las brechas en el empleo relacionadas con el género, se basan en adelantar campañas educativas para involucrar a los hombres en las tareas domésticas y en el cuidado de los hijos; recurrir a la contratación por horas y flexibilizar la jornada laboral; el incremento de modalidades como el teletrabajo; implementación de programas de asesoría laboral para ayudarlas en el análisis de la oferta de empleo; establecimiento de ayudas diferenciales en la educación que beneficien a las mujeres; acciones positivas encaminadas a la obtención de títulos técnicos y/o profesionales, erradicando las tasas de deserción; entrenamiento laboral y capacitación tecnológica para mujeres mayores de 40 años de edad (Arango y otros, 2013).

Esta breve incursión en los análisis económicos, jurídicos, sociales y culturales sobre las causas y consecuencias de las brechas en el empleo y en el salario existente entre hombres y mujeres, permite asegurar que se trata de una problemática de alta complejidad, que debe en primer lugar, reconocerse y estudiarse, para establecer cuál es su real dimensión. Con estas bases sólidas es indispensable emprender procesos de cambio de largo aliento tanto en políticas públicas como educativas y culturales. Es la sociedad en su conjunto, la que debe plantearse el reto de una revalorización de las actividades laborales, empezando por las domésticas, para otorgarles un reconocimiento justo.

La ratificación por parte del Congreso del Convenio de la OIT sobre trabajo doméstico es un gran avance, queda pendiente una deuda con las amas de casa, con las mujeres que realizan dicha actividad en beneficio de su propia familia, labor no remunerada y de la cual depende el éxito laboral de todos los integrantes de un hogar, que pueden vincularse al mundo laboral, cuando tienen resueltas las actividades básicas de la subsistencia: comida, aseo, ropa de trabajo, vivienda, etc. La incidencia en el producto interno bruto de la actividad doméstica no remunerada de las mujeres es inmensa y su parálisis podría desatar una catástrofe económica de proporciones no previstas. Cambios en los pensum educativo a todos los niveles y campañas amplias y masivas para lograr una nueva visión, según la cual, toda trabajo humano que

implique tiempo, actividad, energía, creación y que reporte bienestar al colectivo social, merece igual valoración y remuneración.

Estos justos logros de un sector tan oprimido y vulnerado, contrastan con los retrocesos en otros sectores y aspectos de la vida laboral, afirmación que se desprende del informe anual publicado por la Confederación Sindical Internacional (CSI). Colombia en el año 2017, figura en la lista de los 10 peores países del mundo, tanto por el desconocimiento de derechos laborales, como por los asesinatos de líderes sindicales y sociales. Aparece en un lamentable segundo lugar después de Bangladesh, y seguida por Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Guatemala, Qatar, Turquía, Corea del Sur, Filipinas y Kazajstán. Estos datos son productos de la aplicación de 97 indicadores internacional en 139 países. Es bueno recordar que a CSI pertenecen 181 millones de trabajadoras y trabajadores de 163 países y con 340 organizaciones afiliadas nacionales.

El informe resalta como positivo el proceso de paz en Colombia, pero se contrasta con la precaria situación que viven los trabajadores y las difíciles garantías para el ejercicio de los derechos de libertad sindical.

Este informe 2017 denuncia el incremento de la violencia y la represión contra el sector trabajador. “Negando a los trabajadores y trabajadoras la protección que garantiza la legislación laboral, se crea una mano de obra oculta, respecto a la cual tanto gobiernos como empresas eluden sus responsabilidades, especialmente para los trabajadores migrantes, del hogar y los empleados con contratos de duración determinada. En demasiados países, los derechos democráticos fundamentales están siendo socavados en aras de los intereses de las empresas” (Confederación Sindical Internacional, 2017. Recuperado de <https://www.ituc-csi.org/indice-global-de-los-derechos-2017>)

6. PRESTACIONES SOCIALES CON ENFOQUE DE DERECHOS

Durante la vigencia de la relación laboral la persona que presta los servicios personales, continuos y subordinados, recibe diversos pagos, así: salarios, sumas que no constituyen salario, vacaciones, indemnizaciones y prestaciones. Este acápite está referido a estos últimos pagos, que no encajan en ninguno de los grupos antes analizados. En efecto, las prestaciones sociales no son salario porque no retribuyen los servicios prestados como sí lo hacen los salarios; no son pagos cancelados unilateralmente y por liberalidad del empleador ni tampoco prestaciones extralegales pactadas como no salario; tampoco entran en los pagos que se realizan con ocasión del descanso anual obligatorio; ni constituyen una sanción para la empleadora. Se trata como lo reconoce la doctrina y la jurisprudencia colombiana de pagos tendientes a cubrir “los riesgos intrínsecos de la actividad laboral” (Sentencia C-892 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Los pagos correspondientes a las prestaciones sociales pueden realizarse en efectivo (pago de intereses a la cesantía) o en especie (dotación) o en servicios (escuelas y capacitación, etc), son en todo caso un mecanismo de seguridad social tendiente a cubrir los riesgos laborales del desempleo, la vejez, la salud y la vida del trabajador. “Estas prestaciones pueden estar a cargo del empleador o ser responsabilidad de las entidades de los sistemas de seguridad social en salud o en pensiones, o a cargo de las cajas de compensación familiar” (Sentencia C-892 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

6.1 Prestaciones a cargo del Empleador

Teniendo en cuenta que este texto se refiere a las relaciones de trabajo en el sector privado, corresponde en este acápite analizar aquellos beneficios legales cuya obligatoriedad se mantiene en cabeza de la empleadora, a diferencia de aquellos otros relacionados con la salud, la pensión, la sobrevivencia y los riesgos laborales, el subsidio familiar,

que fueron trasladados a organismos especializados (Fondos privados, Colpensiones, EPS, IPS, ARL, Cajas de Compensación), tanto de carácter público como privado y que constituyen el objeto de estudio de la seguridad social.

Las prestaciones a cargo de la empleadora se clasifican teniendo en cuenta el momento del disfrute y la fecha de su cancelación, así:

6.1.1 Durante la vigencia de la relación laboral

El empleador debe cancelar directamente a quien trabaja los valores correspondientes a la prima de servicios, el auxilio de transporte, la cesantía, los intereses a la cesantía y lo correspondiente a dotación (calzado y ropa de trabajo). A continuación se hará referencia a cada una de ellas.

6.1.1.1 Prima de servicio

En el sector privado, se trata de una prestación social por mandato expreso del Art. 306 Código Sustantivo del Trabajo, a diferencia de lo que ocurre en el sector público, donde se considera un factor salarial. La prima de servicios, consiste en el derecho a que se le reconozca a quien desempeña una actividad laboral, un monto equivalente a un mes de salario por cada año de servicios, liquidado por semestre vencido, así: un 50% a 30 de junio y el restante 50% a 30 de diciembre, o proporcionalmente por fracción de semestre. El salario base para la liquidación de esta prestación es el devengado en el último mes, si se trata de salario fijo o el promedio de lo devengado en el respectivo semestre, si se trata de un salario variable.

En sus orígenes se vinculó con la participación de utilidades que algunas empresas habían establecido en beneficio de sus colaboradores; sin embargo, teniendo en cuenta, que con la misma lógica, estos entes particulares, también socializaban las pérdidas, el legislador colombiano decidió en el numeral 2 del Artículo 306 equiparar esta prestación con la participación de utilidades exclusivamente.

El contenido de dicha norma reguló el otorgamiento de la prima de servicios con un carácter restringido, puesto que su reconocimiento se supeditó al monto del capital de la empresa, fijando para el año 1950 un monto superior a \$200.000 de capital empresarial, para el pago completo de la prima y para aquellas empresas con capital inferior, el pago se reducía a 15 días de salario, pagaderos, una semana a último día de junio y la otra semana hasta el 20 de diciembre.

Como resultado del proceso de devaluación de la moneda, en una economía inflacionaria, muy pronto fue creciendo el número de empresas obligadas a su reconocimiento, hasta que a partir de los años 80, dicha restricción sólo operaba para las familias frente a las trabajadoras domésticas, arguyendo como lo había sostenido la Corte Constitucional, que los hogares colombianos se distinguían de las empresas y por lo mismo, al tenor de lo ordenado en el artículo 306 tal mandato no les era aplicable.

Por medio de la sentencia C-034 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), al resolver una demanda de inconstitucionalidad, se declaró inexecutable la expresión “y no hubieren sido despedidos por justa causa”. La Corporación indicó que aunque la prima no es salario, si está vinculada al transcurso del tiempo laborado, es decir, que la obligatoriedad de su reconocimiento depende de la existencia de la subordinación.

Sin desconocer la autonomía legislativa para establecer sanciones y obtener resultados, como ocurre en el evento de premiar a quienes cumplen con sus obligaciones y sancionar a quienes no lo hacen, a juicio de la Corporación, el trato desigual que implica la pérdida del derecho a la prima de servicios, cuando la relación laboral termina por justa causa, la consideró desproporcionada, puesto que la persona despedida por esta razón, ya había sido sancionada con la pérdida de la indemnización y además porque no pagar la prima equivalía a retener dineros que ya hacían parte del peculio del trabajador, puesto que su origen es el paso del tiempo y la causa que deba origen al despido era posterior a dicha circunstancia. De esta forma, se independizó la causa del despido de la obligación de pagar la prima de servicios.

A partir de la sentencia C-042 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), la Corte Constitucional analizó el Art. 306 a la luz de la principalística constitucional laboral, declarando inexecutable la exigencia del trabajo durante por lo menos la mitad del semestre. En su lugar, se impuso la liquidación proporcional al tiempo laborado, salvaguardando el principio de igualdad en el ámbito laboral.

Siguiendo con su línea protectora, la sentencia C-100 de 2005 (M.P. Alvaro Tafur Galvis), estudiando la constitucionalidad de otros apartes del Artículo 306 declaró inexecutable la expresión “de carácter permanente” refiriéndose a la empresa, puesto que los accionistas o propietarios se obligan a respetar los mínimos laborales, sin tener en cuenta, el tiempo de permanencia de la empresa, el cual está sujeto a otros procedimientos a cargo del respectivo empleador.

Con ocasión de la sentencia C-825 de 2006 (M.P. Jaime Araujo Rentería), se avanzó en el sentido de generalizar el reconocimiento de la

prima de servicios a todos y todas las trabajadoras sin tener en cuenta la clase de vínculo laboral (permanente, ocasional, indefinido, término fijo, obra o labor determinada), y por lo mismo se excluyó del texto la expresión “excepto los ocasionales o transitorios” en cumplimiento del mandato de igualdad de oportunidades y de trato en el ámbito del trabajo.

Más adelante con ocasión de la sentencia C-871 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa), al decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el Art. 306 cuyo texto, después de los diversos pronunciamientos antes examinados quedó como se indica a continuación:

1. Toda empresa (de carácter permanente inexecutable sentencia C-100 de 2005 M.P. M.P. Rodrigo Escobar Gil) está obligada a pagar a cada uno de sus trabajadores, (excepto a los ocasionales o transitorios inexecutable sentencia C-825 de 2006 (M.P. Jaime Araujo Rentería), como prestación especial, una prima de servicios, así:
 - a). Las de capital de doscientos mil pesos (\$200.000) o superior, un mes de salario pagadero por semestres del calendario, en la siguiente forma: una quincena el último día de junio y otra quincena en los primeros veinte días de diciembre, a quienes hubieren trabajado o trabajaren todo el respectivo semestre, o proporcionalmente al tiempo trabajado, siempre que hubieren servido por lo menos la mitad del semestre respectivo, inexecutable sentencia C-042 de 2003) y no hubieren sido despedidos por justa causa, inexecutable C-034 de 2003).
 - b). Las de capital menor de doscientos mil pesos (\$200.000), quince (15) días de salario, pagadero en la siguiente forma: una semana el último día de junio y otra semana en los primeros veinte (20) días de diciembre, pagadero por semestres del calendario, a quienes hubieren trabajado o trabajaren todo el respectivo semestre; o proporcionalmente al tiempo trabajado (Siempre que hubieren servido por lo menos la mitad del semestre respectivo, inexecutable C-042 de 2003) y no hubieren sido despedidos por justa causa, inexecutable C-034 de 2003.
2. Esta prima de servicios sustituye la participación de utilidades y la prima de beneficios que estableció la legislación anterior”.

A juicio de los demandantes dicha disposición vulneraba el principio de igualdad en cuanto la expresión “toda empresa”, imposibilitaba el acceso del servicio doméstico al disfrute de este derecho. La Corte hace un importante recorrido sobre su línea jurisprudencial en torno a la prima de servicios y destaca que el hilo conductor ha sido el de

remover todos los obstáculos que discriminaba o establecían tratos discriminatorios entre las y los trabajadores colombianos.

La Corporación reconoció que la única distinción existente era la del servicio doméstico y precisamente en este aspecto concentra el análisis en el siguiente argumento: “(i) la prima de servicios tiene como propósito extender a los empleados una participación en las utilidades de la empresa; (ii) las familias no son empresas, así que no generan utilidades, y (iii) en consecuencia, no puede exigírseles el pago de la prima de servicios”. Inicia la evaluación recordando que la norma en comento surgió de la necesidad de superar los conflictos surgidos con el planteamiento de la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa y en consecuencia la sustituyó por una prima de servicios, que no toma en consideración las utilidades de una empresa, sino que se establece con base en el salario.

De otra parte los montos de capital empresarial establecidos en el año 50 fueron rebasados rápidamente debido al fenómeno inflacionario de la economía, volviendo nugatoria tal diferenciación.

De otra parte, desde la sentencia C-710 de 1996 (M.P. Jorge Arango Mejía), “(...) la prima de servicios no equivale sino que representa cierta forma de participación de los empleados en los beneficios que recibe una empresa a partir del desarrollo de su objeto social. Es decir, al potencial que tiene el trabajo para generar valor económico a quien lo contrata”. En ese sentido la familia o el hogar que contrata servicio doméstico, se beneficia de esta labor? Este interrogante lleva a la Corte a realizar una mirada retrospectiva sobre la invisibilización del trabajo doméstico, destacando su importancia fundamental en el beneficio general del grupo familiar. “(...) La forma en que ese trabajo no es apreciado, lleva a que al ser asumido por un tercero, se le atribuya menor valor del que merece, precisamente por la tendencia de la sociedad a desconocer su importancia económica. En ese orden de ideas, la invisibilización del primero comporta la infravaloración del segundo. El desconocimiento de la actividad como generadora de valor económico conlleva, además, bajos estándares salariales”.

La anterior situación implica la negación del valor económico que genera el servicio doméstico al permitir a la familia generar recursos por fuera del hogar, sino que además se desconoce su potencialidad de generar valor social. Para la Corporación:

Este aspecto se evidencia, principalmente, en la relación entre el trabajo doméstico y la economía de cuidado, pues los trabajadores domésticos asumen no solo el cuidado de las personas más vulnerables de la familia, sino también de los animales domésticos y de los

bienes y enseres de la casa de familia. En ese sentido el empleador de trabajo doméstico no solo recibe un valor económico, derivado de la oportunidad para generar sus propios ingresos por fuera del hogar, sino que percibe un valor social mucho mayor y normalmente desconocido.

Consecuente con estos planteamientos decidió declarar exequible el término empresa y conminar al Congreso de la República y al Gobierno Nacional para establecer leyes y políticas públicas tendientes a universalizar el derecho a reconocimiento y pago de la prima de servicios, incluyendo a los trabajadores y las trabajadoras domésticas.

Haciendo eco de estos avances jurisprudenciales, el legislador expidió la Ley 1788 de 2016 en virtud de la cual, las servidoras del servicio doméstico tienen derecho a esta prestación social en idénticas condiciones a las del resto del sector trabajador colombiano.

Así las cosas, la prima de servicios es una prestación establecida a favor de todas las personas que prestan servicios personales, subordinados y remunerados, sin ninguna excepción, la que equivale a un mes de salario por cada año de servicios, pagaderos por semestres vencidos a 30 de junio y 20 de diciembre, en proporción al tiempo efectivamente laborado dentro del respectivo semestre y con fundamento en el salario devengado por el o la trabajadora.

El Art. 308 del C.S. del T., permite compensar el monto de las primas convencionales o reglamentarias que reconozca el empleador, con el monto de la prima de servicios, obligándose únicamente al pago del mayor valor si fuere el caso.

Finalmente se debe recordar, que en caso de incumplimiento en el pago oportuno de la prima, a pesar de no existir norma expresa, bien puede recurrirse por analogía a la indemnización moratoria del Art. 65 del C.S. del T. prevista para la mora en el pago de salarios y prestaciones a la terminación del vínculo laboral o aplicar la indexación de los valores adeudados, a juicio del operador jurídico, con el objetivo de garantizar el pago de lo adeudado en pesos constantes.

6.1.1.2 Dotación de calzado y ropa de trabajo

Los antecedentes de esta prestación se encuentran en la Ley 136 de 1948, que ordenó a los empleadores la entrega de overoles de trabajo, es decir, se hacía referencia a hombres y a labores operativas. El decreto 1832 del mismo año, complementó el mandato, indicando que quienes devengaran menos de \$60 recibirían gratuitamente un par de

zapatos cada seis meses. El texto inicial del C.S. del T. fue modificado inicialmente por la Ley 3 de 1969, que hizo extensiva esta obligación de pago en especie para todas aquellas personas que devengaran menos de \$600. Finalmente fue el artículo 7° de la Ley 11 de 1984 el que derogó, modificó y complementó los artículos 230 a 235 del C.S. del T. estableciendo que esta prestación es obligatoria para todas las empleadoras, personas naturales o jurídicas, que tengan a su servicio uno o más trabajadores, siempre y cuando devenguen hasta dos salarios mínimos vigentes. Por lo mismo, aquellas personas cuyos salarios superen dicho monto están excluidas de recibir esta prestación, cuya finalidad es otorgar las mejores condiciones físicas para el desempeño de las funciones encomendadas.

El Decreto único reglamentario del sector trabajo 1072 del 2015 retomó la regulación de esta prestación prevista en el Decreto 982 de 1984 reglamentario de la Ley 11 de 1984 en los artículos siguientes:

2.2.1.4.1 que definió “(...) como calzado y vestido de labor el que se requiere para desempeñar una función o actividad determinada”, acorde con la labor y con el medio ambiente donde se presten los servicios; 2.2.1.4.2 referido al principio de favorabilidad cuando mediante “(...) convención o pacto colectivo o laudo arbitral, contrato sindical, contratado individual”, se haya acordado una prestación igual o similar a la establecida por la ley 11 de 1984; 2.2.1.4.3 donde consagró la prohibición de reclamar simultáneamente la prestación del Art. 7o. de la Ley 11 de 1984 y la establecida en este decreto; 2.2.1.4.4 sobre la exoneración a la empleadora de cumplir con esta prestación debido al no uso por parte de los beneficiarios de dicha dotación.

La ley precisó que las entregas se realizarían cada cuatro meses, a 30 abril, 31 de agosto y 20 de diciembre. Es responsabilidad de la empleadora adquirir el calzado y la ropa que más se adecúen a la naturaleza de la actividad contratada. Si la o el trabajador, no utilizan los elementos entregados, exoneran al empleador de realizar la próxima entrega, tal como lo ordena el artículo 233 del C.S. del T., adicionalmente la jurisprudencia de la Sala Laboral de la C.S. de J. enfatizó: (...) el objetivo de esta dotación es que el trabajador la utilice en las labores contratadas y es imperativo que lo haga so pena de perder el derecho a recibirla para el período siguiente (Sentencia con Rad. 10.400 de abril 22 de 1998 M.P. Francisco Escobar).

Con ocasión de la sentencia T-492 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) al resolver una acción de amparo por el no suministro de la dotación, precisó que esta prestación no surge en aquellos eventos en que no exista prestación del servicio, con independencia de la causa o circunstancia que justifican dicha situación, dijo al respecto: “Dado que

este suministro tiene por fin brindarle ropa adecuada al empleado para que realice su trabajo, es plausible la conclusión de que el empleado no tiene derecho a esa vestimenta cuando no ha realizado ninguna actividad”.

En el mismo fallo, la Corporación acepta la posibilidad de que mediante acuerdo libremente pactado entre la empleadora y sus trabajadores/as o su sindicato, se establezca que se realizarán menos entregas con la finalidad de mejorar la calidad de las mismas.

Ahora bien, si la empresa no cumple con esta obligación, es posible acudir a la vía judicial para forzar su cumplimiento y en el evento de terminación de la relación laboral, según la jurisprudencia laboral, el empleador no queda liberado de su observancia, puesto que si así se procediera, se lo estaría premiando por desconocer los mandatos legales, en estos casos, queda obligado a compensar en dinero y previo concepto pericial el valor adeudado.

En el fallo de la SL de la CSJ con Rad. 10400 de 15 de abril de 1998 (M.P. Francisco Escobar), antes citado se enfatizó en su obligatoriedad en los siguientes términos: “(...) el empleador incumplido deberá la pertinente indemnización de perjuicios, la cual como no se halla legalmente tarifada, ha de establecerla el juez en cada caso y es claro que puede incluir el monto en dinero de la dotación, así como cualquier otro tipo de perjuicios que se llegare a demostrar”. Sin embargo, durante la vigencia de la relación laboral no es posible compensar en dinero las entregas de ropa de labor y calzado no realizadas.

Una vez formalizada la entrega, dicha dotación pasa a ser propiedad del trabajador y el empleador en caso de finalización de la relación de trabajo, no puede exigir su devolución.

La Corte Constitucional a través de la sentencia C-710 de 1996 (M.P. Jorge Arango Mejía) indicó al respecto:

Se entiende que en el cumplimiento de esta obligación, el empleador debe respetar la dignidad del trabajador, suministrando elementos que no solo le permitan desarrollar en forma idónea su labor, sino que no pongan en ridículo su imagen. Por tanto, el calzado y el vestido que se entregan han de ser adecuados a la naturaleza del trabajo ejecutado, al medio ambiente en que este se desarrollará.

Finalmente debe precisarse que todas las personas que trabajan en beneficio de un tercero y devenguen hasta dos salarios mínimos deben recibir este pago en especie, sin ninguna excepción. Sin embargo, en el caso de los trabajadores ocasionales, accidentales y/o transitorios, cuyo término de duración es de un mes, no habría lugar al pago de este bene-

ficio, excepto que dicha relación se prolongue, caso en el cual, perdería su naturaleza de ocasional o transitoria. Obviamente esta prestación está sujeta a los términos generales de la prescripción.

El interrogante acerca de si esta prestación social puede compensarse con los elementos de trabajo (calzado, ropa de labor) que deben recibir ciertas personas para evitar los riesgos propios de su labor, es respondido por Cadavid y Vega (2013, 433) quienes sostienen al respecto: “En nuestro criterio consideramos que puede coincidir que el calzado y vestido de labor que se entrega al trabajador en virtud de lo consagrado en el artículo 230 del Código Sustantivo del Trabajo, con la obligación que tiene el empleador de suministrar igualmente los elementos necesarios de protección en razón de la naturaleza del trabajo que se realiza con el fin de minimizar los riesgos de un accidente de trabajo”, ejemplarizando con la ropa y el calzado que deben llevar quienes laboran a altas temperaturas con el fin de mitigar el calor, caso en el cual, dichos elementos equivalen al pago en especie de esta prestación.

Cosa diferente ocurre cuando la vestimenta no guarda relación con el salario devengado, sino con las políticas empresariales, que consideran parte de la buena imagen, fijar parámetros para la presentación del personal a su servicio, la cual ni está supeditada al salario, ni a las actividades encomendadas; se trata de una medida que traslada la identidad empresarial a la ropa, actitudes y conductas que deben asumir quienes laboran a su servicio. En este sentido, o bien la empresa asume el costo total de esta ropa o de común acuerdo se dividen los costos, que resultan beneficiosas para el personal, en cuanto evitan incurrir en gastos individuales y pueden convertirse en factores de segregación e inclusive discriminación. Para quienes devenguen hasta dos salarios mínimos esa dotación compensa el pago de la prestación en especie.

Aquellas empresas que unifican la presentación del personal a su servicio, no sólo realizan de manera contundente el principio de igualdad de oportunidades y de trato, sino que además tal política, mejora su competitividad y contribuye al reconocimiento e identidad de la empresa.

6.1.1.3 Auxilio de transporte

Al igual que la dotación, el auxilio de transporte es una prestación social establecida en favor de quienes devengan hasta dos salarios mínimos mensuales y se cancelan cada mes junto con el salario, atendiendo el monto establecido anualmente por el gobierno nacional.

Este auxilio se creó en Colombia por mandato de Ley 15 de 1959 limitándola a “(...) los municipios donde las condiciones del transporte

así lo requieran, a juicio del gobierno (Art. 2°)”, otorgando amplias facultades al ejecutivo para establecer exoneraciones totales o parciales, graduar el pago según las escalas salariales, número de trabajadores y patrimonio de la empresa, taller o negocio.

De manera expresa esta norma determinó que el auxilio de transporte no constituía factor salarial y se pagaría exclusivamente por los días trabajados. El Art, 4° permitió a los empleadores liberarse de esta carga, ofreciendo directamente el servicio gratuito para sus trabajadores (Jaramillo, 2004, 11).

La mencionada Ley 15 de 1959 fue reglamentada por medio del Decreto 1258 de 1959 y en el Art. 1° definió el Auxilio de Transporte como “La cuota que entregan a los trabajadores sus respectivos patronos, en los municipios que determine el gobierno”. En este decreto se determinó que este beneficio estaba condicionado al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Devengar hasta \$1.500 (Art. 2°)
- b) Residir en las ciudades de Bogotá, Medellín, Cali, Barraquilla, Cartagena, Manizales, Bucaramanga, Ibagué, Cúcuta, Palmira, Armenia y Tuluá (Art. 2°).
- c) Determinar el monto teniendo en cuenta la tarifa más baja de los vehículos colectivos de servicio público urbano del lugar donde se reside o labora y según el número de viajes que se realice diariamente (Art. 3°).
- d) Determinar que la distancia entre la casa de habitación del trabajador/ra y el lugar de trabajo sea de 1.000 metros o más (Art. 4°).
- e) Computar exclusivamente los días laborados (Art. 5°).
- f) Reconocer el valor de un pasaje en el evento en que deba tomar más de un transporte (Art. 5°).
- g) Abstenerse de cancelar el transporte correspondiente al medio día, en los eventos en que la empresa suministre alimentación en el sitio de trabajo (Art. 6°).
- h) Cancelar el auxilio mensualmente en las fechas en que se realiza el pago de salarios (Art. 7°).
- i) Si se trata de salario variable el auxilio se cancelará teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en el mes inmediatamente anterior (Art. 8°).

En el año de 1963 se profirió el Decreto 25 de 1963 que reglamentó la Ley 15 de 1959, el cual unificó el monto del auxilio de transporte

en la suma de \$30 monto que debía ser cancelado directamente por el empleador a los trabajadores públicos y privados que devengarán hasta \$1.500 en las ciudades de Bogotá, Medellín, Barranquilla y Cali y fijó el valor del auxilio en \$25 para quienes devengarán hasta \$1.500 en las ciudades de Armenia, Barrancabermeja, Bucaramanga, Buenaventura, Buga, Cartago, Cúcuta, Girardot, Ibagué, Montería, Palmira, Santa Marta, Tuluá, Villavicencio y Sevilla.

Diversos decretos expedidos con posterioridad se limitaron a actualizar el tope salarial y/o a elevar el monto del auxilio.

Dos normas merecen especial mención, el Decreto 698 de 1995 que determinó que en adelante el auxilio de transporte se cancelaría a quienes devengarán hasta dos veces el salario mínimo y el Decreto 3103 de 1997 que ordenó que el auxilio de transporte se pagaría en todos los lugares del país donde se preste este servicio público.

El Decreto 2210 de 2016 determinó: “Artículo 1°. Fijar a partir del primero (1°) de enero de dos mil diecisiete (2017), el auxilio de transporte a que tienen derecho los servidores públicos y los trabajadores particulares que devenguen hasta dos (2) veces el salario mínimo legal mensual vigente, en la suma de ochenta y tres mil ciento cuarenta pesos (\$83.140.00), que se pagará por los empleadores en todos los lugares del país, donde se preste el servicio público de transporte”.

En consecuencia con esta revisión normativa se concluye que el auxilio de transporte se cancela:

1. A quienes devenguen hasta dos salarios mínimos legales mensuales, excluyendo los valores recibidos por concepto de horas extras, trabajo en días de descanso y festivos.
2. Beneficia a todas las trabajadoras y trabajadores que laboren en todos los lugares donde exista el servicio público de transporte.
3. No se cancela el auxilio cuando el empleador presta de manera directa el servicio de transporte.
4. Cuando la empresa suministre el servicio de almuerzo, solo se cancela la mitad de dicho monto.
5. No hay lugar a cancelar este auxilio cuando no hay prestación del servicio ya sea en virtud de la suspensión del contrato, incapacidad médica, sanción disciplinaria, vacaciones, permisos sindicales, entre otros.
6. De manera excepcional el auxilio de transporte se incorpora al salario para efectos del reconocimiento y pago de la cesantía y los intereses a la cesantía.

Si la empleadora deja de pagar este auxilio se convierte en deudora del mismo, pudiendo ser cobrado judicialmente con los valores indexados. Este auxilio está sujeto a las prescripciones laborales generales.

6.1.1.4 Intereses a la cesantía

De acuerdo con lo ordenado por la Ley 52 de 1975 y su Decreto reglamentario 116 de 1976 esta prestación empezó a regir el 1º de enero de 1975, según su mandato, todos los empleadores están obligados a cancelar intereses del 12% anual sobre los saldos de cesantías adeudados a 31 de diciembre de cada año, o sobre los montos que resulten a la fecha de retiro definitivo, de liquidación parcial de cesantía o de cambio de régimen de cesantías (ley 50 de 1990).

Dichos intereses se cancelarán hasta el 31 de enero del año siguiente o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, o retiro de la trabajadora o trabajador, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del respectivo año. No se reconocen intereses sobre intereses (Art. 1º).

En los eventos de dos o más pagos parciales durante un mismo año, el cálculo de intereses será proporcional al tiempo transcurrido entre la fecha de la última liquidación y la inmediatamente anterior. Esta misma fórmula se aplica en el caso, de que él o la trabajadora se retiren en el mismo año en que recibieron pago de cesantías parciales (Art. 2º).

Si el empleador no paga los intereses dentro de los términos consagrados por la ley, se obliga a cancelar a título de indemnización y por cada vez que incumpla, una suma adicional igual al monto de dichos intereses, salvo los casos de retención autorizados por la ley (Art. 5º). Una vez realizada la liquidación y pago, el personal tendrá derecho a conocer el valor de la cesantía base de liquidación de los intereses, período que se reconoció de intereses y monto de los mismos.

Con la expedición de la Ley 50 de 1990 el numeral 2º del Art. 99, mantuvo el sistema al determinar: “El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente”.

En consecuencia, cualquiera que sea el sistema de cesantías al cual pertenezca la o el trabajador (Fondos o retroactividad), el empleador está obligado a reconocer un interés mensual del 1% sobre los saldos adeudados, es decir el 12% anual. Este valor se cancela directamente al trabajador a 31 de enero del año siguiente. En caso de muerte de la

o el trabajador, los intereses a la cesantía adeudados, se cancelarán a las mismas personas que se beneficien del auxilio de cesantía (Art. 3º).

La justificación de este pago radica por un lado, en el beneficio que deriva la empleadora por la administración de una reserva que realiza mes a mes y por otro, por cuanto dicha reserva es producto del trabajo que realiza la persona contratada, amén de asegurarle a la empresa el cumplimiento oportuno de un mandato legal.

Por esta razón, la jurisprudencia constitucional expresó: “Entendido así, el auxilio de cesantía, como un patrimonio que se va forjando día a día por el asalariado, y que permanece en poder de los empleadores mientras subsista el contrato de trabajo, la ley (Art. 1º Ley 52 de 1975) estableció a favor de los trabajadores particulares el reconocimiento de intereses anuales sobre las cesantías de los trabajadores del sector privado” (Sentencia C-310 de 2007 M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

En aquellos casos en que la relación laboral por cualquier causa, termine durante el curso del año, los intereses se liquidan por fracción de año, a razón del 1% mensual y proporcionalmente por fracción. Los intereses a la cesantía prescriben cada tres años, contados desde el 30 de enero de cada año.

El Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo, se profirió con la finalidad de compilar y racionalizar todas las disposiciones vigentes de carácter reglamentario, con el fin de ajustarlas a la realidad institucional y a la normativa vigente y en él se incluyeron las normas que regulan los intereses a la cesantía, esto es, la Ley 52 de 1975 y el Decreto 116 de 1976, así:

El Art. 2.2.1.3.9, retoma lo expresado en el Art. 20 de la Ley 52 de 1975 y ordena a los empleadores informar colectiva o individualmente al personal a su servicio, acerca del sistema empleado para liquidar los intereses, ordenándoles entregar junto con el comprobante los siguientes datos:

1. Monto de las cesantías tomadas como base para la liquidación;
2. Período que causó los intereses;
3. Valor de los intereses.

6.1.2 Prestaciones que se hacen exigibles al finalizar la relación laboral

La cesantía está clasificada por el legislador como una prestación social; sin embargo a diferencia de lo que ocurre con las prestaciones antes mencionadas que cubren riesgos surgidos durante la vigencia de la prestación de los servicios, la cesantía sólo se hace exigible al con-

cluir por cualquier causa el vínculo contractual. De allí que merezca un acápite especial.

6.1.2.1 La Cesantía: Antecedentes normativos y naturaleza jurídica

La cesantía desde su surgimiento ha sido objeto de análisis desde diversos enfoques jurídicos, económicos, políticos y sociales y según el marco de referencia acogido, se la catalogaba como indemnización, subsidio al desempleo, ahorro forzado o salario diferido.

La primera teoría que se acogió para justificar su obligatoriedad fue aquella según la cual, la cesantía se equiparaba con la indemnización y el monto de la misma pretendía compensar el desgaste sufrido por el o la trabajadora durante la vigencia de la relación laboral. Tal fue el carácter que le confirió la Ley 10 de 1934, la primera norma que en Colombia reguló sobre esta temática. Allí se fijó este auxilio para los empleados particulares con un carácter indemnizatorio puesto que estaba supeditado a que el despido no se originara en mala conducta o en incumplimiento del trabajador, con lo cual, se restringía a los casos de despido unilateral y sin justa causa. Cuando se independizó el pago de la cesantía de la causa de terminación de la relación de trabajo, la tesis indemnizatoria perdió su fuerza.

Con la expedición de la Ley 6 de 1945, el auxilio de cesantía se hizo extensivo a los trabajadores oficiales, manteniendo el carácter indemnizatorio para los eventos de ruptura injustificada de la relación laboral, lo que conduce a plantear que la cesantía se convertía en la práctica en una sanción para el empleador en los casos de despido carente de justa causa. De esta manera, la cesantía pretendía garantizar la estabilidad laboral de los trabajadores.

Con la promulgación de la Ley 65 de 1946 se insistió en que el auxilio de cesantía carecía de carácter sancionatorio, puesto que su reconocimiento y pago procedía a la terminación del vínculo laboral, cualquiera que fuese la causa del mismo.

Con la aprobación del Decreto 2663 de 1950 (C.S. del T.) el auxilio de cesantía se transformó en una prestación social y por lo mismo, se incluyó en el Cap. VII, del Título VIII sobre Prestaciones patronales comunes. El Código proferido durante el Estado de Sitio que fue adoptada como legislación permanente por medio de la Ley 141 de 1961, en el Art. 249 ordenó: “todo[empleador] está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año”.

Desde entonces está prestación, tal como lo indica su nombre, busca enfrentar el riesgo de quedar cesante, hasta lograr una nueva inserción en el mercado laboral. La debilidad de este planteamiento, se hizo evidente al evaluar diversos eventos, donde la persona cesante no pasaba a ser parte de los desocupados, sino que su retiro obedecía al logro de un nuevo contrato laboral con mejores condiciones y esta circunstancia no exoneraba del pago de la cesantía, puesto que su obligación se deriva del tiempo transcurrido en el trabajo y no de la circunstancia de quedar efectivamente excluido del mundo laboral, ya sea de manera temporal o definitiva.

Desde este parámetro legal, la base salarial para la liquidación era el último salario en caso de remuneración fija o el salario promedio del último año, para los eventos de salario variable, la liquidación de esta prestación alcanzaba rubros importantes, "(...) en este recurso encontraron una fuente de sostenimiento efectivo durante los períodos de desempleo, pero también un ahorro a corto y mediano plazo que les permitía acceder a la compra de la propiedad" (Romero y Cortés, 2014, 12).

Por esta razón se abrió paso la opción de realizar pagos parciales de cesantía durante la vigencia de la relación laboral, medida que por un lado, facilitó la adquisición de vivienda, por otro, contribuyó a desnaturalizar la prestación, a la tal punto, que en la actualidad la cesantía ya no tiene la capacidad de cubrir el riesgo del desempleo, puesto que está destinada a cubrir otros gastos urgentes en la cotidianidad; sólo un reducido grupo de trabajadores y trabajadoras conservan estos ahorros con tal finalidad.

Esta nueva cultura fue avalada por la Ley 50 de 1990, la que revolucionó el sistema de cesantías en Colombia, al pasar de la administración de dichos recursos por parte del propio empleador y con fundamento en el último salario devengado, a un nuevo sistema, que incluyó la liquidación anual con base en el salario del respectivo año y el traslado de dichos recursos a los Fondos Privados, siguiendo el modelo chileno, en un momento de auge del modelo aperturista en diversos países de América Latina (años 90), previa a la constituyente de 1991 y a la expedición de la Carta Constitucional de ese mismo año.

La mencionada norma modificó el régimen de cesantías del sector privado, no sólo para quienes se vincularan con posterioridad a la vigencia de la Ley (1° de enero de 1991), sino incluso para quienes tuvieron relación laboral vigente, al permitir el traspaso voluntario del antiguo sistema de la retroactividad al nuevo sistema de los fondos privados.

Tal regulación generó en la práctica la existencia paralela de tres sistemas: a) El sistema tradicional de la retroactividad regulado por el artículo 249 y ss. del C.S. del T. el que se aplica a todas las personas vinculadas antes del 1° de enero de 1991 y que no solicitaran el traslado al nuevo régimen, b) El sistema nuevo de la liquidación definitiva y anual a cargo de los Fondos Privados de Cesantía creados por la misma Ley 50 de 1990, al cual se someten con carácter obligatorio quienes se vinculen al mercado laboral a partir del 1° de enero de 1991 y los antiguos que libremente cambien de sistema y c) el sistema del salario integral que rige exclusivamente para quienes devenguen más de 10 salarios mínimos, más un factor prestacional del mínimo un 30% adicional al salario integral, aunque en determinados casos podría ser superior (caso de existencia en una empresa de prestaciones sociales extralegales).

El sistema de liquidación de cesantía consagrado en la Ley 50 de 1990, permite afirmar que en efecto, se trata de un salario diferido o de un ahorro forzoso. “(...) anualmente el trabajador coloca en su cuenta individual del fondo de cesantía el monto de su auxilio, el cual va generando intereses de acuerdo con los parámetros establecidos por las autoridades financieras, y más aún hoy en día, en que el trabajador puede escoger entre dos tipos diferentes de portafolios de inversión: uno a corto plazo y otro a largo plazo” (Baena y Márquez, 2013, 465).

La Corte Constitucional en sentencia C-823 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) se refirió a la naturaleza jurídica, significado e importancia de la cesantía como prestación social,

Bajo esta concepción el auxilio de cesantía se erige en una de las prestaciones más importantes para los trabajadores y su núcleo familiar, y en uno de los fundamentos más relevantes del bienestar de los mismos, en cuanto se considera el respaldo económico de sus titulares para el acceso a bienes y servicios indispensables para el mejoramiento de la calidad de vida de la población asalariada.

Entendido así, el auxilio de cesantía, como un patrimonio que se va forjando día a día por el asalariado, y que permanece en poder de los empleadores mientras subsista el contrato de trabajo, la Ley (Art. 1° Ley 52 de 1975) estableció a favor de los trabajadores particulares el reconocimiento de intereses anuales sobre las cesantías de los trabajadores del sector privado.

Esta regulación mantiene el carácter de prestación social del auxilio de cesantía, introduciendo un elemento adicional consistente en un sistema de ahorro forzoso de los trabajadores (...) se adscribe directamente al concepto de seguridad social, quedando en consecuencia amparado por los principios de eficiencia, universalidad y solida-

ridad que guían el servicio público obligatorio, y a su vez, derecho irrenunciable a la seguridad social”.

En tal medida, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el auxilio de cesantía es un derecho irrenunciable de todos los trabajadores que debe asumir el empleador, con el doble fin de que el empleado pueda atender sus necesidades mientras permanece cesante y además pueda, en caso de requerirlo, satisfacer otros requerimientos importantes como vivienda y educación.

En la sentencia C-310 de 2007 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), la Corte señaló que “la cesantía consiste en una prestación que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador, estableciéndose un mecanismo que busca, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro –en el caso del pago parcial de cesantía–, permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda”.

En la sentencia T-705 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), la Corte insistió en la importancia de esta prestación, dada su relevancia para el bienestar del o la trabajadora y su grupo familiar, al otorgar el respaldo económico requerido para el acceso a bienes y servicios. Agregó en el fallo en comento:

Adicionalmente, el auxilio de cesantía ha sido concebido como un patrimonio que se va forjando día a día por el asalariado, y que permanece en poder de los empleadores mientras subsiste el contrato de trabajo. En este orden de ideas, la legislación laboral ha previsto que la empresa pague al trabajador intereses sobre las cesantías, correspondientes al 12% anual sobre el valor de las cesantías liquidadas al 31 diciembre. Esta figura tiene como finalidad compensar la pérdida de valor del dinero por el tiempo transcurrido entre la causación de la prestación y su cancelación al trabajador.

Siguiendo con la evolución legislativa, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 estableció un nuevo régimen de cesantías anualizado y el sistema aplicable a las personas vinculadas con el Estado. Por otra parte, el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 acogió la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

La Sentencia T-008 de 2015 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), frente a la tutela propuesta por un maestro en contra de su empleador municipal determinó que:

(...) se halla plenamente demostrado que el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de las cesantías, los intereses de las mismas y la respectiva sanción moratoria por falta de afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales, por lo que, la administración debió cumplir con su obligación de asumir y reconocer sus prestaciones sociales, mediante procedimientos legalmente contemplados, como las adiciones presupuestales y no evadir su obligación, justificada en una supuesta prescripción de sus derechos, máxime cuando se dio un trato desigual al actor respecto de (...), a quien la (...) le reconoció el pago de la sanción moratoria de las cesantías.

En consecuencia, se tutelaron los derechos fundamentales del actor y se ordenó a la entidad pública liquidar y pagar las cesantías, intereses a las cesantías y sanción moratoria, por la no afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En la actualidad esta prestación está adscrita a la seguridad social (jurisprudencia constitucional), razón por la cual, la cesantía constituye un derecho irrenunciable del sector trabajador (Art. 53 de la C.P.), dado el carácter remuneratorio de una labor subordinada realizada al amparo de un contrato de trabajo.

6.1.2.2 Cambio de un régimen a otro

El Decreto 1072 de 2015 Único Reglamentario del Sector Trabajo, también recogió lo establecido por la Ley 50 de 1990 respecto a la posibilidad legal que tenían las personas con vínculo laboral generado antes de 1991, de cambiarse de manera voluntaria y expresa al nuevo régimen.

En efecto, en el Art. 2.2.1.3.11, recuerda que esta decisión libre y autónoma requiere de un escrito en el que con toda claridad se indique la decisión y la fecha a partir de la cual se acoge al nuevo sistema (Decreto 1176 de 1991, Art. 1) y cuál es el Fondo al que deben trasladarse tanto los montos adeudados a la fecha, como los que en el futuro se generen (Ordinal 3 Art. 99 ley 50 de 1990). Con esta comunicación la empleadora procede a efectuar la liquidación definitiva de la cesantía, al igual que sus intereses, sin que esta operación afecte la continuidad laboral.

Los intereses por el contrario, se entregarán directamente al trabajador dentro del mes siguiente a la fecha de liquidación del auxilio de cesantía, conforme a lo establecido en la Ley 52 de 1975. En el Art. 2.2.1.3.14 del Decreto único reglamentario del sector trabajo, reitera que una vez formalizado el cambio de régimen, esta decisión es irrevocable y sus efectos irreversibles.

6.1.2.3 Cómo se liquida y paga el auxilio de cesantía

El artículo 249 del C. S. T. dispone que todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año. En ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Ninguna empleadora en Colombia está exenta de reconocer esta prestación social, cuyo derecho nace anualmente y se liquida a 31 de diciembre de cada año.

El salario base para la liquidación de cesantía es el devengado por quien trabaja, adicionado con todos los factores salariales (salario en especie, comisiones, porcentajes, trabajo suplementario, trabajo en días de descanso y festivo y valor del auxilio de transporte).

Cuando se trate de un salario variable (el que sufrió cambios en los últimos tres meses), es necesario recurrir al salario promedio (doce meses anteriores a la liquidación) y con dicho monto proceder a su liquidación, a razón de un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.

En el sistema tradicional la liquidación se hace con base en último salario devengado (con todos sus factores y el auxilio de transporte) multiplicado por todos los años de servicio, contados desde la fecha de vinculación hasta la de terminación, restando los lapsos de suspensión de la relación laboral, por cualquiera de las causas contempladas en el artículo 51 del C.S. del T. y por el tiempo en que dicha suspensión haya operado.

Este procedimiento fue sistematizado por el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, indicando que la liquidación de cesantía se realizará acogiendo lo estipulado en los artículos 249 y siguientes del C. S. del T. (Decreto 1176 de 1991, Art. 3º).

6.1.2.4 ¿Qué hacer con los montos resultado de la liquidación?

En los eventos del sistema de retroactividad, el monto de cesantía determinado a 31 de diciembre de cada año, es la base para la liquidación de los intereses a la cesantía que deben ser cancelados directamente al trabajador, hasta el 30 de enero del año siguiente. Por el contrario, el valor de la cesantía continúa en poder del empleador quien mantiene su administración hasta la terminación del vínculo o hasta que el Ministerio de Trabajo autorice un pago parcial de la misma.

Para quienes pertenezcan a los fondos de cesantías, el monto liquidado es la base para el cálculo de los intereses a la cesantía que se cancelan al o la trabajadora hasta el 30 de enero del año siguiente,

pero a diferencia del anterior sistema, le corresponde al empleador depositar hasta el 14 de febrero del año siguiente, el valor de la cesantía al fondo privado elegido por su beneficiario, con cuyo valor se abrirá una cuenta de ahorros de carácter personal, obligándose el Fondo de que se trate a remitir información y cancelar unos intereses según los términos acordados.

Al respecto y con motivo de la sentencia de la SL de la CSJ con Rad. 39396 de 1 de marzo de 2011 (M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez), la Corporación asumió el tema de la prescripción de este derecho, estableciendo con toda claridad que “(...) el auxilio de cesantía que no fue consignado en la oportunidad prevista en la ley, esto es, antes del 15 de febrero del siguiente año, no se encuentra afectado por el fenómeno jurídico de la prescripción en vigencia de la relación laboral, así la ley disponga que su liquidación sea anual, habida consideración que para efectos de su prescripción debe contabilizarse el término desde el momento de la terminación del contrato de trabajo, que es cuando verdaderamente se causa o hace exigible tal prestación social, en los términos del artículo 249 del C.S. del T.”.

Los argumentos que respaldaron la anterior decisión hicieron referencia a que sólo cuando termina la relación laboral, es cuando el trabajador o la trabajadora pueden disponer libremente de estos ahorros. Entretanto, el acceso o pago parcial está condicionado al cumplimiento de unas condiciones y unos procedimientos puntuales (Arts. 249, 254, 255 y 256 del C.S. del T., 102 ordinales 2-3 y 104 inciso último de la Ley 50 de 1990, y artículo 4° de la Ley 1064 de 2006).

La sentencia se detiene en el análisis del artículo 99 de la citada Ley 50 de 1990, concluyendo que los cuatro primeros numerales establecen que la prescripción del auxilio de cesantía, solo empieza a contarse desde la terminación del contrato de trabajo. En efecto, el numeral 1° determina que el 31 de diciembre de cada año el empleador debe hacer la liquidación del auxilio de cesantía correspondiente al año calendario respectivo o por la fracción de este, sin perjuicio de la que debe efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo. El numeral 2° dispone que el empleador deberá cancelar los intereses a la cesantía a la tasa del 12% anual o proporcional por fracción sobre el monto liquidado de la cesantía. El numeral 3° obliga a consignar en un fondo antes del 15 de febrero del año siguiente la cesantía correspondiente al año anterior a la fracción de éste. Si el empleador no efectúa la consignación, deberá pagar un día de salario por cada día de retardo. Y el numeral 4°, indica que si a la terminación del contrato de trabajo existieren saldos no consignados deberá pagarlos directamente al o la asalariada, con los intereses respectivos.

Es decir, la reforma cambió la forma de liquidación de la cesantía, pero no su exigibilidad ni prescripción que continúa generándose a la finalización del vínculo contractual. Agregó la Corte: “Por lo anterior, conforme a la norma de marras, la obligación de consignar para el empleador, es como se acaba de anotar, debiendo de buena fe consignarle en el respectivo fondo lo que le corresponda en forma completa a favor del operario. De modo que si no lo hace, deberá someterse a la condigna sanción por la mora, sin que jamás ese incumplimiento se traduzca en un perjuicio y sanción para el trabajador (...)”

Si bien la buena fe se presume y debe en todo caso probarse la mala fe, cuando no existan elementos que justifiquen el desconocimiento de las obligaciones laborales y de los tiempos señalados para su cumplimiento, deviene la sanción moratoria como una forma de castigar a los empleadores morosos y resarcir los daños sufridos por aquellas personas cuyo principal ingreso es el derivado del trabajo subordinado.

6.1.2.5 Sanción por no depósito oportuno

El Decreto 1176 de 1991, art.5, reglamentario de la Ley 50 de 1990, creó para el nuevo régimen anualizado de pago del auxilio de cesantía, una sanción por no depósito oportuno (antes del 15 de febrero) de los montos adeudados, equivalente a un día de salario por cada día de retardo.

Sin embargo, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia 08001233100020120009101 (18992014), del 12 de octubre de 2016 (C.P. Sandra Lisset Ibarra), reiteró mediante sentencia unificadora, que en los eventos en que la mora se extienda por más de un periodo, esto es, cuando el empleador incumpla su obligación de efectuar la consignación correspondiente a anualidades sucesivas, se genera una única sanción. Dicha sanción opera desde el primer día que incurrió en mora hasta cuando se produzca el pago de la prestación. Por esta razón, no puede liquidarse de manera independiente la sanción por no depósito por cada uno de los años adeudados, acogiendo como base salarial la correspondiente al último año.

La Corporación previó que dicha sanción económica se causa hasta que el monto se consigne o se realice el pago efectivo y directo, como ocurre con la cancelación de la cesantía parcial en los términos establecidos por la ley, o cuando haya lugar al pago de las cesantías definitivas por terminación del vínculo laboral.

La Sala Laboral de la C.S. de J. en sentencia con Rad. 53793 de 17 de marzo de 2017 (M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz), recordó que la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es

decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud.

Del mismo modo, cabe destacar, que en lo referente a la sanción por la no consignación al fondo de cesantías consagrada en el numeral 3° art. 99 de la Ley 50 de 1990 es criterio de la Sala que, al igual que la del artículo 65 del CST, por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador. En el caso en comento y dado que la sociedad demandada no justificó el no depósito, se procedió a la condena de un día de salario por cada día de mora.

6.1.2.6 Pérdida del derecho al auxilio de cesantías

El Art. 250 del C.S. del T. reguló las circunstancias que pueden originar la pérdida del derecho al auxilio de cesantía, eventos que el legislador listó con carácter taxativo, así:

- a) Todo acto delictuoso cometido contra el patrono o sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad, o el personal directivo de la empresa.
- b) Todo daño material grave causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo.
- c) Cuando el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio grave para la empresa.

En estos casos el patrono podrá abstenerse de efectuar el pago correspondiente hasta que la justicia decida.

Como puede deducirse del texto son hechos graves por las consecuencias que pueden acarrear a la persona de la empleadora o de la empresa, los que pueden justificar el no pago. Sin embargo, la frase final del inciso 2° “hasta que la justicia decida” indica que debe mediar denuncia penal y apertura de la investigación respectiva. El obviar este trámite podría dar lugar a la indemnización moratoria prevista en el Art. 65.

En el evento de producirse una sentencia condenatoria el o la asalariada pierden el derecho a este auxilio; la misma suerte les cobija a los intereses a la cesantía por ser accesorios a la obligación principal. Si por el contrario, la sentencia es absolutoria, la empleadora a partir de ese momento incurre en mora por no pago.

6.1.2.7 Pago de cesantía definitiva en vigencia de la relación laboral

La ley laboral contempla algunos eventos en que es posible la liquidación y la cancelación definitiva de la cesantía en vigencia de la relación laboral, tal como ocurre con lo regulado en el Art. 255 con aquellos trabajadores llamados a prestar el servicio militar, a quienes el empleador debe pagar la totalidad de lo adeudado por cesantía, a pesar de que conforme al Art. 51 ordinal 5. Del C.S. del T., la relación sólo se suspende temporalmente.

El otro evento se encuentra consagrado en el Art.60 ordinal 4, sobre sustitución de empleadores, caso en el cual, el legislador autoriza el pago definitivo de las cesantías por todo el tiempo laborado hasta el momento de la sustitución “como si se trata de retiro voluntario, sin que se entienda terminado el contrato de trabajo”, puesto que de manera expresa el Art. 68 determina que la sola sustitución no extingue, suspende, ni modifica los contratos de trabajo.

6.1.2.8 Pago definitivo de la cesantía por terminación de la relación laboral

Al terminar por cualquier causa la relación de trabajo, la empleadora está en la obligación de incluir en la liquidación lo adeudado por concepto de cesantías ya se trate de personas pertenecientes al régimen de la retroactividad o tradicional o al de los fondos o de liquidación anual.

Realizada la liquidación del auxilio de cesantías al igual que los intereses, se procede a entregarlos directamente al o la trabajadora. Los fondos de cesantías exigen fotocopia del documento de identificación y prueba sumaria de la terminación del contrato (carta de la empresa en que informa sobre la terminación del contrato o la aceptación de la renuncia, indicando el nombre completo, el documento de identificación y el tiempo laborado). Si se trata de una empresa en liquidación debe adjuntarse además una carta suscrita por el liquidador y el certificado de la Cámara de Comercio sobre la designación del liquidador. En el evento de empresas ya liquidadas, es necesario expresar en la petición que se desconoce la ubicación del empleador y el certificado de la Cámara de Comercio, donde conste o bien la liquidación o la no renovación de la matrícula mercantil.

6.1.2.9 Pago parcial de cesantías

Por mandato expreso del Art. 254 se prohíben los pagos parciales de cesantía durante la vigencia de la relación laboral con excepción de los casos expresamente autorizados, los cuales están consagrados en el artículo 256 relacionado con la adquisición, mejora o liberación de bienes raíces destinados a vivienda, cuyo monto no puede exceder del requerido en dichos casos.

El Decreto 1373 de 1966, Art. 8, inc. 1º. Autorizó a los empleadores para realizar préstamos a sus trabajadores sobre el auxilio de cesantía para estos mismos fines. Al igual que a adelantar planes de vivienda, financiados total o en parte con préstamos o anticipos sobre el auxilio de cesantía. También los trabajadores podrán, exigir el pago parcial para realizar planes de vivienda con el apoyo de entes oficiales, semioficiales o privados.

El Decreto 2076 de 1967, Art. 1, especificó las inversiones u operaciones que podían adelantarse con el producto del pago anticipado de la cesantía:

1. Adquisición de vivienda con su terreno o lote;
2. Adquisición de terreno o lote solamente;
3. Construcción de vivienda, cuando ella se haga sobre lote o terreno de propiedad del trabajador interesado, o de su cónyuge;
4. Ampliación, reparación o mejora de la vivienda de propiedad del trabajador o de su cónyuge;
5. Liberación de gravámenes hipotecarios o pago de impuestos que afecten realmente la casa o el terreno edificable de propiedad del trabajador, o su cónyuge, y
6. Adquisición de títulos de vivienda sobre planes de los empleados o de los trabajadores para construcción de las mismas, contratados con entidades oficiales, o privadas.

El artículo 102 de la Ley 50 de 1990, estableció que un trabajador afiliado a un fondo de cesantías, podrá retirar las sumas que han sido abonadas a su cuenta en los siguientes casos:

1. Cuando termine el contrato de trabajo. En este evento la Sociedad Administradora entregará al trabajador las sumas a su favor dentro de los cinco días siguientes a la presentación de la solicitud.
2. En los eventos en que la legislación vigente autoriza la liquidación y pago de cesantía durante la vigencia del contrato de trabajo. El valor

de la liquidación respectiva se descontará del saldo del trabajador desde la fecha de la entrega efectiva.

3. Para financiar los pagos por concepto de matrículas del trabajador, su cónyuge, compañera o compañero permanente y sus hijos, en entidades de educación superior reconocidas por el Estado. En tal caso el Fondo girará directamente a la entidad educativa y descontará el anticipo del saldo del trabajador, desde la fecha de la entrega efectiva”.

También fue reglamentado el tema por el artículo 6° del Decreto Reglamentario 2791 de 1991 que dispuso:

“El trabajador que solicite el pago parcial del auxilio de cesantía para financiar los pagos por concepto de matrículas del trabajador, su cónyuge, compañera o compañero permanente y sus hijos, en entidades de educación superior reconocidas por el Estado, deberá acreditar ante la respectiva sociedad administradora los siguientes requisitos:

1. Nombre y NIT de la entidad de educación superior.
2. Copia de la resolución o del acto administrativo mediante el cual el Ministerio de Educación autorizó su funcionamiento.
3. Certificación de la institución educativa en la que conste la admisión del beneficiario, el área específica de estudio, el tiempo de duración, el valor de la matrícula y la forma de pago.
4. La calidad de beneficiario, esto es, la condición de cónyuge, compañera o compañero permanente o de hijo del trabajador, mediante la presentación de los registros civiles correspondientes o partidas eclesiásticas, según el caso, así como con declaraciones extra juicio en el evento en que el beneficiario sea compañero o compañera permanente.
5. Valor de la matrícula”.

Cualquier pago realizado por fuera de estas circunstancias se considera improcedente y en consecuencia para efectos legales, se tiene por no realizado, constituyéndose en una grave sanción para el empleador que paga por fuera de las excepciones legales.

Teniendo en cuenta las disposiciones antes transcritas, aquellas personas que iniciaron su relación de trabajo con posterioridad a 1991 y pertenecen al sector privado, deben realizar el trámite tendiente a obtener el pago de la cesantía parcial ante el respectivo fondo administrador de cesantías y no ante el empleador. Esta interpretación fue corroborada por el Ministerio del Trabajo, mediante concepto 62629

del 04 de marzo de 2010, en el que expresó: “(...) no se le puede pedir a la empresa un retiro parcial, pues no tiene facultad legal para ello ni maneja recursos de este tipo. La obligación de la empresa es consignar cada año las cesantías a los fondos, nada más. Cualquier trámite relacionado con las cesantías, debe ser realizado por el empleado ante el fondo de cesantías, quien es el que le administra sus cesantías” (Niño, M. (2013). Recuperado de <http://www.activolegal.com/web/index.php/noticias/actualidad/418-noticia260313n1>).

El anterior concepto guarda armonía con el mandato contenido en el Art. 254 del C. S. del T. que prohíbe el pago anticipado de cesantías en el régimen de liquidación anual por parte del empleador. Por medio del concepto 10240-T207173 de 26 de febrero de 2010, el Ministerio del Trabajo, argumentó: “(...) si bien no existe una norma que expresamente prohíba que el empleador entregue a los trabajadores el valor correspondiente al auxilio de cesantía con el fin de financiar estudios superiores, para éste, su cónyuge o compañera permanente y/o sus hijos, la normativa a la fecha vigente, solamente contempló que para esa destinación, será el Fondo de Cesantías quien gire tales sumas directamente a la entidad educativa(...)”. (Niño, M., 2013). Recuperado de <http://www.activolegal.com/web/index.php/noticias/actualidad/418-noticia260313n1>).

En consecuencia con las normas y conceptos antes mencionados, es procedente afirmar que en la actualidad toda empleadora debe abstenerse de efectuar pagos parciales de cesantía al sector asalariado perteneciente al sistema de Fondos de Cesantías. La petición correspondiente, la causal invocada y los procedimientos deben ceñirse a las prescripciones legales. El pago que realice el empleador contrariando tales ordenamientos carece de efecto jurídico, en perjuicio del patrimonio de la empresa.

La Ley 1429 de 2010 de formalización laboral en su afán de suprimir los trámites excesivos en distinto aspectos de la vida laboral, suprimió la autorización del Ministerio de Trabajo para el retiro parcial de cesantías. En consecuencia si se trata de alguien perteneciente al sistema tradicional el pago lo hace directamente el empleador previa la demostración de la causa invocada y si se trata del alguien perteneciente al sistema de la Ley 50 de 1990 el pago lo realizará el respectivo Fondo, previa la constancia del empleador de verificar y vigilar la utilización de las cesantías que realice el peticionario, en todo los casos. Las actividades de control sobre la utilización de las cesantías otorgadas al empleador, han causado resistencias por considerarlas una intromisión en la vida íntima de las personas.

Procedimiento para el pago parcial de cesantía.

1. Retiro para adquisición de vivienda. Solicitud de la persona interesada, copia del contrato de compraventa, certificado de libertad y tradición del inmueble, fotocopia de la cédula de ciudadanía de las partes contratantes.
 - 1.1 Retiro para adquisición de vivienda con subsidio. La cuenta debe estar inmovilizada por este concepto, la carta de la Caja de Compensación Familiar donde lo señala como beneficiario/a, fotocopia del documento de identidad. Sin estos documentos no se le puede pagar por este concepto.
2. Retiro para Construcción y remodelación. Solicitud de la trabajadora o el trabajador, certificado de libertad y tradición que pruebe la propiedad, diseño y costos de la obra suscrito por un arquitecto, ingeniero o maestro de obra debidamente autorizado, fotocopia de las cédulas de los contratantes.
3. Retiro para Liberación de vivienda. Solicitud de la interesada o interesado, documento donde conste la existencia del gravamen hipotecario o la orden judicial de embargo y/o remate de bienes, monto adeudado, fotocopia de la cédula del peticionario.
4. Retiro para educación superior. Certificado original (comprobante de pago) de la matrícula de la institución, este comprobante debe contener, el nombre de quien se matricula (afiliado o beneficiario), valor de la matrícula, nombre de la carrera, semestre que va a cursar, registro civil que demuestre el parentesco, autorización escrita para cancelar directamente a dicha entidad educativa, nombre y NIT de la entidad de educación superior.
 - 4.1 Para realizar pago a Icetex, es necesario adjuntar el estado de cuenta, el nombre del estudiante, valor de la deuda y el valor a pagar.
 - 4.2 Cuando se trata de estudios de diplomados, se debe probar que dicho curso forma parte del pensum académico del programa que adelanta.
5. Retiro para compra de acciones. Solicitud del trabajador/a en que exprese su interés en adquirir acciones indicando: Apellidos y nombres completos del afiliado y documento de identidad, monto de las Cesantías que va a destinar para tal fin, razón social de la entidad vendedora de las acciones o de la entidad comisionista de bolsa, autorización del afiliado para que el Fondo de Cesantías entregue los dineros a la entidad vendedora y el comprobante de adjudicación de acciones expedido por la entidad vendedora de las acciones .

Además de estos requisitos, los empleados del sector público requieren resolución o acto administrativo y si la empresa es de trabajo asociado el afiliado debe presentar carta de la empresa autorizando el retiro.

Para aquellas personas que devengan salario integral, se requiere un escrito de la empresa donde indique la existencia del salario integral y la fecha a partir del cual éste opera. Los trabajadores y trabajadoras independientes, simplemente deben adjuntar su documento de identificación.

El auge en Colombia de la figura del leasing habitacional regulado por la Ley 795 de 2003 reglamentada por el Decreto 1787 de 2004, se trata de un instrumento destinado a la adquisición de vivienda familiar, en virtud del cual una entidad autorizada entrega a un locatario la tenencia de un inmueble destinado exclusivamente a vivienda familiar a cambio de un pago mensual, durante un plazo previamente establecido, al vencimiento del cual, el bien regresa a su propietario o se transfiere al locatario, si este hace uso de la adquisición pactado en su favor (Art. 3°), caso en el cual el pago no podrá ser superior al 30% del valor comercial del bien, de donde resulta que los cánones mensuales representan el 70% del costo comercial de dicho inmueble.

Esta posibilidad de adquisición de vivienda no está prevista en la legislación laboral como alternativa para solicitar el pago de la cesantía parcial, sin embargo, se plantea por doctrinantes del derecho laboral, que éste no es un argumento para cerrar esta posibilidad de adquisición de vivienda. Se sugiere solicitar el pago parcial con una declaración juramentada del o la trabajadora en el sentido de informar que habita un inmueble destinado a adquirir vivienda familiar, a la cual se adjuntó el contrato de leasing donde conste acerca de la modalidad habitaciones para vivienda familiar con opción de compra para el locatario (Valdivieso, 2008, 25 y 26).

6.2 Protección al Cesante

Según lo establecido en la Ley 1636 de 2013 aquellas personas que por diversas razones se encuentran por fuera del mercado laboral, tienen derecho a una protección como “cesantes”, cuya finalidad es contribuir a reducir los efectos negativos de la pérdida del empleo, procurando su pronta reinserción al mercado ocupacional, sin menoscabo de la dignidad humana y a través de la formalización laboral.

Le compete al Ministerio del Trabajo, las Cajas de Compensación Familiar y el Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección

al Cesante (Fosfec), la administración de estos recursos en beneficio de quienes perdieron su trabajo como dependientes o independientes ya sea en el sector público o privado.

La condición de beneficiarios está condicionada a la comprobación de los siguientes requisitos de acceso: 1) Si fueron dependientes, deben demostrar con una certificación la fecha de la terminación de la relación laboral, 2) Ser afiliado de una Caja de Compensación Familiar. Para quienes estaban afiliados a la fecha de vigencia de la ley, esto es junio 2013, no hay necesidad de trámites, opera automáticamente. En caso contrario, debe probar que cotizó como dependiente al menos 1 año continuo o discontinuo en los últimos tres años, 3) Inscribirse en cualquiera de los servicios de empleo y realizar los trámites para la consecución de un nuevo empleo, 4) Inscribirse en cualquiera de los programas de capacitación del SENA, 5) Para acceder a los beneficios monetarios debe además a) contar con un ahorro voluntario equivalente al 10% del salario para quienes devengan hasta dos salarios mínimos o del 25% si devengan más de dos salarios mínimos. Este ahorro debió hacerse en las mismas Cajas con miras a garantizar este mecanismo de protección.

Si se trata de trabajadores independientes a quienes se les terminó el contrato de prestación de servicios, se requiere: 1) Adjuntar una certificación sobre la finalización de dicho contrato, 2) Ser afiliado a una Caja de Compensación y haber realizado aportes durante dos años continuos o discontinuos por tres años, 3) cumplir con los demás requisitos exigidos a los dependientes.

Los beneficios a los que acceden son los que se enlistan a continuación: a) aportes durante seis meses con base en el salario mínimo al sistema de seguridad social en salud y pensiones, b) cuota monetaria de subsidio familiar por máximo seis meses, c) apoyo permanente en el proceso de búsqueda de empleo, d) capacitación de conformidad con las orientaciones del gobierno nacional, e) beneficio monetario para quienes tengan ahorro voluntario en cuantía proporcional al monto de los ahorros, f) Traslado de los montos de la cesantía al sistema pensional al que pertenezcan.

Los anteriores beneficios son temporales, no obstante pueden perderse antes cuando los beneficiarios no respeten los procedimientos establecidos, ni atiendan los procesos de capacitación, búsqueda de empleo u opciones de trabajo. El espíritu de la norma es benéfico y su pretensión es brindar el acompañamiento que requiere el cesante hasta lograr su reinserción al mercado ocupacional. Es urgente difun-

dir ampliamente las posibilidades creadas por la ley, para generar una cultura solidaria con el cesante. Dadas las limitaciones temporales de estas garantías, se abre paso el llamado Piso de Protección Social, al que se hace referencia en el siguiente acápite (Díazgranados, L., 2013)

6.2.1 Piso de protección social

No es posible concluir esta temática sin abordar uno de los temas más interesantes y controvertidos del momento, el piso de protección social (PPS), sobre el cual existen convencidos defensores y serios opositores.

Lo primero es precisar que el PPS tiene su fundamento en los Arts. 22 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que a la letra establecen:

Artículo 22.- Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Artículo 25.- 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.

Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

De conformidad con tales mandatos y como respuesta a los altos índices de desprotección e informalidad de la población económicamente activa en nuestros países, donde 4 de cada 5 personas en el mundo carecen de seguridad social, haciendo nugatorio tales derechos fundamentales y generando responsabilidades a los Estados y sociedades comprometidos con las cartas universales de derechos humanos, surgió la propuesta del Piso de Protección Social (PPS) como una meta de carácter universal.

En este sentido, el PPS implica el facilitar el acceso de los sectores más vulnerables a la seguridad social. Le compete a la OIT promover la realización de esta propuesta, cuya realización está condicionada a las

transferencias económicas que garanticen el acceso universal a los servicios médicos esenciales y seguridad de ingresos para la subsistencia.

Esta iniciativa surgió en el año 2009 en la Junta de Jefes Ejecutivos del Sistema de las Naciones Unidas. La OIT y la Organización Mundial de la Salud (OMS) lideran la iniciativa, con el apoyo de 19 agencias de las UN. Bancos de desarrollo, organizaciones bilaterales y ONG's, se han sumado a esta propuesta humanitaria. El Pacto Mundial para el Empleo, acogido por la Conferencia Internacional del Trabajo de 2009, incluyó el PPS, en la convicción de que en épocas de crisis, son los sistemas de seguridad social, los que permiten enfrentar y superar tales afrentas, circunstancia que se corroboró a nivel universal. Por tal razón se requiere entender que la seguridad social, es un requisito *sine quanon* del crecimiento económico, antes que una carga social. Así las cosas, el gran reto de la hora presente, es el funcionamiento de sistemas de seguridad social sostenibles, con coberturas básicas y universales, sobre cuya base se pueda ir mejorando y ampliando los niveles de protección.

El gran interrogante surge en torno a la viabilidad de financiar el PPS en países de recursos escasos. Según estudios de la OIT esto es factible si se trazan políticas claras y de crecimiento paulatino, con fundamento en el convenio 102. La OIT se comprometió no sólo con la implementación de la propuesta, sino que contribuye también con la capacitación y el asesoramiento para la aprobación y puesta en marcha de políticas públicas encaminadas al logro del PPS.

“Muchos países en desarrollo han adoptado medidas con éxito. Entre ellos, México, Brasil y Chile. Argentina, China, India, Tailandia, Ghana, Mozambique y Sudáfrica introdujeron elementos importantes como prestaciones familiares, acceso a la educación y a los servicios de salud. Camboya, Ecuador, Burkina Faso, Togo y Benin se comprometieron a crear sus propios Pisos de Protección Social” (OIT, (2010) La Iniciativa del Piso de Protección Social OIT-ONU. Recuperado de http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/features/WCMS_141821/lang-es/index.htm)

6.2.1.1 Piso de Protección Social y perspectiva de género

Estudios conjuntos realizados por el PNUD, ONU Mujeres y la OIT, están interesados en implementar los PPS con perspectiva de la igualdad de género, la que debe visibilizarse en las políticas sociales y en las iniciativas gubernamentales.

En República Dominicana se puso en marcha con el apoyo de las organizaciones ya mencionadas, un estudio tendiente a redefinir el PPS

basado en la desigualdad socioeconómica y de género a lo largo del ciclo vital de una persona, con la pretensión de garantizar la universalidad desde un enfoque de derechos humanos. Se pretende evaluar los programas existentes con miras a identificar todas las situaciones discriminatorias basadas en el sexo de las personas, promoviendo en su lugar aquellas propuestas que busquen su transformación para alcanzar la equidad de género.

La propuesta tiene como marco de referencia la Recomendación núm. 202 de OIT, según la cual, los PPS deben garantizar al menos cuatro aspectos: 1) bienes y servicios esenciales de atención en salud, 2) seguridad básica del ingreso para la niñez, 3) seguridad básica del ingreso de personas en edad activa que no obtengan ingresos suficientes, 4) seguridad básica de ingreso para los adultos mayores. Esta primera iniciativa espera convertirse en modelo a nivel mundial sobre PPS con perspectiva de género. (PNUD Republica Dominicana (2013-2014) Recuperado de http://www.do.undp.org/content/dominican_republic/es/home/operations/projects/womens_empowerment/piso-de-proteccion-social-y-genero.html)

6.2.2 Situación del Piso de Protección social en América Latina y Caribe

En el año 2014 en la última década, la OIT publicó los resultados de una investigación acerca de los avances en materia de protección social entre países latinoamericanos y caribeños. Los hallazgos dan cuenta de la existencia de un paradigma según el cual, la protección social es un derecho así y un elemento fundamental del modelo de desarrollo. Por lo mismo, la mayoría de Estados, implementaron políticas públicas tendientes a mejorar su cobertura, ya sea mediante la consolidación de los programas contributivos de seguridad social, como de la extensión de los programas subsidiados, afirmación que se valida con el creciente número de países (10) de la región que ratificaron el Convenio 102 de 1952.

No obstante estos avances, aún existe una alta franja urbana y especialmente rural sin acceso a la protección social, esto es, sin seguros familiares, ni de desempleo. Aunque los porcentajes de pobreza e indigencia se han reducido en los años corridos del siglo XXI, la desigualdad es uno de los retos más urgentes por superar.

De otra parte, la aprobación de la Recomendación núm. 202 por la OIT en 2012 adoptó una “estrategia bidimensional” de la protección social, que abarca: 1) una dimensión horizontal de cobertura, que se refiere a la cantidad de personas y 2) una dimensión vertical de extensión de la cobertura, referida a la cantidad y calidad de las prestaciones

ofrecidas por cada país, indicando que al menos cuatro prestaciones deben ser garantizadas a todas las personas:

1. acceso universal a servicios esenciales de salud;
2. seguridad básica del ingreso para los niños;
3. seguridad básica del ingreso para personas en edad activa y que no puedan obtener ingresos suficientes, en caso de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez;
4. seguridad básica del ingreso para las personas de edad.

En ese contexto, la propuesta del PPS tiene la finalidad de contribuir a la universalización de la seguridad social. Las conclusiones del informe pueden sintetizarse:

- a. Los programas y las políticas de protección social deberían estar adecuadamente coordinadas a nivel político y técnico, nacional y local. Esto se refiere especialmente a la coordinación entre programas contributivos y no contributivos y a la combinación entre prestaciones monetarias y servicios.
- b. Determinar las brechas existentes en la cobertura para formular prioridades y objetivos nacionales. Estos deberían ser incluidos en los planes (de desarrollo) nacionales.
- c. Los programas y políticas de protección social deberían basarse en derechos y ser sostenibles, estar establecidas legalmente.

6.2.3 Piso de Protección Social en Colombia

A partir del año de 1991, el Estado colombiano consagró la seguridad social como un derecho humano universal, irrenunciable y de obligatorio cumplimiento, cuyos principales desafíos pasaban por mejorar la cobertura en sentido horizontal y vertical, e implementar paulatinamente leyes y políticas públicas para hacer realidad las cuatro prestaciones consagradas en la Recomendación 202 de 2012. En esa perspectiva la Ley 100 de 1993 acabó con la dispersión y la existencia de regímenes privilegiados de seguridad social, en busca de un sistema igualitario, incluyente y de crecimiento continuo en cantidad y calidad de los servicios, abriendo las posibilidades para que el sector privado hiciera parte del nuevo sistema de seguridad social, con la aquiescencia de algunos sectores y la abierta oposición de otros.

Casi 10 años después, la Ley 798 de 2002, creó el sistema de protección social del país en el horizonte de incrementar la cobertura de los programas de protección social. El régimen subsidiado otorgó 8

millones 700.000 cupos en salud para los sectores más vulnerables, aumentó los programas de cuidado, protección y nutrición para los niños, adolescentes y adultos mayores y mediante Familias en Acción se beneficiaron 2.4 millones de familias en distintas regiones del país (2011). Sin embargo, aún se mantiene la concentración de los ingresos y las brechas entre los beneficiarios y entre las regiones. Los programas eje de esta política son los siguientes:

1. Acceso a servicios de atención de salud esenciales

El sistema de salud colombiano promueve la equidad en la atención de la salud de la población, asegurando la calidad independientemente de la forma de afiliación (beneficiario/a, subsidiado, adscrito) y de la capacidad de pago. En la actualidad el Sistema General de Seguridad Social en Salud cubre a 97 de cada 100 colombianos (accesibilidad), destacándose por la calidad de los servicios (disponibilidad), y el plan de beneficios (aceptabilidad y adaptabilidad).

No obstante, los hechos de los últimos años relacionados con la corrupción y la ineficiencia (Saludcoop, Cafesalud) han afectado el sistema de salud generando desconfianza y falta de credibilidad en el sistema.

2. Seguridad básica del ingreso para los niños y niñas

El programa Familias en Acción, bajo la dirección de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, tiene como eje central, familias indígenas en situación de desplazamiento y familias en situación de pobreza, que tengan a su cargo a menores de 18 años de edad, a las que se apoya económicamente, transmitiéndoles periódicamente unos montos incentivando la capacitación, capaz de romper los círculos de la pobreza intergeneracional. La mayor fortaleza del programa es el incremento de la asistencia escolar de los menores en el sector rural.

Por su parte, el programa Hogares Comunitarios de Bienestar (HCB), cubre en la actualidad 1.089 de los 1.103 municipios y beneficiando a más de un millón de niños menores de 5 años, pertenecientes a los sectores más vulnerables de la sociedad, situados en zonas marginadas de centros urbanos y zonas rurales. Este programa otorga becas a “madres comunitarias” (madres pertenecientes a la misma comunidad) que reciben en su vivienda a niños y brindan así a los niños atendidos cuidado, afecto, educación inicial y alimentación.

El Programa Desayunos Infantiles –programa de asistencia alimentaria para niños de 6 meses a 5 años de edad–, busca contribuir a su

seguridad alimentaria y nutricional; el programa Restaurantes Escolares apoya, mediante un complemento alimentario a los niños entre 5 y 17 años que asisten a la escuela.

Todos estos programas buscan dar respuesta a la garantía básica de seguridad básica del ingreso para los niños del piso de protección social en Colombia.

3. Seguridad básica del ingreso para las personas en edad activa que no pueden obtener ingresos suficientes

En este punto se pretende que todas las personas durante su ciclo de vida, puedan gozar de una seguridad del ingreso, beneficio que debe guardar armonía con las políticas de empleabilidad, formalización del empleo, compromiso con empleos decentes y apoyo a la iniciativa privada. En Colombia, desde 2003 entró en vigencia el subsidio para el desempleo. Actualmente, el monto del subsidio de desempleo es de un salario y medio mínimo legal mensual vigente, el cual se divide en seis cuotas mensuales para cubrir los aportes a salud, y/o alimentación y/o educación, a criterio del beneficiario, quién además tiene la posibilidad de acceder a cursos formativos para acceder al mercado laboral. El programa Empleo en Acción, impulsa la contratación temporal para la construcción de infraestructura comunitaria en zonas urbanas de bajos ingresos, ayudó a reducir la proporción de beneficiarios desempleados, y amortiguó la caída en el consumo de los hogares beneficiarios, aunque cabe tener en cuenta que la brecha de ingresos de esta población beneficiaria, con respecto a la línea de pobreza, sigue siendo considerable.

Además, la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional (Acción Social) ha venido desarrollando a partir del 2005 Programas de Generación de Ingresos para la población en situación de desplazamiento con un enfoque de auto sostenimiento, basado en la dignidad y la restitución de los derechos de los hogares afectados, buscando su inserción social y económica en los lugares de origen o de reubicación.

El Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) tiene como función misional contribuir a la formación para el trabajo mejorando el acceso al mercado laboral de los sectores más vulnerables, en especial el sector rural. De igual forma, trabaja en estrecha alianza con el sector empresarial, comunitario y tecnológico, unificando esfuerzos en el objetivo común del mejoramiento de la calidad de vida de la población colombiana.

4. Seguridad básica del ingreso para las personas de edad

El Sistema General de Pensiones, creado por la Ley 100 de 1993, ampara las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte. El sistema general de pensiones es esencialmente contributivo con un componente solidario a través del Fondo de Solidaridad Pensional, que beneficia de manera temporal a aquellos trabajadores que no cuentan con los ingresos para cubrir sus aportes. Desde la expedición de la Ley 100 de 1993 se puso en marcha la pensión asistencial a favor de adultos mayores de 65 años y en situación de pobreza extrema o indigencia, a quienes se les otorga hasta el 50% del salario mínimo mensual.

En consecuencia al próximo gobierno le corresponde asumir responsabilidades para hacer realidad el PPS, mediante: 1) superar las brechas entre los distintos beneficiarios, entre los departamentos y municipios logrando una verdadera coordinación horizontal y vertical de los programas sociales con mirar a alcanzar la cobertura integral e inclusiva de la población colombiana, 2) mejorar la calidad y cantidad de los servicios del sistema de salud, 3) ampliar la cobertura de las pensiones de vejez de tal suerte que se incluya a toda la población que se encuentra fuera del sistema, 4) mejorar los programas de transferencias a los desempleados y la capacitación para el trabajo.

Es importante mencionar “El Programa Nacional de Equidad Laboral con Enfoque Diferencial de Género (PEL)”, como una iniciativa que se articula con la Política Pública Nacional de Equidad de Género para las Mujeres- CONPES Social 161 de 2013. Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Social/161.pdf>. Este programa busca potenciar la igualdad y la no discriminación por razones de género en el ámbito laboral y a su vez, generar mayores oportunidades laborales para las mujeres y con ello fomentar su bienestar y desarrollo.

Esta iniciativa involucra a instituciones públicas y organizaciones privadas a través de cuatro líneas de acción, dentro de espacios de diálogo social para generar condiciones de equidad en el sector trabajo del país:

1. Propender hacia la prevención de discriminaciones e inequidades en el ámbito laboral por razones de género.
2. Fomentar la reducción de brechas de desempleo entre hombres y mujeres, así como la segregación laboral de género.
3. Impulsar la reducción de la informalidad concentrada en las mujeres.

4. Generar mecanismos de monitoreo y seguimiento a indicadores de brechas de género en el mercado laboral.

Finalmente, debe destacarse el Decreto Ley 899 de 2017 mediante el cual se adoptaron medidas económicas y sociales para la reincorporación económica, social, colectiva e individual de los integrantes de las FARC, estableciendo en el Art. 8º una renta básica equivalente al 90% del salario mínimo, que se otorgará durante 24 meses a quienes carezcan de cualquier otro ingreso. Este apoyo podrá prorrogarse si se demuestra que se encuentra en proceso formativo y que no cuenta con ninguna otra fuente de recursos.

Como puede fácilmente deducirse el enfoque de derechos humanos y la perspectiva de género no es un snob o una preocupación puramente intelectual, se trata por el contrario, de una urgencia y de una deuda con la histórica invisibilización de las mujeres y con el trato desigual que se le otorgó durante varias centurias y que aún en la actualidad y pese a lo que podría pensarse, aún existen sectores que se resisten a la implementación del trato igualitario, lo mismo que al reconocimiento de los derechos laborales como derechos humanos.

7. CONCLUSIONES: ENFOQUE DE DERECHOS Y PERSPECTIVA DE GÉNERO PARA LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO LABORAL INDIVIDUAL

Comenzar el siglo XXI con la clara convicción de que los derechos laborales son derechos humanos y que los derechos humanos comprometen a todos los seres por nuestra propia esencia, a todos los gobiernos que se ubican en la civilidad y a todos los colectivos sociales que consideren que la convivencia pacífica se fundamenta en el respeto mutuo, en la diversidad y en la tolerancia, se convierte en la mejor garantía para evitar que los graves atropellos de épocas pretéritas se repitan.

En un mundo global cada vez más homogenizado y avasallador, las conquistas civilizatorias del trabajo como un valor, principio y derecho inalienable, deben ser respetadas dondequiera que surjan. En ese sentido, las Normas Internacionales del Trabajo (NIT) resultan esperanzadoras y organismos como la OIT, las UN, la OEA y los Tribunales Regionales e Internacionales, tienen mucho que aportar en aras de lograr una globalización por y para el ser humano. Comprender y asimilar la afirmación sobre los derechos laborales como derechos humanos, nos coloca en una vía adecuada para el aprendizaje del Derecho Laboral, desde un enfoque de derechos.

El derecho al trabajo como derecho humano de carácter fundamental abarca diversas dimensiones: una individual que se concretiza en el derecho que tiene toda persona a trabajar como una forma de dignificar su existencia y proyectarse socialmente. En esta esfera, la universalización del desempleo y la imposibilidad de abolirlo, se convierte en una afrenta contra la dignidad, la paz y la justicia social. El incremento de las tasas de desempleo en todos los continentes sin consideración a los niveles de desarrollo alcanzado por los diferentes países, demuestra que se trata de un fenómeno macro-estructural, cuyas repercusiones no

se han valorado en toda su complejidad en cuanto genera obstáculos frente a las obligaciones inmediatas de los Estados tendientes al cumplimiento del elemento de la disponibilidad. El desempleo estructural afecta de manera grave y directa el enfoque de derechos humanos y no por eso, puede admitirse la salida fácil de desatender los compromisos internacionales y constitucionales. La acción y el compromiso estatal y empresarial son esenciales en la búsqueda permanente de justicia social como garante de la paz.

El trabajo humano es la principal fuente de riqueza de las sociedades, cuyas modalidades, formas, estructuras se han transformado de manera inimaginable, a tal punto, que de las características de la relación clásica, van quedando pocas. No obstante esta verdad, también es cierto que el trabajo como actividad humana consciente y libre merece total protección y reconocimiento y, es en ese contexto que deben valorarse los compromisos estatales de accesibilidad. Durante muchos siglos a la mitad de la humanidad, las mujeres, se le impidió el acceso al trabajo, mejor a determinados trabajos, a aquellos que gozan de valor económico y social, aduciendo diferentes justificaciones de carácter histórico, religioso, filosófico, biológico, físico e inclusive protectorio. Lentamente pero con absoluta claridad sobre la justeza de su reclamación las mujeres fueron removiendo todos los obstáculos normativos y en su lugar alcanzaron leyes que reconocieron sus derechos, en especial, los derechos laborales de las mujeres.

El Marco jurídico internacional (CEDAW, Belém do Pará, los Convenios específicos de la OIT sobre equidad de género), los postulados contenidos en la Constitución Nacional de 1991 sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y la protección Especial a la Maternidad, la Mujer y el Menor, al igual que los pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes y las tímidas pero cada vez más contundentes sentencias de las y los jueces locales, evidencian que el camino de la equidad de género es conveniente y necesario. La hora presente reclama profesionales del derecho, administradores y administradoras de justicia y en general autoridades públicas que transversalicen la equidad de género en todas sus actuaciones. Nada de eso será posible si las Facultades de Derecho no forman al estudiantado en la perspectiva de género, de tal forma, que sea posible un aprendizaje integral, porque las normas jurídicas sí tienen género (García, J., 2000). Recuperado de [y](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1992-10001300042_ANUARIO_DE_FILOSOF%26%23833%3B_DEL_DERECHO_%BF%20Tienen_sex0Las_normas?:_Temas_y_problemas_de_la_teor%EDa_feminista_del_Derecho.)

es nuestra obligación como integrantes del mundo académico, ubicarlas y develarlas.

En ese sentido puede afirmarse que el siglo XX fue el siglo de la accesibilidad al derecho del trabajo por parte de las mujeres. Estos logros no sólo dieron respuesta al querer femenino, sino también a las necesidades del mercado laboral que reclama una fuerza laboral cada vez más capacitada y comprometida. Igualdad de oportunidades y de trato es la mejor expresión de la accesibilidad laboral.

Desde el enfoque de derechos la disponibilidad y accesibilidad del derecho al trabajo se garantizan con la posibilidad real de acceder al trabajo sin restricciones ni discriminaciones. La principalística laboral consagrada en la Constitución de 1991, la declaración del trabajo como derecho humano fundamental, las condiciones dignas y justas, la libertad de trabajo, la igualdad de oportunidades, la estabilidad, la irrenunciabilidad, la favorabilidad en la interpretación y aplicación de las normas laborales, la primacía de la realidad, la protección especial a la maternidad, la buena fe, el mínimo vital, entre otros, constituyen el marco referencial del ordenamiento jurídico laboral. La abundante jurisprudencia constitucional y de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le han otorgado dinamismo a dichos postulados y a su vez, estos principios han orientado los fallos judiciales, ahora comprometidos con el logro de la justicia material. Las críticas que desde la orilla del derecho legislado se han formulado al derecho judicial como intérprete de los principios, han originado un importante debate nacional rico en argumentos y objeciones. El derecho judicial y los principios son una realidad del ordenamiento jurídico colombiano, cuyo estudio y reflexión crítica resulta innegable y urgente.

Una segunda dimensión del trabajo es la relacionada con los derechos en el trabajo, con lo cual se da respuesta a los componentes de aceptabilidad, calidad y adaptabilidad reclamados desde el enfoque de derechos. La relación laboral vista a través de tres grandes momentos: El ingreso, la permanencia y la terminación contribuyen a la evaluación de los avances y a la denuncia de los obstáculos y vacíos que aún persisten. La integralidad del aprendizaje jurídico laboral se logra en la medida en que sea posible contrastar el texto frío de la norma, con el llamado “derecho real”, aquel que resuelve problemáticas de la vida cotidiana.

El primer momento del ingreso da origen a la relación de trabajo cuyos orígenes contractualistas fueron puestos en tela de juicio desde mediados del siglo XX. Los elementos clásicos de toda relación laboral, actividad personal, subordinación y remuneración son afectadas por

figuras como el teletrabajo, el trabajo a domicilio, el trabajo en misión, el trabajo asociado, los contratos de prestación de servicios, todos los cuales, plantean retos novedosos al entendimiento y alcance de la relación laboral en el mundo actual.

La figura del empleador ya sea en forma directa o como contratista, subcontratista, empresa de servicios temporales, la sustitución de empleadores, la intermediación y la tercerización, obligaron a revisar críticamente el *ius variandi*, sus potencialidades para el impulso empresarial y los peligros frente a los derechos de las y los trabajadores.

Durante el segundo momento, la permanencia, se presentan vicisitudes como la suspensión del trabajo, sus causas y consecuencias, al igual que las incapacidades y el denominado fuero de salud, las obligaciones y las prohibiciones legales y reglamentarias, las cuales se convierten en la antesala del tercer momento, la terminación de la relación laboral.

Todo vínculo contractual tiene dos extremos temporales, el de inicio y el de terminación, al cual se puede acceder por distintas vías, unas pacíficas (la renuncia, el vencimiento del término pactado, la pensión, el mutuo consentimiento) y otras polémicas (la terminación unilateral con justa causa por parte de la empleadora o por parte de quien presta el servicio aduciendo justa causa imputable a la empleadora y la terminación unilateral sin justa causa sin indemnización). La jurisprudencia de las Altas Cortes recurriendo a los principios del trabajo, desató diversos conflictos por el irrespeto al debido proceso, el derecho de defensa, la doble instancia y demás garantías que ayudan a enfrentar la arbitrariedad y la subjetividad.

Las indemnizaciones a que da origen la terminación del vínculo del trabajo se han ampliado y diversificado gracias a los diversos pronunciamientos constitucionales y a las reclamaciones de quienes han resultado afectados por decisiones inconsultas, arbitrarias e injustas, que ocasionan diversos daños, desde el lucro cesante y daño emergente, la mora, los daños morales y los daños fisiológicos, circunstancias que permitieron ubicar las falencias normativas, las interpretaciones tendenciosas y los vacíos normativos, que es urgente superar.

El contrato del servicio doméstico, debe conservar su denominación de especial, en cuanto a su origen, evolución y significado social, antes que por las diferencias regulatorias, puesto que los cambios normativos, exigen un cambio mental y cultural que otorgue a las labores de cuidado, el reconocimiento social y económico que se merecen, dada su injerencia en la equidad de género y la paz colectiva.

Los temas del salario, la jornada laboral y el descanso, como ejes de la actividad laboral expresan las aspiraciones de justicia, equidad y satisfacción de los y las trabajadoras. La existencia de normas internacionales específicas sobre salario, jornada y descanso demuestra que se trata de temas que ocupan la atención de los organismos internacionales debido a los efectos en la calidad de vida de todo conglomerado social. Recibir un salario justo, trabajar durante una jornada que permita hacer compatible la vida laboral con la vida familiar y social y disponer de tiempos de descanso, diarios, semanales y anuales, se convierten en una meta alcanzable y necesaria.

Preocupaciones referidas a las brechas existentes en salarios y jornada entre hombres y mujeres, como expresión de la vulneración al principio de igualdad de oportunidades y de trato, demuestran las falencias de los ordenamientos jurídicos laborales, donde aún existe una grave distancia entre los avances formales y las situaciones reales. La equidad de género es uno de los objetivos transversal del desarrollo sostenible y una meta a alcanzar al año 2030. Conocer y empoderar los derechos es la mejor contribución hacia el logro de este propósito universal.

Reconocer a la cesantía el carácter de prestación social no sólo genera un sistema de ahorro obligatorio para quienes trabajan, sino que la adscriben al concepto de seguridad social, con lo cual los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad les son aplicables.

En el mundo globalizado con amplios grupos sociales marginados, el Piso de Protección Social se presenta como una propuesta para enfrentar los graves índices de desprotección e informalidad de la población económicamente activa. Se trata de una estrategia para facilitar el acceso a la seguridad social de los sectores más vulnerables. La OIT asumió el liderazgo de esta iniciativa humanitaria. El Pacto Mundial para el Empleo (2009) incluyó el PPS, en la convicción de que en épocas de crisis, son los sistemas de seguridad social, los que permiten enfrentar y superar tales afrentas, circunstancia corroborada universalmente.

El Derecho Laboral no está en crisis, todo lo contrario, su existencia, conocimiento e implementación son fundamentales para la vida social y el afianzamiento de la paz. El trabajo humano es la principal fuente de riqueza de las naciones y de las personas. Su realización en cualquier forma, tiene la potencialidad de dignificar la vida y otorgarle un sentido, razones más que suficientes para comprometer a los Estados Constitucionales de Derecho con su protección desde el enfoque de derechos y con perspectiva de género.

La crisis de credibilidad que afronta la rama judicial por los actos de corrupción de algunas personas que hacen parte de este sector, no puede servir de fundamento para descalificar los avances constitucionales, normativos y jurisprudenciales, los cuales obedecen a la fuerza ética de los acuerdos universales, a los mandatos del constituyente primario y a las reclamaciones de justicia material de la ciudadanía colombiana. Los precedentes judiciales no pierden su carácter vinculante porque uno o varios de los magistrados ponentes resulten inmersos en la comisión de actos ilícitos, de la misma manera que las leyes no pierden su obligatoriedad porque varios congresistas se encuentran privados de la libertad. La corrupción debe combatirse de una manera directa, rigurosa y drástica, su sombra no puede afectar la legitimidad y legalidad del ordenamiento jurídico, de cuya solidez depende el éxito de la lucha contra dicho flagelo.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ariza, G. (2012). De inapelable a intolerable. Violencia contra las mujeres en sus relaciones de pareja en Medellín. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Aguilar, R. y Dresdner, J. (1987-1998). La evolución de la discriminación salarial por género en Chile. Universidad de Concepción. Departamento de Economía.

Anker, R. (1997). La segregación profesional entre hombres y mujeres. Repaso de las teorías. OIT. Revista Internacional del Trabajo. Vol. 116. N° 3.

Arango y otros, (2013). Sub empleo por ingresos y funcionamiento del mercado del trabajo en Colombia. En: Revista Desarrollo y sociedad. Bogotá. Universidad de los Andes.

Baena, G. y Márquez, M (2013). Auxilio de Cesantía. En: Compendio teórico práctico del derecho del trabajo, Bogotá: LEGIS

Cabanellas, G. (1968). Tratado de Política Laboral y Social Tomo III. Buenos Aires. Editorial Heliasta.

Cadavid, C. y Vega, S. (2013). Calzado y overol para trabajadores y protección a la maternidad. En: Compendio teórico práctico del derecho del trabajo, Bogotá: LEGIS

Cornish, M. (2008). Asegurando la igualdad de pago para el trabajo femenino, beneficio para todos. Seminario Internacional “Igual pago para trabajo de igual valor”. Santiago, Chile: OIT.

Corpus Iuris Canonici (1234-1916). L'Abbé, Droit Canon, París, 1859.

Convención Americana sobre Derechos Humanos,

Cámara de Comercio de Bogotá (1991). La reforma Laboral. Bogotá.

Díaz, R. (2011). Presentación. En: Criterios de equidad para una administración de justicia en perspectiva de género. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

Díaz, E. (2015). La desigualdad salarial entre hombres y mujeres. Santiago: Estudios de la Dirección del Trabajo.

Díazgranados, L. (2013). Mecanismo de protección al cesante en Colombia. En: Actualidad Laboral y Seguridad Social. No. 180. Bogotá: LEGIS.

Estrada, S. (2011). Los principios jurídicos y el Bloque de constitucionalidad. Sello editorial Universidad de Medellín.

Fuentes, J., y otras (2005). Discriminación salarial por género en Chile: una mirada global. Universidad de Chile. Departamento de Economía. Estudios de Economía. Vol. 32 N° 2.

González, P. (1992). El diferencial de ingresos entre hombres y mujeres: Teoría, evidencia e implicaciones de política. Colección Estudios N° 34. Santiago, Chile: Cieplan.

Goyes, I.; Montezuma, S. (2012). Informe regional. Derechos humanos de las mujeres y justicia de género en Nariño. En: Memoria 1° Encuentro Nacional de Investigadores en Asuntos de Género. Bogotá: Alta Consejería Presidencial para la equidad de la mujer.

Goyes, Hidalgo (2012). Principios del derecho colectivo del trabajo. Pasto: Universidad de Nariño.

Goyes, Hidalgo (2007). Principios del derecho laboral: Líneas Jurisprudenciales. Pasto: Universidad de Nariño.

Goyes, Hidalgo. Principios de la seguridad social en salud. Pasto: Universidad de Nariño.

Goyes, Hidalgo. Principios de la seguridad social en pensiones. Pasto: Universidad de Nariño.

Goyes, Hidalgo. Principios y Riegos Laborales (2016) Principios del derecho procesal del trabajo. Pasto: Universidad de Nariño.

Goyes, I.; Hidalgo, M. "Coordinación, parasubordinación o subordinación en los CAPS". Encuentro Regional Red de Investigaciones Jurídicas y Socio-Jurídicas. Pasto, 2015.

Jaspers, T. (2009). Flexiseguridad: ¿Es la respuesta acertada a la modernización del derecho del trabajo? Una perspectiva holandesa. En: Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: Una aproximación crítica. Madrid, Editorial Bomarzo.

Jaramillo, H. (2004). Anotaciones al auxilio de transporte. En: Revista Actualidad Laboral, No. 122, Marzo-Abril 2004. Bogotá: LEGIS.

Manrique, J. (2013). Introducción al concepto de derecho del trabajo y su vínculo con las formas de trabajo independiente, para subordinado y autogestionario. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Ministerio de la Protección Social, Resolución 2436 de 2007.

Ministerio del Trabajo. Concepto 10240-T207173 de 26 de febrero de 2010.

Ministerio del Trabajo. Concepto 62629 del 04 de marzo de 2010.

OIT. Lexartza, L.; Chaves, M. & Carcedo, A. (2016). Políticas de formalización del trabajo doméstico remunerado en América Latina y el Caribe. Lima: Oficina Regional Para América Latina y el Caribe.

OIT, 91ª. Reunión (2003). Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo

OIT, 93ª. Reunión (2005). Informe III (Parte 1B). Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Ochoa M., B. (1981). Contrato individual del trabajo. Bogotá: Facultad de Derecho, Universidad Libre.

Pérez, J. (2004). Estabilidad en el empleo. Madrid: Editorial Trotta.

PNUD. (2015). Curso Conflicto y Construcción de Paz. Doc. pdf.

Pla Rodríguez, A. (1998). Los principios del Derecho del Trabajo. Montevideo: Editorial Dpalma.

Plan Nacional de Desarrollo “Todos por un nuevo país 2014-2018”.

Rodgers, G., Lee, E., Swepston, L. y Van Daele, J. (2009). *La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009*. Ginebra OIT.

Rama Judicial (2011). *Criterios de equidad para una administración de Justicia con perspectiva de género*. Bogotá: MDGIF y UNFPA.

Rodríguez, Pablo (1997). *El mundo colonial y las mujeres*. En: *Mujer, familia y educación en Colombia*. Pasto: Academia Nariñense de Historia.

Rousseau, Juan Jacobo (1959). *El Emilio o la educación*. México: Editorial Novaro.

Romero, C. y Cortés, J. (2014). *Las cesantías bajo la nueva normatividad*. En: *Actualidad Laboral y Seguridad Social*. No. 183. Bogotá: LEGIS.

Rodgers, G.; Swepston, L. y Van Daele, J. (2009). *La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009*. Ginebra: OIT Consulta 27 de septiembre.

Starr, T. (1993). *La inferioridad natural de la mujer*. Barcelona: Editorial Alcor.

Texier, P. (2003). *Proyecto de observación general sobre el derecho al trabajo (artículo 6) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 24 de noviembre de 2003.

Tamayo, J. (1999). *De la responsabilidad civil, Tomo IV. De los perjuicios y su indemnización*. 2a. ed. Bogotá: Temis.

Vasconcelos Porto, Lorena (2013). *Derecho Laboral Individual: Subordinación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Valenzuela, M. *La educación en el Emilio de Rousseau: infancia, adolescencia y mujer*. I.E.S. Nuestra Señora de Los Remedios (Cádiz) Recuperado de <http://www.biblioteca.org.ar/libros/151557.pdf>

Valdivieso Godoy (2008). *Anticipo de cesantías para el leasing habitacional*. En: *Actualidad Laboral y Seguridad Social*. No. 150. Bogotá: LEGIS.

Wollstonecraft, M. (1998). *Vindicación de los derechos de la mujer (1790)*. Barcelona: Debate Editorial.

CIBERGRAFÍA

Baraona, R. (2012). *El teletrabajo como modelo de organización laboral*. Recuperado de <http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2012/No%202/PAGINA%2016-23%20RML%20DICIEMBRE%202012.pdf>

Central Sindical Internacional. *3er Congreso mundial de la CSI*. Recuperado de <http://congress2014.ituc-csi.org/3co-s-5-reforzar-el-poder-de-los>

CIT. *¿Quiénes somos? Comité por una Internacional de los trabajadores*. Mundo socialista. net Recuperado <http://www.mundosocialista.net/doc/675>

Constitución Nacional 2015. *Constitución Política de Colombia*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/pdf>

Confederación Mundial del Trabajo. Recuperado de http://enciclopedia_universal.esacademic.com/82651/Confederaci%C3%B3n_Internacional_de_Sindicatos_Cristianos

Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres. Recuperado de <http://www.observatoriodeltrabajo.org/nueva/web/index.asp?pagina=165&idioma=1>

Confederación Sindical Internacional (2017). Índice Global de los Derechos de la SCI: Aumento de la violencia y represión de los trabajadores. Recuperado de <https://www.ituc-csi.org/indice-global-de-los-derechos-2017>

Confederación Sindical Internacional. Recuperado de <http://www.ituc-csi.org>

Confederación Sindical Internacional. Recuperado de <http://www.ituc-csi.org/about-us.html?lang=es>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia 6 de febrero de 2001. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf

CONPES Social 161 de 2013. Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Social/161.pdf>

De Gouges, O. (1791). Declaración Universal de los derechos de la mujer y la ciudadana. DH Pedia. La enciclopedia libre de los derechos humanos. Recuperada de <http://www.fmyv.es/ci/es/Mujer/13.pdf>

Engels, F. La situación de la clase obrera en Inglaterra. 1845, p. 129. Recuperado de <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/situacion/situacion.doc>

Estatutos de la Federación Sindical Mundial (2011). Atenas. F.S.M. Recuperado de http://www.wftucentral.org/?wpfb_dl=242)

El Tiempo (2017). ¿Generó más empleo la reforma que cambiaba horario nocturno en 2002? Recuperado de <http://www.eltiempo.com/economia/sectores/como-queda-el-recargo-nocturno-en-colombia-99362>

Fajardo, L. Guataqui, J. (2000). La Corte Constitucional y la Flexibilidad del Mercado Laboral. Recuperado de <https://www.economiainstitutional.com/pdf/No3/lfajardo3.pdf>

Farné, S. (2002). Efectos ocupacionales de una Reforma Laboral en Colombia. Recuperado de https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/01/cuaderno_2.pdf

García, J. (2000). ¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1992-10001300042_ANUARIO_DE_FILOSOF%26%23833%3B_DEL_DERECHO_%BFTienen_sexo_las_normas?:_Temas_y_problemas_de_la_teor%EDa_feminista_del_Derecho

Infolibre. Las leyes vigentes más denigrantes hacia las mujeres. (2015). Recuperado de https://www.infolibre.es/noticias/mundo/2015/03/07/dia_internacional_mujer_las_leyes_mundiales_mas_denigrantes_29447_1022.html)

Juntos por los derechos de los trabajadores. Desde <http://www.global-unions.org>

Kant, I. Lo bello y lo sublime. Recuperado de http://www.ugr.es/~encinas/Docencia/Kant_sublime.pdf

Marx, K. (1871). Estatutos Generales de la Asociación Internacional de los Trabajadores. Marxists Internet Archive, enero de 2000. Recuperado <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1860s/1864-est.htm>

Niño, M. (2013). ¿Es obligación de los empleadores hacer pagos anticipados de las cesantías de sus trabajadores? Recuperado de <http://www.activolegal.com/web/index.php/noticias/actualidad/418-noticia260313n1>

Lamas, M. (1949). Género, diferencias de sexo y diferencia sexual. Recuperado de http://www.debatefeminista.pueg.unam.mx/wp-content/uploads/2016/03/articulos/O20_07.pdf

OEA, Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do para. Recuperado de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

OIT. Normlex, Recuperado de <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:1:0::NO::>

OIT. Promover el empleo, proteger a las personas. Recuperado de <http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm>

OIT. La OIT y la igualdad de género. Recuperado de <http://www.ilo.org/gender/Aboutus/ILOandgenderequality/lang-es/index.htm>

OIT. 105 Conferencia Internacional del Trabajo (2016). Recuperado de http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/105/texts-adopted/WCMS_498376/lang-es/index.htm

OIT (2016). Las mujeres en el trabajo. Recuperado de http://www.unesco.org/library/PDF/wcms_457094.pdf

OIT (2010). La Iniciativa del Piso de Protección Social OIT-ONU. Recuperado de http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/features/WCMS_141821/lang-es/index.htm

Osorio, V. (2017). En el 6º aniversario del convenio de la OIT sobre el trabajo doméstico. ¿En qué estamos en Colombia? Recuperado de <http://ail.ens.org.co/informe-especial/6-aniversario-del-convenio-oit-trabajo-domestico-estamos-colombia/>

O.N.U. Mujeres Hechos y cifras: Liderazgo y participación política. Recuperado de <http://www.unwomen.org/es/what-we-do/leadership-and-political-participation/facts-and-figures>

O.N.U. Mujeres, paz y seguridad. Recuperado de <http://www.un.org/es/peacekeeping/issues/women/wps.shtml>.

O.N.U. Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Recuperado de <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

O.N.U. Objetivos de desarrollo del milenio. Recuperado de www.un.org/es/millenniumgoals/

O.N.U. Mujeres. Un poco de historia. Recuperado de <http://www.unwomen.org/es/csw/brief-history>

O.N.U. Preámbulo ODS. Recuperado de <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/70/1p>

O.N.U. Mujer Phumzile Mlambo-Ngcuka. Desde: <http://www.telesurtv.net/news/ONU-Mujer-Llego-la-hora-de-la-igualdad-de-genero-20150308-0020.html>

Papa Francisco (2013). Homilía sobre el trabajo. Recuperado de <http://www.revistaeclesia.com/homilia-del-papa-francisco-sobre-el-trabajo/>

PNUD República Dominicana (2013-2014). Piso de Protección Social y Género. Recuperado de http://www.do.undp.org/content/dominican_republic/es/home/operations/projects/womens_empowerment/piso-de-proteccion-social-y-genero.html

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas. Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Perspectiva o enfoque de género. Recuperado de http://www.europrofem.org/contri/2_05_es/cazes/O3_cazes.htm.

(Phumzile Mlambo-Ngcuka. Desde: <http://www.telesurtv.net/news/ONU-Mujer-Llego-la-hora-de-la-igualdad-de-genero-20150308-0020.html>)

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”. Departamento de Derecho Internacional OEA. Recuperado de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>.

Ramos, A. (2015). Papa Francisco: 3 claves del trabajo digno en un mundo globalizado. Recuperado de <https://es.aleteia.org/2015/06/08/papa-francisco-3-claves-del-trabajo-digno-en-un-mundo-globalizado/>

Roa, M. (2015). Las Empleadas Domesticas de Colombia. Recuperado de <https://vasenkaista.fi/2016/02/las-empleadas-domesticas-de-colombia/>

Summa Theologiae, 1, qu.92, art.1,r. Sobre el origen de la mujer. Recuperado de <http://hjj.com.ar/sumat/a/c92.html>.

Schwarzer, H.Casalí, P. y Bertranou, F. Coordinadores (2014). La Estrategia de Desarrollo de los Sistemas de Seguridad Social de la OIT. El Papel de los Pisos de Protección Social en América Latina y el Caribe. Lima:OIT. Recuperado de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_317898.pdf

Valenzuela, M. La educación en el Emilio de Rousseau: infancia, adolescencia y mujer. I.E.S. Nuestra Señora de Los Remedios (Cádiz) Recuperado de <http://www.biblioteca.org.ar/libros/151557.pdf>

Women can be priests. Recuperado de www.womenpriests.org/sp/traditio/inferior.asp

CODIFICACIONES

Código sustantivo del trabajo y código procesal del trabajo y de la seguridad social (2015), Bogotá: Legis.

Código de Comercio 2015. Bogotá: Legis.

Código Civil 2015. Bogotá: Legis.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA**LEYES**

Congreso de la República de Colombia Ley 153 de 1887.
Congreso de la República de Colombia Ley 78 de 1919.
Congreso de la República de Colombia Ley 21 de 1920.
Congreso de la República de Colombia Ley 8 de 1922.
Congreso de la República de Colombia Ley 69 de 1928.
Congreso de la República de Colombia Ley 83 de 1931.
Congreso de la República de Colombia Ley 129 de 1931.
Congreso de la República de Colombia Ley 28 de 1932.
Congreso de la República de Colombia Ley 10 de 1934.
Congreso de la República de Colombia Ley 45 de 1936.
Congreso de la República de Colombia Ley 53 de 1938.
Congreso de la República de Colombia Ley 197 de 1939.
Congreso de la República de Colombia Ley 6 de 1945.
Congreso de la República de Colombia Ley 65 de 1946.
Congreso de la República de Colombia Ley 136 de 1948.
Congreso de la República de Colombia Ley 15 de 1959.
Congreso de la República de Colombia Ley 141 de 1961.
Congreso de la República de Colombia Ley 75 de 1968.
Congreso de la República de Colombia Ley 3 de 1969.
Congreso de la República de Colombia Ley 52 de 1975.
Congreso de la República de Colombia Ley 1 de 1976.
Congreso de la República de Colombia Ley 26 de 1976.
Congreso de la República de Colombia Ley 27 de 1976.
Congreso de la República de Colombia Ley 51 de 1981.
Congreso de la República de Colombia Ley 11 de 1984.
Congreso de la República de Colombia Ley 50 de 1990.
Congreso de la República de Colombia Ley 80 de 1993.
Congreso de la República de Colombia Ley 82 de 1993.
Congreso de la República de Colombia Ley 60 de 1993.
Congreso de la República de Colombia Ley 100 de 1993.
Congreso de la República de Colombia Ley 248 de 1995.

Congreso de la República de Colombia Ley 188 de 1996.
Congreso de la República de Colombia Ley 344 de 1996.
Congreso de la República de Colombia Ley 361 de 1997.
Congreso de la República de Colombia Ley 581 de 2000.
Congreso de la República de Colombia Ley 640 de 2001.
Congreso de la República de Colombia Ley 734 de 2002.
Congreso de la República de Colombia Ley 755 de 2002.
Congreso de la República de Colombia Ley 789 de 2002.
Congreso de la República de Colombia Ley 795 de 2003.
Congreso de la República de Colombia Ley 823 de 2003.
Congreso de la República de Colombia Ley 860 de 2003.
Congreso de la República de Colombia Ley 909 de 2004.
Congreso de la República de Colombia Ley 986 de 2005.
Congreso de la República de Colombia Ley 995 de 2005.
Congreso de la República de Colombia Ley 1010 de 2006.
Congreso de la República de Colombia Ley 1064 de 2006.
Congreso de la República de Colombia Ley 1098 de 2006.
Congreso de la República de Colombia Ley 1221 de 2008.
Congreso de la República de Colombia Ley 1233 de 2008.
Congreso de la República de Colombia Ley 1232 de 2008.
Congreso de la República de Colombia Ley 1257 de 2008.
Congreso de la República de Colombia Ley 1258 de 2008.
Congreso de la República de Colombia Ley 1280 de 2009.
Congreso de la República de Colombia Ley 1429 de 2010.
Congreso de la República de Colombia Ley 1438 de 2011.
Congreso de la República de Colombia Ley 1468 de 2011.
Congreso de la República de Colombia Ley 1527 de 2012.
Congreso de la República de Colombia Ley 1542 de 2012.
Congreso de la República de Colombia Ley 1562 de 2012.
Congreso de la República de Colombia Ley 1566 de 2012.
Congreso de la República de Colombia Ley 1652 de 2013.
Congreso de la República de Colombia Ley 1636 de 2013.
Congreso de la República de Colombia Ley 1719 de 2014.

Congreso de la República de Colombia Ley 1761 de 2015.

Congreso de la República de Colombia Ley 1753 de 2015.

Congreso de la República de Colombia Ley 1773 de 2016.

Congreso de la República de Colombia Ley 1788 de 2016.

Congreso de la República de Colombia Ley 1622 de 2017.

Congreso de la República de Colombia Ley 1822 de 2017.

Congreso de la República de Colombia Ley 1857 de 2017.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

Congreso de la República de Colombia Decreto Reglamentario 116 de 1976.

Congreso de la República de Colombia Decreto Reglamentario 2791 de 1991.

Congreso de la República de Colombia Decreto Único Reglamentario 1072 del 2015.

DECRETOS LEY

Congreso de la República de Colombia Decreto - Ley 2351 de 1965.

Congreso de la República de Colombia Decreto - Ley 020 de 2014.

DECRETOS

Congreso de la República de Colombia Decreto 1972 de 1933.

Congreso de la República de Colombia Decreto 2350 de 1934.

Congreso de la República de Colombia Decreto 1003 de 1939.

Congreso de la República de Colombia Decreto 2478 de 1948.

Congreso de la República de Colombia Decreto 2663 de 1950.

Congreso de la República de Colombia Decreto 210 de 1953.

Congreso de la República de Colombia Decreto 1258 de 1959.

Congreso de la República de Colombia Decreto 25 de 1963.

Congreso de la República de Colombia Decreto 2351 de 1965.

Congreso de la República de Colombia Decreto 1373 de 1966.

Congreso de la República de Colombia Decreto 13 de 1967.

Congreso de la República de Colombia Decreto 2076 de 1967.

Congreso de la República de Colombia Decreto 2351 de 1968.

Congreso de la República de Colombia Decreto 3074 de 1968.

Congreso de la República de Colombia Decreto 2820 de 1974.

Congreso de la República de Colombia Decreto 116 de 1976.

Congreso de la República de Colombia Decreto 982 de 1984.
Congreso de la República de Colombia Decreto 999 de 1988.
Congreso de la República de Colombia Decreto 758 de 1990.
Congreso de la República de Colombia Decreto 1176 de 1991.
Congreso de la República de Colombia Decreto 1647 de 1991.
Congreso de la República de Colombia Decreto 698 de 1995.
Congreso de la República de Colombia Decreto 3103 de 1997.
Congreso de la República de Colombia Decreto 24 de 1998.
Congreso de la República de Colombia Decreto 1582 de 1998.
Congreso de la República de Colombia Decreto 1182 de 1999.
Congreso de la República de Colombia Decreto 2463 de 2001.
Congreso de la República de Colombia Decreto 1787 de 2004.
Congreso de la República de Colombia Decreto 4588 de 2006.
Congreso de la República de Colombia Decreto 3064 de 2008.
Congreso de la República de Colombia Decreto 164 de 2010.
Congreso de la República de Colombia Decreto 4463 de 2011.
Congreso de la República de Colombia Decreto 4796 de 2011.
Congreso de la República de Colombia Decreto 4798 de 2011.
Congreso de la República de Colombia Decreto 4799 de 2011.
Congreso de la República de Colombia Decreto 019 de 2012.
Congreso de la República de Colombia Decreto 884 de 2012.
Congreso de la República de Colombia Decreto 2733 de 2012.
Congreso de la República de Colombia Decreto 2734 de 2012.
Congreso de la República de Colombia Decreto 1772 de 2015.
Congreso de la República de Colombia Decreto 780 de 2016.
Congreso de la República de Colombia Decreto 2210 de 2016.

CONVENIOS Y RECOMENDACIONES OIT

Convenio 01 de 1919.
Convenio 26 de 1928.
Convenio 29 de 1930.
Convenio 30 de 1930.
Convenio 41 de 1934.
Convenio 47 de 1935.

Convenio 79 de 1946.
Convenio 87 de 1948.
Convenio 89 de 1948.
Convenio 95 de 1949.
Convenio 98 del 1949.
Convenio 100 de 1951.
Convenio 102 de 1952.
Convenio 105 de 1957.
Convenio 111 de 1958.
Convenio 99 de 1959.
Convenio 131 de 1970.
Convenio 138 de 1973.
Convenio 156 de 1981.
Convenio 171 de 1990.
Convenio 173 de 1992.
Convenio 175 de 1994.
Convenio 182 de 1999.
Convenio 183 de 2000.
Convenio 189 de 2011.
Recomendación 89 de 1951.
Recomendación 116 de 1962.
Recomendación 135 de 1970.
Recomendación 180 de 1992.
Recomendación 202 de 2012.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL

T-407 de 1992 (M.P. Simón Rodríguez Rodríguez).
T- 06 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).
T-222 de 1992 (M.P. Ciro Angarita).
T- 225 de 1992 (M.P. Jaime Sanín).
T-407 de 1992 (M.P. Simón Rodríguez Rodríguez).
T-426 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

- T-457 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón).
- T- 460 de 1992 (M.P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón).
- T-527 de 1992 (M.P. Fabio Morón Díaz).
- T-116 de 1993 (M.P. Hernando Herrera Vergara).
- T-497 de 1993 (M.P. Fabio Morón Díaz).
- C-569 de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).
- C-009 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell).
- C- 023de 1994 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).
- C-133 de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).
- C-387 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).
- C-544 de 1994 (M.P. Jorge Arango Mejía).
- C-555 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)
- C-410 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).
- T-015 de 1995 (M.P. Hernando Herrera Vergra).
- C-051 de 1995 (M. P. Jorge Arango Mejía).
- T-102 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).
- T-149 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- T- 173 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).
- C-168 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).
- C-252 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- T-326 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).
- SU-342 de 1995 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).
- C-483 de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).
- SU-509 de 1995 (M.P. Fabio Morón Díaz).
- C-521 de 1995 (M.P. Hernando Barrera Carbonell).
- T-530 de 1995 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- C-588 de 1995 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).
- T-026 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).
- C-081 de 1996 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).
- SU 256 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mejía).
- C-408 de 1996, (M.P. Alejandro Martínez Caballero).
- C-710 de 1996 (M.P. Jorge Arango Mejía).
- C-013 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández G.).

T-019 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).
SU-111 de 1997 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).
T-081 de 1997(M.P. José Gregorio Hernández G.).
T-166 de 1997 (M.P. Gregorio Hernández Galindo).
C- 154 de 1997(M.P Hernando Herrera Vergara).
T-202 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz).
T-273 de 1997 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).
T-261 de 1997 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).
T-276 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).
C-470 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).
SU- 519 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo).
SU-547 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).
C - 622 de 1997 (M.P. Hernando Herrera Vergara).
T-011 de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).
C-299 de 1998 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).
C-372 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz).
T-384 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).
T-433 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).
T-461 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).
T- 576 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).
C - 565 de 1.998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindez).
C-665 de 1998 (M.P. Hernando Herrera Vergara).
T-694 de 1998 (M.P Antonio Barrera Carbonell).
T-799 de 1998 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).
C -003 de 1998 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).
SU-062 de 1999 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).
C-079 de 1999 (M.P. María Victoria Sáchica Méndez).
C-082 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria).
T-100 de 1999 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).
T-144 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).
T-170 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández G.).
T-295 de 1999 (M.P. Alejandro, Martínez Caballero).
T-321 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

C-401 de 1999 (M.P. José Manuel Cepeda Espinosa).
T-568 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).
T-605 de 1999 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).
SU - 995 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).
T-180 del 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).
T-263 de 2000 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo).
T-300 de 2000C-371 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).
C-386 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).
T-339 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández G.).
T-439 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).
C-531 de 2000 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).
T-546 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).
T-818 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez caballero).
T-965 de 2000 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).
T-1239 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).
T-1243 de 2000 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).
C-1369 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).
C-1443 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).
T-438 de 2001 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).
T-348 de 2001 (M.P. Jaime Araujo Rentería).
T-394 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).
T-386 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).
T-438 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).
T-683 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).
T-694 de 2001 (M.P. Jaime Araujo Rentería).
T-736 de 2001 (M.P. Clara Inés Vargas).
T-907 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).
T-223 de 2001 (M.P. Dr. Fabio Morón Díaz).
T-1321 de 2001 (M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra).
T-1328 de 2001 (M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinoza).
T-1040 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).
T-1160 de 2001 (M.P. Jaime Araujo Rentería).
T-148 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

C-266 de 2002 (M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa).
T-664 de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).
C-789 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil).
T-881 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).
C-034 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).
C-042 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).
C-252 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).
C-273 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).
T-353 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).
T-772 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).
C-776 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).
C-781 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).
T-816 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).
T-862 de 2003 (M.P. Jaime Araujo Rentería).
C-879 de 2003 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).
C-967 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).
T-1049 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).
C-019 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería).
C-038 de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).
T-092 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).
T-162 de 2004 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).
T-335 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).
T-501 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).
T-552 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería).
T-567 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinoza).
T-827 de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimmy).
T-944 de 2004 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).
T-964 de 2004 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).
T-965 de 2004 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).
C-035 de 2005 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).
T-099 de 2005 (M.P. Jaime Araujo Rentería).
C-100 de 2005 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).
C-177 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda).

SU- 389 de 2005 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).
T-404 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).
T-492 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).
C-534 de 2005, (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).
C-1004 de 2005 (M.P. Jaime Araujo Rentería).
T-1291 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).
C-111 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).
T-198 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).
T-221 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).
T-309 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).
C-825 de 2006 (M.P. Jaime Araujo Rentería).
C-355 de 2006 (M.P. Jaime Araujo Rentería).
T-385 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas).
C-397 de 2006 (M.P. Jaime Araujo Rentería).
T-435 de 2006 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto).
T-550 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).
T- 805 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).
C-823 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).
C-825 de 2006 (M.P. Jaime Araujo Rentería).
C-898 de 2006 (M.P. José Manuel Cepeda Espinosa).
T-065 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).
T-245 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).
C-310 de 2007 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).
T-530 de 2007 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).
C-543 de 2007 (M. P. Álvaro Tafur Galvis).
T-761 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas).
T-1099 de 2007 (M.P. Mauricio González Cuervo).
T-095 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).
T-398 de 2008 (M.P. Humberto Sierra Porto).
T-449 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).
SU-484 de 2008 (M.P. Jaime Araujo Rentería).
C-540 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).
T-651 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

T-701 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).
T-702 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).
T-764 de 2008 (M.P. Jaime Araujo Rentería).
T-1069 de 2008 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).
T-1213 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).
T-125 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).
C-174 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).
T- 263 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).
T-291 de 2009 (M.P. Clara Helena Reales).
T-471 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).
C-588 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).
C-614 de 2009 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
C-727 de 2009 (M.P. María Victoria Calle Correa).
C-892 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).
C-930 de 2009 (M.P. Jorge Pretelt Chaljub).
T-963 de 2009 (M.P. Dra. María Victoria Calle Correa).
T-003 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
T-004 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
C- 070 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).
T-083 de 2010 (M.P. Humberto A. Sierra Porto).
T-128 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao).
T-247 de 2010 (M.P. Humberto Sierra Porto).
T-281 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).
T-394 de 2010 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).
T-524 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).
T-629 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao).
T-876 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).
SU-917 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).
T-075A de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).
T-121 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
T-174 de 2011. (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).
C- 337 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
T-434 de 2011 (M.P. Mauricio González Cuervo).
T-581A de 2011 (M.P. Mauricio González Cuervo).

T-663 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).
T- 762 de 2011 (M.P. María Victoria Calle Correa).
C-171 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).
T-341 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
C-533 de 2012 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).
T-616 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).
T-705 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
C-744 de 2012 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).
C-911 de 2012 (M.P. Mauricio González Cuervo).
T-070 de 2013 (M.P. Alexie Julio Estrada).
T-164 de 2013 (M.P. Ignacio Pretelt Chaljub).
C -616 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).
T-687 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).
T-694 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
T-872 de 2013 (M.P...Gabril Eduardo Mendoza Martelo).
T-012 de 2014 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
C-090 de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo).
T-157 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa).
T-276 de 2014 (M.P. María Victoria Calle).
T-476 de 2014 (M.P. Alberto Rojas).
T-541de 2014 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).
C- 593 de 2014 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
T-750 de 2014 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).
T-818 de 2014 (M.P. Jorge Iván Palacios Palacios).
C-871 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa).
C-931 de 2014 (M.P. Jorge Pretelt Chaljub).
T-967 de 2014 (M.P. Gloria Stella Ortiz).
T-008 de 2015 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).
T-014 de 2015 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).
C-034 de 2015 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
T- 113 de 2015 (M.P. Mauricio González Cuervo).
T-295 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).
T-426 de 2015 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).
T- 503 de 2015 (M.P. María Victoria Calle).

T-736 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).
T-029 de 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos).
T-047 de 2016 (M.P. Ignacio Pretelt Chaljub).
T-057 de 2016 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
T-065 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz).
T-168 de 2016 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).
T-185 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz).
T-353 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).
SU - 448 de 2016 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
T- 629 de 2016 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).
C-636 de 2016 (M.P. Alejandro Linares Cantillo).
C-005 de 2017 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

CONSEJO DE ESTADO

CE. Exp. 5065 Sentencia del 3 de noviembre de 1993 (M.P. Clara Forero de Castro).
CE. Rad. 24460 de 28 de febrero de 2013 (C.P. Stella Conto).
CE. Rad. 070012331000200200228 01 de 2014 (C.P. Ramiro Pazos).
CE. Sentencia 39401 de 2010 (C.P. Víctor Hernando Alvarado).
CE. Sentencia 00395-01 (1129-10) de 2011 (C.P. Gerardo Arenas Monsalve).
CE. Sentencia 08001233100020120009101 (18992014), del 12 de octubre de 2016 (C.P. Sandra Lisset Ibarra).

SALA PLENA C.S. DE J.

SP de la CSJ en la sentencia 109 de 19 de septiembre de 1991
SP de la CSJ No. 115. Rad. 2304 del veintiséis (26) de septiembre de 1991 (M.P. Jaime Sanín Greffenstein.)

SALA LABORAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SL de la CSJ Sentencia del 4 de septiembre de 1969.
SL de la CSJ Rad. 8857 del 11 de marzo de 1985.
SL de la CSJ Rad. 9138 del 18 de octubre de 1985 (M.P. Fanny González Franco).
SL de la CSJ Sentencia 115 de septiembre 26 de 1991.
SL de la CSJ Rad. 2308 de 19 de septiembre de 1991.
SL de la CSJ Rad. 5638 de 27 de mayo de 1993 (M.P. Jorge Iván Palacio).
SL de la CSJ Rad. 6610 de 1994 (M.P. Rafael Méndez Arango).
SL de la CSJ Rad. 8269 de 1996 (M.P. Rafael Méndez Arango).

- SL de la CSJ Rad. 9435 de 24 de abril de 1997 (M.P. Francisco Escobar Henríquez).
- SL de la CSJ Rad. 10837 del 18 de septiembre de 1998 (M.P. Francisco Escobar Enríquez).
- SL de la CSJ Rad 10400 del 15 de abril de 1998 (M.P. Francisco Escobar).
- SL de la CSJ Rad. 12180 de 22 de julio de 1999 (M.P. Germán Valdés S.).
- SL de la CSJ Rad. 10.969 de 26 de julio de 1999 (M.P. Fernando Vásquez Botero).
- SL de la CSJ Rad.14038 del 26 de septiembre de 2000 (M.P. Luis Gonzalo Toro Correa).
- SL de la CSJ Rad. 16476 del 21 de noviembre de 2001 (M.P José Roberto Herrera Vergara).
- SL de la CSJ Rad. Rad. 17214 del 17 de abril de 2.002 (M.P. Fernando Vásquez Botero).
- SL de la CSJ Rad. 16523 de 2002 (M.P. Luis Gonzalo Toro).
- SL de la CSJ Rad. 17453 de 2002 (M.P. Luis Javier Osorio López).
- SL de la CSJ Rad. 17976 de 2002 (M.P. Luis Javier Osorio López).
- SL de la CSJ Rad. 19475 del 19 de febrero de 2003 (M.P. Isaura Vargas Díaz).
- SL de la CSJ Rad. 19683 del 9 mayo de 2003 (M.P. Luis Javier Osorio López).
- SL de la CSJ Rad. 20.933 de 2003 (M.P. Carlos Isaac Náder).
- SL de la CSJ Rad. 22383 de 30 de junio de 2004 (M.P. Carlos Isaac Nader).
- SL de la CSJ Rad. 22259 del 2 de agosto de 2004 (M.P. Luis Javier Osorio López).
- SL de la CSJ Rad. 21814 de 13 de octubre de 2004 (M.P. Isaura Vargas Díaz).
- SL de la CSJ Rad. 21396 de 2005 (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza).
- SL de la CSJ Rad. 23987 de 16 mar. 2005 (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza).
- SL de la CSJ Rad. 35.606 de 2005 (M.P. Rigoberto Echeverri Bueno).
- SL de la CSJ Rad. 24323 del 2006 (M.P Eduardo López Villegas).
- SL de la CSJ Rad. 27762 del 3 de octubre de 2006 (M.P. Isaura Vargas Díaz).
- SL de la CSJ Rad. 28.290 del 28 de noviembre del 2006 (M.P. Isaura Vargas Díaz).
- SL de la CSJ Rad. 28867 del 28 de noviembre de 2006 (M.P. Eduardo López Villegas).
- SL de la CSJ Rad. 25.713 del 6 de diciembre de 2006 (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza).
- SL de la CSJ Rad. 28169 del 23 de octubre de 2007 (M.P. Isaura Vargas Díaz).
- SL de la CSJ Exp. 29171 Sentencia del 22 de enero de 2008 (M.P. Dr. Eduardo López Villegas).
- SL de la CSJ Rad. 33156 de septiembre de 2008 (M.P. Eduardo López Villegas).
- SL de la CSJ Rad. 28783 del 2 de diciembre de 2008 (M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez).
- SL de la CSJ Rad.30612 de 2008 (M.P. Luis Javier Osorio López).
- SL de la CSJ Rad. 32422 de 2008 (M.P. Luis Javier Osorio López).
- SL de la CSJ Rad. 32532 de 2008 (M.P. Rigoberto Echeverri Bueno).
- SL de la CSJ Rad. 33849 del 28 de abril de 2009 (M.P. Luis Javier Osorio López).

- SL de la CSJ Rad. 32505 de 2009 (M.P. Isaura Vargas Díaz).
- SL de la CSJ en sentencia con Rad. 34552 del 3 jun. 2009 (M.P. Luis Javier Osorio López).
- SL de la CSJ Rad. 39078 de 23 de noviembre de 2010 (M.P. Camilo Tarquino Gallego).
- SL de la CSJ Rad. 30.437 del 1 de enero de 2011 (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza y Luis Gabriel Miranda B.):
- SL de la CSJ Rad. 39394 de 2011 (M.P. Camilo Tarquino Gallego).
- SL de la CSJ Rad. 40206 de 1 de marzo de 2011 (M.P. Gustavo José Gnecco).
- SL de la CSJ Rad. 39396 de 1 de Marzo de 2011 (M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez).
- SL de la CSJ Rad. 35937 del 9 de agosto de 2011 (M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve).
- SL de la CSJ Rad. 40249 de 9 de noviembre de 2011 (M.P. Clara Inés Vargas Díaz).
- SL de la CSJ Rad. 39207 de 2012 (M.P. Rigoberto Echeverri Bueno).
- SL de la CSJ Rad. 39600 del 24 de abril de 2012 (M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz).
- SL de la CSJ Rad. 38855 de 2012 (M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve).
- SL de la CSJ Rad. 41867 de 2013 (M.P. Rigoberto Echeverri Bueno).
- SL de la CSJ Rad. 16350-2014 de 29 de octubre de 2014 (M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas).
- SL de la CSJ Rad. 39642 de 2014 (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón).
- SL de la CSJ Rad. 42082 de 2014 (M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo).
- SL de la CSJ Rad. 438013 de 13 de noviembre de 2014 (C.P. Alfonso Vargas Rincón).
- SL de la CSJ Rad. 70001-22-14-000-2015-00180-01 de 3 de septiembre de 2015 (C.P. Fernando Giraldo Gutiérrez).
- SL de la CSJ Rad. 10137 de 2015 (M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas).
- SL de la CSJ Rad. 4369-2015 de 2015 (M.P. Gustavo Hernando López Algarra).
- SL de la CSJ Rad. 680012333000-2013-00108-00 del 11 de noviembre de 2015 (C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez).
- SL de la CSJ Rad. 660012331000201100293-01 del 11 de noviembre de 2015 (C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez).
- SL de la CSJ Sentencia SL13657 Rad. 56315 de 2015 (M.P. Rigoberto Echeverri Bueno).
- SL de la CSJ Rad. 70598 de 2015 (M.P. Clara Cecilia Dueñas).
- SL de la CSJ Rad. 48699 de 2016 (M.P. Clara Cecilia Dueñas).
- SL de la CSJ Rad. 050012331000201002195-01 del 4 de febrero de 2016 (C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez).
- SL de la CSJ Rad. 47346 de 2016 (M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz).
- SL de la CSJ Rad. 53793 de 17 de marzo de 2017 (M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz).
- SL de la CSJ Rad. 43641 de 5 de abril de 2017 (M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán).

SALA DE CASACIÓN PENAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SP 2190- 2015 Rad. 41457, del 4 de marzo de 2015 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).

TRIBUNAL SUPERIOR DE PASTO SALA LABORAL

SL del TSP Ordinario Laboral No. 2012-00123-01(176).

JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO

Sentencia 2012 - 00016, folio 47.

TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

TS del T Sentencia del 9 de febrero de 1949.



Universidad de **Nariño**
EDITORIAL UNIVERSITARIA

Este libro se terminó de imprimir
en el mes de octubre de 2018,
en los talleres de Graticolor
Calle 18 No. 29-67, Parque Infantil
Teléfonos: 7311833 - 7310652
graficolorpasto@hotmail.com
San Juan de Pasto, Colombia

Pensar un *Derecho Laboral Individual con enfoque de derechos y perspectiva de género*, es una invitación que personas como Isabel Goyes Moreno pueden hacer por su alto sentido de coherencia y análisis en el mundo del trabajo. Estimo que su pretensión de encasillar la obra en las aulas universitarias, para todos quienes fuimos sus estudiantes, hace rato ya fue superada, pues la lectura de este nuevo reto profesional que presenta la autora, es un repaso –de suma actualidad– por el saber y anhelo de un trabajo en condiciones de dignidad y decencia, que ha de ser de impacto nacional...

... Por ello, no creo pretencioso ni ingenuo el afán de una justicia social que pacifique la distancia de intereses entre la empresa y quien trabaja, compartiendo plenamente una de aquellas tantas conclusiones planteadas en la obra acerca de que *“En un mundo global cada vez más homogenizado y avasallador, las conquistas civilizatorias del trabajo como un valor, principio y derecho inalienable, deben ser respetadas donde quiera que surjan”*.

MÓNICA HIDALGO OVIEDO

Magistrada Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali



Es un texto para estudiantes y profesionales interesados en la materia, porque integra la fundamentación constitucional al Derecho del Trabajo como corresponde al método contemporáneo de la práctica jurídica que edifica en el espacio de la actividad laboral el universo de los derechos fundamentales. Ya no quedan autarquías que pongan a salvo las viejas relaciones pre capitalistas por eso, también, el texto fue pensado en perspectiva de género.

OSWALDO DUQUE LUQUE

Docente del Departamento de Derecho del Trabajo
Universidad Externado de Colombia



Sistematizar el derecho requiere de enfocar, con precisión, alguno de los múltiples vértices que perfilan su estado actual, su historia y su devenir, pero fundamentalmente, de integrar la especialidad de una rama del derecho con su base normativa, su interpretación jurisprudencial y doctrinaria y con los demás componentes que constituyen su estructura general y particular dentro del concepto amplio de la totalidad o universalidad jurídica del derecho. Este libro logra con suficiencia y pertinencia la identificación del derecho individual del trabajo, sus actores, sus relaciones y modalidades contractuales al igual que el conjunto de derechos y de obligaciones que surgen como efecto del contrato de trabajo como una realidad que supera las ambiciones de simulación de formalidades aparentes para ocultar el contrato de trabajo.

IVÁN ALBERTO DÍAZ

Profesor Departamento de Ciencia Jurídica y Política
Universidad Javeriana Cali