

Segunda parte

Discursos de los académicos en sesiones solemnnes: miembros honorarios, ascenso a miembros de número e ingreso como miembros correspondientes



Revista de la Academia
Colombiana de Jurisprudencia
julio-diciembre, 2025

LAS EXCEPCIONES DESBORDAN LOS TÍTULOS CON LOS QUE SE ANUNCIAN LAS NORMAS CONTENIDAS EN LA LEGISLACIÓN LABORAL COLOMBIANA DESDE 1945*

Iván Alberto Díaz Gutiérrez**
Académico correspondiente

Resumen: Al revisar la forma en que fue construido el Código Sustantivo del Trabajo¹ por la comisión redactora, y considerando el hecho de que la legislación posterior lo modifica o adiciona, se identifica en él un predicado general inicial y, a continuación, unas excepciones que superan el espíritu con que se anuncian en los títulos que las encabezan. En este artículo se hace un análisis crítico preliminar de este fenómeno, quizás observado anteriormente por estudiosos de esta normativa, pretendiendo establecer un incentivo para el articulado de este código.

Palabras clave: Normativa; Laboral; regresiva; progresiva; reforma.

THE EXCEPTIONS GO BEYOND THE GENERAL NORMS IN COLOMBIAN LABOR LEGISLATION SINCE 1945

Abstract: Upon examining the manner in which the Substantive Labor Code was constructed by the drafting commission, and considering the fact that subsequent legislation modifies or adds to it, an initial general predicate is identified within it, succeeded by enumerated exceptions that

* Trabajo presentado para su ingreso como Académico correspondiente capítulo Cali de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, en sesión del 5 de junio de 2025.

** Abogado especialista en Gestión y Administración Universitaria. Especialidad en Derecho Laboral y Derecho de la Seguridad Social.
Contacto: ivandiazgco@yahoo.com

¹ Originalmente establecido mediante Decretos 2663 y 3743 de 1950, y posteriormente adoptados como Ley 141 de 1961, publicada en el *Diario Oficial 30694*, de diciembre 23 de 1961.

substantially exceed the scope or intent suggested by their respective chapter headings. This article provides a preliminary critical analysis of this phenomenon –perhaps previously observed by scholars of this legislation– seeking to establish an incentive for the articulation of this code. its subsequent legislative amendment and supplementation, one discerns an initial general principle,

Keywords: Regulations; Labor; regressive; progressive; reform.

Introducción

La manera como ha sido redactado el Código Sustantivo del Trabajo de 1950,² así como sus posteriores reformas, responde a la concepción tradicional del término *sanción* del Código Civil napoleónico, en el que se entiende como tal a lo dispuesto por el artículo 6° Código Civil colombiano de la siguiente manera:

La sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones. En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos.

También dicha redacción responde a la consideración del mismo Código, que en su artículo 31 dispuso: “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes”.

Así las cosas, el contenido material de cada uno de los artículos del Código Sustantivo del Trabajo, se anuncia con un título que premia, y se soporta a continuación, con un contenido que finalmente castiga, para utilizar la terminología del artículo 6° del CC que, a su vez, en concordancia con el artículo 31 CC, obliga a entender que se debe aplicar tanto en lo que premia como en lo que castiga o restringe, o tanto en lo favorable como en lo que pueda considerarse odioso para el interés de alguna de las posibles partes de la relación laboral.³ En esa misma orientación, se debe entender

² Ídem.

³ Artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, que se refiere a la aplicación integral de las normas laborales *inescindibilidad* de las normas contenidas en este código.

que lo general y las excepciones son parte integral de la misma norma que los contiene.⁴ A pesar de esta consideración inicial, soy de la opinión de que el espíritu o sentido de la norma se desprende de su título y no de las paradójicas excepciones contenidas en el cuerpo de cada disposición de su contenido material, y sin embargo la experiencia obtenida a través de las diferentes decisiones jurisprudenciales casi siempre privilegia las excepciones por encima de la propuesta general que propone el título con que se anuncia la norma.

Pero ha de advertirse que, a pesar de ser mandatorio el aplicar la norma en lo favorable como en lo odioso, en lo general como en sus excepciones, termina siendo un contrasentido que las excepciones plasmadas en la norma superen en extensión a lo que se ordena aplicar como norma general en su título. Es en este aspecto importante recordar que la metodología, de redactar las normas legales con un título precedente a cada uno de sus artículos, fue característica de la legislación laboral desde sus comienzos a diferencia de las demás codificaciones y leyes que lo antecedieron.

Objetivos

Un análisis general, aunque no sistemático ni totalizador de las normas más importantes, que en opinión del autor se encuentran en el Código Sustantivo del Trabajo de 1950 y sus posteriores reformas, para iniciar, nos permitirá afirmar para luego comprobar lo que se pretende a través de este escrito, y es que las excepciones contenidas en dichas normas terminan superando los contenidos generales de las mismas en su aplicación e interpretación, tanto por los sujetos de la relación laboral como por quienes imparten justicia y constituyen las autoridades hermenéuticas propiamente dichas.

Igual proyección se ha dado a la redacción de normas posteriores a dicho código, que lo han adicionado o reformado o derogado, y por ello, el propósito de este escrito es el de hacer un análisis o descomposición de las normas que en opinión del autor son las más representativas, y las que permiten identificar con certeza la paradoja contenida en ellas, cuanto menos las escogidas como de mayor relevancia para un muestreo que pueda proponerse como representativo, o que constituyen las premisas menores que obligan a su demostración por vía analítica, y también de la dialéctica

⁴ Ídem.

de contraposición entre su contenido inicial y su redacción final, para demostrar, como hipótesis única, que las normas laborales colombianas terminan siendo paradójicamente contrarias al sentido común o a la finalidad tuitiva que se anuncia en sus títulos y se ofrecen como principio o propuesta general.

También se consideró de importancia, como un aporte a la discusión sobre si es necesaria en Colombia una reforma a esta legislación del trabajo desde el Congreso de la República como órgano de la rama Legislativa, o si sus paradojas son la base para una modificación desde la negociación colectiva, que en palabras de Mario de la Cueva, el gran tratadista mejicano, en su obra *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, caracteriza al derecho del trabajo como un derecho *inconcluso*, como un constructo que parte de una base mínima, que se va actualizando en la medida en que la fuerza del trabajo tiene la potencia y capacidad suficiente para ampliar ese cimiento a través de la negociación colectiva, amparada por la legislación nacional que le permite actualizarla y mejorarla. De La Cueva la define como “la envoltura protectora de los derechos individuales que los actualiza y proyecta a estadios superiores de bienestar individuales y sociales”.⁵ En ese entendido, este artículo afirma que el derecho laboral, especialmente el individual, debe ser la expresión de la correlación de fuerzas entre capital y trabajo de cada empresa, de acuerdo con las circunstancias históricas particulares de cada lugar y, desde esa perspectiva práctica, las reformas laborales en los legislativos terminarán siendo innecesarias e inoportunas, si además se mantiene como base de esas negociaciones la legislación mínima emanada del parlamento o del Congreso de la República, como sería el caso colombiano. Que cada empresa tenga su propia normativa laboral, integrada básicamente por la legislación mínima, que parte del Estado hacia las relaciones de trabajo y por la actualización o mejora de esos derechos y garantías mínimas a través de la negociación colectiva que servirá de “*envoltura protectora de los derechos individuales y estímulo constante de su actualización y mejoras, de acuerdo con la realidad económica de cada empresa y las necesidades de sus trabajadores*”.

Adecuando lo dicho por Ortega y Gasset frente a la vida del yo y sus circunstancias a la vida de la empresa y sus circunstancias geográficas e históricas:

⁵ Mario DE LA CUEVA, *El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo: La fuerza expansiva del Derecho del Trabajo* (México: Editorial Porrúa, 1980), 90-91.

Toda ética que ordene la reclusión perpetua de nuestro albedrío dentro de un sistema cerrado de valoraciones, es *ipso facto* perversa. Como en las constituciones civiles que se llaman «abiertas», ha de existir en ella un principio que mueva a la ampliación y enriquecimiento de la experiencia moral. Porque es el bien, como la naturaleza, un paisaje inmenso donde el hombre avanza en secular exploración.⁶

También a la frase que sobre la justicia trae el tratadista de Derecho Procesal del Trabajo, Dr. Fabián Vallejo Cabrera, en circular donde recuerda la sentencia de que “*bien sabemos que las leyes por sí mismas no son justas, son los hombres los que las hacen justas*”.

Metodología, síntesis analítica y dialéctica: Desagregación del título y sus contenidos como elementos integrantes del compuesto normativo y su ulterior consecuencia de apariencia protectora

Se inicia este escrito al estilo del método de análisis en la ciencia experimental química, con una desagregación de los elementos que constituyen un todo o compuesto, y para este artículo y tratándose del Derecho, se identifica cada una de las normas legales que integran al conjunto normativo conocido como Derecho Laboral Individual, objeto de este análisis. No obstante, para empezar se toma, por ahora, solo una muestra representativa de normas escogidas de manera aleatoria por el autor, destacadas por su importancia y aplicación permanente, y de común aceptación como tales por quienes ejercen la actividad profesional de asesoría laboral y por quienes imparten justicia en esa especialidad, para concluir si se ratifica o no la hipótesis a partir de la cual se desarrolla este pequeño estudio conclusivo, demostrándose o no que las excepciones contenidas en cada norma analizada superan la promesa que como propuesta general ellas mismas ofrecen en su texto y título con las que se anuncian, y a manera de una recomendación, sugerir una modificación para su actualización y mejor alcance a través de la negociación colectiva sin necesidad de reformas legislativas.

En la opinión del autor, cualquier reforma debería ser resultado de la confrontación de fuerzas entre capital y trabajo en cada lugar y momentos históricos. Con ello no se pretende negar la competencia del Congreso para aprobar reformas de este tipo, sino asimilar lo que la historia y la

⁶ José ORTEGA Y GASSET, *Meditaciones del Quijote* (Madrid: Imprenta Clásica Española, 1914), 26.

sociología nos enseñan, en el sentido de que han sido las transformaciones socioeconómicas las que sirvieron de antecedentes a las normas jurídicas y no las leyes las que hacen eficaces a las reformas o transformaciones sociales, así se presenten algunos casos excepcionales, muy pocos, pero que confirman la regla general de que son los hechos sociales los antecedentes de las normas y no lo contrario.

No sobra comentar de paso, que existe un fetichismo legal, y por mencionar un solo ejemplo, me limito a mencionar el de los estudios jurídicos Hert⁷ de México, en el que se recalca sobre la equivocada convicción de que es posible cambiar las relaciones sociales desde las normas jurídicas cuando lo que demuestra la historia es todo lo contrario. Muchos intentos se han visto fracasados en este sentido, vgr. la reforma agraria en Colombia y las propuestas de reforma de la fracasada República de Weimar como producto del tratado de París, también conocido como Tratado de Versalles de 1919, con el que se pretendió formalizar el armisticio con el que se terminó la Primera Guerra Mundial en el siglo XX, cuando las propuestas de reformas sociales, después de múltiples enfrentamientos entre los diferentes grupos políticos, no lograron materializar cambios en el Estado y culminaron en cambio en la llegada al poder del Partido Nacional Socialista liderado por Hitler.

Este análisis consiste, por ello, en la desmembración de un todo, al intentar observar cada artículo del Código Sustantivo del Trabajo, descomponerlo en sus partes, e identificar en esas partes y formas estructurales cuáles son sus componentes comunes o generales y cuáles sus expresiones exceptivas o apartadas de su propósito general, sin llegar a profundidades o para deducir causas, naturaleza y efectos, sino, por el momento, inferir aspectos cualitativos derivados de su estilo de redacción, específicamente cuál es su mayor contenido en materia de generalidades y excepciones en cada una de estas disposiciones.

Se seleccionan las instituciones más relevantes del derecho laboral individual, que resultan de una visión inicial de las partes que integran la normativa laboral sustantiva individual vigente, a partir de la propia estructura del código básico, o sea del contenido en los decretos originarios de 1950 y, desde luego, incluyendo normas que lo han modificado posteriormente,

⁷ Estudios jurídicos Hert de México (Wikipedia).

en específico, los Decretos leyes 2351 de 1965 y su Reglamentario 1373 de 1966, la Ley 50 de 1990, la Ley 789 de 2002 y el proyecto de reforma laboral presentado por el Gobierno nacional al Congreso de la República, y que no fuera aprobado por decisión mayoritaria de la comisión séptima del Senado de la República de Colombia.

En este entendido se analizan normas contenidas en las siguientes partes de dicha normativa:

1. Principios generales (arts. 1 a 21).
2. Contrato individual de trabajo (arts. 22 a 36).
3. Sustitución de patrones (hoy de empleadores, de acuerdo con el artículo 107 de la Ley 50 de 1990).
4. Salario (arts. 127 ss, Ley 50 de 1990, y arts. 14; 15; 16; 17; 18)
5. Jornada de trabajo (arts. 158 ss)

Como se advirtió en la introducción este escrito, este es apenas un análisis inicial pero a la vez una invitación a realizar un estudio sistemático de mayor cobertura para el análisis de la normativa laboral contenida en el Código Sustantivo del Trabajo y su legislación modificatoria, y por ello, aquí se incluye lo que en consideración del autor constituyen las normas fundamentales o de mayor importancia en la vida jurídica del trabajo en su contenido de derecho individual y deja para los posteriores trabajos una visión más completa que integre tanto la parte individual como la colectiva de la legislación laboral vigente en Colombia, ojalá el análisis completo y cronológico de todo su articulado. Por ahora esta es una mera invitación a compartir la conclusión de que su redacción es de mayor relevancia en materia de excepciones que de su predicado inicial general, y por ello, contradictoria con su intención tuitiva expresa en los títulos con que se inicia cada uno de sus artículos.

Hipótesis: contradicción entre el título y el contenido de los artículos del Código Sustantivo del Trabajo Colombiano. Algunos ejemplos demostrativos de esta afirmación

Por no estar de acuerdo algunos tratadistas e investigadores socio-juristas acerca de la inclusión de una hipótesis en las investigaciones analíticas, se hace necesario en este análisis particular de la normativa laboral individual,

partir de una afirmación que reclama demostración, como la que se está proponiendo al expresar que, en la redacción de las normas que constituyen el conjunto normativo del derecho del trabajo individual, existe un contrasentido entre el predicado general con que se inicia y titula la redacción de cada norma y el número de excepciones que en la misma se proponen, desbordando y derogando el espíritu general informado en el título donde se anuncia el contenido de ellas. Otras veces estas excepciones se crean en la práctica, en el desarrollo de las relaciones laborales, casi siempre por recomendaciones de los asesores jurídicos de empleadores o de trabajadores y que llegan, algunas veces, a constituirse en jurisprudencia por parte de nuestro aparato judicial. Afortunadamente, nuestras altas cortes, tanto la Constitucional como la Suprema, y especialmente a partir de la constitucionalización del derecho al trabajo con la vigencia de la carta superior de 1991, han rescatado, en proporción muy elevada, el espíritu del legislador contenido en el título con que se ha iniciado cada artículo del código analizado y sus ulteriores reformas.

A continuación, el análisis de las normas que en opinión del autor son las más relevantes del derecho laboral individual del trabajo, vigentes en Colombia.

Análisis de la estructura lógica o paradójica de normas seleccionadas aleatoriamente: demostración en concreto de que el título de cada uno de los artículos del Código Sustantivo del Trabajo ofrece un contenido superior al que en realidad termina desarrollando en su composición

Principios generales (arts. 1 a 21 Código Sustantivo del Trabajo)

Artículos 1 a 5, CS de T. Antes de iniciar el recorrido por los artículos anunciados en este subtítulo, es importante señalar el contrasentido del mismo Código del Trabajo en el artículo 1: *Objeto*, con que se inicia, así como los artículos 2, 3 y 4 que lo contradicen. Veámoslo: el artículo primero dispone: “*Objeto. La finalidad de este código es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social*”.

Resulta paradójico leer este artículo inicial y comparar su espíritu generalizador de regular todas las relaciones que surgen entre patrones⁸ y

⁸ Léase hoy, empleadores y trabajadores, artículo 107 de la Ley 50 de 1990, que ordenó sustituir el término *patrono-patronos* por el de empleador-empleadores.

trabajadores, con el contenido exceptivo de los artículos subsiguientes. En efecto el artículo 2 excluye a los trabajadores que laboran en el exterior, a pesar de haber sido contratados en Colombia, si su contrato termina en otro país donde no se aplique el principio del *lex loci contractus*, o cuando, por reciprocidad, el contrato de trabajo termina en un país en el que no obstante haber sido contratado en Colombia, se le deba aplicar la legislación del otro país, toda vez que en ambos lugares se aplique el principio del *lex loci solutionis*. Así entonces, se puede ver cómo, para empezar, en estos dos primeros artículos comienza a manifestarse aquello predicado en la hipótesis, y es que las excepciones desbordan el espíritu generalizador tuitivo de la redacción de las normas del derecho laboral individual.

Más protuberantes aún y desconocedores del espíritu con que se inicia el artículo primero, son los artículos tercero y cuarto, al proponerse en el primero como finalidad generalizadora la regulación de las relaciones (todas, da a entender de entrada) que surjan entre empleadores y trabajadores, sin excepciones, y en el tercero excluir la regulación del derecho individual del trabajo contenido en ese código a los servidores públicos, denominados inicialmente en el texto como trabajadores oficiales, y que posteriormente, con los Decretos 3135 de 1968 y su reglamentario 1848 de 1969, obtienen la denominación genérica de “empleados oficiales”, y que hoy, con el texto de la Constitución vigente desde 1991, responden, todos ellos, a la denominación de “servidores públicos”, sin importar su vinculación como trabajadores oficiales por la vía del contrato de trabajo o del acto condición de los empleados públicos; sin embargo, todos ellos excluidos de la legislación que contiene el derecho individual del Código Sustantivo del Trabajo, por ordenarlo así el artículo tercero cuando dispone: “*El presente código regula las relaciones de derecho individual del trabajo de carácter particular y...*”. En otras palabras, este no regula las relaciones de derecho individual del trabajo oficiales; esas relaciones de trabajo que denominaremos oficiales, de acuerdo con el citado artículo 4, se regularán por leyes especiales que posteriormente se dicten.⁹ Como en efecto se han dictado infinidad de decretos y resoluciones, y leyes que regulan los distintos aspectos del derecho individual del trabajo de los servidores públicos del orden nacional, y se mantienen todavía vigentes las normas de igual naturaleza para los servidores públicos de los órdenes

⁹ Constitución Política de Colombia, art. 123, que creó la denominación genérica de *servidores públicos*.

territoriales inferiores, o sea de los departamentos y municipios, a pesar de haberse intentado una unificación en materia prestacional para todos los servidores públicos de los órdenes nacional y territoriales, mediante el Decreto 1919 de 2002,¹⁰ pero aún subsisten normas aplicables a los territoriales en materia de contratos individuales de trabajo como son en especial la Ley 6ª de 1945 y su Decreto reglamentario 2127 del mismo año, la Ley 64 de 1945, entre otras menos relevantes.

Se observa el contrasentido del artículo 1º con los 2, 3 y 4, pues el objeto es regular las relaciones que surjan entre empleadores y trabajadores sin distingos, pero el artículo segundo excluye a los colombianos o extranjeros que inicien un contrato de trabajo en Colombia y sean trasladados a laborar a otro país en el que se aplique el principio del *lex loci solutionis* para entenderlos excluidos de la legislación laboral colombiana, y, a continuación, los artículos 3 y 4 del mismo código excluyen a los servidores públicos de la aplicación de las normas de derecho laboral individual del trabajo contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, como se acaba de indicar.

Continuando con el análisis de las normas de la parte general del Código Sustantivo del Trabajo contenidas en los artículos 1 a 21, veamos al artículo 5, que se titula “Definición de trabajo:...”, que más que definir al trabajo, se dedica a excluir trabajadores que no quedan regulados por este código, pues, equivocadamente, antes que definir trabajo, circunscribe la aplicación de sus normas a los trabajadores dependientes, excluye por lo tanto al trabajo independiente que siempre ha quedado por fuera del contenido tuitivo del derecho del trabajo, salvo lo que pudiera entenderse exceptuado en materia de seguridad social, cuyo sujeto protegido es la persona humana y no solamente el trabajador, superando de esta manera la visión del seguro social (visión bismarckiana) cuyo sujeto se restringe a la persona humana del trabajador y deja por fuera a quienes no tengan el carácter de trabajadores dependientes. Se va así confirmando la regla de que cada artículo de la normativa laboral ofrece un derecho amplio, pero que termina reducido a solo una pequeña parte de los trabajadores colombianos, pues los cuatro primeros artículos dejan por fuera de sus normas al sector más grande de estos trabajadores, toda vez que sigue siendo cierto que el principal empleador es el Estado, y en el artículo 5, se deja por fuera

¹⁰ En el *Diario Oficial* 44916 del 29 de agosto de 2002 y que comenzó a regir el 1º de septiembre de 2002.

a dicho sector, al más grande, el de los trabajadores dependientes de este país, al igual que al de los trabajadores independientes o trabajadores en la informalidad, así en la realidad sean trabajadores dependientes con el disfraz del contrato de trabajadores por prestación de servicios independientes, los que, en su mayor parte y en realidad sean dependientes formalmente contratados como independientes pero supeditados a la supervisión de un empleador a través de sus representantes laborales o empleadores delegados o simulados como temporeros y con duración real mayor a un año, entre tantas otras modalidades, elaboradas ingeniosamente por asesorías laborales que falsean la realidad y más que sanar los ambientes laborales los impregnan cada vez más de enfrentamientos y conductas conflictivas buscando retaliaciones o justicia por mano propia.

También destaca por su mayor excepcionalidad que por su propósito informado, en su título, el artículo 10 ib.: *“Igualdad de los trabajadores: Todos los trabajadores son iguales ante la ley, tienen las mismas protección y garantías, y, en consecuencia, queda abolida toda distinción jurídica entre los trabajadores por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, SALVO LAS EXCEPCIONES ESTABLECIDAS POR LA LEY”* (Las mayúsculas son resaltados míos). Pretendo resaltar lo destacado en mayúsculas para identificar algunas de las excepciones que terminan desbordando el título de *IGUALDAD DE LOS TRABAJADORES* con el que se encabeza este artículo del CS del T y para ratificar esta afirmación, presento a los lectores doce excepciones a la regla general ofrecida en su título:

1. Trabajadores dependientes e independientes conc. arts. 1; 5; 22;
2. Trabajadores colombianos en territorio de Colombia y trabajadores colombianos en país extranjero. art. 2.
3. Trabajadores dependientes particulares y Servidores públicos. arts. 3, 4 y 492.
4. Trabajadores habituales y ocasionales conc. art. 6 y demás normas que los excluían de prestaciones sociales y hoy, gracias a jurisprudencia reiterativa de la Corte Constitucional, los incluyen. Esta discriminación ocurrió con las cesantías, las primas de servicios, la afiliación a la seguridad social, etc....¹¹

¹¹ Sentencia C-823 del 04 de octubre de 1986, MP Jaime Córdoba Triviño.

5. Trabajadores de dirección, confianza y manejo (art. 162. Para excluirlos de la jornada máxima de trabajo).
6. Trabajadores con cesantías liquidadas retroactivamente por los empleadores y trabajadores con cesantías liquidadas por los fondos privados de cesantías y fondos de pensiones.¹²
7. Trabajadores con contratos de trabajo a término indefinido con contratos a término fijo, o con contratos de duración de acuerdo con la obra o labor contratada con trabajadores ocasionales, accidentales o transitorios.¹³
8. Agentes viajeros y agentes vendedores (art. 98 modificado por el Decreto 3129/56).¹⁴
9. Trabajadores de notarías públicas y oficinas de registro de instrumentos públicos y privados.¹⁵
10. Docentes de establecimientos particulares de enseñanza.¹⁶
11. Trabajo remoto, trabajo en casa, trabajo virtual, etc. ...¹⁷
12. Trabajadores de empresas puramente familiares y trabajo no puramente familiar.¹⁸
13. Un largo etcétera que caracteriza a prácticamente la totalidad de la normativa laboral colombiana.

Atención especial merecen los artículos 13; 14 y 15, cuyos títulos ofrecen la idea de irrenunciabilidad de los derechos y garantías contenidas en el CS del T, pues en su orden establecen el contenido mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores y la consecuencia de no producir efecto cualquier estipulación en contrario.¹⁹ A continuación, caracteriza a la legislación del trabajo como de orden público y, por ese carácter, establece que los

¹² Ley 50 de 1990, *Diario Oficial* 39618, del 1 de enero de 1990.

¹³ CS del T, art. 45.

¹⁴ CS del T, art. 98, modificado por el Decreto 3129 de 1956.

¹⁵ CS del T, arts. 99-100.

¹⁶ CS del T, arts. 101 ss.

¹⁷ Decreto 555 de 2022. Trabajo remoto. Ley 1221 de 2008, Trabajo con tecnologías de las comunicaciones TIC. Decreto 884 de 2012, Teletrabajo.

¹⁸ CS del T, art. 223 (subrogado por el D.L. 1295/94); 251, entre otros.

¹⁹ CS del T, art. 13, sobre Mínimo de derechos y garantías del trabajo.

derechos consagrados en favor del trabajador son irrenunciables.²⁰ Pero a continuación echa por la borda todo lo anterior al darle validez a la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles.²¹ Basta con entender que solo se tendrán como ciertos los derechos claros, expresos y actualmente exigibles, y como indiscutibles los derechos que estén reconocidos por lo general en documentos que provengan del empleador. Es rara la posibilidad de que esa certeza y reconocimiento que hacen indiscutible al derecho, se encuentre pareada en el derecho del trabajo, lo que nos lleva a concluir que, al darle validez a las transacciones sobre derechos inciertos y discutibles, en la práctica, todos los derechos del trabajo son transables o renunciables parcial o totalmente, teniendo en cuenta que, por lo general, el trabajador sí tiene claro su derecho pero, al no constar este en un documento que provenga del deudor, sería un derecho no expreso ni reconocido y por ello discutible y transable o renunciable por carecer de las condiciones de cierto e indiscutible que exige el artículo 15 ib. para ser considerado como irrenunciable.

Contrato individual de trabajo²²: la teoría del contrato realidad esbozada en el numeral 2 del artículo 23 del CS del T es desconocida por las múltiples formas de disfraz que se le endilgan a la continuada subordinación, para presentarla como subordinación de resultado y no de tracto sucesivo

Los artículos 22 a 36 con iguales componentes de intención informada en sus títulos iniciales y excepciones extensamente propuestas en sus partes finales; pretenden definir y caracterizar al contrato de trabajo de los trabajadores dependientes de empleadores particulares, bajo el entendido de que los contratos de trabajo con trabajadores dependientes de empleadores oficiales están regulados por otras normas diferentes a las del Código Sustantivo del Trabajo como se desprende de sus artículos 1, 3, 4, 5 y 492 ib.

²⁰ CS del T, art. 14, Carácter de orden público de las leyes del trabajo contenidas en el código.

²¹ CS del T, art. 15, Validez de la transacción.

²² CS del T, art. 22 ss. Definición de contrato de trabajo y sus elementos esenciales, teoría del contrato realidad.

El artículo 22 con su título de *Definición...*, más que definirlo, el contrato de trabajo dibuja su estructura a partir de sus elementos esenciales en la siguiente forma:

1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. 2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera patrono²³ y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario.

El artículo 23 se encarga de hacer el análisis o descomposición de la estructura perfilada en el artículo precedente, y esboza en su numeral 2 la teoría del contrato de trabajo como contrato realidad, en el que importa más la prestación subordinada real que la prestación formalmente contratada como no laboral o independiente, en la siguiente forma: “...una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”.²⁴

Las excepciones a esta teoría ahora se presentan no en la norma misma sino en la práctica. Hoy abundan, a pesar de la contundencia con que la jurisprudencia y la doctrina las atacan y destruyen, pero son muy pocas las demandas o conflictos jurídicos que alcanzan a llegar a un proceso laboral, y mucho menos las que terminan siendo exitosas ante las innumerables formas elusivas de la subordinación continuada por parte de los empleadores, quienes con la pretensión de escapar a las consecuencias económicas de un contrato de trabajo se han ingeniado con la complicidad de asesores jurídicos, de dudosa ética profesional, un considerable número de formas elusivas del contrato de trabajo, por mencionar algunas, las más conocidas, como los contratos de prestación de servicios independientes (o nóminas paralelas que ocupan más del 50% de los empleos públicos claramente prohibidos pero en la práctica permitidos), los contratos sindicales, los contratos comerciales de sociedades o con personas naturales a quienes se

²³ Ver nota 9 de la página 9.

²⁴ Es importante distinguir la teoría del contrato realidad de la teoría de “...la primacía de la realidad sobre las formas que establezcan las partes de la relación laboral...” conc. art. 53 CPC siendo esta una concepción general y la del artículo 23 una especie o aplicación de la generalidad en particular.

les hace creer que no existe un contrato de trabajo por el mero hecho de hacerles firmar un escrito en el que aceptan no estar contratados laboralmente u hoy, ya en desuso, el hacer firmar un documento en el que renuncian a los efectos prestacionales del contrato de trabajo.

Afortunadamente la intención legislativa de crear una presunción de contrato civil o comercial que trajo la Ley 50 de 1990 al incluir en la modificación propuesta al artículo 24 una consecuencia de presunción inversa a la del contrato de trabajo, cuando se celebrare un contrato escrito de naturaleza civil o comercial, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-665 de 1998. Sin embargo, aún se continúa con este propósito celebrando en forma exponencial los contratos de prestación de servicios, especialmente entre el Estado en sus diferentes niveles con sus servidores y no pocas en las prácticas empresariales particulares. Gracias a la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional estas prácticas terminan con sentencias condenatorias a favor de los supuestos contratistas independientes de prestación de servicios a quienes se les reconoce el contrato realidad de trabajo si sus empleadores fueron particulares o cuando se trate de trabajadores oficiales y cuando el caso fuere de empleados públicos se condena al Estado a pagar fuertes indemnizaciones, equivalentes a los derechos laborales que se dejaron de percibir como si hubieren sido en realidad empleados públicos pero, como no existe la vinculación presunta de empleados públicos, se opta por indemnizarlos sin reintegro a cargo alguno, pero sí por sumas de dinero equivalentes a lo dejado de percibir y a los perjuicios materiales adicionales que se demuestren ante el Consejo de Estado.²⁵

Si bien la redacción de los artículos 22 a 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no contiene excepciones que superen en su contenido a la intención propuesta como regla general en sus títulos y contenidos iniciales, sí aparecen en la práctica aplicaciones indebidas por parte de algunos empleadores inescrupulosos y de oficinas asesoras que diseñan prácticas contractuales disfrazadas de contratos civiles y comerciales que desdibujan la intencionalidad tuitiva contenida en sus propósitos, como quedó dicho atrás.

También más en la práctica que en la redacción misma de las normas, las figuras de la coexistencia de contratos y concurrencia de contratos

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia 3 de mayo de 2017 MP Clara Cecilia Dueñas. Rad. 49346, acta 15.

sugiere que el contrato de trabajo desaparece cuando un trabajador se vincula con varios empleadores (coexistencia de contratos) o cuando con un mismo empleador celebra contratos de diferente naturaleza jurídica como es el caso de los médicos en hospitales diferentes o cuando además de su consultorio particular celebran contratos de trabajo con varios hospitales.²⁶ Y hay que decir que en no pocos casos judicializados y ya fallados en primera y segunda instancia se absuelve al empleador demandado bajo el supuesto ilegal de no existir contrato de trabajo por tener el trabajador celebrado otro u otros contratos de trabajo con otras entidades públicas o particulares, cuando la intención de la norma es la de permitir la celebración válida de varios contratos de trabajo con varios empleadores, salvo la cláusula de exclusividad pactada, y en estos casos sí redundó la excepción, pues a fuerza de pactarla se ha impedido que los trabajadores complementen sus ingresos con otras actividades, a pesar de ser muy diferentes a las pactadas con un primer empleador y de que no se crucen en horarios o jornadas de trabajo, recibiendo remuneraciones precarias que hacen necesaria la búsqueda de ingresos adicionales.²⁷ De esta manera, los artículos 25 (conurrencia de contratos) y 26 (coexistencia de contratos) terminan siendo desbordados por las redacciones indebidas de los textos en los contratos de trabajo que incluyen la cláusula de exclusividad, o en los que se pacta que un contrato civil o comercial sustituya los contratos de trabajo que se pudieren haber celebrado con anterioridad y que se entienden subsumidos en los primeros, cláusulas que son claramente ineficaces a la luz de lo dispuesto por el artículo 43 ibidem sobre *Cláusulas ineficaces*.

No sobra mencionar las veces en que los indicios de continuada subordinación que se mencionan en las sentencias de la honorable Corte Suprema de Justicia con la ponencia de la honorable magistrada Clara Cecilia Dueñas se alegan como necesarios todos en su conjunto, cuando sus providencias insinúan que bastaría con alguno o algunos de esos indicios, no de todos, para concluir la realidad contractual laboral.²⁸

El artículo 27 del CS del T dispone que “todo trabajo dependiente debe ser remunerado”, no obstante, la obviedad de esta disposición abunda; como

²⁶ CS del T, arts. 25 y 26.

²⁷ CS del T, Cláusula de no concurrencia, art. 44.

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. 1439. Sentencia del 14 de abril 2021, MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Rad. 72624, acta 13.

herencia de nuestras costumbres religiosas muchos trabajos denominados “voluntariado”, o el trabajo mismo de los monjes y sacerdotes de todos los cultos y sus servidoras religiosas a quienes solamente se les reconoce la especie de alimentación y habitación como contraprestación de sus servicios, aclarando que ya se ha reducido considerablemente esta mala costumbre, pero aún queda mucho de ella y se proyecta en otro tipo de organizaciones laicas que realizan actividades de servicios sociales como orfanatos o ancianatos, dispensarios o similares.

Bajo la consideración de taxatividad jurídica, se debe entender que la limitación a los casos que la norma considera como únicos, incluye también a los casos en que la norma se refiere, sin mencionarlos, a excepciones de una universalidad o totalidad, y en ese entendido, el artículo 6 de la Constitución Política de Colombia de 1991 al disponer que “Los particulares *sólo* son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes...”, no permite excepciones que permitan crear prohibiciones por fuera de la ley o de la Constitución, así tampoco podría entenderse que el artículo 27 admitiera excepciones no expresas en su texto, ya que con el adverbio “*todo*” no es posible, hoy en día, aceptar como válida excepciones de carácter religioso o de sexo ni de opinión política ni racial, que permitieran el trabajo subordinado gratuito, toda vez que la intención de universalidad no exceptuó casos en los que se pudieran utilizar servicios gratuitos subordinados.

Más grave es el desbordamiento de las excepciones a la regla general que prohíben el trabajo de menores, y a continuación la misma norma lo autoriza mediante el permiso de sus representantes y mientras el trabajo no esté prohibido por peligroso o que requiera mucho esfuerzo físico o no sea insalubre física ni moralmente, a juicio del respectivo inspector del trabajo.²⁹ La intención prohibitiva es claramente desbordada por la excepcionalidad o excepciones que la misma norma trae (arts. 29 a 31 del CS del T). La práctica ha convertido en regla general el permiso de trabajo a menores sin investigar su conveniencia. De esta manera, termina siendo regla general la excepción de contratar menores con autorización del respectivo inspector del trabajo y se atenúa la prohibición de contratarlos.

²⁹ CS del T, arts. 29 y 30.

Sustitución de empleadores: la terminación de contratos del empleador sustituido con sus trabajadores se considera como una solución de continuidad y, por ello, el nuevo contrato en realidad no terminado, aunque sí formalmente por la celebración de un nuevo contrato con el empleador sustituto, destruye todo el impulso protector de los artículos 67 a 69 del CS del T, la jurisprudencia abunda en decisiones que afirman efectivamente la existencia de dos contratos diferentes y por ello la no aceptación de la sustitución de empleadores cuando se da esa circunstancia

Desde la óptica de una lectura desprevenida, los artículos 67 a 70³⁰ ofrecen una aparente intención tuitiva para los trabajadores que prestan sus servicios en una empresa que a cualquier título cambia de propietarios o se transforma en su integración patrimonial, pero mantiene la identidad del establecimiento, es decir “...*en cuanto este no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios.*” (art. 67 del CS del T). A continuación, el artículo 68 ofrece una garantía que en la práctica se ha invertido para convertirse en una amenaza para los trabajadores que deban soportar una sustitución patronal, como se explica a continuación.

Este artículo se titula “*Mantenimiento del contrato de trabajo*” y, al efecto, dispone: “*La sola sustitución de patronos no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes*”; para eludir esta garantía y facilitar los negocios entre empleadores el antiguo empleador ofrece a sus antiguos trabajadores una indemnización a cambio de su renuncia y la promesa formal de ser reenganchados por parte del nuevo empleador, y se formaliza la terminación del contrato anterior con un acta de mutuo acuerdo y cuando no, con la renuncia o terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador, y de esta manera se crea una circunstancia que hace inaplicable el mantenimiento del contrato de trabajo bajo la consideración de que este no ha terminado por razón de sustitución alguna, sino por voluntad libre del trabajador, y se pierde así la antigüedad para la liquidación de las cesantías de quienes aún tienen derecho a la liquidación de las mismas con retroactividad, e igualmente no se computará todo el tiempo para las indemnizaciones de los contratos a término indefinido,

³⁰ CS del T, arts. 67 a 69.

pues estas no tienen en cuenta todo el tiempo de servicios, sino el último que pueda considerarse como tiempo continuo, ya que el discontinuo no computa para efectos de ese factor multiplicador cuando se despide sin justa causa.³¹

Salario³²: la desalarización por vía del acuerdo de voluntades a partir de la modificación introducida por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 ha convertido en regla general que un pago contra prestacional del servicio se pueda tener como no salario por vía del acuerdo de voluntades entre empleador y trabajador. La jurisprudencia constitucional y de la Honorable Corte Suprema de Justicia protege el concepto salarial en estos casos, pero la mala costumbre de entender que pocos de estos casos alcanzan el interés jurídico para recurrir en casación ha permitido una enorme abundancia de este tipo de pactos de desalarización

La redacción original del artículo 127 del CS del T pretendió involucrar bajo el concepto de salario a todo pago que recibiera el trabajador como contraprestación del servicio o por razón de él. En esta forma lo venía interpretando la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, considerando cualquier pago como salario o factor prestacional, pero, con la expedición y promulgación de la Ley 50 de 1990, se incluyeron en su texto complementos que desdibujaron la intención originaria de englobar como salario a todo pago que recibiera el trabajador por razón del servicio. Esto se logró al exigirse que la contraprestación fuera directa del servicio “...todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio...”. Así se deconstruyó el concepto de totalidad del salario que originariamente involucraba a cualquier pago que recibiera el trabajador como contraprestación de sus servicios, y ahora con su nuevo texto, al agregarle el complemento directo a la expresión de “... todo lo que reciba el trabajador”, pero como contraprestación directa del servicio, obviamente se excluyeron a los que se aleguen ahora que no son una contraprestación directa del servicio, sino que se califiquen como un

³¹ CS del T, art. 64 modificado por el art. 28 de la Ley 789 de 2002. El tiempo de servicios para efectos de la liquidación de la indemnización por terminación unilateral injusta por parte del empleador debe ser continuo.

³² CS del T, arts. 127 y S.S., arts. 14, 15, 16, 17 y 18, de la Ley 50 de 1990.

pago por mera liberalidad del empleador, o como gasto de transporte como se viene calificando desde la vigencia de esa nueva redacción del artículo 127³³, y de esa manera, se lanza del 127 al artículo 128³⁴ el concepto de ... *pagos que no constituyen salario*... y dejan de ser factor para la liquidación de prestaciones sociales o indemnizaciones o de aportes a la seguridad social o a las cajas de compensación familiar o al SENA y al ICBF.

Así entonces, por vía de la reforma laboral contenida en la Ley 50 de 1990, se desmonta el carácter tuitivo que traía el artículo 127 del CS del T y se eleva al carácter de excepciones la regla general de que todo pago que se haga al trabajador por razón de su trabajo es salario al concepto de pagos que no constituyen salario a los que no sean contraprestación directa del servicio, en opinión del trabajador, o se le haga pactar un contrato o pacto de desalarización como lo propone ahora el artículo 128, que además de una extensa lista de pagos que no se considerarán como salario, agrega la posibilidad de que un pago que sí sea salario se pacte voluntariamente que no lo sea. Esto último ha sido considerado ineficaz por la honorable Corte Constitucional, y desde un principio por la honorable Corte Suprema de Justicia, haciendo valer la realidad sobre la formalidad en cumplimiento del artículo 53 de la Constitución.³⁵

También brillan por su paradójica redacción los artículos relacionados con descuentos, compensaciones y retenciones al salario³⁶. Igualmente la afirmación de que “a trabajo igual salario igual” cuando el mismo texto del artículo 143 dispone que esto solo será aplicable en condiciones de puesto, jornada eficiencia también iguales y en la práctica siempre aparecerán condiciones diferenciales que admiten la diferenciación salarial como son las razones de antigüedad, experiencia, capacitación, rendimiento claramente distintas entre un trabajador y otro así se encuentren en el mismo puesto y antigüedad o experiencia similares.

³³ Ley 50 de 1990, art. 14. *Diario Oficial* 39618 del 1 de enero de 1990.

³⁴ *Ibíd.*, art. 15.

³⁵ S.L. CSJ, Sentencia 1798 de 2018, Rad. 63988, MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, mayo 16 de 2018.

³⁶ CS del T, art. 149. *Descuentos prohibidos*. Al leerse la totalidad del artículo se concluye lo contrario al título y podría decirse que el texto lo que realmente hace es autorizar estos descuentos, retenciones y compensaciones a través de una autorización escrita o de un acuerdo bilateral en el que empleador y trabajador aceptan estas afectaciones al salario, incluso al salario mínimo.

Jornada de trabajo³⁷: la aparición de la jornada de trabajo implicó una prohibición de hacer extensiva la duración del tiempo de disponibilidad al servicio de los empleadores superior a dicha jornada, pero la fuerza de la necesidad y el temor a sindicatos fuertes ha determinado que los mismos trabajadores sientan las horas extras como un derecho y no como un límite a su capacidad física de trabajar y la compensación con el descanso al final de la jornada. Hoy, paradójicamente, la prohibición se ve desdibujada por la necesidad de los trabajadores de obtener ingresos adicionales al salario pactado, que generalmente es precario, con sus excepciones, claro está.

Al crearse el concepto de jornada de trabajo como una obligación general a partir del Tratado de Versalles de 1919, aprobado por la conferencia de París, con el que se formalizó la finalización de la Primera Guerra Mundial, se entendió que el trabajo dependiente tenía un límite, constituido por la jornada máxima de trabajo de ocho (8) horas diarias, y ese concepto maximalista hace entender que está prohibido el trabajo que supere esas ocho horas.³⁸ Pero, a continuación, se generan excepciones que permiten el trabajo de horas extras, cuando se trate de trabajadores sin jornada como los de dirección, confianza y manejo, los de los simples vigilantes cuando residan en el mismo lugar donde prestan sus servicios, cuando se trate de actividades que deban realizarse para superar las inconveniencias generadas por la fuerza mayor o el caso fortuito, o cuando haya necesidad de realizar urgentes reparaciones a las maquinarias o edificaciones de la empresa, o cuando se trate de evitar las consecuencias de un perjuicio o catástrofe inminentes.³⁹ Con el transcurrir del tiempo apareció la excepción más utilizada, y es cuando a juicio del Ministerio del Trabajo se deba autorizar la extensión de la duración de la jornada diaria de trabajo, eso sí con la obligación de levantarse un libro de registro de las horas de entrada y salida al trabajo, y la distinción de cuales son horas de trabajo ordinario anteriores a la iniciación de la jornada nocturna y cuales son dentro de la jornada nocturna, condición que no se vigila ni se cumple en la práctica, pero, eso sí, en todo caso, esas horas extras deben pagarse con los recargos ordenados por la normativa vigente. Desbordantes excepciones se

³⁷ CS del T, art. 158 ss.

³⁸ Parte XIII del Tratado de Versalles o Pacto de París.

³⁹ CS del T, arts. 162 y 163.

convirtieron en regla general al punto de que los mismos trabajadores, en lugar de luchar por su salud y bienestar en contra de la jornada extraordinaria, dándole paso a la contratación de nuevos trabajadores, en lugar de extenuarse y poner en riesgo su bienestar y salud, que luchan porque se les programen horas extras por la remuneración con recargo que ello implica, y de esta manera, la prohibición se ha convertido en una reivindicación que va en contra de los mismos trabajadores. La reforma que propuso el gobierno nacional incluía esta absurda pretensión de permitir el trabajo de horas extras con la remuneración doble por trabajo de las mismas en días festivos o en horas nocturnas, manteniendo el recargo por el trabajo de horas extras diurnas e igual recargo doble para el trabajo en días de descanso obligatorio y, por lo tanto, en trabajo prohibido, pero que se convierte en permitido pero remunerado con recargo, sin consultar las consecuencias negativas para el trabajador que labora extraordinariamente horas extras y en días de descanso legalmente obligatorio. Se confirma de nuevo la hipótesis.

Conclusión que ratifica la hipótesis: la redacción de los títulos con que se inician los artículos que integran el todo del CS del T son prometedores de beneficios que esas mismas disposiciones recortan en la redacción de sus contenidos

Por ahora, analizadas las instituciones de derecho laboral más importantes en mi opinión, prometiendo un análisis más completo en futuros escritos, queda demostrada la hipótesis propuesta de ser mayores las excepciones que los casos incluidos en la regla general de las normas analizadas y contenidas en cada uno de los artículos del CS del T.

Bibliografía

Doctrina

DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. México: Editorial Porrúa, 1980.

ORTEGA Y GASSET, José. *Meditaciones del Quijote*. Madrid: Imprenta Clásica Española, 1914.

Jurisprudencia y legislación

Colombia. Congreso de la República. Decreto 1919 de 2002. *Diario Oficial 44916*, de 29 de agosto de 2002.

Colombia. Congreso de la República. Ley 50 de 1990. “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

Colombia. Congreso de la República. Ley 789 de 2002. “Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo”.

Corte Constitucional. Sentencia C-823 del 04 de octubre de 1986, MP Jaime Córdoba Triviño.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL-6621 de 2017 MP Clara Cecilia Dueñas. Rad. 49346, Acta 15 del 03 de mayo de 2017.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL-1439 de 2021, MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Rad. 72624. Acta 13 del 14 de abril 2021.