



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

**Gestión del riesgo legal laboral en micro y pequeñas empresas:  
un estudio colectivo de casos de la UEI**

Juan Diego Montenegro Timon

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Ciencias Económicas  
Bogotá, Colombia  
2016



**Gestión del riesgo legal laboral en micro y pequeñas empresas: un estudio** <sup>iii</sup>

**colectivo de casos de la UEI**

**(Legal labor risk management in micro and small enterprises: a collective  
study of UEI cases)**

Juan Diego Montenegro Timon

Trabajo final de maestría presentado como requisito parcial para obtener el título de:

**Magister en Administración**

Director: Enver Federico Castellanos Gómez

Co-Director: Jorge Hernando Molano Velandia

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Ciencias Económicas

Bogotá, Colombia

2016

## **Dedicatoria**

*A la niña, al niño y a miyo, los amo.*

*A mi damita, por mantenerme loco en este mundo tan aburridamente cuerdo.*

## **Agradecimientos**

A mi familia por el apoyo incondicional.

Al profesor Federico Castellanos Gómez por su consejo y amistad.

A la Unidad de Emprendimiento e Innovación de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Colombia, especialmente al profesor Camilo Santana Trujillo y al Dr. Edwin Cicery Vega.

A los profesores Jorge Molano, Daimer Higueta, Carlos A. Rodríguez y Roberto Sánchez por la excelente calidad de su labor docente.

Las micro y pequeñas empresas en Colombia aportan en gran medida a la informalidad laboral por los altos costos que implica vincular formalmente a un trabajador (salarios, prestaciones sociales, cotizaciones a seguridad social y demás emolumentos a que tiene derecho el trabajador), circunstancia que los expone, entre otros, a riesgos legales por el desconocimiento de la legislación laboral, la cual se concentra principalmente en regular ciertos aspectos de la relación de trabajo que pueden ser analizados desde procesos específicos de la gestión de recursos humanos.

La Unidad de Emprendimiento e Innovación de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Colombia (UEI), desde el año 2004, brinda a los emprendedores un espacio para fortalecer sus ideas de negocio y para actualizarse en contenidos de gestión organizacional, de mercados, de producción, de operaciones, financiera y legal, a través de asesorías personalizadas en las que se establece el plan o modelo de negocio y además se realizan una serie de evaluaciones que permitan conocer el estado de avance y las posibles mejoras que cada proyecto debe realizar hasta su consolidación, constituyéndose en un espacio adecuado para conocer la manera en que los micro y pequeños empresarios abordan las problemáticas que se les presentan en sus relaciones de prestación de servicios personales, en los primeros años de existencia de sus empresas.

El objetivo de este trabajo final de maestría consistió en evaluar la gestión del riesgo legal laboral y su tratamiento en las micro y pequeñas empresas asesoradas por la UEI, para lo cual se examinaron las nociones de la gestión del riesgo legal estableciendo el marco teórico desde la perspectiva de la incertidumbre legal. Se realizó un estudio colectivo de casos con diez de estas empresas y se propusieron estrategias para minimizar el riesgo legal laboral de las micro y pequeñas empresas objeto de estudio.

**Palabras Clave:** Gestión del riesgo legal laboral, micro y pequeñas empresas, emprendimiento, derecho laboral, gestión de recursos humanos.

Micro and small enterprises in Colombia contribute largely to labor informality because of the high costs involved in formally linking a worker (wages, social benefits, social security contributions and other emoluments to which the worker is entitled). Exposes, among others, legal risks due to ignorance of labor legislation, which focuses mainly on regulating certain aspects of the employment relationship that can be analyzed from specific processes of human resources management.

La Unidad de Emprendimiento e Innovación de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Colombia (UEI), since 2004, offers entrepreneurs a space to strengthen their business ideas and to update themselves in organizational management, market , Production, operations, financial and legal, through personalized assessments in which the business plan or model is established and in addition a series of evaluations are made that allow to know the state of progress and the possible improvements that each project must To carry out until its consolidation, constituting an adequate space to know the way in which the micro and small entrepreneurs approach the problems that they present to them in their relations of provision of personal services, in the first years of existence of their companies.

The objective of this final master's work consisted in evaluating the legal labor risk management and its treatment in the micro and small companies advised by the UEI, for which the notions of legal risk management were examined, establishing the theoretical framework from the perspective of legal uncertainty. A collective case study was carried out with ten of these companies and strategies were proposed to minimize the legal labor risk of the micro and small companies under study.

**Key words:** Management of legal labor risk, micro and small enterprises, entrepreneurship, labor law, human resources management.

## Tabla de Contenidos

vii

Capítulo 1 Introducción e información general .....	1
Capítulo 2 Marco teórico .....	14
2.1. Fundamentación conceptual.....	14
2.2. Caracterización del objeto de estudio: la UEI.....	49
2.3. Fundamentación metodológica .....	51
Capítulo 3 Diseño metodológico. ....	54
Capítulo 4 Desarrollo del trabajo. ....	59
4.1. Identificación de la normatividad aplicable a las empresas objeto de estudio .....	59
4.2. Descripción, análisis y discusión de resultados .....	77
4.3. Marco normativo del proceso disciplinario laboral y el retiro de trabajadores .....	94
4.4. Estrategias para minimizar el riesgo legal laboral de las empresas objeto de estudio.	131
Capítulo 5 Conclusiones .....	141
Lista de referencias .....	147

## Lista de tablas

viii

Tabla 1. Cuadro de actividades .....	11
Tabla 2. Variables en riesgo de obtener fallos desfavorables para el Estado .....	27
Tabla 3. Trabajadores agrupados bajo el concepto de informalidad - enfoques.....	40
Tabla 4. Clasificación de empresas Ley 590 de 2000.....	42
Tabla 5. Misión, visión y objetivos de la UEI .....	50
Tabla 6. Criterios utilizados para la selección de micro y pequeños empresarios.....	56
Tabla 7. Aspectos en auditorías al área de recursos humanos de una empresa .....	67
Tabla 8. Áreas de la gestión humana intervenidas por la normatividad laboral .....	68
Tabla 9. Matriz de cumplimiento legal .....	74
Tabla 10. Indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo .....	102
Tabla 11. Indemnización por falta de pago de la liquidación .....	102
Tabla 12. Protección reforzada a la maternidad y a la lactancia en el ámbito del trabajo .....	119
Tabla 13. Indemnización por el no pago oportuno de las mesadas pensionales.....	128
Tabla 14. Indemnización por perjuicios morales .....	129
Tabla 15. Indemnización por falta de pago.....	130
Tabla 16. Análisis de aplicabilidad de una nueva norma.....	137
Tabla 17. Matriz de requisitos legales.....	137



## Lista de figuras

ix

Figura 1. Proceso de Gestión del Riesgo. Castro (2010) .....	18
Figura 2. Salario mínimo como porcentaje del salario mediano en 2012. OCDE (2015). .....	38
Figura 3. Tendencia de la formalización empresarial en Colombia. OIT (2014) .....	45
Figura 4. Formación de pregrado de los emprendedores .....	80
Figura 5. Modalidades contractuales por empresa.....	82
Figura 6. Modalidades contractuales total de empresas.....	82
Figura 7. Formalización de los contratos .....	83
Figura 8. ¿Cuenta con un Reglamento Interno de Trabajo? .....	86
Figura 9: ¿Conoce el proceso para despedir a un trabajador con justa? .....	87
Figura 10. Fuente de conocimiento de la normatividad laboral aplicable .....	89

## Capítulo 1

### Introducción e información general

Cada día las organizaciones requieren establecer relaciones con terceros, ya sean estas entidades estatales, clientes, proveedores, accionistas o empleados, en un contexto donde el ordenamiento jurídico es cambiante y cuyo desconocimiento puede generar efectos negativos en el negocio, circunstancia que en los últimos años se ha desarrollado bajo el concepto de riesgo legal. (Españeira, Sheldon y Asociados, 2008)

La gestión del riesgo en las empresas, parte de la premisa de que las organizaciones existen con el fin de generar valor, para sus grupos de interés, en circunstancias de incertidumbre, la cual implica riesgos y oportunidades y posee el potencial de erosionar o aumentar el valor. En ese sentido, el reto es determinar cuánta incertidumbre se puede aceptar, frente a lo cual la gestión de riesgos empresariales permite tratar eficazmente la incertidumbre y sus riesgos y oportunidades asociados, mejorando la capacidad de generar valor, el cual se maximiza cuando la dirección establece una estrategia y objetivos para encontrar un equilibrio óptimo entre los objetivos de crecimiento y rentabilidad y los riesgos asociados, además de desplegar recursos eficaz y eficientemente a fin de lograr los objetivos de la entidad. (COSO, 2004)

Un adecuado control y gestión del riesgo legal permite a las empresas ser más competitivas disminuyendo la posibilidad de conflictos y contingencias que afecten directamente el valor de la compañía o de sus activos. (Españeira, Sheldon y Asociados, 2008)

Dentro de los aspectos que hacen parte del riesgo legal de una empresa, se encuentra aquel relacionado con las prácticas de empleo y seguridad social; es decir, el riesgo de incurrir en pérdidas derivadas de actividades incompatibles con la legislación laboral, acuerdos laborales, higiene, seguridad en el trabajo, pago de reclamos por daños al personal, por casos relacionados con la discriminación, por aspectos relativos a la remuneración, extinción de los contratos y la organización laboral, entre otros aspectos. (Españeira, Sheldon y Asociados, 2008)

En los últimos años, se ha asistido a la proliferación de servicios de asesoría en gestión del riesgo legal principalmente en los ámbitos tributario, comercial y en menor medida laboral (OIT, 2014), ofertados generalmente por firmas de abogados con presencia internacional, cuyo nicho de negocio se ha desarrollado en las grandes multinacionales, enfocando su labor a la incorporación de la gestión del riesgo dentro de los ya establecidos sistemas de gestión de calidad. (Españeira, Sheldon y Asociados, 2008)

No obstante, se parte de que absolutamente todas las empresas están expuestas al riesgo legal (Mahler, 2009) y prácticamente todo empresario que desarrolle vínculos con terceros está expuesto en mayor o menor forma a riesgos legales de índole laboral, circunstancia frente a la cual los emprendedores, micro y pequeños empresarios no están exentos. (Tokman, 2008)

Como cualquier unidad económica, los proyectos de emprendimiento requieren vincular personal para el desarrollo de su objeto generando uno o más puestos de trabajo, impactando de manera directa la economía local y nacional, a partir de aumento del poder adquisitivo tanto del empresario como de los trabajadores. (Hussain, Sultan, e Ilyas, 2011).

Sin embargo, no siempre los emprendedores y empresarios proceden de manera correcta cuando contratan el talento humano, quebrantando en muchos casos las normas que regulan las relaciones laborales y la seguridad social integral, provocando situaciones de malestar y riesgo permanente que se constituyen en amenazas para la estabilidad de la empresa y del patrimonio personal de los empresarios y emprendedores. (CCB, 2009)

En los últimos años, el emprendimiento se convirtió en el principal mecanismo de política pública a través del cual se busca brindar oportunidades de empleo e ingresos a las personas que tienen dificultades para conseguir un empleo formal. Las entidades privadas, los gremios y el sector académico han orientado parte de sus esfuerzos en la difusión y desarrollo de programas enfocados a la generación de nuevas empresas como una importante alternativa para el desarrollo socioeconómico del país. No obstante, la dispersión y el enfoque general de los programas de emprendimiento terminaron generando en muchos casos la proliferación de micro empresas informales con reducidas posibilidades de sobrevivencia. (PGN, 2011)

En ese sentido, al estudiar el comportamiento del mercado laboral se deben tener en cuenta tanto el problema del desempleo como el de la informalidad laboral, referido este último a las condiciones en las que los ocupados ejercen en empleos bajo situaciones de baja productividad, con escaso capital físico y/o humano y en actividades que están por fuera de la normatividad del mercado, como aquellas en las que se pagan salarios inferiores al mínimo establecido, en las que no se reconocen las prestaciones sociales o en las que se incumple con las jornadas laborales. (Jiménez, 2012)

Según datos del programa de promoción de la formalización en América Latina y el Caribe (OIT, 2014), en Colombia en el año 2010 seis de cada diez microempresas operaban de manera informal. Cárdenas y Mejía (2007) señalan que la informalidad empresarial está estrechamente relacionada con la informalidad laboral, ya que si una empresa no registra sus actividades e ingresos ante las autoridades, es muy probable que sus contratos laborales no se rijan por la legislación laboral.

En Colombia, la definición adoptada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE para la medición del empleo informal, se remite a la resolución 15<sup>a</sup> CIET de la OIT de 1993 y a las recomendaciones del grupo de DELHI. Estas indican que la aproximación a la medición de informalidad en materia de escala de personal ocupado en las empresas, debe ser de hasta cinco trabajadores excluyendo los independientes que se dedican a su oficio y a los empleados del gobierno. Por otra parte, se considera que la afiliación a seguridad social constituye también una aproximación importante al grado de formalidad del empleo. (DANE, 2015)

Según el DANE (2016) a partir de datos obtenidos por la Gran Encuesta Integrada de Hogares, en el trimestre abril - junio de 2016, la proporción de ocupados informales en las 13 ciudades y áreas metropolitanas fue de 47,5%. No obstante, tal como lo señala Sánchez (2013), dependiendo de la metodología utilizada, la informalidad en Colombia puede ser desde el 16% hasta el 59% debido a la variedad de criterios para enmarcar el concepto, teniendo en cuenta aspectos como la cobertura de seguridad social en salud y pensiones, el tamaño del establecimiento donde se realiza la actividad, la posición ocupacional, las características o ausencias de la relación laboral, el nivel salarial con referencia al salario

mínimo, la existencia de contrato laboral, los niveles de ingresos, las condiciones de trabajo, entre otras.

Combatir la informalidad empresarial, la cual se concentra en pequeñas y medianas empresas, es también una forma de combatir la informalidad laboral (Santa María y Rozo, 2009). La estrategia para aumentar la formalización empresarial combina reformas al sistema tributario, simplificación de trámites y programas de fomento focalizados en las micro empresas y la reducción de los costos para operar formalmente y para contratar trabajadores. Paralelamente, las cámaras de comercio, diversas instituciones educativas y algunas entidades sin ánimo de lucro han implantado programas para fomentar la formalización de las empresas.

La Asociación Colombiana de Pequeñas y Medianas Empresas - ACOPI, ha señalado (2008) que las pequeñas y las medianas empresas deben enfrentar una estructura de costos menos onerosa, al menos en sus primeros años de existencia, teniendo en cuenta que en las empresas de 2 a 5 trabajadores, el 80,4% de los empleados no tiene vinculación contractual, mientras en las empresas de 6 a 10 este porcentaje se coloca en el 56,2%. El quiebre se ubica en las empresas de 11 y más trabajadores, las cuales en un 85,4% mantienen contratos escritos con sus empleados. Para esa entidad la persistencia del desempleo descansa en la existencia de un entorno hostil a la formalización, consecuencia de una formalidad cuyos altos costos de transacción, para ingresar y mantenerse, son aún mayores o iguales a los costos de operar informalmente.

Al respecto, Rodríguez (2003), destaca entre las grandes dificultades u obstáculos que disminuyen las posibilidades de expansión de las Mipymes: el sistema tributario, la

legislación laboral, la calidad y disponibilidad del recurso humano y la poca seguridad jurídica. Así, la generación de normas para intentar regular los riesgos propios del emprendimiento somete a la economía a una mayor posibilidad de incurrir en mayores transgresiones conscientes o inconscientes, lo cual, según Gámez (2013), facilita la entrada en un círculo vicioso en donde la informalidad acrecienta las probabilidades de iniciativas de emprendimiento informal con sus propios medios de provisión de bienes y formas de gobierno.

En este contexto, el emprendedor debe enfrentar dificultades de diverso orden para adaptar las normas y los esquemas de contratación laboral que mejor se adecuen a los requerimientos de su actividad, a fin de que sea posible desarrollar su actividad de manera competitiva y sostenible, sin afectar el trabajo en condiciones dignas y justas. (Carrillo, 2010)

Así las cosas, siendo el personal un factor clave de competitividad para la empresa, resulta fundamental que los emprendedores conozcan los aspectos legales que les interesan y les afectan, evitando errores en la gestión del riesgo legal, contando con mejores criterios de decisión y aprovechando las oportunidades que los avances normativos pueden representar.

En este contexto, la Unidad de Emprendimiento e Innovación de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Colombia (UEI), desde el año 2004, brinda a los emprendedores un espacio para fortalecer sus ideas de negocio y para actualizarse en contenidos de gestión organizacional, de mercados, de producción, de operaciones, financiera y legal, a través de asesorías personalizadas en la que se establece el plan o modelo

de negocio y además se realizan una serie de evaluaciones que permiten conocer el estado de avance y las posibles mejoras que cada proyecto debe realizar hasta su consolidación y aval final (Universidad Nacional de Colombia, 2016b)

Teniendo en cuenta la problemática planteada, la Unidad de Emprendimiento e Innovación se constituye en un espacio adecuado para conocer la manera en que los micro y pequeños empresarios abordan las problemáticas que se les presentan en sus relaciones de prestación de servicios personales, en los primeros años de existencia de sus empresas, lo cual a su vez permitirá proponer estrategias para minimizar el riesgo legal laboral, fortaleciendo sus modelos de negocio capaces de ser sostenibles, coadyuvando al crecimiento económico y al desarrollo social del país, en concordancia con la misión planteada por la UEI.

En virtud de todo lo anterior, se planteó la siguiente pregunta de investigación:

¿Cómo se gestiona el riesgo legal laboral en las micro y pequeñas empresas asesoradas por la UEI?

El problema de investigación a resolver encuentra justificación en el impacto que el desconocimiento de la normatividad laboral por parte de los empresarios objeto de análisis, genera en sus organizaciones, así como en el entorno macroeconómico, conocimiento que puede estar al alcance de la mano sin incurrir en altos costos de dinero y tiempo.

Para estos efectos, un primer paso de la gestión del riesgo legal se enfoca en el cambio de mentalidad en las empresas, pasando de un abordaje *ex post*, en el cual las empresas reaccionan una vez materializado el riesgo a una posición proactiva *ex ante*, en la cual se establecen mecanismos para conocer e implementar las normas y reglamentaciones que



impactan la vida diaria del negocio y adoptar oportunamente acciones para minimizar el riesgo legal. (Españeira, Sheldon y Asociados, 2008)

A su vez, el conocimiento jurídico permanentemente actualizado en la materia permite al empleador contar con mejores criterios de costo-beneficio para la elección de la modalidad de contratación a utilizar, lo que en una escala nacional puede impactar en los procesos de formalización laboral.

Como antecedentes de investigación aplicada, se encuentra un estudio sobre la gestión del talento humano en la micro, pequeña y mediana empresa vinculada al programa Expopyme de la Universidad del Norte en los sectores de confecciones y alimentos, realizado por Olga Jaramillo (2005), del cual se resaltan las siguientes conclusiones:

- Las mipymes analizadas reflejan una serie de debilidades que las hace poco competitivas frente al entorno que presenta el siglo XXI en aspectos relacionados con la capacitación, la compensación, la salud ocupacional, así como en materia de gestión humana y en tecnología, producción y control de calidad.
- Las empresas que por lo general no sobrepasan los 50 empleados, no poseen dicha área de recursos humanos y las funciones derivadas de la gestión de las personas es asumida por los dueños, gerentes u otro tipo de cargos de la empresa.
- Las estructuras organizacionales son pequeñas, simples y verticales, están determinadas por la gerencia general y las áreas básicas del negocio, como son la administrativa y producción, encontrando que en la mayoría de los casos los dueños asumen todos los roles organizacionales y las funciones, lo que ocasiona inoperancia y retraso en la toma de decisiones.

- La totalidad de las mipymes visitadas cumple cabalmente con todas las obligaciones laborales y en materia de seguridad social, lo cual garantiza que los empleados de dichas empresas están amparados y gozan de la prestación de servicios de salud, pensiones, cesantías y riesgos profesionales y el pago de las respectivas prestaciones sociales legales; sin embargo, muy pocas cuentan con una asesoría jurídico-laboral, debido a lo cual para la toma de decisiones se basan en la experiencia acumulada o en comportamientos registrados por las empresas del sector.

- Respecto a los aspectos positivos que se registraron con relación a la gestión de las personas, se destacan la vinculación a la plantilla directa de la empresa y el contar con contratos a término fijo e indefinido, lo que puede ser percibido como una condición de seguridad en el empleo.

Según el estudio mencionado y algunos otros relevantes que aportan a la construcción del marco teórico, resolver el interrogante planteado en el presente trabajo final de maestría permite, por un lado, analizar las principales problemáticas a las cuales se enfrentan los micro y pequeños empresarios asesorados por la UEI en la gestión del riesgo legal laboral y los procedimientos utilizados para resolverlos, frente al cumplimiento de la normatividad laboral aplicable, con lo cual se busca analizar la autonomía en la toma de decisiones en estos aspectos frente a la administración de su negocio, así como la capacidad de resolver los problemas que se le presenten de manera inmediata; por otro lado, se busca contribuir a la formalización de las relaciones de prestaciones personales de servicio hacia la protección de los derechos laborales de los trabajadores de las organizaciones objeto de análisis.

Igualmente, se pretende establecer las mejores prácticas en la gestión del riesgo legal laboral en estas empresas y generar recomendaciones precisas para su aplicación dentro de los proyectos objeto de estudio, así como generar un insumo académico que sirva de punto de partida para otra investigación que estructure una metodología para la gestión del conocimiento jurídico en este tipo de organizaciones, lo que permitiría a estos empresarios resolver los problemas laborales básicos de manera autónoma, eficiente y eficaz asegurándose de cumplir con el ordenamiento jurídico aplicable en cada caso.

En ese sentido, el objetivo general del presente trabajo final de maestría se concreta en evaluar la gestión del riesgo legal laboral y su tratamiento en las micro y pequeñas empresas asesoradas por la UEI.

Para estos efectos, se establecieron los siguientes objetivos específicos:

1. Examinar las nociones de la gestión del riesgo legal laboral de manera enfocada en las micro y pequeñas empresas asesoradas por la UEI.
2. Diagnosticar la gestión del riesgo legal laboral en las micro y pequeñas empresas asesoradas por la UEI.
3. Proponer estrategias para minimizar el riesgo legal laboral de las micro y pequeñas empresas objeto de estudio.

De acuerdo con las características del problema de investigación y los objetivos propuestos se optó por un enfoque metodológico cualitativo, a través de un estudio colectivo de casos, teniendo en cuenta que el interés se centra en indagar un fenómeno a partir del estudio de varios casos, realizando una selección múltiple de situaciones con aspectos relevantes para el objeto de estudio. (Stake, 1995)

La investigación inició con una búsqueda bibliográfica de tipo exploratorio, para encontrar diferentes orientaciones y aspectos del problema inicial en aras de examinar las nociones de la gestión del riesgo legal laboral enfocadas en las micro y pequeñas empresas en sus primeros años de existencia. Una vez construida la propuesta teórica se procedió a caracterizar el objeto de estudio e identificar la normatividad laboral aplicable a ellas a partir de lo cual se llevó a cabo el diseño del instrumento para la contrastación empírica, apuntando a identificar tanto el nivel de conocimiento de la normatividad básica relacionada con los procesos de la gestión de recursos humanos, como las problemáticas específicas al respecto presentadas en cada uno de los proyectos, así como las dudas inquietudes y temores generados al momento de abordarlas y las determinaciones tomadas para solucionarlas.

*Tabla 1. Cuadro de actividades*

Objetivos Específicos	Actividades Metodológicas	Variables de Trabajo	Tratamiento de la información	Resultados Esperados
1 Examinar las nociones de la gestión del riesgo legal laboral de manera enfocada en las micro y pequeñas empresas asesoradas por la UEI.	1. Buscar referentes bibliográficos sobre las diferentes orientaciones y aspectos del problema inicial. 2. Relacionar los referentes bibliográficos encontrados con el problema de investigación planteado	Gestión del Riesgo Gestión del Riesgo Legal Gestión del Riesgo Legal laboral	Búsqueda de referentes bibliográficos en las Bases de datos. Construcción del referente bibliográfico.	Construcción del marco teórico

		3. Caracterizar el objeto de estudio	Micro y pequeñas empresas asesoradas por la UEI.	Levantamiento de información básica de las unidades objeto de estudio.	Caracterización de las unidades objeto de estudio.
2	Diagnosticar la gestión del riesgo legal laboral en las micro y pequeñas empresas asesoradas por la UEI.	4. Identificar la normatividad laboral aplicable a las empresas objeto de estudio.	Constitución Política Código Sustantivo del Trabajo Código Procesal del Trabajo, Ley 21 de 1982, Ley 100 de 1993, Ley 1562 de 2012, Decreto 1072 de 2015 y demás normas que las complementen o reglamenten.	Búsqueda de referentes jurídicos básicos que den soporte al proceso de identificación del cumplimiento de la normatividad laboral aplicable.	Marco legal laboral aplicable
		5. Analizar las principales problemáticas que se presentan a nivel legal laboral en las unidades de estudio y la manera en que se gestionan.	Procesos de la gestión de recursos humanos.	Entrevista semi-estructurada a micro y pequeños empresarios asesorados por la UEI	Diagnóstico de la gestión del riesgo legal laboral en las unidades objeto de estudio.
3	Proponer estrategias para minimizar el riesgo legal laboral de las micro y pequeñas empresas objeto de estudio.	6. Validar la gestión del riesgo legal laboral en las unidades de estudio frente a las mejores prácticas identificadas en el marco conceptual construido.	Pertinencia del método o métodos usados Impacto de la solución Coherencia o no entre los planteamientos teóricos y la práctica Las problemáticas presentadas	Técnicas Cualitativas para proponer estrategias para minimizar el riesgo legal laboral de las micro y pequeñas empresas objeto de estudio.	Comprensión del objeto de trabajo a partir del marco conceptual construido Conclusión en el documento Trabajo Final de Maestría

El presente trabajo final de maestría contiene cuatro capítulos adicionales además de esta introducción. En el primero se sintetizan los principales enfoques teóricos sobre el riesgo legal, su gestión y el impacto del mismo en las micro y pequeñas empresas, desde

una postura teórica del emprendedor como aquel que asume riesgos en condiciones de incertidumbre, profundizando en la gestión del riesgo legal laboral en los procesos de la gestión de recursos humanos de estas organizaciones, así como la fundamentación metodológica para abordar la problemática planteada, lo que sirve como punto de partida para el segundo capítulo, en donde se describe la metodología utilizada. En el siguiente se presentan los datos obtenidos, ordenados, descritos, la discusión de los resultados y se valida la gestión del riesgo legal laboral en las unidades de estudio frente a las mejores prácticas identificadas en el marco conceptual construido. Finalmente, se muestran las conclusiones del escrito.

## Capítulo 2

### Marco teórico

#### 2.1. Fundamentación conceptual

##### 2.1.1. El concepto de riesgo

El concepto de riesgo ha sido estudiado en diferentes disciplinas con base en diversas definiciones. (Luhmann, 1993).

Para Douglas (1992) inicialmente el concepto de riesgo era neutro y se encontraba presente en las probabilidades de ganar o de perder. Por su parte, Le Breton (1995) señala que originalmente el término "riesgo" estaba ligado, en el contexto religioso, a la desgracia, las catástrofes y las enfermedades relacionándose con el poder otorgado a la divinidad de castigar a los hombres con la adversidad o de exonerarlos de las desventuras. (Le breton, 1995)

Con el desarrollo de la industrialización la seguridad es considerada como un problema por resolver debido a sus implicaciones económicas tornándose en una obligación del Estado construyendo el concepto del riesgo alrededor de la seguridad social. (Le breton, 1995)

A partir del siglo XIX, la teoría del riesgo gana importancia en economía y conlleva una connotación negativa asociada a resultados negativos que se hace necesario evitar. (Le breton, 1995). A este respecto, Luhmann (1993) describe una transición de la forma determinista del riesgo a una forma probabilista y en el mismo sentido a las tendencias consumistas de protección.

De acuerdo con la Stanford Encyclopedia of Philosophy (Hansson, 2007), es posible distinguir al menos cinco definiciones diferentes de riesgo, que son usadas en varias disciplinas.

El riesgo es la posibilidad de que un evento determinado se presente en el futuro ocasionando un daño o detrimento que afecte negativamente un objetivo específico. (Medina y Restrepo, 2013).

Por su parte, Poumadiere (1995) señala que la definición más común del riesgo es la amenaza a las personas y a las cosas, a las cuales ellos están ligados.

En la teoría de la probabilidad, el riesgo se resume alrededor de su estimación analizando las diferencias cuando se toman decisiones en diversas situaciones, estudiando las implicaciones de la toma de decisiones frente a un problema en los aspectos legales, éticos y políticos, lo cual deriva en la aceptación de problemas que implican riesgo con el fin de encontrar soluciones y de tomar decisiones, orientándose a la elaboración de orientaciones que ayuden a tomar decisiones. (Gutiérrez, 2010)

Al respecto, Sand (1983) señalaba que el problema por resolver en la toma de riesgos es precisamente la definición de un nivel aceptable de probabilidad de accidentes con relación a las ventajas inherentes a la actividad considerada.

En la teoría de la decisión, cobra particular importancia la relación que existe entre el riesgo y la incertidumbre. Knight (1921) señaló que el riesgo frecuentemente se distingue de la “auténtica incertidumbre”, cuando se lo considera como “incertidumbre probabilísticamente mensurable”.



Así, dentro de este marco teórico, el riesgo es la pérdida potencial de un sujeto expuesto o sistema, resultado de la concomitancia y condicionamiento mutuo entre la amenaza y la vulnerabilidad, o en otras palabras, la probabilidad de sobrepasar un determinado nivel de consecuencias económicas, sociales y ambientales, en un cierto sitio, durante un periodo de tiempo. (Cardona, et al, 2003).

En el ámbito empresarial, se agrupó a los riesgos en tres categorías básicas: (1) los riesgos operacionales, inherentes a las pérdidas acaecidas como consecuencia de fallas en procesos o sistemas de la organización, o por factores externos; (2) los riesgos de mercado que se refieren a la exposición a los movimientos adversos de los precios de los diferentes activos que se transan en un mercado y (3) los riesgos de crédito, que es la exposición a que un deudor o cliente no cumpla con sus obligaciones contractuales (Jorion, 2007).

En resumen, el riesgo se puede definir cualitativamente como el efecto de la incertidumbre sobre un objetivo. Esto no impide una perspectiva adicional cuantitativa, según la cual el riesgo se puede calcular con base en la probabilidad y el valor de las consecuencias de un evento. (Project Management Institute, 2000)

### 2.1.2. La gestión del riesgo

La gestión del riesgo es un proceso sistemático que permite la mejora continua en la toma de decisiones, la planificación y en consecuencia, el desempeño de las organizaciones, en aras de lograr minimización de las pérdidas y maximización de ganancias, permitiendo la mejor identificación de oportunidades y amenazas, además de generar valor a

partir de la incertidumbre y variabilidad, junto con la asignación y ejecución más eficientemente de los recursos, mejorando la gestión de incidentes y reducción en pérdidas y el costo de riesgo. (ICONTEC, 2006).

Las normas internacionales de calidad, que entienden al riesgo como el efecto de la incertidumbre sobre los objetivos (ISO 31000), coinciden en señalar que las organizaciones que logran la gestión del riesgo de forma eficaz y eficiente tienen mayores probabilidades de alcanzar sus objetivos a un menor costo, para lo cual debería estar involucrada dentro de la cultura y planificación estratégica de la empresa. (ICONTEC, 2006).

Adicionalmente la gestión de riesgo permite mejorar la eficacia y eficiencia operacional, los controles y las prestaciones en materia de salud y seguridad, así como la protección ambiental, fortalecer el aprendizaje, además de contribuir al logro de objetivos y facilitar la mejora continua y el desempeño de la organización. (OIN, 2009).

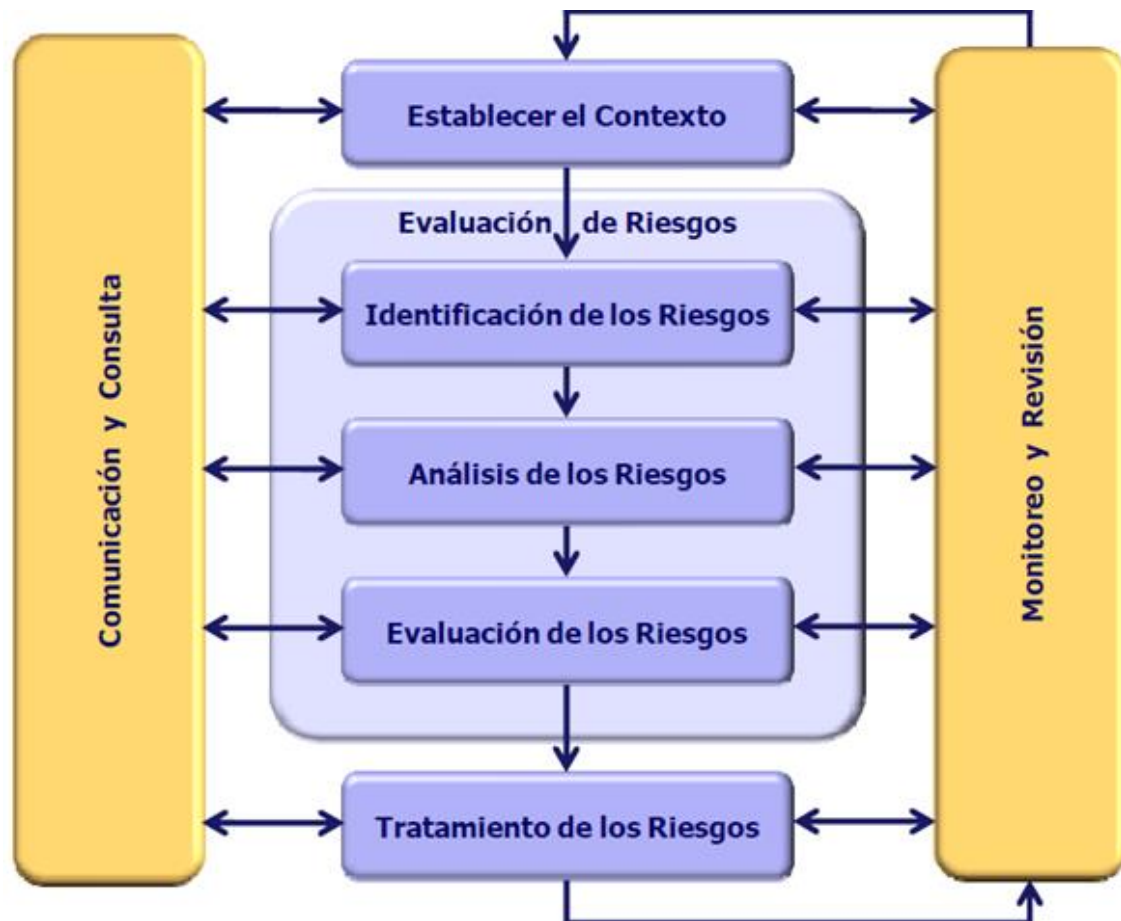
Para la identificación, evaluación y gestión del riesgo, se cuenta en la actualidad con estándares internacionales, como ISO/ IEC 31.000<sup>1</sup>, que establecen una metodología uniforme y común para identificar, analizar, evaluar y tratar los potenciales riesgos, contribuyendo a minimizar las áreas de incertidumbre y a la mejora del desempeño, proporcionando

---

<sup>1</sup> Los 11 principios de gestión de riesgos. International Organization for Standardization (2016):

1. La gestión del riesgo crea valor y la reserva
2. La gestión del riesgo se integra en los procesos organizacionales
3. Está integrada en la decisión de hacer del proceso
4. La gestión del riesgo aborda explícitamente la incertidumbre
5. La gestión del riesgo es sistemática, estructurado y utilizado en forma oportuna.
6. La gestión del riesgo se basa en la mejor información disponible
7. La gestión del riesgo es conveniente
8. La gestión del riesgo integra factores humanos y culturales
9. La gestión del riesgo es transparente y participativa
10. La gestión del riesgo es dinámica, iterativa y sensible para cambiar
11. La gestión del riesgo facilita la mejora continua de la organización

las directrices necesarias para gestionar eficazmente cualquier tipo de riesgo de una manera sistemática, transparente y fiable, ayudando a desarrollar un marco de trabajo para integrar la gestión del riesgo en todos los procesos de la empresa y asimismo en los procesos asociados al área legal de la organización.



*Figura 1.* Proceso de Gestión del Riesgo. Castro (2010)

### 2.1.3. La gestión del riesgo en las empresas

Según Koprinarov (2005) y Mejía (2006), el riesgo empresarial se define como un fenómeno subjetivo-objetivo del proceso de toma de decisión entre diferentes alternativas

en situación de incertidumbre, con la probabilidad de ocasionar efectos negativos en los objetivos de la empresa produciendo después de realizarse la acción decidida un resultado peor del previsto, que incluye:

- La situación de incertidumbre como contexto y condición objetiva del riesgo.
- El acto de tomar decisiones sobre la base de información incompleta.
- La vivencia de vacilación motivada por la probabilidad de pérdidas o fracasos como resultado de la realización de la alternativa privilegiada.

Dentro de esta perspectiva los riesgos en una empresa del sector real son fundamentalmente de carácter político, reputacional, económico, de mercado, de crédito, de carácter tecnológico, operacional y el legal, siendo este último aquel que nos interesa específicamente para efectos del presente trabajo y el cual se refiere a la probabilidad de producirse pérdidas porque las actividades de la empresa no están conformes con la legislación y la normativa vigentes o porque el contraparte no tiene la autoridad legal para realizar una transacción. (Holton, 2004).

La gestión del riesgo empresarial consiste entonces, en la identificación y evaluación de riesgos potenciales propios de su actividad, determinando los principales factores de riesgo para adelantar la priorización y ejecución de acciones, que incluyen la consecuente administración, mitigación o eliminación con el fin de proporcionar seguridad en cuanto al logro de los objetivos permitiendo maximizar el valor para los accionistas en un entorno de incertidumbre. (Puerto, 2011)

Para prevenir la ocurrencia de actos, hechos y decisiones que generan responsabilidad, se deben establecer políticas de prevención que mejoren los procesos de toma de decisiones y la identificación de las causas generadoras de perjuicios. (Hayek, 1945)

La solución de los problemas dentro de una organización, requiere entender que su actividad se encuentra sujeta a los costos de coordinar sus actividades internas y a la necesidad de buscar mecanismos que los reduzcan. (Demsetz, 1988)

Garicano (2000), Jensen y Meckling (1992) coinciden en señalar que las organizaciones tratan estos problemas de coordinación de actividades individuales a través del diseño de un conjunto de reglas tácitas o explícitas para su funcionamiento que otorgan derechos de decisión a los miembros de la organización a través de las jerarquías que las componen, las cuales deben estar estructuradas alrededor del conocimiento necesario para resolver los problemas a su cargo, por lo cual, estos autores concluyen que los derechos de decisión sobre un asunto deberían ser asignados a las personas con el conocimiento específico para resolverlos. (Alchian y Demsetz 1972).

Por su parte, Mizuno (1988) señaló siete pasos que consideró claves para la solución de problemáticas en la organización cuando ni los operarios ni los directivos tenían el conocimiento para resolverlos:

1. Identificar los temas que mayor problemática generan
2. Enumerar las posibles causas
3. Identificar las causas primarias del problema
4. Planear medidas para corregir el problema
5. Ejecutar las medidas correctivas

6. Comprobar los resultados

7. Institucionalizar las nuevas medidas.

#### 2.1.4. El riesgo legal

Frente al concepto de riesgo legal, a partir de la revisión de la literatura, se pudo identificar que el mismo depende del contexto en que se formula.

En palabras de Mahler (2009, párr. 2):

En derecho, el primer uso de la teoría de probabilidad data de la disertación de Leibniz en 1665 (Bernstein 1996: 57). Sin embargo, aun hoy, tenemos dificultades con la relación entre el riesgo y el derecho. No solo necesitamos entender cómo el derecho debe lidiar con el riesgo (p. ej., Steele 2004), adicionalmente, la gestión del riesgo empieza ya a exigir la aplicación de sus métodos al trabajo de asesoría legal. (p. ej., McCormick, 2006; Wahlgren, 2003; Keskitalo, 2000).

Para Luhmann (1993), toda desviación de la norma implica un riesgo de reprobación del cuerpo social legal o de la percepción de la propia acción bajo sanciones internas. A su vez, Feria (2015) señala que el riesgo legal surge de violaciones e incumplimientos con las leyes, reglas y prácticas, o cuando los derechos y obligaciones legales de las partes no están bien establecidos.

Por su parte, para Keskitalo (2000) el concepto de riesgo se refiere a la cuestión de dónde asignarlo y cómo tolerarlo y en ese sentido, su gestión se basa en la idea de transferencia del riesgo, donde lo que se busca es transferir las consecuencias de un cierto riesgo de una entidad a otra. No obstante, la perspectiva jurídica se distingue del punto de vista de la gestión de riesgo por dos elementos fundamentales: en primer lugar la perspectiva jurídica de riesgo es muchas veces normativa, y no descriptiva mientras que en la gestión de riesgo, el concepto de riesgo se trata precisamente de describir y calcular el riesgo; en segundo lugar, jurídicamente, el principal punto de vista es la perspectiva *ex post* del juez, esto es, con posterioridad a la materialización del evento en perspectiva *ex ante* de la gestión del riesgo legal que se pretende aplicar en el presente trabajo final de Maestría.

Por otro lado, el *Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit)*, define el riesgo legal como una situación donde la ley aplicable no prevé una solución fiable y definida que no necesariamente satisface la realidad del mercado (McCormick, 2004).

Malher (2009), señala que las definiciones más utilizadas de riesgo legal se pueden categorizar en dos, que él denomina directa e indirecta:

(i) La directa, que hace referencia a la posibilidad de pérdidas debido al incumplimiento (o imperfección) de la legislación que afecta a los contratos o la imposibilidad de exigir el cumplimiento legal de un contrato.

(ii) La indirecta, como riesgo de cambio regulatorio por parte de las autoridades competentes de la normativa de una forma que afecte adversamente a la posición de la

empresa, es decir, el riesgo legal crece con la incertidumbre sobre las leyes, normativa y acciones legales aplicables.

A partir de estas definiciones, este autor concluye que el riesgo legal incluye la exigibilidad legal (efectos del fraude), la legalidad de las actuaciones (efectos de las malas prácticas) y la exposición a cambios no anticipados en leyes y regulaciones.

En el ámbito financiero, el riesgo legal es uno de los componentes del riesgo operacional. En el Convenio de Basilea II el Comité para la Supervisión Bancaria (2006) señaló que el riesgo legal incluye, pero no se limita, a la potencial exposición a multas, sanciones o pago de daños punitivos resultantes de acciones de supervisión, así como de arreglos privados, definiéndolo como el riesgo de pérdida directa o indirecta resultante del mal, inadecuado o fallido funcionamiento de sistemas, personas o procesos internos o de sucesos externos.

Dentro de esta perspectiva, el riesgo legal conlleva los siguientes aspectos (Españeira, Sheldon y Asociados, 2008):

- Fraude interno:

- Prácticas de empleo y Seguridad Social
- Ejecución, entrega y gestión de procesos
- Clientes, productos y prácticas comerciales
- Interrupción de operaciones o fallos de sistemas
- Daños o pérdidas de activos fijos

- Fraude externo



Este enfoque aplicado específicamente a entidades bancarias, aunque extensible al resto de empresas, tiene su origen en los graves escándalos de fraude bancario, errores de conversión o de emisión de órdenes, responsabilidad en las recomendaciones y cambios legales que ha sufrido este sector en los últimos tiempos. (Malher, 2009).

Desde este enfoque, las causas del riesgo legal, se presentan con la posibilidad de cambio de la normativa, malas o inadecuadas prácticas, incumplimiento de la normativa y acciones similares, cuyas consecuencias son posibles pérdidas monetarias por responsabilidades y obligaciones legales, y por multas y penalizaciones fiscales y regulatorias.

Para Cardona (2011), el riesgo legal es la contingencia de pérdida derivada de situaciones de orden legal, que puedan afectar la titularidad de las inversiones o la efectiva recuperación de su valor, que los contratos no sean legalmente aplicables o no estén correctamente documentados, o variaciones de orden normativo que impliquen cambio en las reglas de juego impuestas por el regulador.

En Colombia, dentro de la normatividad que enmarca la gestión de riesgos, en el sector financiero y asegurador se encuentra la Circular Externa 029 de 2014- expedida por la Superintendencia Financiera, que en su parte I título IV capítulo IV señala las instrucciones relativas a la administración del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo (SARLAFT) definiendo el riesgo legal de la siguiente manera:

Riesgo Legal: posibilidad de pérdida en que incurre una entidad al ser sancionada u obligada a indemnizar daños como resultado del incumplimiento de normas o regulaciones y obligaciones contractuales.  
Surge también como consecuencia de fallas en los contratos y

transacciones, derivadas de actuaciones malintencionadas, negligencia o actos involuntarios que afectan la formalización o ejecución de contratos o transacciones.

Asimismo, en los últimos años, el Estado colombiano ha implementado diversas estrategias tendientes a hacer frente a uno de los principales riesgos para la sostenibilidad de las finanzas públicas del país como es la imposición de condenas por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa como consecuencia de las actuaciones generadoras de daño antijurídico, primeros años del siglo XXI, han crecido 432% pasando de \$219.000 millones en 2000 a \$1.165.347 millones en 2012. (ANDJE, 2013)

Para estos efectos, mediante la Ley 1444 de 2011, se creó la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE), la cual tiene como objetivo la estructuración, formulación, aplicación, evaluación y difusión de las políticas de prevención del daño antijurídico, así como la defensa y protección efectiva de los intereses litigiosos de la Nación en las actuaciones judiciales de las entidades públicas.

A través del Decreto 4085 de 2011 se establecieron los objetivos y la estructura de la nueva Agencia, cuyo enfoque está orientado al diseño de estrategias, planes y acciones dirigidos a dar cumplimiento a las políticas de Defensa Jurídica de la Nación y del Estado, como son formular, evaluar y difundir las políticas de prevención de las conductas antijurídicas, del daño antijurídico y la dirección, coordinación y ejecución de las acciones que aseguren una adecuada defensa de los intereses litigiosos de la Nación. (ANDJE, 2015)

En el año 2013, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado generó recomendaciones para la formulación de política de prevención del daño antijurídico por parte de cada una de las entidades públicas, las cuales podemos resumir en lo siguiente:

1. Identificar cuáles de sus actuaciones son sometidas a demandas frecuentes, porque son un síntoma de que las decisiones y actuaciones demandadas no consideraron los fundamentos legales ni jurisprudenciales que rigen la actividad sometida a demandas.

2. Una vez identificadas las causas más frecuentes de conflictos, la entidad deberá analizar esos datos con el fin de explicar las causas para lo cual se deben identificar el área que más presenta actuaciones generadoras de conflictos y proponer acciones de mejora.

3. Se deben evaluar las propuestas de solución y recomendar la implementación de las soluciones que se consideren pertinentes, adoptándolas como política de prevención del daño antijurídico y demás mecanismos idóneos para evitar la repetición de las actuaciones que generan condenas, así como su incorporación en los procedimientos y rutinas de la entidad.

4. Por último, se deberá hacer seguimiento a las estadísticas generadas y verificar que las propuestas de solución tengan el efecto deseado. De lo contrario habrá que intervenir para determinar las medidas correctivas, enfocándose en los datos sobre los conflictos y sus causas.

Frente a aquellos conflictos que han trascendido a la esfera contenciosa, se han adelantado estudios que tienen por objeto brindar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y a las entidades públicas del orden nacional herramientas que, a través del

cálculo de una probabilidad confiable de éxito, permitan priorizar los procesos en los que desean intervenir y definir estrategias de defensa y actuación procesal que redunden en mejores resultados para el Estado. (ANDJE, 2014)

Con la aplicación de dos modelos probabilísticos (regresión logística, y boosting de árboles) se analizó el éxito de la Nación en procesos judiciales en su contra a partir de los datos de un censo de casos activos en la jurisdicción contencioso administrativa, en 2012. El Estudio que fue realizado por el Banco Mundial incluía información de más de 150.000 casos, a partir de los cuales se encontró que algunas características de los procesos favorecen el éxito procesal de la Nación (QUANTIL, 2013):

*Tabla 2. Variables en riesgo de obtener fallos desfavorables para el Estado*

<b>Menor riesgo de obtener fallos desfavorables para el Estado</b>	<b>Mayor riesgo de obtener fallos desfavorables para el Estado</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Entre más se prolonga un proceso, es más probable que el Estado lo gane.</li> <li>- Presentar apelación al fallo de primera instancia, aumenta la probabilidad de éxito para la Nación.</li> <li>- Las demandas interpuestas en Pereira, Villavicencio o Tunja tienen con mayor frecuencia un fallo favorable al Estado.</li> <li>- Algunos jueces y magistrados tienden a fallar a favor del Estado.</li> <li>- Las demandas de reparación directa por falla en la prestación del servicio público, las de carácter salarial, retiro del servicio y contra sanciones de órganos de inspección y vigilancia son falladas a favor del Estado con mayor probabilidad.</li> <li>- El cambio de abogado de la entidad demandada tiene un impacto a favor del éxito del Estado, haciendo que sus probabilidades de ganar aumenten.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- La presentación de los alegatos de conclusión por cualquiera de las partes, aumenta la probabilidad de éxito del demandante.</li> <li>- El aumento en el número de demandantes, cuando estos son personas naturales.</li> <li>- Si es una persona jurídica tiene un impacto negativo en el éxito de la Nación.</li> <li>- Las demandas interpuestas en Bucaramanga, Ibagué o Santa Marta presentan más fallos desfavorables al Estado.</li> <li>- Cuando el fallo de primera instancia se produce en un juzgado disminuye la probabilidad de éxito de la Nación.</li> <li>- Los fallos de ciertos jueces y magistrados generan con mayor frecuencia condenas contra el Estado.</li> <li>- Las demandas de reparación directa por daños generados por la fuerza pública, o sufridos por conscriptos, las acciones de nulidad y restablecimiento de tipo tributario y las laborales, tienen mayor probabilidad de que el Estado pierda.</li> </ul>

<ul style="list-style-type: none"> <li>- En la medida en que el monto pretendido por el demandante sea mayor, se incrementa la probabilidad de éxito de la Nación.</li> <li>- La presentación de un mayor número de pruebas se relaciona con una menor probabilidad de que se conceda la pretensión al demandante.</li> </ul>	
---	--

De este estudio se resalta que las demandas de tipo laboral, sobre todo las de tipo pensional y prestacional, tienen una mayor probabilidad de pérdida para el Estado. (QUANTIL, 2013)

El aspecto relacionado con las prácticas de empleo y seguridad social es aquel que hace referencia a las pérdidas derivadas de actividades incompatibles con la legislación, acuerdos laborales, higiene, seguridad en el trabajo, pago de reclamos por daños al personal, por casos relacionados con la diversidad/discriminación, por aspectos relativos a la remuneración, extinción de los contratos y la organización laboral. (Españeira, Sheldon y Asociados, 2008)

#### 2.1.5. Gestión del riesgo legal laboral desde la perspectiva de la incertidumbre legal

La denominada gestión del riesgo legal puede ser definida como una metodología compuesta de actividades encaminadas a la administración de un grupo particular de riesgos, a saber, (1) riesgos legales y (2) riesgos que pueden ser tratados por medios legales (Mahler y Bing, 2006). El riesgo legal es, por tanto, un elemento fundamental de la gestión del riesgo legal.

La combinación del enfoque teórico-normativo en el marco teórico de la incertidumbre legal deberá generar una matriz del riesgo legal, generalmente aplicable para la identificación de riesgos legales, independientemente del contexto. (Mahler, 2009)

La perspectiva de la incertidumbre legal (Malher, 2009), parte de las normas legales como estructura fundamental del derecho (Hart, 1994), que a su vez están compuestas por un antecedente y una consecuencia y la forma en que estas se relacionan entre sí.

Desde esta perspectiva, el concepto de riesgo legal se entiende de manera general como el riesgo de ser demandado o ser objeto de una reclamación debida a una infracción a las leyes o regulaciones, o a la comisión de un acto de negligencia u otro acto que dé lugar a responsabilidad (McCormick, 2006), este es un concepto que tiene las siguientes implicaciones (Malher, 2009):

- 1) los riesgos involucran consecuencias negativas por lo cual es necesario aplicar la norma a un conjunto definido de hechos y evaluar el resultado para todos los interesados, estimando si es benéfica o nociva para sus intereses y objetivos
- 2) los riesgos implican eventos futuros, por lo que se requiere asumir una perspectiva ex ante
- 3) los riesgos suponen futuros eventos o consecuencias potenciales, lo que demanda el estudio de las implicaciones de su incertidumbre.

En ese sentido, si la consecuencia de un antecedente, es negativa para el interesado, entonces se necesita determinar si la norma se activará, lo cual depende de dos cuestiones

esenciales: primero, si el conjunto de antecedentes tendrá lugar y, segundo, si la aplicación de la norma al conjunto de antecedentes produce la consecuencia. Respecto de ambos aspectos habrá incertidumbres específicas. Así las cosas, desde la perspectiva de la incertidumbre legal, se requiere la reflexión acerca de las consecuencias de la aplicación u omisión de la normatividad frente a un conjunto dado de hechos, partiendo de una limitación en el conocimiento no solo de la totalidad de las circunstancias sino además de las leyes que la rigen. (Martin et al., 2004).

En esa línea, las causas de incertidumbre en las decisiones legales son (Bing, 2006):

- Variaciones en la disponibilidad, para el responsable de la decisión, de las fuentes legales. Estas variaciones se pueden relacionar con los problemas de disponibilidad o recuperación de la información legal.
- Diferencias con respecto a la interpretación de las fuentes o de la comprensión de las normas legales.
- La incertidumbre necesaria implicada en las normas que dejan un cierto margen de discrecionalidad al responsable.
- El interés del cliente del responsable de tomar la decisión o cualquier otro interés a que deba ser leal, el cual hace que ciertas interpretaciones sean más atractivas que otras posibles alternativas.
- La certeza absoluta sobre la ley —la certeza muy desarrollada a menudo imposibilita considerar la naturaleza única de un caso—.
- “Válvula de seguridad” en la ley, que puede permitir que el responsable haga ajustes en caso de que las consecuencias de la decisión no parezcan justas o razonables según normas extrajurídicas.

A partir de estos planteamientos, se puede concluir que la Gestión del Riesgo Legal laboral desde la perspectiva de la incertidumbre legal tiene como finalidad su minimización y se basa en la identificación y análisis a partir de experiencias exitosas a nivel mundial (Españeira, Sheldon y Asociados, 2008; Mahler, 2009 y Ceballos, 2007):

- Implementación de políticas y procedimientos de cumplimiento, en los cuales se definan de manera clara las responsabilidades, funciones y sanciones, incluyendo el seguimiento de los contratos en los que participe la empresa. Estas políticas deben comprender los siguientes puntos:
  - Una base conceptual homogénea del contexto normativo laboral de la organización.
  - Principios normativos para contrarrestar el riesgo legal laboral.
  - Los lineamientos para divulgación y capacitación del personal de la empresa en nuevos aspectos legales laborales, por área u operaciones del negocio.
  - Aspectos claves en la comunicación de riesgos legales laborales.
  - Consideraciones precisas sobre modalidades de contratación.
- Identificación y análisis de las normas y regulaciones jurídicas que representen mayor exposición de riesgo para la empresa en su entorno, tomando como base para la determinación de las mismas, las sanciones, reclamos, quejas y requerimientos dirigidos a la organización.



- Establecer prohibiciones, limitaciones y restricciones a ciertas conductas que puedan derivar en sanciones para la empresa o que puedan incrementar el riesgo de ser demandada.
- Establecer mecanismos y canales de comunicación que permitan a la empresa advertir con anticipación la existencia de malestar o incumplimientos frente a terceros, garantizando la confidencialidad y en todo caso llevando a tomar medidas preventivas al respecto.
- Mantener una base de datos histórica sobre las reclamaciones, resoluciones judiciales y administrativas, sus causas, costos y consecuencias.
- Fortalecer la capacidad de identificación de riesgos en la empresa, concientizando sobre la importancia de cumplir con las disposiciones normativas.

#### 2.1.6. Gestión del riesgo legal laboral en las micro y pequeñas empresas en sus primeros años de existencia

Diversos estudios en torno al tema del emprendimiento coinciden en señalar que su tratamiento teórico ha sido disperso principalmente por los diversos niveles desde los cuales se puede analizar (Sharma y Chrisman, 1999), así como por ser una temática donde confluyen numerosas disciplinas como la administración, la sociología, la psicología y la economía (Low y MacMillan, 1988 y Bruyat y Julien, 2000).

Jean Baptiste Say en su tratado de economía política define al emprendedor como el agente que reúne y combina los medios de producción para constituir un ente productivo,

y encuentra en el valor recibido de los productos, la recuperación del capital que él emplea, de los gastos en que incurre y de la utilidad que busca. (Varela, 2001)

Según Rodríguez (2009), fue Richard Cantillón quien introdujo el concepto moderno de *entrepreneur*, definiéndolo como aquel que asume riesgos en condiciones de incertidumbre, dividiendo a los productores de la economía de mercado en “contratados”, que reciben salarios o rentas fijas, y los “emprendedores”, que reciben ganancias variables e inciertas. De manera similar Baudeau, Thunen y Bentham asimilaron el concepto al individuo que asume el riesgo. (Rodríguez, 2009)

A partir de esta definición y teniendo en cuenta los aportes de Casson, frente a la diferenciación del emprendedor del inversionista, Rodríguez (2009) define al emprendedor como la persona que en un estado de innovación permanente, altamente motivada y comprometida con una tarea, reporta unas características de planeación y ejecución, propensa al riesgo, y a la vez esquivada a la comprensión de sus propias dinámicas.

Por su parte, Low y MacMillan (1988) y Gartner (1989) atendieron al emprendimiento como la creación de organizaciones, enfatizando la importancia de los estudios en el tema con el fin de facilitar la creación de empresa como mecanismo para el desarrollo económico.

A su vez, Timmons (1999) definió el emprendimiento como una manera de pensar, razonar y actuar que está centrada en la oportunidad y con liderazgo balanceado para el propósito de creación y captura de valor, en la cual el emprendedor tiene el reto de la oportunidad, los recursos y el equipo de trabajo en un entorno dinámico para que su empresa sea exitosa.

En Colombia, a partir de la década de los ochenta, la gestión del emprendimiento se enfocó en la capacitación y asesoría técnica en temas como la contabilidad, el mercadeo y proyectos de inversión, líneas de financiamiento como el Programa Nacional de Microempresas, la Política de Promoción de Pequeños Propietarios y el fomento del microcrédito, además del reconocimiento legal de la categoría de mipymes, y el Fondo Emprender. (Porrás, 2006)

En este contexto, el Congreso de la República a través de la Ley 1014 de 2006, denominada “de fomento a la cultura del emprendimiento”, adoptó las siguientes definiciones:

**Emprendedor:** Es una persona con capacidad de innovar; entendida esta como la capacidad de generar bienes y servicios de una forma creativa, metódica, ética, responsable y efectiva.

**Emprendimiento:** Una manera de pensar y actuar orientada hacia la creación de riqueza. Es una forma de pensar, razonar y actuar centrada en las oportunidades, planteada con visión global y llevada a cabo mediante un liderazgo equilibrado y la gestión de un riesgo calculado, su resultado es la creación de valor que beneficia a la empresa, la economía y la sociedad.

Dicha Ley estableció como uno de sus objetivos principales propender por el desarrollo productivo de las micro y pequeñas empresas, generando para ellas condiciones de competencia en igualdad de oportunidades, expandiendo la base productiva y su capacidad emprendedora, para así liberar las potencialidades creativas de generar trabajo de mejor

calidad, de aportar al sostenimiento de las fuentes productivas y a un desarrollo territorial más equilibrado y autónomo.

A pesar de que las mipymes aportan el 40% del PIB colombiano, y constituyen el 96% de los establecimientos, y generan el 81% del empleo en el país (Montes, 2012), muchas veces los emprendedores deben iniciar y operar sus negocios en la informalidad, la cual trae consigo empresas de baja productividad, salarios bajos y desigualdad, entre otros factores. (Zárate Torres et al, 2013)

Según Jiménez (2012) la apropiación formal del concepto informalidad se encuentra en un trabajo dedicado al problema del empleo en Kenya realizado por la OIT en 1972, en el cual se usó para identificar a aquellos ocupados pobres que, por el tipo de empleo, hacían parte del sector moderno pero por sus precarios niveles de ingreso, encajaban en el tradicional.

La definición original, desde su perspectiva conceptual, encontró su aplicación operativa en la definición de Sethuraman, la cual se constituyó, desde comienzos de la década de los setenta hasta mediados de la década de los ochenta del siglo, en el paradigma conceptual, metodológico y de formulación de políticas en relación con el sector informal fundamentándose en unidades de pequeña escala, las cuales, a pesar de sufrir restricciones de capital físico y humano, se dedicaban a la producción y distribución de bienes y servicios, con el fin primordial de generar empleo e ingresos a sus miembros. (Guataqui, García Suaza y Rodríguez, 2011)

En Latinoamérica, la noción de informalidad encontró cabida al tratar de explicar particulares formas de ocupación, articulación económica, dinámica social y procesos de

inserción laboral asimiles a los que se presentaban en otras partes del mundo, en un contexto de urbanización y difícil consolidación de la producción nacional en la región a lo largo del siglo XX lo que dificultó la absorción de fuerza de trabajo excedente, cada vez más numerosa. (Sánchez, 2013)

En ese contexto, se han desarrollado dos enfoques teóricos principales que han tratado de explicar las razones de la informalidad: el estructuralista, que explica la informalidad desde la incapacidad del sector formal de la economía de proveer suficientes trabajos formales, y el institucional, que encuentra en la excesiva regulación jurídica la razón de la informalidad. (Pollack y Jusidman, 1997, citados por Zárate Torres Et Al y Uribe y Ortiz, 2006).

El enfoque denominado institucionalista argumenta que las decisiones tomadas desde las instituciones del Estado generan incentivos que inciden en las elecciones racionales de los agentes cuando escogen entre las ocupaciones formales y las informales donde el resultado de un análisis costo-beneficio (Hirschman, 1970), determina la elección de ser formal o no ante la eventualidad de ceñirse a la ley. (Jiménez, 2012)

Según este enfoque, la relevancia de la diferencia de costos que implica estar o no en la informalidad se asume en el mercado laboral tanto por parte de los oferentes como de los demandantes de trabajo, principalmente en aquellas organizaciones cuya estructura de costos requiere la prestación subordinada de servicios a un costo inferior a los mínimos establecidos por la legislación laboral. (Tokman y Délano, 2001)

Uribe y Ortiz (2006) resaltan que para la corriente institucionalista, la informalidad constituye más que un problema, una oportunidad y en ese sentido el emprendedor que

crea una micro empresa a través de su iniciativa y capacidad empresarial genera empleo a pesar de las desventajas que implica no ser formal como el riesgo de ser penalizado en caso de ser detectado.

En ese sentido, la informalidad responde a factores personales de decisión del empresario dónde la excesiva intervención estatal socava la eficiencia del mercado laboral, incrementando los costos de la vinculación laboral.

Dentro de esta perspectiva, el salario mínimo visto en la mayoría de los países como la línea básica de acuerdo entre los actores del mercado laboral y el Estado, frente a argumentos de eficiencia y eficacia al momento de equilibrar el nivel de producción y el empleo, aunado a la capacidad de este último de hacer cumplir las leyes, puede ser factor de sostenimiento del sector informal (Loayza, 1997).

Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), Colombia tiene un elevado salario mínimo que contribuye a la informalidad y que es el reflejo de una trayectoria de grandes incrementos anuales superiores a la inflación. Aproximadamente la mitad de la fuerza de trabajo total (formal e informal) gana menos del salario mínimo. Según esta organización, el elevado salario mínimo reduce las posibilidades de empleo para los trabajadores con baja cualificación, los jóvenes y los residentes en regiones menos desarrolladas, así como para las minorías. (OCDE, 2015)

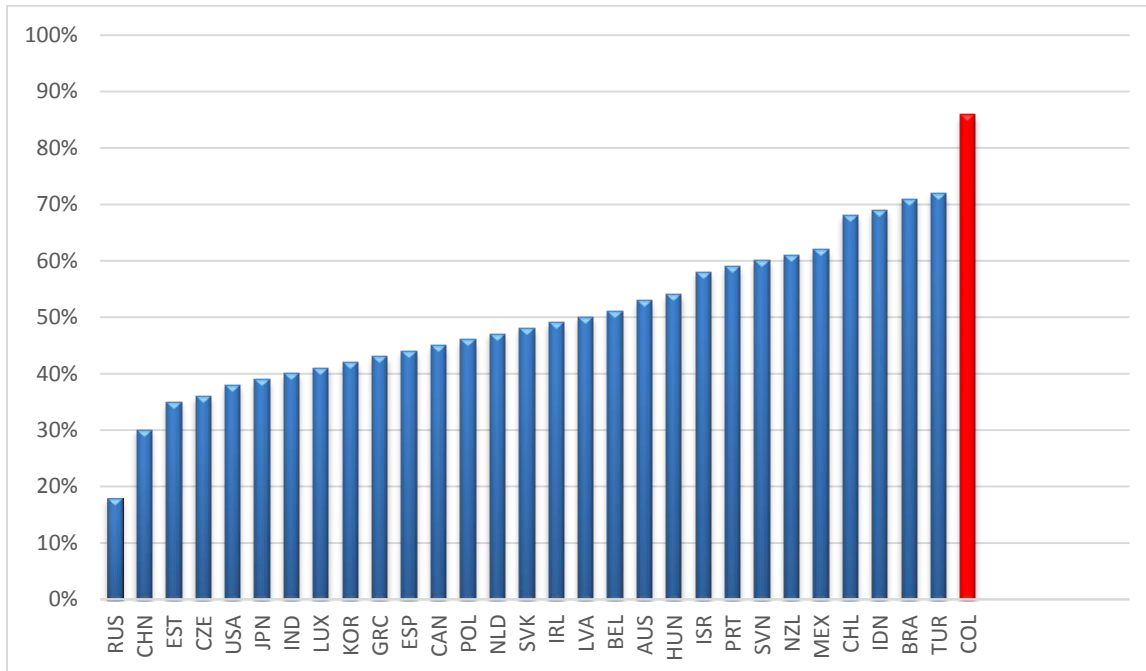


Figura 2. Salario mínimo como porcentaje del salario mediano en 2012. OCDE (2015).

Al respecto, para Farné y Rodríguez (2013), el impacto sobre el nivel de ocupación de la introducción o modificación de un impuesto al factor trabajo, depende principalmente de cinco factores, como son: la elasticidad de la demanda a los costos laborales, la elasticidad de la oferta de trabajo a los costos laborales, la valoración de los trabajadores de los parafiscales, la existencia de un salario mínimo como restricción activa de los empleadores y el poder de negociación de los trabajadores. No obstante, estos autores reconocen que el efecto de una reducción del impuesto al trabajo no es predecible a priori por la teoría económica por lo cual el proceso empírico de estimación se vuelve crucial para derivar indicaciones de política.

Al ahondar en estas posturas, Sánchez (2013), referenciando a Perry et al (2007) y a Maloney (2003), señala que recientemente, un enfoque neoinstitucional-racionalista ha

planteado que la informalidad, además de ser una manifestación de la sociedad contra el Estado, es un resultado que se puede dar por dos vías: la exclusión de los beneficios otorgados por el Estado o de los circuitos modernos de la economía, o como un escape racional de los agentes económicos que no ven incentivos en hacer parte del sector regulado. De acuerdo con el autor, para este enfoque, la informalidad está integrada en gran parte por los independientes que eligen racionalmente pertenecer al sector informal y los asalariados informales que son excluidos de la posibilidad de acceder a un empleo formal.

Por otro lado, el enfoque estructuralista, propuesto en los años ochenta por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y el Programa Regional de Empleo para América Latina y el Caribe (PREALC), emplea como principales variables la evolución de la oferta de trabajo, los perfiles salariales y la disponibilidad de capital (Pineda, 2008). Según esta definición, la informalidad está directamente relacionada con el tamaño de la empresa, siendo las formales, aquellas que tienen acceso a un mayor capital físico y humano, mientras que las informales cuentan con menor cantidad de estos recursos.

De Soto (1989) argumenta que la informalidad se produce cuando el derecho impone reglas que exceden el marco normativo socialmente aceptado, no ampara expectativas, elecciones y preferencias de quien no puede cumplir tales reglas y el Estado no tiene la capacidad coercitiva suficiente.

En este contexto teórico, la definición de informalidad que adopta el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, siguiendo los lineamientos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el Programa de Empleo para América Latina



(PRELALC) en concordancia con los planteamientos del enfoque estructuralista desarrollado principalmente por Hart (1970), Tokman (1992) y Portes (1994), agrupa a los trabajadores familiares sin remuneración, trabajadores por cuenta propia no profesionales ni técnicos, empleados del servicio doméstico, empleados y patrones de empresas del sector privado de hasta 10 trabajadores.

*Tabla 3.* Trabajadores agrupados bajo el concepto de informalidad - enfoques

<b>OIT proyecto PREALC (1978)</b>	<b>DANE (2009)</b>
a) Los empleados particulares y los obreros que laboran en establecimientos, negocios o empresas que ocupen hasta diez personas en todas sus agencias y sucursales, incluyendo al patrono y/o socio; b) Los trabajadores familiares sin remuneración; c) Los trabajadores sin remuneración en empresas o negocios de otros hogares; d) Los empleados domésticos; e) Los trabajadores por cuenta propia, excepto los independientes profesionales; f) Los patrones o empleadores en empresas de diez trabajadores o menos. g) Se excluyen los obreros o empleados del gobierno.	a) Los empleados particulares y los obreros que laboran en establecimientos, negocios o empresas que ocupen hasta cinco personas en todas sus agencias y sucursales, incluyendo al patrono y/o socio; b) Los trabajadores familiares sin remuneración; c) Los trabajadores sin remuneración en empresas o negocios de otros hogares; d) Los empleados domésticos; e) Los jornaleros o peones; f) Los trabajadores por cuenta propia que laboran en establecimientos hasta cinco personas, excepto los independientes profesionales; d) Los patrones o empleadores en empresas de cinco trabajadores o menos; e) Se excluyen los obreros o empleados del gobierno.

Fuente: Elaboración propia a partir de información del DANE (2009)

En el enfoque estructural-funcionalista, el tipo de informalidad depende esencialmente de la articulación con el sector regulado y sus niveles de marginalidad o integración, perspectiva desde la cual Tokman (2008) señala que los ocupados en la economía informal tienen un acceso más restringido a la cobertura de protección social, porque la relación laboral de los asalariados, cuando están ocupados en microempresas, no es usualmente

reconocida ni avalada por un contrato de trabajo o la existencia de dicho contrato no incorpora una cobertura plena o la responsabilidad por las contribuciones se diluye en una forma de sub-contratación.

De Soto, Gherzi y Ghibellini (1986) bajo la denominación de microempresarios informales agrupan a aquellas personas emprendedoras con aspiración y vocación comercial, las cuales buscan mayores ingresos y flexibilidad laboral a través del desarrollo de una actividad que se ejerce en el marco de la informalidad.

Levenson y Maloney (1998) señalan que las pequeñas firmas son predominantemente informales al beneficiarse de la menor participación en el sistema legal estableciendo contratos en su mayoría verbales con parientes y amigos cercanos en los cuales recae simultáneamente la categoría de trabajador y potencial cliente; además, la baja productividad en este tipo de empresas, no lleva al cumplimiento de toda la normatividad. Según este enfoque, cuando las micro empresas logran crecer, la elección de las relaciones personales para la fuerza de trabajo disminuye dado que los empresarios deben proteger su negocio a través de figuras que le permitan asegurar su derecho de propiedad, compartir riesgos y garantizar contratos e impuestos y demás gastos institucionales.

Con esta finalidad, las leyes 50 de 1990 y 789 de 2002 disminuyeron los costos de contratar personal asalariado. No obstante, al poco tiempo de su implementación estas disminuciones fueron compensadas por aumentos de las contribuciones a la seguridad social.

(Farné y Rodríguez, 2013)

La Ley 590 del año 2000 sentó las bases de política para el desarrollo integral de las micro, pequeñas y medianas empresas con la creación del Consejo Superior de la Microempresa, del Consejo Superior de la Pequeña y Mediana Empresa y del Fondo Mypyme. Para estimular la creación de empresas, esta Ley estableció un marco jurídico para el microcrédito empresarial a través de entidades financieras y organizaciones no gubernamentales especializadas en la actividad crediticia, previó un régimen tributario especial a la creación de nuevas empresas, al igual que la formalización de las ya existentes en materia de períodos de exclusión de impuestos y tarifas tributarias especializadas, destacándose la reducción de gravámenes que se pagan sobre el valor de la nómina, como son los parafiscales durante los primeros tres años de entrada en funcionamiento de la empresa recién creada o formalizada. (OIT, 2014)

Para estos efectos, esta Ley estableció la siguiente clasificación de empresas:

*Tabla 4. Clasificación de empresas Ley 590 de 2000*

<b>TIPO*</b>	<b>PLANTA DE PERSONAL</b>	<b>ACTIVOS TOTALES</b>
Mediana empresa	Entre cincuenta y uno (51) y doscientos (200) trabajadores	Por valor entre cinco mil uno (5.001) y quince mil (15.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes
Pequeña empresa	Entre once (11) y cincuenta (50) trabajadores	Por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.001) salarios mínimos mensuales legales vigentes
Microempresa	No superior a los diez (10) trabajadores	Por valor inferior a quinientos uno (501) salarios mínimos mensuales legales vigentes

\* Para la clasificación de aquellas micro, pequeñas y medianas empresas que presenten combinaciones de parámetros de planta de personal y activos totales diferentes a los indicados, el factor determinante para dicho efecto, será el de activos totales.

Fuente: Art. 2 de la Ley 590 de 2000

Posteriormente, la Ley 905 del año 2004 creó el Sistema Nacional de Mipymes, conformado por el Consejo Superior de Pequeña y Mediana Empresa, el Consejo Superior de la Microempresa y los Consejos Regionales; estableció el acceso preferencial de las Mipymes, a los mercados de bienes y servicios que crea el funcionamiento del Estado, creó el Fondo Colombiano de Modernización y Desarrollo Tecnológico de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (Fomipyme), encaminado a impulsar la financiación de proyectos, programas y actividades en esta materia, dispuso facilidades para el acceso al crédito de las Mipymes, a través del Instituto de Fomento Industrial (IFI) y el Fondo Nacional de Garantías de Instituciones Financieras (Fogafín) y abrió la posibilidad para que los entes territoriales, como los departamentos y municipios, estructuren regímenes tributarios para estimular la creación y formalización de las Mipymes. (OIT, 2014)

Por su parte, la Ley 1429 de 2010, fortaleció programas de desarrollo empresarial, generó incentivos para la generación de empleo de colectivos desfavorecidos laboralmente y simplificación de trámites para la regularización de las empresas, creó el Sistema Nacional de Información sobre Demanda de Empleo y estableció una rebaja tributaria con la cual se esperaba crear 350.000 empleos formales en 4 años a consecuencia exclusiva de su aplicación. Sin embargo, a diciembre del 2011, las 290.703 empresas beneficiarias solo afiliaron a seguridad social a 35.952 nuevos trabajadores, menos de la mitad de los empleos que se habían proyectado generar durante el primer año. (Farné y Rodríguez, 2013)

Más recientemente se destaca la expedición de la Ley 1607 de 2012, a través de la cual se implementaron acciones para la reducción de costos laborales asociados, como lo son el pago de aportes parafiscales a Sena e Icbf siendo reemplazados por el CREE que

graba las utilidades de la empresa, desplazando los costos por nómina. Este cambio representa un 5% en la reducción de los costos laborales. Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE (2015), aunque la creación de empleo formal aumentó tras la implantación de la reforma tributaria de 2012, los 1,2 millones de empleos formales creados desde el inicio de 2010 representan únicamente el 5% de la población activa.

A su vez, el 2 de mayo de 2016 se expidió la Ley 1780 de 2016, la cual tiene por objeto impulsar la generación de empleo para los jóvenes entre 18 y 28 años de edad, sentando las bases institucionales para el diseño y ejecución de políticas de empleo, emprendimiento y la creación de nuevas empresas jóvenes, junto con la promoción de mecanismos que impactan positivamente en la vinculación laboral con enfoque diferencial para este grupo poblacional en Colombia. Esta Ley pretende atacar algunas de las principales barreras a las que se enfrenta la población joven del país a través de la regulación de varios aspectos, entre los cuales se encuentran incentivos para la contratación de jóvenes y su vinculación al sector productivo, estableciendo, entre otras medidas, que los empleadores que vinculen a nuevo personal, que al momento del inicio del contrato de trabajo tengan entre 18 a 28 años de edad, no tendrán que realizar los aportes a Cajas de Compensación Familiar por tales trabajadores afiliados durante el primer año de vinculación. Para acceder al anterior beneficio, el empleador deberá incrementar el número de empleados con relación a los que tenía en la nómina del año anterior y el valor total de la nómina del año gravable inmediatamente anterior en términos constantes al que se va a realizar la correspondiente exención de pago.

Dentro de este marco normativo, es importante señalar que en Colombia, según datos del último censo general, en el año 2005 las microempresas, definidas como establecimientos con 10 o menos empleados, representaban más del 96% de las unidades económicas en el país.

El Programa de Promoción de la Formalización en América Latina y el Caribe – FORLAC (2014), a partir de datos de la Encuesta de Microestablecimientos, construyó la siguiente Figura 3 que muestra la tendencia desde el año 2007 en términos de formalización de las unidades económicas, medida como el porcentaje de microempresas con registro mercantil y con algún tipo de contabilidad; y en términos de formalización del empleo dentro de las microempresas, medida como el porcentaje de los trabajadores urbanos en unidades de menos de 5 ocupados que cuentan con cobertura de salud y/o pensiones.

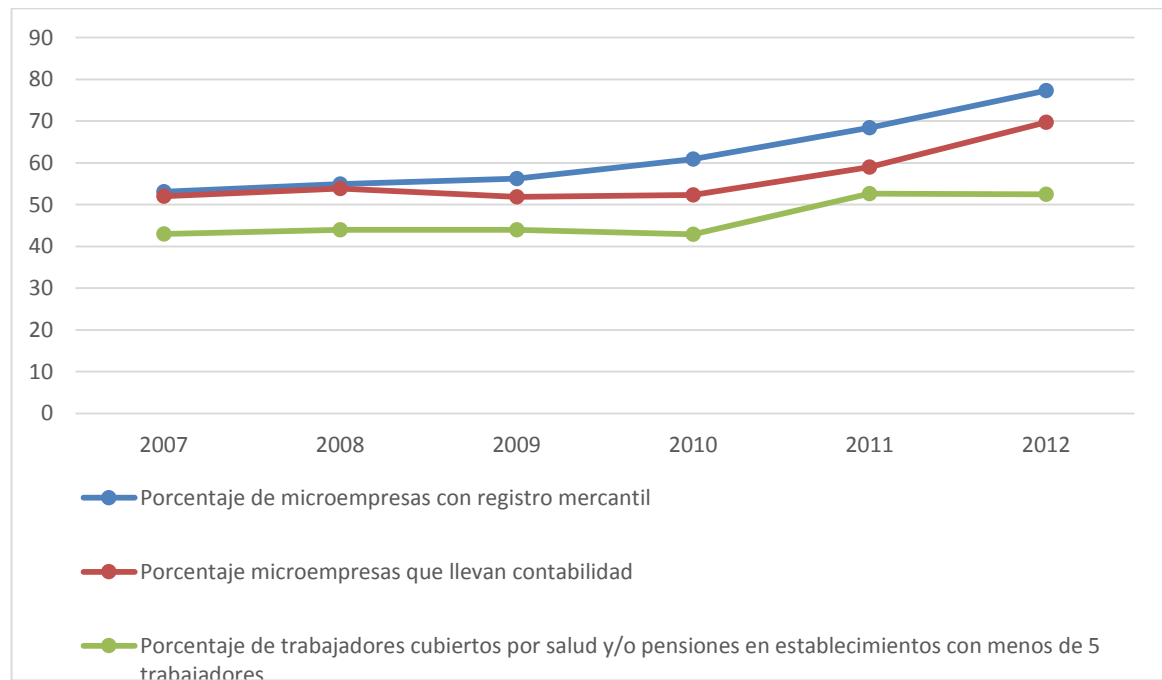


Figura 3. Tendencia de la formalización empresarial en Colombia. OIT (2014)

El anterior gráfico permite apreciar que durante los últimos años ha habido un avance en la formalización en términos de regulación societaria y tributaria de las empresas, situación que no ha ocurrido respecto de la formalización laboral que se ha mantenido dentro de unos parámetros constantes.

Frente a este contexto, la OIT ya en el 2006 a través de la Recomendación 198 había exhortado a los países a clarificar la legislación para garantizar la protección a los trabajadores que ejercen su actividad en una relación de trabajo, fortaleciendo los mecanismos para determinar la existencia de relaciones de trabajo (remuneración periódica, responsabilidad sobre las instrucciones y el control, horario, provisión de materiales y herramientas, entre otras) y distinguiendo entre trabajadores asalariados e independientes. (Tokman, 2008)

En esta misma línea, Jaramillo (2005) expone que las micro y pequeñas empresas se caracterizan por un manejo flexible de costos, en especial los laborales, así como un menor grado de sindicalización. El estudio, realizado por esta autora con micro, pequeñas y medianas empresas vinculadas al programa Expopyme de la Universidad del Norte, identificó que en materia de legislación laboral y contratación, los empresarios de las pymes perciben altos costos de los aportes a la seguridad social, prestaciones sociales y parafiscales.

Por su parte, un estudio realizado por Santa María y Rozo (2009) consultó a empresarios formales e informales sus percepciones sobre las razones de la informalidad laboral. A través de grupos focales, los empresarios formales concluyeron que las causas más importantes de la informalidad empresarial son: i) el desempleo y la necesidad de subsistencia; ii) la alta carga tributaria; iii) los bajos controles estatales; iv) la existencia de muchos

trámites para desarrollar las actividades formalmente; v) la falta de información con relación al proceso de formalización de las empresas; vi) los altos costos no salariales; y vii) la poca confianza en el Estado por causa de ineficiencias y corrupción en el gasto público.

Por otro lado, dicho estudio también identificó que las empresas nuevas enfrentan graves problemas para afiliar a sus empleados a las ARL, a las EPS o a las Cajas de Compensación, encontrándose de manera específica que para los empresarios formales, el paso más costoso y engorroso es el de formalizar a los empleados. (Santa María y Rozo, 2009)

A su vez, en el ejercicio realizado con los grupos focales de empresarios informales se pudo identificar que uno de los principales obstáculos que existe actualmente es la falta de información sobre el proceso de formalización así como sobre los beneficios de la formalidad. Incluso, una vez se encuentran en la formalidad, los empresarios enfrentan obstáculos adicionales, después de obtener su registro mercantil, al no poseer información sobre cómo liquidar sus impuestos y cómo afiliar a sus empleados a la seguridad social. Esto ocurre también, cuando se posee este tipo de información, las instituciones correspondientes hacen complicado su cumplimiento al imponer restricciones circulares. (Santa María y Rozo, 2009)

Frente a todo lo anterior, cobra entonces especial relevancia el análisis de los límites de la flexibilización laboral dentro del ordenamiento jurídico nacional.

Al respecto, Palacio y Álvarez (2004) señalan que la condición de flexibilidad en el mercado de trabajo se puede definir como la capacidad de realizar con escasas o casi nulas restricciones normativas, cambios en la cantidad, estructura, funciones y/o costos del factor trabajo utilizado en el proceso productivo. Flexibilizar el mercado de trabajo es flexibilizar



la oferta y demanda de trabajadores, facilitando la contratación y el despido e individualizando formas de pago de acuerdo con la productividad marginal.

Según la anterior definición, Rodríguez (2012) enlista un serie de políticas de flexibilización laboral que han sido adoptadas e insertadas dentro del ordenamiento jurídico colombiano: jornadas flexibles, reducción del valor del recargo dominical y festivo, pérdida del recargo nocturno de 6:00 p.m. a 10:00 p.m., reducción de los montos indemnizatorios en caso de despido sin justa causa, reducción de sanciones moratorias hasta de 24 meses, pérdida del derecho al reintegro con más de 10 años de antigüedad, aumento de la cuota de aprendices, salario integral, tercerización del empleo, cooperativismo y temporales, pactos no salariales, pagos por productividad, entre otras.

De acuerdo con lo anterior, desde la perspectiva de la incertidumbre legal, se puede afirmar que la gestión del riesgo legal laboral en la micro y pequeña empresa colombiana en sus primeros años de existencia, se identifica desde los conceptos de informalidad y flexibilización laboral.

En palabras de Tokman (2008), las relaciones laborales en las microempresas se caracterizan por ser difusas, debido a la dificultad de reconocerlas o por estar encubiertas o desamparadas, a causa de las omisiones de la legislación laboral o de la vigilancia de su cumplimiento; también porque en muchos casos las obligaciones y los derechos de las partes no están claros, lo que se traduce en pérdida de protección de los trabajadores.

Así las cosas, del marco teórico planteado se desprenden los siguientes puntos principales a desarrollar en la gestión del riesgo legal laboral en las micro y pequeñas empresas:

- El riesgo legal laboral se debe controlar en todos los niveles de la empresa, mediante políticas que faciliten la toma de decisiones, teniendo en cuenta aspectos como la validez jurídica.
- Se puede estimar el monto de las pérdidas potenciales que se deriva de decisiones judiciales o administrativas adversas tales como la aplicación de sanciones, litigios en contra, etc.
- Antes de adquirir obligaciones frente a terceros, el emprendedor debe asegurarse de conocer las disposiciones legales que rigen cada una de esas relaciones y elegir la modalidad de vinculación que le resulte más conveniente.

## 2.2. Caracterización del objeto de estudio: la UEI

La Unidad de Emprendimiento e Innovación, adscrita a la Escuela de Administración de Empresas y Contaduría Pública de la Universidad Nacional de Colombia, inició labores formalmente el 24 de agosto de 2004. (Facultad de Ciencias Económicas, 2007)

Tiene por objetivo estimular y apoyar las actividades relacionadas con el emprendimiento y la creación de empresa, por parte de los integrantes de la comunidad universitaria. (Universidad Nacional de Colombia, 2016a)

En la actualidad es un equipo interdisciplinario que realiza actividades de motivación y sensibilización hacia el emprendimiento, capacita en temas afines a la creación de empresas y asesora las ideas y planes de negocio que tienen los estudiantes y egresados de esa institución. (Universidad Nacional de Colombia, 2016a)

Tabla 5. Misión, visión y objetivos de la UEI

MISIÓN	VISIÓN AL 2020	OBJETIVOS
Promover y gestionar la cultura del emprendimiento a través del diseño y aplicación de metodologías e instrumentos enfocados en el emprendedor, para la creación y fortalecimiento de modelos de negocio innovadores capaces de ser sostenibles y escalables, mediante un equipo interdisciplinario que al vincular la investigación y la innovación en emprendimiento, coadyuva al crecimiento económico y el desarrollo social del país.	Seremos el principal referente en asesoría de emprendimientos dinámicos e innovadores a nivel universitario, con alta capacidad de investigación y desarrollo de metodologías para la creación y fortalecimiento de unidades de negocio.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Propiciar un espacio que facilite la generación de proyectos con alto grado de innovación a través de alianzas estratégicas con unidades especializadas dentro y fuera de la comunidad universitaria.</li> <li>• Posicionar a la UEI en la comunidad universitaria como un medio eficaz de acompañamiento y asesoría en el desarrollo y fortalecimiento de modelos y unidades de negocio.</li> <li>• Fortalecer y acompañar el crecimiento, aceleración y sostenibilidad de empresas en incubación.</li> </ul>

Fuente: Universidad Nacional de Colombia, 2016<sup>a</sup>

La Unidad de Emprendimiento e Innovación ofrece talleres para los emprendedores, que pertenezcan o no a la comunidad universitaria, en los cuales se brinda a los asistentes un espacio para interactuar con otros emprendedores, fortalecer sus ideas de negocio y actualizarse en contenidos de gestión organizacional, de mercados, de producción, de operaciones, financiera y legal. (Universidad Nacional de Colombia, 2016b)

La UEI inicia su proceso de asesoría individual con el apoyo al equipo emprendedor en el ajuste de sus motivaciones y expectativas frente a su proyecto, así como con el dimensionamiento del modelo de negocio. (Universidad Nacional de Colombia, 2016c)

Después de la etapa de asesoría en psicología, se procede a asignar una asesoría personalizada en la que se establece el plan o modelo de negocio y además se realizan una serie de evaluaciones que permite conocer el estado de avance y las posibles mejoras que cada proyecto debe realizar hasta su consolidación y aval final por parte de la Unidad como

muestra de que el acompañamiento que brinda la Unidad de Emprendimiento e Innovación es un proceso integral. (Universidad Nacional de Colombia, 2016d)

### 2.3. Fundamentación metodológica

En vista de que el análisis que se plantea en este estudio se enfoca en 1) identificar las áreas de la gestión humana que en mayor forma se ven intervenidas por el ordenamiento jurídico que rige las relaciones laborales en Colombia y que impactan de manera directa dentro de las micro y pequeñas empresas; 2) las principales problemáticas a las que se enfrentan los emprendedores en el manejo del riesgo legal laboral y 3) la manera en que se solucionan dichas problemáticas, se debió establecer cuál era el mejor método a desarrollar, con base en las condiciones propuestas por Yin (2014):

- a) La pregunta de investigación.
- b) El grado de control sobre los acontecimientos reales de conducta o comportamiento.
- c) El grado de enfoque en los eventos contemporáneos en contraposición a los acontecimientos históricos.

En ese sentido, se determinó que el método que más se ajusta para el desarrollo de la investigación y análisis de la problemática planteada, es el estudio de caso, considerado como un método de investigación cualitativo utilizado para investigar un fenómeno actual en su verdadero contexto. (Yin, 2014)

Así, la metodología seleccionada para la presente investigación fue cualitativa a través de un estudio colectivo de casos, teniendo en cuenta que el interés se centra en indagar

un fenómeno a partir del estudio de varios casos, realizando una selección múltiple de situaciones con aspectos relevantes para el objeto de estudio. (Stake, 1995)

A su vez, para la recolección de información se utilizó la entrevista semiestructurada validada por juicio de expertos, método que consiste en solicitar a una serie de personas, un juicio referente a un objeto, un instrumento, un material de enseñanza, o su opinión respecto a un aspecto concreto. (Cabero y Llorente, 2013).

A través del sometimiento de un listado de preguntas inicial a la consulta y al juicio de expertos se buscó garantizar dos criterios de calidad: validez y fiabilidad. (Garrote y Rojas, 2015)

Arribas (2004) define la validez como el grado en que un instrumento mide aquello que realmente pretende medir o sirve para el propósito para el que ha sido construido, pudiéndose referir en primer lugar al contenido, juzgando la capacidad de las preguntas para evaluar todas las dimensiones que se desean medir; y en segundo lugar al constructo, que busca garantizar que las medidas resultantes en el contenido pueden ser utilizadas y consideradas pertinentes al fenómeno que se quiere medir.

Respecto a la fiabilidad, Prieto y Delgado (2010) señalan que hace referencia al grado con el que un instrumento mide con precisión y descarta el error, a través de la consistencia (nivel de cohesión de las preguntas), la estabilidad temporal (escasa variabilidad de las medidas del objeto cuando el proceso de medición se repite en situaciones distintas) y el acuerdo entre los expertos.

Cabero y Llorente (2013), señalan que el juicio de expertos, como estrategia de evaluación, presenta una serie de ventajas entre las que destacan la posibilidad de obtener una

amplia y pormenorizada información sobre el objeto de estudio y la calidad de las respuestas por parte de los jueces.

Respecto al número de expertos necesarios, Cabero y Llorente (2013) señalan que la selección del número de expertos depende de aspectos como la facilidad para acceder a ellos o la posibilidad de conocer expertos suficientes sobre la temática objeto de la investigación, mientras que Escobar y Cuervo (2008) indican que el número de jueces que se debe emplear en un juicio depende del nivel de experticia y de la diversidad del conocimiento.

### **Capítulo 3**

#### **Diseño metodológico.**

Dadas las características del problema de investigación y el objetivo propuesto se optó por un enfoque cualitativo, fundamentado en la búsqueda bibliográfica de tipo exploratorio, que pretende identificar la normatividad laboral aplicable a las empresas objeto de estudio y adicionalmente en la técnica de la entrevista semiestructurada validada por juicio de expertos.

La investigación comenzó con una revisión de estudios previos, lo que permitió consolidar una base teórica que tuvo como finalidad identificar y abordar, la problemática de la gestión legal laboral en el emprendimiento, específicamente en las micro y pequeñas empresas y las áreas de la gestión humana que en mayor forma se ven intervenidas por el ordenamiento jurídico que rige las relaciones laborales colombianas y que impactan de manera directa a estas organizaciones.

Una vez construida la propuesta teórica se procedió al diseño del cuestionario básico, previo a su sometimiento a la validación por expertos, el cual quedó constituido inicialmente por treinta y ocho preguntas básicas que apuntan a identificar en primer lugar el nivel de conocimiento de la normatividad relacionada con los procesos de contratación, remuneración, seguridad y salud en el trabajo, proceso disciplinario laboral y retiro de personal y, en segundo lugar, conocer las problemáticas específicas al respecto presentadas en cada uno de los proyectos, las dudas inquietudes y temores generados al momento de abordarlas y las determinaciones tomadas para solucionarlas.

Frente a cada una de las preguntas se colocaron casillas en las cuales se solicitaba a cada uno de los expertos, que se diera un juicio sobre: 1) el grado de relevancia de cada una de las preguntas; 2) grado de pertinencia de los ítems de cada categoría, invitándolo a suprimir alguno, o a modificar los ya existentes; 3) claridad de la pregunta desde el punto de vista de su significado y de su formulación, efectuando las modificaciones que considerarse oportuno para garantizar la buena redacción y, por consiguiente, su brevedad y facilidad de comprensión. Finalmente se dejó un espacio en blanco destinado para que el experto añadiera las preguntas que considerara pertinentes.

Ahora bien, para la elección de los expertos y el número de ellos, teniendo en cuenta lo señalado por Cabero y Llorente (2013) quienes afirman que la selección de uno u otro depende tanto del objeto a evaluar como de los objetivos que persiga el evaluador y la facilidad de acceso a los expertos, se recurrió a la cercanía entre estos y el investigador, acudiendo aquellos que tuvieran formación y experiencia acreditable en administración de recursos humanos y derecho laboral.

- Un (1) Profesional en Administración de Empresas o Psicología con especialización y experiencia en Gerencia de Recursos Humanos.
- Un (1) Profesional en Derecho con Especialización o Maestría en Derecho Laboral.

En relación con los métodos de recolección de la información brindada por los expertos jueces, se escogió el método individual que consiste en obtener información de cada uno de los expertos sin que los mismos estén en contacto. (Garrote y Rojas, 2015).



Para la contrastación empírica se realizó una invitación personalizada por correo electrónico y vía telefónica a todos los emprendedores que habían contado con la asesoría de la UEI en algún momento de su proyecto de emprendimiento.

Se destaca que se planteó establecer como criterio principal para la selección de emprendedores, la existencia de relaciones de prestaciones de servicios personales, buscando contar con la participación de aquellos que contaran con diversas modalidades de vinculación de personal: contratos de trabajo verbales o escritos, a término fijo, indefinidos o por obra o labor, contratos de prestación de servicios, contratos con cooperativas de trabajo asociado y con empresas de servicios temporales.

Igualmente se buscó seleccionar empresas en las que se hubieran generado conflictos de índole laboral, o en las que se hubieran presentado accidentes o incidentes de trabajo o se hubiese vinculado a personal menor de edad, en estado de maternidad, discapacidad o debilidad manifiesta. También se hizo énfasis en contar con la participación de aquellas empresas en las cuales se hubiera presentado ya retiro de personal.

*Tabla 6.* Criterios utilizados para la selección de micro y pequeños empresarios

	Empresas en las que se haya presentado una o varias de las siguientes circunstancias	
<b>Criterio base</b>	Existencia de relaciones de prestaciones de servicios personales	
<b>1</b>	Diversas modalidades de vinculación de personal	Contratos verbales
		Contratos Escritos
		Contratos de trabajo a término Indefinido
		Contratos de trabajo a término fijo
		Contratos de trabajo por obra o labor
		Contratos de prestación de servicios
		Contratos con cooperativas de trabajo asociado
		Contratos con empresas de servicios temporales
<b>2</b>	Conflictos laborales	Reclamaciones verbales
		Reclamaciones escritas

		Citaciones al Ministerio del Trabajo
		Demandas
<b>3</b>	Accidentes o incidentes de trabajo	
<b>4</b>	Vinculación de personas con condiciones especiales	Menores de edad
		Mujeres embarazadas
		Discapacitados
		Con debilidad manifiesta

Se realizó una prueba piloto con dos filtros: el primero con profesionales cuya actividad laboral se desarrolla en procesos de contratación, remuneración, seguridad y salud en el trabajo, proceso disciplinario laboral y retiro de personal así como con personal académico de la Unidad de Emprendimiento de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Colombia, con el fin de verificar que tan entendibles y asimilables eran las preguntas propuestas e identificar aquellas que resultaren pertinentes para el cumplimiento mínimo de la normatividad en cada una de las materias; y en segundo lugar a través de una entrevista de media hora con un empresario de una micro- empresa diferente a las del estudio. Esta prueba piloto permitió agregar algunos temas de apoyo y ajustar el orden en algunos de ellos.

Luego de la convocatoria a los micro y pequeños empresarios facilitada por la UEI, de un total de 32 emprendimientos, se logró acceder y entrevistar a un total de 15 emprendedores de 10 empresas diferentes.

Para la entrevista se empleó una guía semiestructurada, la cual fue transcrita en su totalidad. Para analizarla se aplicó un proceso de categorización propio del análisis cualitativo (Martínez, 1998).

Las entrevistas se llevaron a cabo durante los meses de julio y agosto de 2016. Fueron grabadas y después transcritas. La duración promedio de cada entrevista fue de media hora y se llevaron a cabo a partir de la guía que se complementaba con repreguntas por parte del investigador, en un diálogo de confianza y seguridad para el entrevistado.

El análisis de las entrevistas se realizó de manera objetiva reflejado en la relación y soportado en las afirmaciones de los empresarios. Finalmente se contrastó la teoría con la práctica a través del análisis conceptual.

## Capítulo 4

### Desarrollo del trabajo.

#### 4.1. Identificación de la normatividad aplicable a las empresas objeto de estudio

El ordenamiento jurídico define reglas de juego, otorga derechos, establece obligaciones, plantea garantías para evitar su evasión o transgresión y contempla mecanismos de sanción en caso de incumplimiento, buscando brindar las condiciones mínimas generales para las relaciones entre personas, sean estas naturales o jurídicas. En ese marco, la legislación laboral se ocupa de las relaciones de trabajo enunciando principios de interpretación, concretando derechos, obligaciones y procedimientos entre trabajadores y empleadores.

La gestión del riesgo legal se basa en la oportunidad que brinda el conocimiento del derecho que de manera preventiva puede contribuir a la disminución de pérdidas y a la conservación de la utilidad y ganancia de los inversionistas, frente a la inadecuada previsión de riesgos de trabajo, asumiendo pérdidas con implicaciones económicas y organizacionales.

Un estudio que buscaba determinar empíricamente las competencias para la gestión que deben ser fortalecidas en el país, concluyó que cuando la gerencia presenta fallas al evaluar el marco jurídico aplicado a la gestión empresarial, tiene poca capacidad para actuar en nuevas situaciones y le es muy difícil identificar y administrar los riesgos de negocios de las organizaciones. (Cabeza, Castrillón y Lombana, 2012)

Para Morín (2005) la gestión del riesgo legal en el ámbito del empleo incluye aspectos como el costo del trabajo, el mantenimiento de la capacidad profesional del personal y, de ser el caso, de su retiro. El riesgo legal laboral es el que radica en el resultado del trabajo mismo, y en las propias condiciones de su ejecución frente a la gestión humana, así como el que pesa sobre la seguridad de los trabajadores.

En ese sentido, el derecho del trabajo, por un lado, define las responsabilidades del empresario, tanto en el marco colectivo de la empresa como en el individual del contrato de trabajo, buscando un equilibrio entre el derecho al empleo y la libertad de empresa y por otro lado, regula la actuación de la colectividad en favor de los trabajadores privados de empleo en el mercado de trabajo. (Morín, 2005)

Al respecto, es importante precisar que la contratación laboral hace referencia al concepto genérico relacionado con la vinculación de personas para la prestación de un servicio, de manera “dependiente” o “independiente”, vínculos que pueden estar regulados por la legislación laboral, la civil o la mercantil, de acuerdo con el camino escogido y bajo el principio de la primacía de la realidad. (Carrillo, 2010)

Para una adecuada gestión del riesgo legal laboral, es importante tener en cuenta dos principios de rango constitucional: el de primacía de la realidad y el de favorabilidad:

*“Conforme lo establece el artículo 53 de la Carta Fundamental, el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos,*

*sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades. Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser este quien deba demostrar la subordinación jurídica.” (Corte Constitucional, Sentencia C-665 de 1998)*

*La "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o*

*entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador... (Corte Constitucional, Sentencia No. C-168 de 1995)*

Teniendo en cuenta lo anterior, a partir de la flexibilización laboral han aparecido otras formas atípicas laborales, que se aplican en el mundo del trabajo, tal como el teletrabajo, las cooperativas de trabajo asociado, el contrato sindical, los contratos de prestación de servicios y las empresas de servicios temporales. No obstante, es importante tener en cuenta que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, presume que todo servicio personal se presta en cumplimiento de un contrato de trabajo y obliga al empleador a desvirtuar la presunción. En ese sentido, con el trabajo surgen las obligaciones anexas como son el suministro de aquellas garantías que realizan la práctica de la tutela del trabajo asalariado y del trabajador.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia hito del 1 de diciembre de 1981, señaló:

*“...demostrada la prestación personal del servicio, obra la presunción a favor de quien lo ejecutó y le incumbe al patrono demostrar que la relación fue independiente y no subordinada. Acreditado el hecho en que la presunción legal se funda, queda establecido que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario...”*

Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales señalados en el Artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo:

- a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
- b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a este para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y
- c) Un salario como retribución del servicio.

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.

El ordenamiento jurídico ha impuesto de manera general, sanciones de carácter económico por incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales, denominadas indemnizaciones, dentro de las cuales se ven comprendido el daño emergente y el lucro cesante:

*Entiéndase por **daño emergente** el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido*



*imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento. (Artículo 1614 del Código Civil Colombiano.)*

Cuando una persona aporta trabajo a otra, tanto desde el punto de vista económico como del jurídico, se puede analizar esa relación a partir de la entidad productiva en la que se inscribe la relación laboral y también desde donde se sitúa el centro decisorio de la misma, así como en el reparto de los riesgos económicos y sociales inherentes a la producción y al trabajo de las personas que concurren a ella (Morin, 2005).

Según Alles (2000), el enfoque de la Administración de Personal que se concebía como una actividad mediadora entre la organización y las personas y un órgano interpretador de las exigencias de la empresa a los empleados y de las reivindicaciones de estos a la organización, evolucionó en el enfoque de la Gestión de Recursos Humanos; según el cual los empleados deben ser competitivos, el área debe ser absolutamente profesional creando valor en lugar de reducir costes, así como generar compromisos en lugar de cumplir funciones de vigilancia sobre el personal.

En ese contexto se generaron esquemas como el de Balance Social, que busca reunir los principales datos que permitan apreciar la situación de la organización en el terreno social, registrar los logros alcanzados y medir los cambios ocurridos en el curso del año en cuestión y en los anteriores, aportando información sobre el empleo, la remuneración, las prestaciones sociales, las condiciones de higiene y seguridad, la productividad del personal,

las disfunciones (como la rotación, el absentismo, los conflictos laborales), las relaciones laborales etc. (Chiavenato, 2007; Porret, 2010)

Frente a esta perspectiva, con frecuencia se atribuye a la pequeña empresa una cierta actitud de rechazo hacia nuevas metodologías y sistemas de gestión de recursos humanos. Para Soto-Dolan (2004) dicha actitud se explica más en cuanto a salubridad organizativa que de carencia de visión directiva.

Los diversos modelos de gestión de recursos humanos presentes en la literatura (Walker, 1980; Chiavenato, 1983; Beer, 1989; Menguzato y Renau, 1991; Quintanilla, 1991; Caveda, 1993; Puchol, 1994; Sikula 1994; Bustillo 1994; Besseyre, 1997) coinciden en su consideración como los recursos más importantes de la organización en los cuales hay que invertir para lograr los objetivos y el desempeño deseado de la empresa.

El derecho laboral desempeña un rol determinante en la vida económica por su contenido normativo y amplio sentido proteccionista de la población que ofrece su fuerza de trabajo al servicio de agentes económicos para la producción de bienes y prestación de servicios con los cuales satisfacer las múltiples y variadas necesidades sociales. En ese sentido, desde una concepción que ve al trabajador como persona y no como un recurso económico, el derecho laboral está orientado a un propósito social definido: el bienestar físico, intelectual y moral de los trabajadores. (Witker, 2008)

Una manera de analizar el papel de la gestión de recursos humanos en las organizaciones es a través de sus cinco subsistemas (Chiavenato, 2000):

✓ El subsistema de provisión que asegura la disponibilidad de talento humano idóneo, cuyas condiciones de conocimientos, habilidades y motivación, se ajusten a los requerimientos del puesto de trabajo y de las estrategias de la organización. Involucra los procesos de reclutamiento, selección y contratación.

✓ El subsistema de aplicación es garantiza el aprendizaje de tareas, la comprensión y aceptación de valores, normas y patrones de comportamiento requeridos por la organización y la permanencia del trabajador en la misma. Involucra los Procesos de análisis y descripción de cargos, inducción y socialización organizacional, diseño de puestos de trabajo y promoción interna.

✓ El subsistema de mantenimiento conquista y mantiene las personas en la organización con un nivel óptimo de desempeño. Involucra a los esquemas de motivación y participación, administración del balance de consecuencias, remuneración, comunicación y manejo de grupos y los sistemas de gestión ambiental y de la seguridad y salud en el trabajo.

✓ El subsistema de desarrollo genera las condiciones de desempeño para el logro de los objetivos organizacionales. Involucra los planes de carrera, retiro, reubicación y sucesión, el inventario de potencialidades, los sistemas de educación y entrenamiento y el desarrollo afectivo, social e intelectual del trabajador.

✓ Finalmente el subsistema de control, verifica el logro de los objetivos, mide la contribución a la organización, toma acciones correctivas, retroalimenta y regula el sistema de gestión humana. Involucra la evaluación de desempeño, los datos de las personas y las auditorías.

Dentro de este último subsistema, por la pertinencia que tiene para esta investigación, se resalta el análisis realizado por Porret (2010), según el cual las necesidades de las grandes compañías han generado una auditoría sobre el área de recursos humanos, que el autor denomina socio-laboral, la cual agrupa otras auditorías denominadas: legalidad laboral, gestión de recursos humanos y riesgos laborales, que incluye:

*Tabla 7. Aspectos en auditorías al área de recursos humanos de una empresa*

<b>Áreas a auditar</b>	<b>Aspectos básicos</b>	<b>Aspectos específicos</b>
<b>Auditoría Legal</b>	Cumplimiento de la legislación laboral, de la Seguridad Social y en materia fiscal	Aplicación correcta de toda la normativa laboral. Aplicación de convenios colectivos, contratos de trabajo y sus modalidades, remuneraciones individuales, turnos y jornada de trabajo. Cotizaciones a la Seguridad Social y retenciones del impuesto sobre la renta. Planes de pensiones, ayudas sociales, etc.
	Emisión de un informe dirigido a poner de manifiesto una opción técnica sobre la adecuación a las normas legales y convencionales que son exigibles	
<b>Auditoría de Gestión de los Recursos Humanos</b>	Mantenimiento de la paz social, prevención de conflictos (individuales o colectivos), optimización de la plantilla y dirección estratégica de los R.R.H.H.	Estructura organizativa. Clima laboral. Selección, formación, planes de carreras, promoción y compensación. Puestos de trabajo, rendimiento, productividad, motivación y comunicación. Movilidad funcional, horizontal y polivalencia del personal. Control colectivo e individual del personal. Relaciones con los órganos de representación social de la empresa, sindicatos y organismos públicos. Servicios sociales y costes sindicales.
	Emisión de un informe dirigido a manifestar la opinión técnica sobre la gestión de las personas en la organización referente a los aspectos humanos, sociales y productivos.	
<b>Auditoría de Prevención de Riesgos laborales</b>	Análisis de la prevención y de los servicios propios o asociados de la prevención	Planes de prevención, evaluación de los riesgos, siniestralidad, etc. La eficiencia de los servicios y órganos de prevención. Servicios médicos. Absentismo laboral.
	Emisión de un informe evaluando la eficacia del sistema de gestión que la entidad aplica a la prevención	

Fuente: Porret (2010)

Por su parte, para Gallego y Naranjo (2003) son seis (6) las áreas de la gestión humana que se ven intervenidas por las normas que rigen las relaciones laborales en Colombia:

Tabla 8. Áreas de la gestión humana intervenidas por la normatividad laboral

NORMAS	ÁREAS DE INTERVENCIÓN	
Convenios Internacionales Ratificados Constitución Nacional Leyes Código Sustantivo del Trabajo Régimen de Seguridad Social Régimen de los Trabajadores del Estado Decretos Resoluciones	1. CONTRATACIÓN	2. JORNADA LABORAL
	Tipos de contrato Renovaciones y prórrogas Requisitos Efectos Suspensión y terminación Afiliación Sistemas de Seguridad Social	Máxima Horas Extras Recargo Nocturno Compensatorios Permisos Excepciones Turnos
	3. NÓMINA	4. SALUD OCUPACIONAL
	Prestaciones laborales: salarios, prestaciones, indemnizaciones. Descuentos Liquidación contrato de trabajo	Reglamento Programa Comité Paritario Planes de Emergencia y evacuación Visitas e inspección
	5. SINDICATOS Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA	6. RETIRO DE PERSONAL
Requisitos y funciones Violación libertad sindical Fuero sindical Términos y contenidos Arbitramento Huelga	Modalidades Causales Liquidación y pago del contrato Reintegro Salarios Caídos Protección maternidad	

Fuente: Gallego y Naranjo (2003)

A su vez, la Cámara de Comercio de Bogotá a través de la Fundación Universitaria Uniempresarial, dentro del taller “Como Formalizar Tu Empresa”, dedica un módulo a un tema denominado “Gestión Laboral” el cual tiene por objetivo incentivar la formalización de las relaciones laborales, mediante el conocimiento de las normas legales, la reflexión sobre específicas situaciones legales laborales y la generación de adecuados instrumentos

contractuales. Para esta Institución educativa, una actuación idónea, desde el punto de vista del talento humano es aquella que cumple las siguientes condiciones (CCB, 2009):

1. Define y selecciona correctamente el tipo de vínculo contractual que tiene la empresa con todos y cada uno de sus servidores.

2. Determina y consigna, adecuadamente las cláusulas de los contratos que se celebran con los servidores de la empresa.

3. Cumple las exigencias legales concernientes a las afiliaciones y pagos de aportes a la seguridad social integral de los servidores contratados para la empresa, así como la adopción y publicidad de los reglamentos establecidos por la ley.

Por su parte, la Guía nacional y regional de emprendimiento publicada por el Ministerio de la Protección Social (2011), dentro de varios otros aspectos relacionados con la creación de empresa, solamente una página a los asuntos laborales a los que se debe enfrentar el emprendedor y lo hace para señalar de manera general sus obligaciones frente a la afiliación y pago a las EPS, ARL, AFP así como lo relativo a aportes parafiscales.

En este punto es importante señalar que la Constitución Política de 1991, en su artículo 53, establece como principios mínimos del derecho al trabajo; la igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; la estabilidad en el empleo; la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; la garantía a la

seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario y la protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

En ese sentido, la literatura jurídica especializada en derecho laboral colombiano coincide en señalar la necesidad del conocimiento de la normatividad laboral específicamente en cuanto a las características del contrato de trabajo, el salario, la jornada laboral, los descansos, las prestaciones sociales, las obligaciones frente al Sistema Integral de Seguridad Social y el derecho colectivo del trabajo, al momento de establecer relaciones de prestación de servicios personales. (Arenas, 2003; Becerra, 1983; Botero, 2016; Cerón, 1996; Franco, 1994; Figueroa, 2015; Gonzalez, 1990; Isaza, 2016; López, 2016; Obando, 2016; Rodríguez, 1997; Rodriguez, 2012 y Valdés, 2002)

Conforme a todo lo anterior, se puede afirmar que la literatura tanto jurídica como en administración de empresas, coincide en que los procesos de gestión humana en los cuales la normatividad laboral tiene mayor impacto son contratación, remuneración, seguridad y salud en el trabajo, derecho colectivo y retiro de personal.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el objeto de la presente investigación son organizaciones categorizadas como micro empresas, las cuales según lo dispuesto en la Ley 590 de 2000, modificada por la Ley 905 de 2004, cuentan con una planta de personal no superior a los diez (10) trabajadores y que el artículo 359 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que un sindicato de trabajadores necesita para constituirse o subsistir un número no inferior a veinticinco (25) afiliados, en el presente estudio se excluirá el análisis del riesgo legal laboral inherente a la negociación colectiva.

Respecto a la salud y seguridad en el trabajo, lo que anteriormente se denominaba salud ocupacional, a partir de la expedición de la Ley 1562 de 2012 (Art. 4), se establece la necesidad de desarrollar un proceso lógico y por etapas, basado en la mejora continua y que incluye la política, la organización, la planificación, la aplicación, la evaluación, la auditoría y las acciones de mejora con el objetivo de anticipar, reconocer, evaluar y controlar los riesgos que puedan afectar la seguridad y salud en el trabajo.

Consecuentemente con lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1443 de 2014 que ahora hace parte del Decreto único del sector trabajo 1072 de 2015 (Libro 2, Parte 2, Título 4, Capítulo 6) en el cual se establecen las disposiciones para la implementación del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST) la cual debe ser liderada e implementada por el empleador, basada en los principios del ciclo PHVA (Planificar, Hacer, Verificar y Actuar), de tal manera que logre la aplicación de las medidas de prevención y control eficaz de los peligros y riesgos en el lugar de trabajo, reduciendo al mínimo los incidentes, accidentes y enfermedades laborales que se puedan presentar.

A partir de la normatividad señalada, identifican las siguientes obligaciones de los empleadores dentro del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo SG-SST en la empresa:

- 1) Definir, firmar y divulgar la política de Seguridad y Salud
- 2) Rendición de cuentas en la empresa
- 3) Cumplimiento de los requisitos normativos aplicables
- 4) Plan de trabajo anual en SST
- 5) Participación de los trabajadores



- 6) Asignación y comunicación de responsabilidades
- 7) Definición y asignación de recursos (financieros, técnicos y el personal necesario)
- 8) Gestión de peligros y riesgos
- 9) Prevención y promoción de riesgos laborales
- 10) Dirección de la Seguridad y Salud en el Trabajo SST en las Empresas
- 11) Integración de los aspectos de seguridad y salud en el trabajo, al conjunto de sistemas de gestión, procesos, procedimientos y decisiones en la empresa

El Decreto 1443 de 2014 estableció la transición para que los empleadores sustituyan el Programa de Salud Ocupacional por el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SG- SST), a partir del 31 de julio de 2014, señalando unos plazos para culminar la totalidad del proceso, contados a partir de dicha fecha, así:

- 1) Dieciocho (18) meses para empresas de menos (10) trabajadores.
- 2) Veinticuatro (24) meses para las empresas con diez (10) a doscientos (200) trabajadores.
- 3) Treinta (30) meses para las empresas con doscientos uno (201) o más trabajadores.

Es decir, que para las unidades objeto de estudio del presente trabajo final de maestría, el plazo para implementar el SG-SST en el caso de las microempresas vencía el 31 de enero de 2016 mientras que para las pequeñas empresas dicho término vencía el 31 de julio de 2016.

No obstante, estudios adelantados por la Dirección de Riesgos Laborales del Ministerio del Trabajo, a partir de la información presentada por las Administradores de Riesgos Laborales, identificaron que un alto porcentaje de empleadores se encuentra en un nivel incipiente en el desarrollo de la implementación de los Sistemas de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo debido a dificultades que se presentan por condiciones organizacionales y económicas de empleadores. (Ministerio del Trabajo de Colombia, 2016)

En virtud de lo anterior, mediante Decreto 171 de 2016, se modificó el artículo 2.2.4.6.37 del Decreto 1072 de 2015 señalando que todos los empleadores públicos y privados, los contratantes de personal bajo cualquier modalidad de contrato civil, comercial o administrativo, organizaciones de economía solidaria y del sector cooperativo, así como las empresas servicios temporales, deberán sustituir el Programa de Salud Ocupacional por el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST) a más tardar el 31 de enero de 2017, para lo cual las Administradoras de Riesgos Laborales deben brindar asesoría y asistencia técnica en la implementación del SG-SST a todos sus afiliados que estén obligados a adelantar este proceso.

A su vez dicho decreto señaló que hasta que se venza el plazo establecido, se deberá dar cumplimiento a lo establecido en la Resolución Conjunta 1016 del 31 de marzo de 1989, por la cual se reglamenta la organización, funcionamiento y forma de los Programas de Salud Ocupacional que deben desarrollar los patronos o empleadores en el país.

Para estos efectos y con el fin de facilitar la implementación del SG-SST en la empresa, la Dirección de Riesgos Laborales del Ministerio del Trabajo, expidió la guía técnica de implementación para Mipymes del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el

Trabajo (2016), en donde además de señalar el paso a paso para el cabal cumplimiento de la normatividad referida, se incluye a manera de anexo técnico un modelo de evaluación inicial del Sistema.

Por todo lo anterior, atendiendo a los objetivos propuestos dentro del presente trabajo final de maestría, y al periodo de transición que inició a mediados de 2014 y tiene como fecha máxima el 31 de enero de 2017 para la implementación del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, también se excluirá el análisis del riesgo legal laboral en estos aspectos.

A partir de la precisión de los procesos de la gestión de recursos humanos seleccionados para abordar el análisis de la gestión del riesgo legal laboral, en el proceso de operacionalización de las variables en la construcción del cuestionario base, se buscó utilizar categorías descriptivas de bajo nivel de inferencia (Hanson, 1977), lo más concretas y precisas posible con el fin de trabajar con datos primarios que ofrecieran múltiples ejemplos extraídos de las notas de campo, por lo cual se procedió a generar una matriz de cumplimiento legal que a su vez sirviera de base para la entrevista a los micro y pequeños empresarios de las unidades de estudio:

*Tabla 9.* Matriz de cumplimiento legal

	<b>TEMA</b>	<b>NORMAS</b>	<b>PREGUNTA</b>
<b>CARACTERIZACIÓN DE LA EMPRESA Y DE LOS EMPRESARIOS</b>			
	Objeto social		1. ¿A qué se dedica su empresa?
	Tamaño de empresa	Art. 2 Ley 590 de 2000	2. ¿Qué planta de personal dispone para el desarrollo de las actividades de la empresa?
	Gerencia de Recursos Humanos		3. ¿Cuál es su formación académica?

			4. ¿Quién se encarga de la gestión del recurso humano en su empresa? 5. ¿Qué formación académica y experiencia laboral específica tiene la persona encargada de la gestión del talento humano en su empresa?/ En caso de que sea el mismo emprendedor: ¿Tenía alguna experiencia previa en gestión de talento humano?
<b>1</b>	<b>CONTRATACIÓN Y VINCULACIÓN</b>		
<b>1.1</b>	Contrato Realidad - Presunción	Art. 24, 37, 38, 39, 46 Código Sustantivo del Trabajo	6. ¿Bajo qué tipos de contratos vincula o ha vinculado al recurso humano de su empresa? 7. ¿Estos contratos están por escrito o de manera verbal?
<b>1.2</b>	Capacidad	Art. 29 Código Sustantivo del Trabajo	8. ¿Ha celebrado contratos de trabajo con menores de edad?
<b>1.3</b>	Subordinación	Art. 23 Código Sustantivo del Trabajo	9. ¿Qué funciones cumple el personal vinculado? 10. ¿Cumplen un horario establecido?
<b>1.4</b>	Afiliación SISS Trabajadores	Art. 1 Ley 21 de 1982. Art. 13, 15, 153, 156, 157, 161 Ley 100 de 1993, Art. 13 Decreto 1295, Art. 2 Ley 1562 de 2012.	11. ¿A qué sistemas del sistema de seguridad social integral ha afiliado a sus trabajadores? 12. ¿Cómo realiza la afiliación?
<b>1.5</b>	Afiliación SISS Contratistas	Art. 13 Ley 1562 de 2012, Art. 1 Decreto 723 de 2013	13. ¿Cuál es el procedimiento para verificar el pago a seguridad social de los contratistas?
<b>1.7</b>	Modalidades de Contrato de Trabajo	Arts.45, 46 Código Sustantivo del trabajo	14. ¿Ha celebrado contratos de trabajo por obra o labor? 15. ¿Cómo ha definido la duración del contrato?
<b>1.8</b>	Modalidades de Contrato de Trabajo	Arts.45, 46 Código Sustantivo del trabajo	16. ¿Ha celebrado contratos de trabajo a término fijo? 17. ¿Por cuánto tiempo? 18. ¿Sabe si esos contratos se han prorrogado?
<b>2</b>	<b>REMUNERACIÓN</b>		
<b>2.1</b>	Salario	Art. 22, 23 Código Sustantivo del Trabajo	19. ¿Cómo establece cuanto debe pagar al recurso humano? 20. ¿Sabe cuál es el salario mínimo mensual legal vigente? 21. ¿Tiene una tabla de salarios?

2.2	Auxilio de transporte	Art. 2 Ley 15 de 1959	22. ¿Paga el auxilio de transporte? 23. ¿A qué trabajadores?
2.3	Prestaciones Sociales	Art. 249, 306 Código Sustantivo del Trabajo	24. ¿Qué prestaciones sociales reconoce a sus trabajadores? 25. ¿Cada cuánto las reconoce?
2.4	Cotización al SISS	Art. 1 Decreto 1465 de 2005	26. ¿Sabe en qué consiste la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes?
2.5	Cotización al SISS	Arts. 20, 204 Ley 100 de 1993, Art. 12 Ley 21 de 1982, Art. 13 Decreto 1772 de 1994, Art. 43 Ley 590 de 2000	27. ¿Sabe qué porcentaje deben cotizar el empleador y el trabajador a cada uno de los subsistemas de seguridad social?
2.6	Incapacidades	Art. 40 Decreto 1406 de 1999, Decreto-Ley 019 de 2012, Art. 121 Decreto 19 de 2012	28. ¿Se han presentado casos en los que los trabajadores le hayan presentado incapacidades? 29. ¿Cómo ha pagado durante ese tiempo? 30. ¿Ha realizado recobro a la EPS?
2.7	Licencia de Maternidad	Art. 121 Decreto 19 de 2012, Art. 236 Código Sustantivo del Trabajo	31. ¿Se han presentado casos en los que haya reconocido Licencia de Maternidad o de paternidad? 32. ¿Cómo ha pagado durante ese tiempo?
2.8	Calzado y vestido de labor	Art. 230 Código Sustantivo del Trabajo	33. ¿Suministra dotación de trabajo a sus trabajadores? 34. ¿Cada cuánto? 35. ¿A cuales trabajadores?
<b>3</b>	<b>RETIRO Y PROCESO DISCIPLINARIO LABORAL</b>		
3.1	Terminación con justa causa	Art. 62 Código Sustantivo del Trabajo	36. ¿Ha terminado contratos de trabajo con justa causa? 37. ¿Qué causales ha alegado como justa causa para terminar contratos de trabajo de manera unilateral?
3.2	Reglamento Interno de Trabajo	Art. 104 Código Sustantivo del Trabajo	38. ¿Cuenta con un Reglamento Interno de Trabajo?
3.3	Debido Proceso Sanciones Disciplinarias	Art. 115 Código Sustantivo del trabajo	39. Ante la comisión de una falta o incumplimiento por parte de un trabajador ¿cómo ha actuado usted?
3.4	Liquidación	Art. 65 Código Sustantivo del Trabajo	40. Al finalizar el vínculo, ¿ha liquidado los contratos? 41. ¿Qué y cómo ha pagado?
3.5	Preaviso	Arts. 46 y 62 Código Sustantivo del Trabajo	42. ¿Sabe en qué casos es necesario hacer un preaviso al trabajador para la terminación de un contrato de trabajo?

3.6	Terminación Sin Justa Causa	Art. 64 Código Sustantivo del Trabajo	43. ¿Ha terminado contratos de trabajo sin justa causa? 44. ¿Cómo ha calculado la indemnización?
3.7	Estabilidad laboral Reforzada	Art. 239 Código Sustantivo del trabajo	45. ¿Ha terminado contratos de trabajo o de prestación de servicios con mujer embarazada, en licencia de maternidad o durante incapacidad del trabajador?
3.8	Pago de aportes a Sistema de protección social	Parágrafo 1 del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo	46. ¿Ha informado por escrito a sus trabajadores el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato?
3.9	Libertad Probatoria	Art. 51 Código Procesal del trabajo y la Seguridad Social	47. ¿Guarda la documentación que soporta sus obligaciones laborales o comerciales con el personal? 48. ¿En qué medio?
5	Fuente del conocimiento de la Normatividad laboral aplicable		49. Teniendo en cuenta las respuestas dadas frente a las preguntas realizadas, ¿cómo ha hecho para conocer sus obligaciones y deberes como empleador?

#### 4.2.Descripción, análisis y discusión de resultados

Una vez recolectada la información de las micro y pequeñas empresas que hicieron parte del estudio, se presentan a continuación los resultados de los hallazgos acerca de la situación de la gestión del riesgo legal laboral en estas empresas:

##### *A. Caracterización de los empresarios y las empresas*

Las empresas que participaron en el estudio contaban entre sí con una gran variedad de actividades económicas que corresponden a los siguientes Código CIU:

- 0125. Cultivo de flor de corte
- 0194. Cría de otros animales n.c.
- 1063. Otros derivados del café
- 1420. Fabricación de artículos de piel
- 2011. Fabricación de sustancias y productos químicos básicos
- 2819. Fabricación de otros tipos de maquinaria y equipo de uso general n.c.p.
- 6312. Portales web
- 6251. Actividades de desarrollo de sistemas informáticos (planificación, análisis, diseño, programación, pruebas)
- 6521. Servicios de seguros sociales de salud
- 7110. Actividades de arquitectura e ingeniería y otras actividades conexas de consultoría técnica

De conformidad con la clasificación por planta de personal dispuesta en el Art.2 de la Ley 590, se contó con la participación de ocho (8) micro empresas (no superior a los diez (10) trabajadores) y de dos (2) pequeñas empresas (entre once (11) y cincuenta (50) trabajadores).

Respecto al nivel académico de los emprendedores todos ellos contaban con formación en pregrado, tres (3) con especialización y dos (2) de ellos con maestría. La formación profesional de pregrado fueron las siguientes:

- Administrador de empresas
- Arquitectura
- Biología

- Comunicación social
- Diseño Industrial (2)
- Ingeniería agrícola con Maestría en innovación y procesos de transferencia y tecnología.
- Ingeniería agroforestal Con Master en ingeniería industrial.
- Ingeniería mecánica con especialización en diseño y desarrollo de producto
- Ingeniería de sistemas de sistemas.
- Ingeniería mecatrónica
- Ingeniería eléctrica
- Ingeniería Industrial
- Ingeniería Agrícola (2)
- Medicina con Maestría en Gestión de servicios de salud
- Química industrial especialista en ciencia y tecnología cosmética



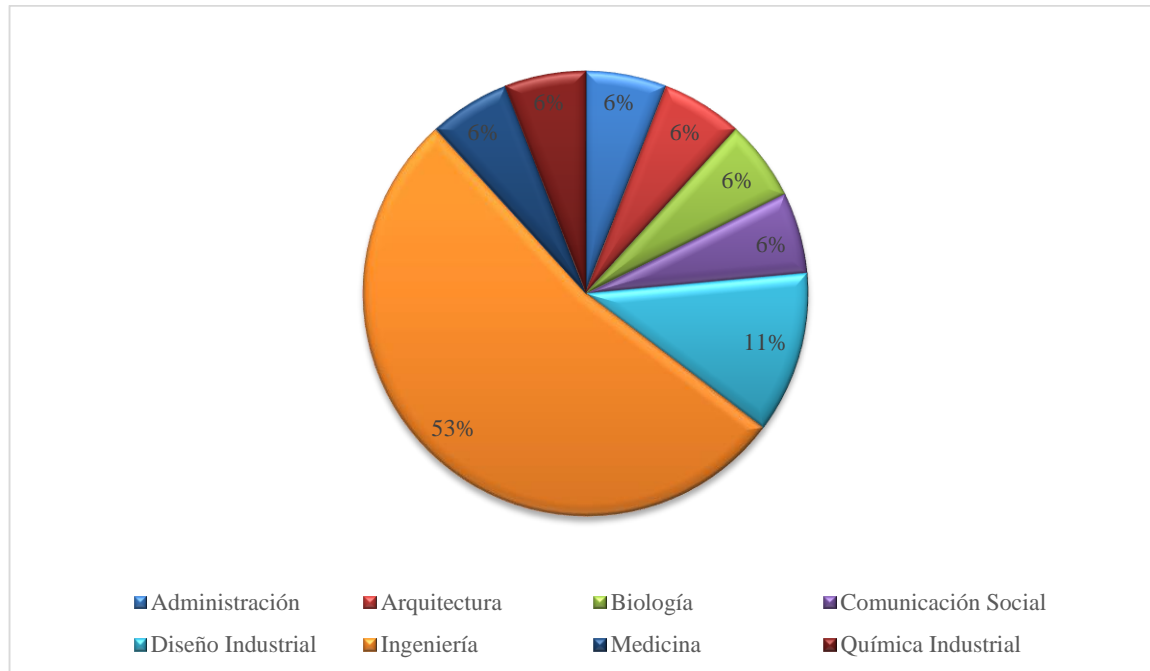


Figura 4. Formación de pregrado de los emprendedores

Al respecto y para los efectos concretos del objeto de estudio del presente trabajo se resalta que ninguno de los emprendedores entrevistados contaba con formación profesional en ciencias jurídicas y solo dos (2) de ellos con formación en ciencias de la gestión.

A los emprendedores se les preguntó si ellos mismos realizaban las funciones propias de la gestión de recursos humanos o si las delegaban en un tercero, frente a lo se identificó que solo en dos (2) de los emprendimientos se ha delegado en un trabajador específico dichas funciones, no obstante se enfatiza en estos casos el permanente seguimiento y control por parte de los empresarios.

Se indagó respecto a la experiencia previa al proyecto de emprendimiento actual que hubieran podido tener los emprendedores frente a la gestión de recursos humanos o de las personas a quienes se haya delegado esa función, frente a lo cual solo dos (2) de ellos

respondieron afirmativamente, indicando en un caso un puesto gerencial y de manejo de personas y en el otro una experiencia en un emprendimiento propio anterior.

### *B. Contratación y vinculación*

En materia de contratación y vinculación se observa la utilización de las diferentes modalidades de vinculación de personal a través de tres tipos de contrato de trabajo y el contrato de prestación de servicios de la siguiente manera:

- Empresa 1: Tres (3) contratos de trabajo verbales a término indefinido.
- Empresa 2: Dos (2) contratos de prestación de servicios por escrito.
- Empresa 3: Doce (12) contratos de trabajo a término indefinido por escrito
- Empresa 4: Dos (2) contratos de prestación de servicios, (5) contratos por obra o labor, (5) contratos a término fijo, (6) contratos a término indefinido.
- Empresa 5: Cinco (5) contratos de prestación de servicios por escrito.
- Empresa 6: Cinco (5) contratos de prestación de servicios por escrito
- Empresa 7: Nueve (9) contratos a término indefinido por escrito
- Empresa 8: Tres (3) contratos a término fijo
- Empresa 9: Un (1) contrato de prestación de servicio verbal
- Empresa 10: Tres (3) tres personas por prestación de servicios.

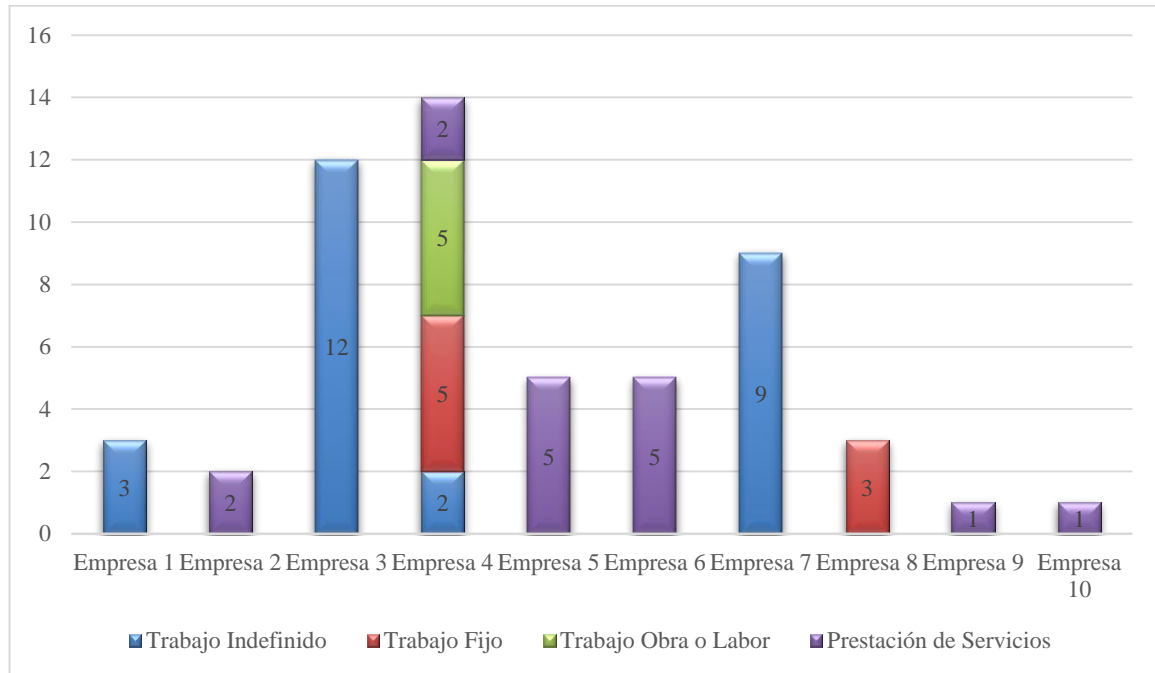


Figura 5. Modalidades contractuales por empresa

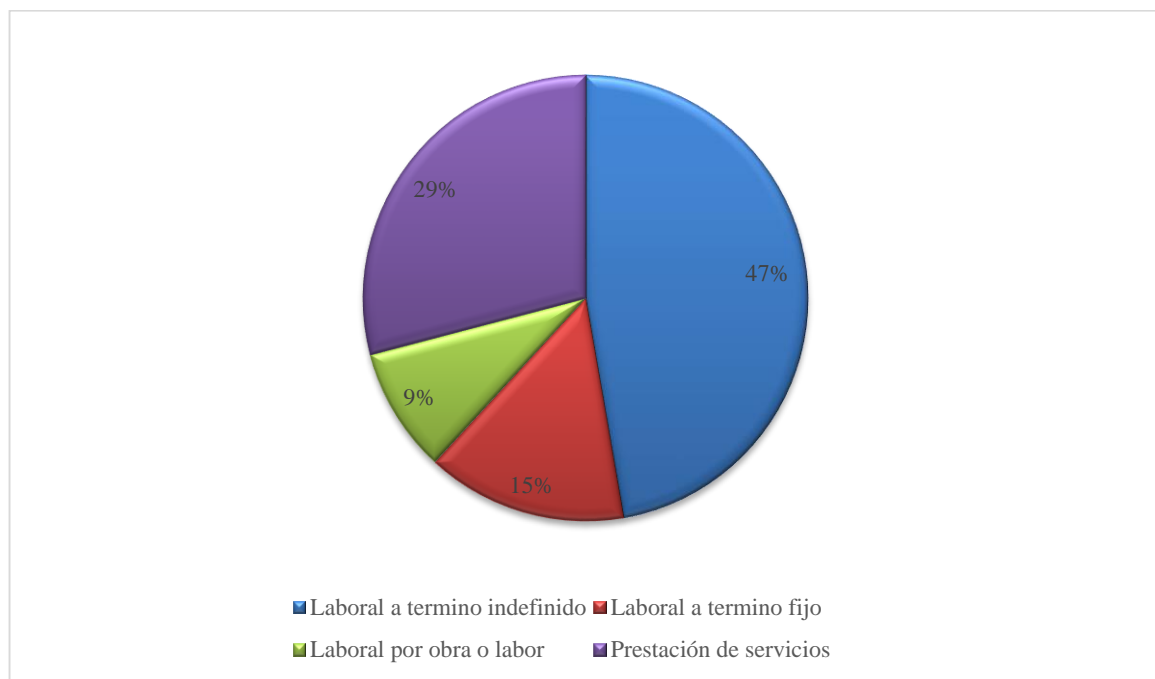
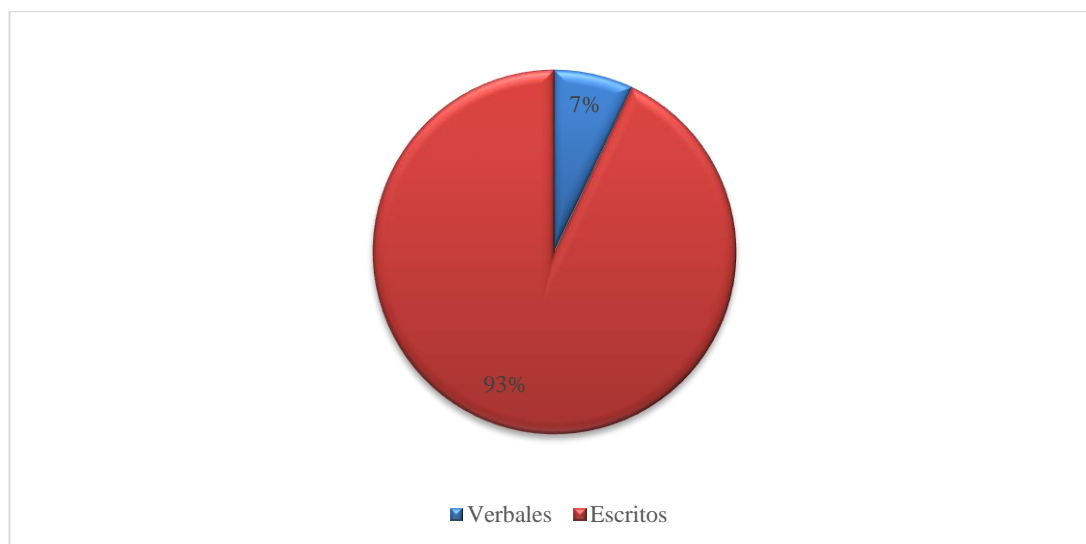


Figura 6. Modalidades contractuales total de empresas

Respecto del uso de las diferentes modalidades contractuales, se destaca que solo una de las empresas, que coincide con ser la de la planta de personal más grande, celebra contratos por obra o labor contratada, cuya determinación depende de la duración de las temporadas de cultivo.

Por otro lado, dos de las empresas utilizan contratos de trabajo a término fijo, siendo evidente en las respuestas el conocimiento, frente a las características propias de ese tipo de contrato, del deber de preavisar su terminación con una antelación no mayor a treinta (30) días.



*Figura 7.* Formalización de los contratos

Al preguntar sobre la celebración de contratos con menores de edad, solo dos (2) de los emprendedores reconocieron haberlo hecho alguna vez. En uno de los casos señalaron

que fue por solo una semana y en el otro que anteriormente lo hacían, para lo cual solicitaban el respectivo permiso al Ministerio de Trabajo, pero que en la actualidad ya no se hacía, teniendo en cuenta la necesidad de operar con la jornada máxima legal.

Respecto de la facultad del empleador sobre el trabajador de exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, la totalidad de emprendedores señaló que la ejercían únicamente en virtud de los contratos de trabajo y que por el contrario tenían muy presente que en los casos en que la relación se regía por un contrato de prestación de servicios, no se imponían horarios de trabajo fijo ni se realizaban acciones de subordinación sino que se procuraba brindar total autonomía y dependencia a los contratistas.

Se identificó que la totalidad de los emprendedores, conocían la obligación de afiliación a los sistemas de Seguridad Social en Salud, Sistema de General de Pensiones y al Sistema General de Riesgos Laborales independientemente del tipo de vinculación que se tuviera, así como de los mecanismos que cada una de las administradoras de los regímenes imponían para dicho trámite.

Consecuentemente con lo anterior, al indagar por la forma de verificación de aportes a seguridad social por parte de los contratistas, los emprendedores que utilizaron esta modalidad de vinculación, lo hacían a través del Certificado de Aportes al Sistema de Protección Social, como condición previa para el pago de honorarios.

Vale la pena destacar que los criterios utilizados por las empresas para asignar la remuneración del personal obedece al parámetro del salario mínimo mensual legal vigente

(40%), al promedio del salario devengado por el tipo de perfil en el mercado (30%), a las características propias de los servicios (20%) y al aporte del cargo a la producción (10%).

Las prestaciones legales son canceladas por el 100% de las empresas que vinculan personal a través de contratos de trabajo. Las empresas con contratos de prestación de servicios son conscientes de que aunque no tienen esta obligación con sus contratistas, no obstante deben verificar dichos aportes.

La totalidad de los emprendedores entrevistados está familiarizada con la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes –PILA- a través de la cual cumplen con sus obligaciones de cotización al Sistema Integral de Seguridad Social. Igualmente son conscientes de los deberes y obligaciones frente al reconocimiento de licencias e incapacidades y el recobro a las EPS o a la ARL.

No obstante, dos (2) de las cinco (5) empresas que estarían obligadas a reconocer la dotación a los trabajadores que devengan menos de dos (2) salario mínimos mensuales legales no lo hacen, principalmente porque confunden el deber de suministrar calzado y vestido con el de entregar los elementos de protección personal.

### *C. Retiro de personal y proceso disciplinario laboral*

Del total de emprendedores entrevistados, solo uno (1) manifestó haber terminado alguna vez un contrato de trabajo con justa causa, señalando que utilizó como causal el “abandono de cargo”.

Frente a la obligación de contar con un Reglamento Interno de Trabajo, solo dos (2) del total de las empresas la cumplen, no obstante una de estas señala no encontrarle ninguna utilidad.

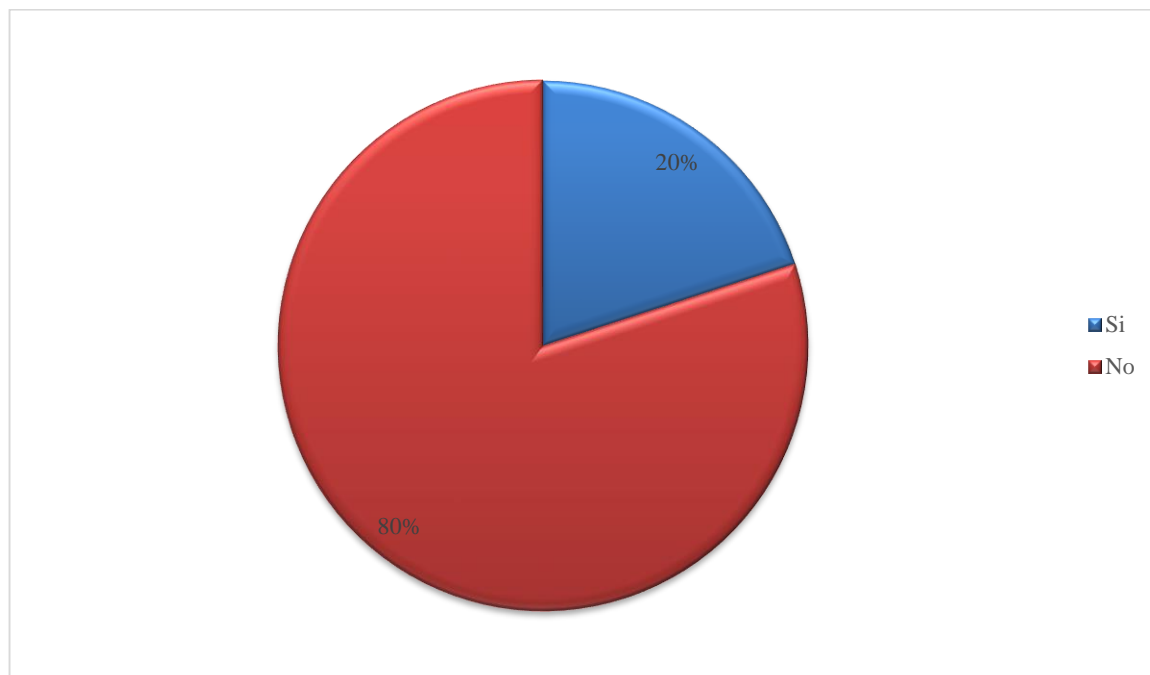
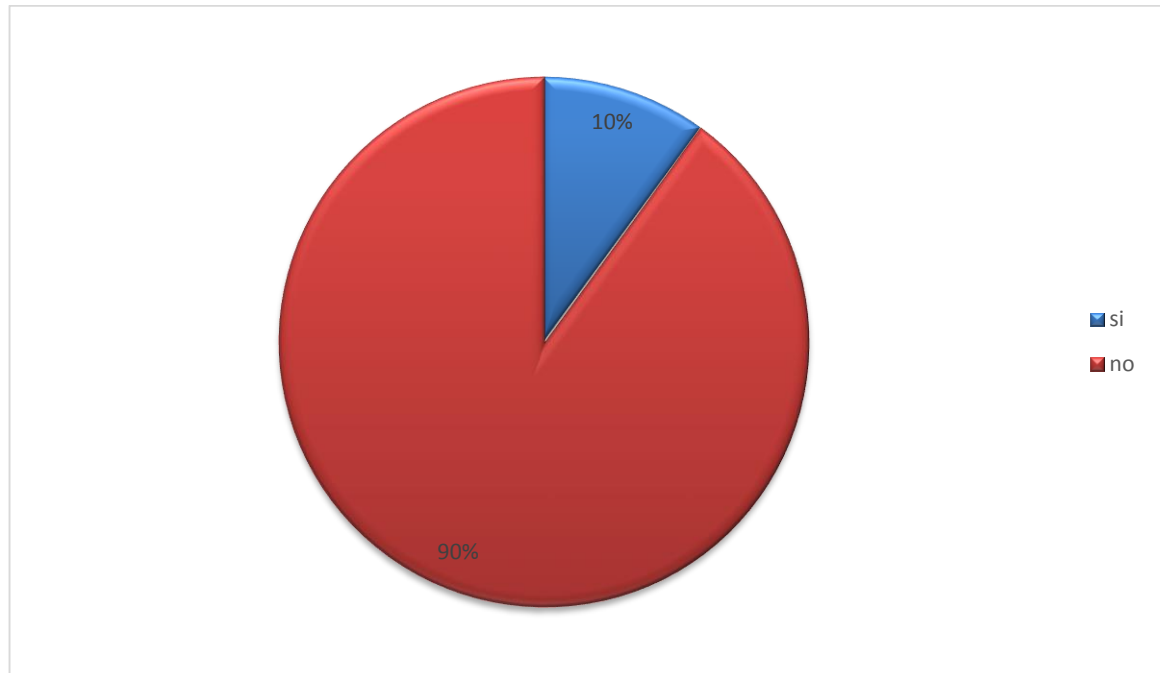


Figura 8. ¿Cuenta con un Reglamento Interno de Trabajo?

Respecto a la manera en que actúan los emprendedores frente a la comisión de una falta o incumplimiento en las funciones por parte de los trabajadores, tres (3) de ellos señalan el requerimiento o llamado de atención verbal como principal mecanismo.

El 94% de los entrevistados, es decir todos excepto uno, manifestó no tener conocimiento alguno respecto de la manera en que se debe terminar un contrato de trabajo, cuando se considera que el trabajador ha incurrido en una justa causa.



*Figura 9: ¿Conoce el proceso para despedir a un trabajador con justa?*

El 100% de los entrevistados que alguna vez celebraron contratos de trabajo en calidad de empleador manifestó que a la finalización de la relación laboral fueron liquidados, reconociendo las sumas adeudadas por prestaciones sociales y salarios no pagados.

En las dos (2) empresas que utilizan contratos de trabajo a término fijo, fue evidente en las respuestas el conocimiento frente al deber de preavisarlo con una antelación no mayor a treinta (30) días.

De la totalidad de emprendedores entrevistados solo uno señaló haber terminado un contrato de trabajo sin justa causa, y al indagar sobre el pago de la respectiva indemnización, señaló que no se realizó reconociendo que cometió ese error ya hace más de 7 años.

Ninguno de los emprendedores entrevistados mencionó haber terminado un vínculo con mujer embarazada o durante una incapacidad de un trabajador. No obstante, el 50%,



manifestó tener dudas y preocupaciones respecto a la forma en que se debe actuar en dichos casos.

Incluso, en una empresa específica se presentó el caso de la contratación de una mujer en estado de embarazo sin tener conocimiento de dicha situación y que al momento de hacer el trámite de recobro de la licencia frente a la EPS, esta entidad administradora negó el reconocimiento de la misma alegando que la trabajadora no había cotizado la totalidad de su periodo de gestación. Los emprendedores entrevistados en este caso manifestaron que una de las grandes problemáticas para los proyectos de emprendimiento es el desconocimiento de la normatividad laboral aplicable en asuntos como estos, que los lleva a invertir tiempo y dinero en consultas jurídicas con el fin de blindarse jurídicamente.

Por otro lado, se evidenció que la totalidad de emprendedores desconocen la obligación de informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen.

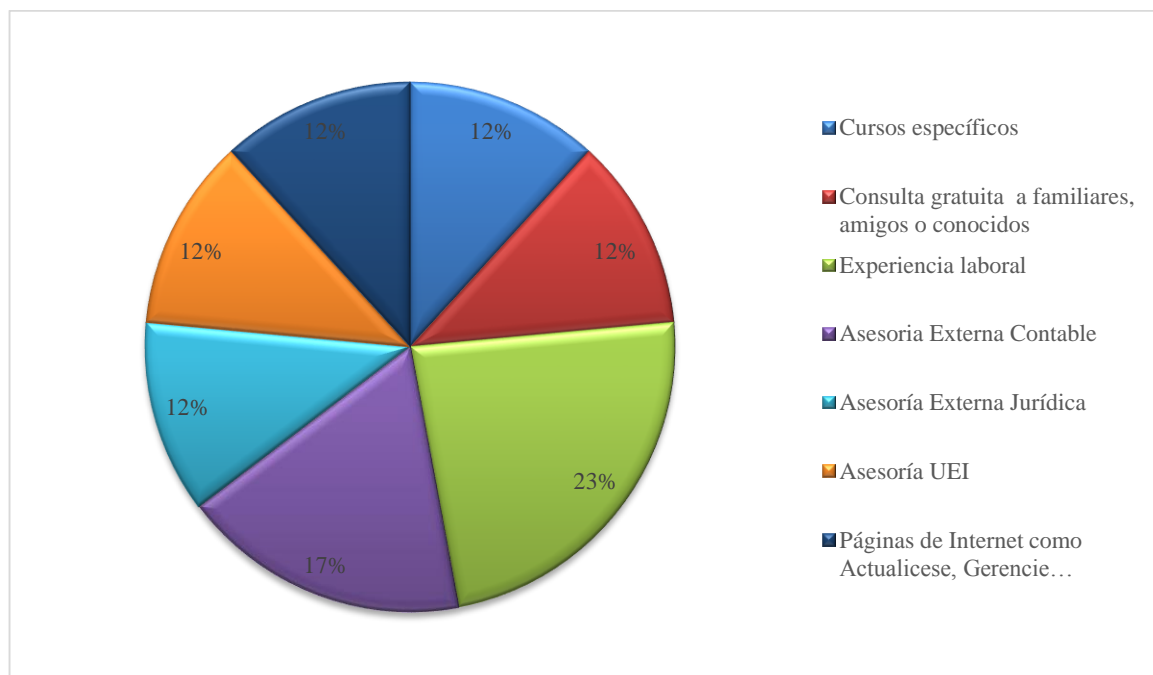
Finalmente, todos los emprendedores señalaron llevar un archivo con la documentación que soporta las obligaciones laborales o comerciales con el personal vinculado ya sea a través de medios físicos o electrónicos.

#### *D. Fuente del conocimiento de la normatividad laboral aplicable*

Al finalizar cada una de las entrevistas y a partir del análisis cualitativo del investigador frente a las respuestas dadas ante las preguntas realizadas, se indagó a los emprendedores sobre la manera en que se informaba de los deberes y obligaciones que tenían como

empleadores frente a sus trabajadores, en general, y de manera específica frente a las problemáticas que se les presentan en el día a día de la empresa y sobre las cuales desconocían la manera de resolverlas de una forma acorde con el ordenamiento jurídico.

Los resultados se pueden resumir a través de la siguiente gráfica:



*Figura 10.* Fuente de conocimiento de la normatividad laboral aplicable

A partir del marco teórico planteado se tiene que la gestión del riesgo legal laboral desde la perspectiva de la incertidumbre legal, parte en que de la identificación y evaluación de riesgos potenciales propios de su actividad, determinando los principales factores de riesgo para adelantar la priorización y ejecución de acciones, que incluyen las consecuencias administración, mitigación o eliminación con el fin de proporcionar seguridad en

cuanto al logro de los objetivos permitiendo maximizar el valor para los accionistas en un entorno de incertidumbre. (Puerto, 2011)

Así, para prevenir la ocurrencia de actos, hechos y decisiones que generan responsabilidad, se deben establecer políticas de prevención que mejoren los procesos de toma de decisiones y la identificación de las causas generadoras de perjuicios. (Hayek, 1945)

La solución de los problemas dentro de una organización, requiere entender que su actividad se encuentra sujeta a los costos de coordinar sus actividades internas y a la necesidad de buscar mecanismos que los reduzcan. (Demsetz, 1988)

En ese sentido, a partir de las entrevistas realizadas a los micro y pequeños empresarios que participaron en el estudio, frente a la identificación y evaluación de riesgos potenciales propios de su actividad, se puede concluir lo siguiente:

- Respecto al proceso de contratación, se evidencian: conocimiento de las diferentes modalidades contractuales; la conciencia de la importancia de su formalización por escrito, así como la claridad frente al alcance de la facultad de subordinación del empleador sobre el trabajador para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo en el marco de los contratos de trabajo. En los casos en que la relación se regía por un contrato de prestación de servicios, se debió tener especial cuidado frente a imponer horarios de trabajo fijo y en general en realizar acciones de subordinación, procurando brindar total autonomía y dependencia a los contratistas.

- Se identificó igualmente que la totalidad de los emprendedores, conocían la obligación de afiliación a los sistemas de Seguridad Social en Salud, Sistema de General de Pensiones y al Sistema General de Riesgos Laborales, independientemente del tipo de vinculación que se tuviera, así como de los mecanismos que cada una de las administradoras de los regímenes imponían para dicho trámite, e incluso al indagar por la forma de verificación de aportes a seguridad social por parte de los contratistas, los emprendedores que utilizaron esta modalidad de vinculación, lo hacían a través del Certificado de Aportes al Sistema de Protección Social.
- Frente al proceso de remuneración, se destaca el conocimiento de la importancia del respecto por el salario mínimo mensual legal vigente, siendo este el parámetro mayoritario (40%) para fijar la remuneración de los trabajadores y contratistas.
- Se destaca igualmente el conocimiento sobre las obligaciones relacionadas con las prestaciones sociales y la manera de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes.
- Igualmente son conscientes de los deberes y obligaciones frente al reconocimiento de licencias e incapacidades y el recobro a las EPS o a la ARL.
- No obstante, dos (2) de las cinco (5) empresas que estarían obligadas a reconocer la dotación a los trabajadores que devengan menos de dos (2) sala-

rio mínimos mensuales legales no lo hacen, principalmente porque confunden el deber de suministrar calzado y vestido con el de entregar los elementos de protección personal.

- Ahora bien, de las entrevistas realizadas, se pudo identificar que los asuntos en los mayor desconocimiento tiene los emprendedores y frente a los cuales se suscita incertidumbre son aquellos relacionados con el régimen sancionatorio y disciplinario laboral frente a la comisión de una falta o incumplimiento en las funciones por parte de los trabajadores incluyendo la manera en que se debe terminar un contrato de trabajo cuando se considera que el trabajador ha incurrido en una justa causa, la estabilidad laboral reforzada y en general, el retiro de personal en estas circunstancias.

A partir del análisis cualitativo frente a las respuestas dadas ante las preguntas realizadas y específicamente de la indagación a los emprendedores sobre la manera en que se informaban de los deberes y obligaciones que tenían como empleadores frente a sus trabajadores en general y de manera concreta frente a las problemáticas que se les presentan en el día a día de la empresa, se puede establecer claramente una relación entre el cabal cumplimiento de la normatividad en los temas de contratación y remuneración, al fácil acceso a estos temas a través de la experiencia laboral asalariada y/o independiente de los entrevistados, las asesorías contables externas que además brindan apoyo constante en temas fiscales y la información disponible en internet de rápida consulta por los motores de búsqueda.

*Contrario sensu*, se puede concluir que la mayor exposición a riesgo legal laboral en el interior en estas empresas se encuentra en la aplicación del debido proceso disciplinario laboral y el consecuente retiro de los trabajadores.

De acuerdo con lo anterior y partiendo del fenómeno subjetivo-objetivo del proceso de toma de decisión entre diferentes alternativas en situación de incertidumbre, como la que se presenta en estos casos, con la probabilidad de ocasionar efectos negativos en los objetivos de la empresa produciendo después de realizarse la acción decidida un resultado peor del previsto, que incluye la situación de incertidumbre como contexto y condición objetiva del riesgo, el acto de tomar decisiones sobre la base de información incompleta y la vivencia de vacilación motivada por la probabilidad de pérdidas o fracasos como resultado de la realización de la alternativa privilegiada, se puede establecer claramente que a pesar de que el emprendedor cuente con justas causas para dar por terminado un contrato de trabajo, su desconocimiento de la normatividad aplicable específicamente frente al respeto al debido proceso disciplinario laboral le expone a un alto riesgo legal laboral.

En ese sentido, se procederá a establecer el marco jurídico relacionado con el proceso disciplinario laboral y el retiro de los trabajadores, cuando se configura una justa causa para dar terminación al contrato de trabajo de manera unilateral por parte del empleado, en aras de establecer claramente el riesgo legal laboral al que están expuestos, que permita gestionarlo y minimizar los efectos de sus posibles consecuencias negativas.

#### 4.3. Marco normativo del proceso disciplinario laboral y el retiro de trabajadores

La facultad disciplinaria del empleador encuentra su fundamento en el elemento de subordinación propio de las relaciones laborales y en el correspondiente deber de obediencia impuesto al trabajador en el desarrollo de su labor, teniendo como finalidad el mantenimiento del orden en la empresa y la disciplina en el trabajo.

En el ámbito de las relaciones laborales, el ordenamiento jurídico colombiano impone determinadas limitaciones a la forma como el empleador puede dar por terminado, con justa causa, el contrato de trabajo, sometiendo dicha facultad no solo a las causales que puede alegar, sino además a la forma en que se debe llevar a cabo el despido.

A su vez, de conformidad con lo establecido en el artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo, no produce efecto alguno la sanción disciplinaria que imponga un empleador sin previamente haber dado la oportunidad de ser oídos tanto al trabajador inculpado como a dos representantes del sindicato a que este pertenezca, si es del caso.

La terminación de un contrato de trabajo por justa causa y la posibilidad de imponer sanciones disciplinarias por parte del empleador al trabajador obedecen a propósitos diferentes: “...*mientras la primera es una potestad que las dos partes tienen para desligar el vínculo jurídico que las une, las facultades disciplinarias corresponden únicamente al empleador como tal, en virtud de su poder de subordinación y tienen como finalidad corregir ciertas conductas del trabajador...*”(Corte Constitucional, Sentencia T-1755 de 2000).

La Corte Constitucional ha sostenido reiteradamente que la terminación unilateral del contrato es una facultad que tiene una parte (tanto el empleador como el trabajador) de

extinguir unilateralmente la convención pactada, cuando la otra ha incumplido determinadas obligaciones. (Corte Constitucional, Sentencia SU-250 de 1998; Sentencia T-546 de 2000; Sentencia T-1755 de 2000 y Sentencia T-1103 de 2002)

No obstante, dada la relación de subordinación en que se encuentra el trabajador respecto del empleador, cuando es el empleador quien decide terminar unilateralmente el contrato de trabajo con justa causa, lo debe hacer a través de un debido proceso mínimo, como garantía de los derechos del trabajador. (Corte Constitucional, Sentencia T-461 de 1998; Sentencia T-476 de 1998 y Sentencia T-605 de 1999)

En ese sentido, es claro que la terminación del contrato de trabajo por justa causa, si bien no tiene una naturaleza disciplinaria, cuando es el empleador quien va llevarlo a cabo, este debe garantizar un debido proceso, tal como ocurre con el procedimiento tendiente a imponer una sanción.

Así, se debe tener en cuenta que el despido no es una sanción disciplinaria sino una forma de terminación del contrato de trabajo, al tenor de lo dispuesto en el literal h del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo.

### *Sanciones aplicables*

El uso de un listado de medidas disciplinarias, junto con el establecimiento de un sistema de incentivos, permite al empleador contar con un instrumento que encamine sus actuaciones sin llegar a tener que aplicar la medida que resulta más extrema como es la terminación del contrato de trabajo con justa causa, que puede afectar no solo al trabajador



que queda cesante sino también a la empresa que se ve igualmente afectada por los movimientos de personal y la desorganización interna que resulta de los mismos.

La jurisprudencia de la Corte constitucional ha señalado que con el objetivo de respetar el debido proceso es indispensable que las empresas fijen unas formas o parámetros mínimos que delimiten el uso de este poder y que permitan a los trabajadores conocer las condiciones en que puede o ha de desarrollarse su relación con éstos. Es aquí donde encuentra justificación la existencia y la exigencia que se hace de los llamados reglamentos, manuales de convivencia, estatutos, etc., en los cuales se fijan esos mínimos que garantizan los derechos al debido proceso y a la defensa de los individuos que hacen parte del ente correspondiente. (Corte Constitucional, Sentencia T-433 de 1998)

El Código Sustantivo del Trabajo señala que el reglamento interno de trabajo debe contener, entre otras, disposiciones normativas sobre la escala de faltas y procedimientos para su comprobación, la escala de sanciones disciplinarias y su forma de aplicación (Art. 108), indicando además que el empleador no puede imponer a sus trabajadores sanciones no previstas en dicho reglamento, en pacto, en convención colectiva, en fallo arbitral o en el contrato individual de trabajo (Art. 114).

A su vez, el artículo 111 del mismo código, establece que las sanciones disciplinarias no pueden consistir en penas corporales, ni en medidas lesivas de la dignidad del trabajador y a continuación en el artículo siguiente señala que cuando la sanción consista en suspensión del trabajo, esta no puede exceder de ocho (8) días por la primera vez, ni de dos (2) meses en caso de reincidencia de cualquier grado.

Al respecto, es de precisar que la suspensión es un periodo durante el cual se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el empleador la de pagar los salarios de esos lapsos, períodos que pueden descontarse por el empleador al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones.

Adicionalmente, de conformidad con el Artículo 71 del Decreto 806 de 1998, durante la suspensión no hay lugar al pago de los aportes al Sistema General de Pensiones y del Sistema de Seguridad Social en Salud por parte del afiliado, pero sí de los correspondientes al empleador, los cuales se efectuarán con base en el último salario base reportado con anterioridad a la suspensión temporal del contrato. En el caso de suspensión disciplinaria o licencia no remunerada de los servidores públicos no hay lugar al pago de aportes a la seguridad social, salvo cuando se levante la suspensión y haya lugar al pago de salarios por dicho periodo.

Sobre los efectos de la suspensión del contrato de trabajo, la jurisprudencia ha señalado que existe una diferencia notoria entre la terminación y la suspensión del contrato de trabajo pues la primera extingue definitivamente el vínculo jurídico entre quienes fueron empleado y empleador; mientras que la segunda deja latente aquel nexo, pero dispensa a las partes de cumplir las obligaciones primordiales que para ellas emanan de tal vínculo. Así, por un lado el trabajador deja de prestar el servicio convenido, sin que esa actitud pueda ser calificada como inexecución arbitraria de sus labores y motivo justo para un despido, mientras que por el otro, el empleador se abstiene de retribuir al trabajador, sin que esto equivalga a retención ilegítima de salarios o retardo caprichoso en satisfacerlos. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 25 de noviembre de 1982.)

Asimismo el Código Sustantivo del Trabajo regula expresamente que cuando se prevean multas como sanción disciplinaria, las mismas solo pueden causarse por retrasos o faltas al trabajo sin excusa suficiente, sin que pueda exceder de la quinta (5a) parte del salario de un (1) día, precisando que su importe se consigna en cuenta especial para dedicarse exclusivamente a premios o regalos para los trabajadores del establecimiento. Estas multas pueden ser descontadas del valor de los salarios, lo que no obsta para que el empleador prescinda del pago del salario correspondiente al tiempo dejado de trabajar.

Ahora bien, resulta pertinente aclarar que si bien es cierto el Código Sustantivo del Trabajo regula expresamente la suspensión del contrato de trabajo y las multas como sanciones disciplinarias aplicables, ello no significa que sean las únicas medidas a las cuales pueda recurrir el empleador.

En ese sentido, aunque en la suspensión y las multas se pueden incluir prácticamente todas las medidas legales que pueden afectar la principal contraprestación que recibe el trabajador en un típico contrato conmutativo como es el contrato de trabajo, es cada vez más común encontrar en las empresas la inclusión de sanciones enmarcadas dentro de lo que se denomina exclusión de beneficios extralegales.

Por ejemplo, la amonestación o llamado de atención, es una de las sanciones que se pueden imponer al trabajador normalmente frente a faltas consideradas leves, teniendo una diferenciación en el grado sancionatorio dependiendo si se realiza de manera verbal o escrita.

La OIT (1994) señala que otro tipo de sanciones como cambio de tareas, traslado lateral, denegación de una promoción, retiro de un privilegio, imposición de una restricción, degradación (sin cambios de salarios), cambio de horario, denegación de trabajo en horas extraordinarias, postergación de un incremento, son utilizadas de manera encubierta, no explicitadas como sanciones a faltas específicas, en el contexto de decisiones de carácter administrativo u organizativo.

*Procedimiento para aplicar sanciones disciplinarias*

Dentro del Título IV Capítulo I del Código Sustantivo del Trabajo que regula lo relativo al Reglamento Interno de Trabajo<sup>2</sup>, estableció lo siguiente:

*ARTÍCULO 115. PROCEDIMIENTO PARA SANCIONES. Antes de aplicarse una sanción disciplinaria el empleador, debe dar oportunidad de ser oídos tanto al trabajador inculpado como a dos representantes del sindicato a que este pertenezca. No producirá efecto alguno la sanción disciplinaria que se imponga pretermitiendo este trámite.*

Es necesario que, en el Reglamento Interno de Trabajo, cada una de las etapas procesales esté previamente definida; pues, de lo contrario, la imposición de sanciones queda

---

<sup>2</sup> ARTICULO 104. DEFINICIÓN. Reglamento de trabajo es el conjunto de normas que determinan las condiciones a que deben sujetarse el {empleador} y sus trabajadores en la prestación del servicio.

ARTICULO 105. OBLIGACIÓN DE ADOPTARLO.

1. Está obligado a tener un reglamento de trabajo todo {empleador} que ocupe más de cinco (5) trabajadores de carácter permanente en empresas comerciales, o más de diez (10) en empresas industriales, o más de veinte (20) en empresas agrícolas, ganaderas o forestales.

2. En empresas mixtas, la obligación de tener un reglamento de trabajo existe cuando el {empleador} ocupe más de diez (10) trabajadores.

sujeta a la voluntad y arbitrio de quienes tienen la función de solucionar los conflictos de los implicados.

Conforme a lo anterior, la jurisprudencia constitucional (Corte Constitucional, Sentencia T-917 de 2006 y Sentencia C-593 de 2014), ha establecido el conjunto de elementos mínimos que debe contemplar el Reglamento Interno de Trabajo al regular el procedimiento para la imposición de las sanciones disciplinarias que en él se contemplen, como son:

1. La comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas posibles de sanción.
2. La formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias. En este punto debe recordarse que el mismo Código Sustantivo del Trabajo dispone que tanto la conducta como su respectiva sanción deben encontrarse previamente consagradas en el Reglamento Interno del Trabajo.
3. El traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados.
4. La indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular sus descargos, controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos.

5. El pronunciamiento definitivo del patrono mediante un acto motivado y congruente,
6. La imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y
7. La posibilidad de que el trabajador pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones ya sea ante el superior jerárquico de aquél que impone la sanción como la posibilidad de acudir a la jurisdicción laboral ordinaria.

Al respecto no sobra aclarar que de conformidad con el artículo 8 de la Ley 1010 de 2006, no constituyen acoso laboral bajo ninguna de sus modalidades siempre que sean justificados, fundados en criterios objetivos y no discriminatorios, los actos destinados a ejercer la potestad disciplinaria que legalmente corresponde a los superiores jerárquicos sobre sus subalternos, ni la formulación de exigencias razonables de fidelidad laboral o lealtad empresarial e institucional, ni la formulación de circulares o memorandos de servicio, encaminados a solicitar exigencias técnicas o mejorar la eficiencia laboral y la evaluación laboral de subalternos conforme a indicadores objetivos y generales de rendimiento.

Tampoco constituyen acoso laboral las actuaciones administrativas o gestiones encaminadas a dar por terminado el contrato de trabajo, con base en una causa legal o una justa causa, prevista en el Código Sustantivo del Trabajo, ni la exigencia de cumplir las obligaciones o deberes de que tratan los artículos 55 a 57 de dicho código o aquellas contempladas en los reglamentos y cláusulas de los contratos de trabajo, así como de no incurrir en las prohibiciones de que tratan los artículo 59 y 60 del mismo Código.

### *Retiro de personal*

Rodríguez (2012) reseña los tipos de indemnizaciones que se generan con motivo del retiro de personal:

- Indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo (Art. 64 del C.S.T)

*Tabla 10. Indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo*

<b>Trabajadores que devengan menos de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes</b>	1. Hasta un año de servicio= 30 días de salario. 2. Más de un año de servicio: treinta días de salario por el primer año y veinte (20) adicionales por cada año y proporcionalmente por fracción
<b>Trabajadores con diez (10) o más smmlv</b>	1. Hasta un (1) año de servicio = 20 días de salario 2. Más de un (1) año = veinte (20) días de salario por el primer año y quince (15) adicionales por cada año y proporcionalmente por fracción de año.
<b>En los contratos a término fijo</b>	El valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado en el contrato.
<b>En los contratos por la duración del término de la labor contratada</b>	La indemnización corresponderá al tiempo que falte para la finalización de la obra o labor, sin que en ningún caso sea inferior a 15 días
Trabajadores con más de (10) años de servicio al 27 de diciembre de 2002 entró en vigencia la Ley 789 de 2002, se rigen por el artículo 6 de la Ley 50 de 1990	

Fuente: Rodríguez (2012)

- Indemnización por falta de pago (Art. 65 C.S.T.)

*Tabla 11. Indemnización por falta de pago de la liquidación*

<p><i>1. Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.</i></p> <p><i>1. &lt;Aparte tachado INEXEQUIBLE. Para los trabajadores que devenguen menos de un (1) salario mínimo mensual vigente, continúa vigente el texto que puede leerse en los párrafos anteriores, para los demás casos el nuevo texto es el siguiente:&gt; Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por</i></p>
--

las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria ~~o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial~~, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.

*Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero.*

*Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el empleador cumple con sus obligaciones consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad*

**PARÁGRAFO 1o.** *Para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador le deberá informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora.*

**PARÁGRAFO 2o.** *Lo dispuesto en el inciso 1o. de este artículo solo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente. Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente.*

En este punto es menester precisar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tanto la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., como la sanción por no consignación de las cesantías prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no proceden de manera automática por el simple incumplimiento en los pagos a la finalización del contrato, o a la no consignación anual de la cesantía, sino que debe aparecer demostrada la mala fe del empleador y tal conclusión lleva al juez a analizar la buena o mala fe. (Rodríguez, 2012)



En palabras de la Corte: “...los jueces laborales deben entonces valorar en cada caso, sin esquemas preestablecidos, la conducta del empleador renuente al pago de salarios y prestaciones debidos a la terminación del vínculo laboral, para deducir si existen motivos serios y atendibles que lo exoneren de la sanción moratoria. (...)” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia Rad. No. 6666 de 1994)

- Indemnización por despido de la trabajadora en estado de embarazo o con el beneficio de la estabilidad laboral reforzada.

De conformidad con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, el concepto de estabilidad laboral reforzada se ha aplicado en situaciones que involucren derechos de mujeres embarazadas, trabajadores aforados, personas limitadas físicamente u otras personas en estado de debilidad manifiesta:

- o Mujeres en estado de embarazo o lactantes

De conformidad con los principios consagrados en el artículo 53 de la Constitución, la estabilidad en el empleo respecto de las mujeres en estado de embarazo o durante la lactancia, conlleva el denominado fuero de maternidad y como consecuencia de él, una estabilidad reforzada que le permite a la trabajadora “... permanecer en el empleo y obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, inclusive, en contra de la propia voluntad de su empleador, en caso de no existir una causa que justifique el despido, que de ninguna manera puede ser consecuencia de su estado de embarazo o de lactancia (Corte Constitucional, Sentencia T-1202 de 2005).

Esta garantía tiene fundamento también en instrumentos internacionales que tienen fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico colombiano y que constituyen criterios auxiliares de interpretación de los derechos constitucionales (Corte Constitucional, Sentencia T-649 de 2009) los cuales integran el bloque de constitucionalidad, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en el artículo 25 señala que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales” y el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968, el cual establece que “se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto.”

El Artículo 2° de la Ley 1468 de 2011, que modifica el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que:

1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.
2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo dentro de los tres meses posteriores al parto y sin autorización.
3. Las trabajadoras despedidas en estado de embarazo o lactancia, tienen derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.
4. En el caso de la mujer trabajadora además, tendrá derecho al pago de las catorce (14) semanas de descanso remunerado a que hace referencia la presente ley, si no ha disfrutado de su licencia por maternidad; en caso de parto múltiple tendrá

el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término”.

5. No produce efecto alguno el despido que se realice durante los periodos de descanso remunerado por lactancia y por licencia o enfermedad derivada del parto.

De la doctrina de la Corte Constitucional contenida en varias sentencias de tutela, entre otras, la T-906 de 2007, la T-095 de 2008, la T-1069 de 2008, la T-635 de 2009, la T-649 de 2009 y la T-004 de 2010, se derivan las siguientes reglas:

1. Es una garantía que se consagra a favor de todas las trabajadoras sin importar la modalidad de contrato de trabajo resultando irrelevante distinguir si se trata de contratos a término indefinido, fijo o por obra (Sentencia T-649 de 2009) e incluso el Contrato de Aprendizaje (Sentencia T-906 de 2007). La Corte Constitucional ha dicho que “...*la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo opera siempre que se efectúe el despido o no se renueve el contrato a término fijo o por obra, en el periodo de embarazo de la trabajadora, lo cual requiere que se demuestre mediante un examen médico haber quedado en embarazo durante la vigencia del contrato...*” y señaló “...*que así se haga el preaviso, es decir se comunique 30 días antes de finalizar el contrato la no renovación de este, si la trabajadora queda en estado gravidez antes o después de la comunicación, el empleador está en la obligación constitucional de renovar*

*el contrato y reconocer todas las prestaciones, es decir los 3 meses de lactancia...*” (Corte Constitucional, Sentencia T-1069 de 2008).

2. De conformidad con el artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo, para dar por terminado el contrato es necesario contar con la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. El despido de una mujer que se halla en esta condición, debe obedecer a una causal objetiva o causa justa debidamente comprobada, además de la autorización de la autoridad administrativa competente. El desconocimiento de los requisitos aludidos, hace que el despido sea ineficaz y procede el reintegro. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con fundamento en alguna de las causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumera en los artículos 62 y 63. Antes de resolver el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes.
3. El conocimiento que del estado de embarazo tenga el empleador es un requisito de aplicación flexible. La protección para la mujer opera siempre y cuando la terminación del vínculo laboral se haya efectuado dentro del período del embarazo o de lactancia. (Corte Constitucional, Sentencia T-649 de 2009)
4. Orden de reintegro e indemnización o pago de la licencia. Considera la Corte que “...es necesario que el juez de tutela verifique las particularidades de cada tipo de contratación para determinar la prestación económica a la que tiene

*derecho la mujer gestante, pues si bien la protección constitucional es de naturaleza objetiva....”*(Corte Constitucional, Sentencia T-649 de 2009)

5. La acción de tutela es el medio cuando hay afectación del mínimo vital. Sobre esto en la sentencia T-649 de 2009, la Corte reitera lo manifestado por ella en varios pronunciamientos en el sentido de que “Las controversias así generadas, en principio, deben plantearse ante la jurisdicción ordinaria laboral, o de lo contencioso administrativo, según la clase de vinculación, pero si tal actuar compromete el mínimo vital de la mujer o se incurrió en una grosera trasgresión de las normas constitucionales, el conflicto puede plantearse ante el juez de tutela, buscando el amparo de los derechos fundamentales vulnerados” (Corte Constitucional, Sentencia T-404 de 2005).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia 17193 del 10 de julio de 2002, aclaró que durante la lactancia (periodo posterior a la licencia de maternidad), si bien existe igualmente la prohibición de despedir a la trabajadora por este motivo, no se contempló la presunción contemplada para el despido durante el embarazo y licencia de maternidad; motivo por el cual, le corresponderá a la trabajadora demostrar que el despido se produjo en razón de la lactancia y sin ninguna justa causa.

- Personas limitadas físicamente u otras personas en estado de debilidad manifiesta

Existe un riesgo jurídico relacionado con la estabilidad reforzada de personas limitadas físicamente o en situación de debilidad manifiesta, que en los contratos de trabajo fijo o por obra o labor contratada se traduce en que el simple vencimiento del plazo pactado o

la culminación de la obra, no es suficiente para legitimar la decisión de un empleador de no renovar un contrato o darlo por terminado, a menos que exista una razón objetiva que justifique la terminación o la no renovación contractual.

De conformidad con el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la desvinculación laboral de personas con limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales requiere de autorización previa aunque medie para el efecto una justa causa de terminación del contrato. En estos casos, de acuerdo con la Sentencia T-1084 de 2002, al empleador le corresponde asumir la carga de la prueba de sustentar en qué consiste el factor objetivo que le permite desvirtuar la presunción de discriminación, a fin de impedir la consecuente ineficacia de la terminación contractual.

La Corte Constitucional ha establecido que el sujeto de quien se predica la estabilidad laboral reforzada no es solamente el discapacitado, identificado como tal de conformidad con lo establecido en la Ley 361 de 1997, o la persona reputada como inválida por una Junta de Calificación. También encuadra dentro de dicho concepto y se ubica bajo la protección de una estabilidad laboral reforzada, el trabajador que en desarrollo de la prestación de sus servicios ve menguados tanto su estado de salud como su capacidad de trabajo, de forma tal que deba ser considerado como una persona puesta en condiciones de debilidad manifiesta.

En ese orden de ideas, suponen especial reflexión los casos de aquellos trabajadores que aunque no necesariamente se encuentren incapacitados o con una pérdida de capacidad dictaminada, presenten quebrantos de salud, puesto que en varios casos los jueces, a través de fallos de tutela, han declarado la ineficacia de la terminación de los contratos y ordenado

el reintegro, aduciendo un deber de solidaridad del empleador que se ve obligado a brindar especial protección a su empleado en virtud de la condición que presenta.

En estos casos es de suma importancia documentar y contar con fundamentos probatorios fehacientes sobre la finalización de la obra o labor contratada como hecho objetivo que no configura discriminación o ilegalidad alguna.

*Procedimiento para terminar un contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador*

La terminación unilateral del contrato es una facultad que tienen tanto el empleador, como el trabajador, derivada del principio *exceptio non adimpleti contractus*, que consiste en la posibilidad que tiene una parte de extinguir unilateralmente una convención pactada, cuando la otra ha incumplido determinadas obligaciones (Corte Constitucional, Sentencia T-385 de 2006).

En cuanto a la forma como se debe llevar a cabo la terminación unilateral del contrato de trabajo, el empleador tiene diversas obligaciones.

El párrafo único del Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo señala que 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.

En ese sentido, la primera de tales obligaciones consiste en manifestarle al trabajador los hechos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior.

En concreto, esta aplicación del derecho a la defensa presupone dos obligaciones concretas por parte del empleador: la primera, manifestarle al trabajador los hechos concretos por los cuales va a ser despedido y, la segunda, darle la oportunidad de controvertir las imputaciones que se le hacen. La facultad de terminar unilateralmente el contrato de trabajo está limitada a que se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo. Así “...*los motivos del despido deben caracterizarse suficientemente en las causales legales o convencionales, sin que se permita su interpretación analógica o la posibilidad de alegar otras causales distintas.*”(Corte Constitucional, Sentencia T-385 de 2006.)

Por otro lado, la Corte Constitucional ha señalado que la terminación unilateral del contrato por parte del empleador, dada la relación de subordinación en que se encuentra el trabajador respecto del empleador, debe realizarse de conformidad con un debido proceso mínimo, como garantía de los derechos del trabajador, garantías estas que se refieren tanto a la forma en que se debe llevar a cabo el despido, como a las causales que puede alegar el empleador:

En cuanto a la forma como se debe llevar a cabo la terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa, el empleador tiene varias obligaciones:

1. Manifestarle al trabajador los hechos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior. El trabajador debe conocer los motivos precisos que causan la terminación unilateral del contrato, sin que pueda entenderse cumplido este requisito con la mención genérica de las causales del Código Sustantivo



del Trabajo. (Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral, Sentencia del 24 de mayo de 1960; Sentencia de noviembre 12 de 1986; sentencia del 25 de octubre de 1994; Corte Constitucional, Sentencia C-594 de 1997, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de noviembre 12 de 1986,)

2. Garantizar al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen. (Corte Constitucional, Sentencia T-362 de 2000 y Sentencia C-299 de 1998)

Al respecto, cabe señalar que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha sido pacífica en este asunto, pues en Sentencias como la del 10 diciembre de 1990, Magistrado Ponente: Manuel Enrique Daza Álvarez, aceptó la posibilidad de que el empleador comunique al trabajador la causal genérica legal del despido o los motivos fácticos del mismo. No obstante, en otras oportunidades ha sido mucho más estricta, determinando que el empleador está en la obligación de comunicarle al trabajador las razones concretas para el despido, posición que comparte la Corte Constitucional.

3. Se debe realizar de conformidad con el procedimiento previamente determinado. En este punto es necesario precisar que la Corte Suprema de Justicia, ha señalado, que basta con que se presente una de las justas causas previstas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, para que el empleador pueda legítimamente hacer uso del derecho a dar fin al contrato de trabajo, lógicamente con el cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley como son la obligación de manifestar al momento de la comunicación del despido la causal o motivo determinante

de esa decisión y cuando se trata de una de las causales previstas en los numerales 9º a 15 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 conceder al trabajador el preaviso de 15 días previsto en esa misma disposición, la omisión de uno de estos requisitos impide calificar como justo el despido. (Sala de Casación Laboral, Sección 1ª, Sentencia de agosto 4 de 1992.)

Sin perjuicio de lo anterior, ha reconocido esa misma Corporación que se presenta una situación diferente cuando el empleador ha establecido un procedimiento necesario para la validez del despido o se pacta de esa manera en la convención o en el pacto colectivo pues en dicha circunstancia es imprescindible su cumplimiento so pena de que el despido sea ilegal (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección 1ª, Sentencia de agosto 4 de 1992).

4. La facultad de terminar unilateralmente el contrato de trabajo está limitada a que se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo, o aquellas calificadas como falta grave en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, sin que se permita su interpretación analógica o la posibilidad de alegar otras causales distintas. (Corte Constitucional, Sentencia T-546 de 2000)
5. Entre la justa causa alegada y la terminación unilateral del contrato de trabajo, es necesario que haya una relación de inmediatez<sup>3</sup>. Así, el empleador debe dar por terminado el contrato inmediatamente después de ocurridos los hechos que motivaron su decisión o de que tuvo conocimiento de los mismos, pues de lo contrario,

---

<sup>3</sup> sentencia T-546 de 2000

se entenderá que éstos han sido exculpados, y de hacerlo ello equivaldría a despedirlo sin justa causa. (Corte Constitucional, Sentencia T-546 de 2000 y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencias de julio 30 de 1976)

Ahora bien, es de aclarar que la inmediatez no significa simultaneidad, pues conforme a lo ya expuesto, necesariamente debe existir un periodo de tiempo en el cual los hechos constitutivos de la falta deben ser investigados para comprobar su veracidad y, en tal medida, llevar a cabo el procedimiento para dar al trabajador la oportunidad de defenderse de los cargos que se le formulan. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de julio 30 de 1976 y Corte Constitucional, sentencias C-299 de 1998 y Sentencia T-546 de 2000,)

Al respecto si bien la ley no establece un tiempo exacto y determinado como plazo para dar por terminado el contrato de trabajo después de ocurridos los hechos que motivaron su decisión o de que tuvo conocimiento de los mismos, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia permite formar ideas sobre lo que el ordenamiento jurídico considera como límites de la inmediatez en la materia:

*“”(…)Suponiendo en todo caso, que el trabajador hubiera infringido la causal tercera del artículo 7º, aparte A) del Decreto 2351 de 1965, anota la sala que fue invocada, no en forma inmediata, sino 3 meses después de ocurridos los hechos, no existiendo una relación de causalidad inmediata (...)”* (Aparte citado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de la Sentencia

proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali con fecha del 11 de abril de 1975. )

*La sanción debe ser consecuencia inmediata de la falta cometida, o, por lo menos, impuesta con tanta oportunidad que no quede la menor duda de que se está sancionando la falta que se imputa y no otra. Esta relación de Causa y efecto debe existir no solamente cuando se trata de la causal que se examina, sino respecto de todas las contempladas en el artículo 7° como justificativas del despido, y, en general siempre que se imponga al trabajador cualquier tipo de sanción. (...)*” ( Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación. Laboral, Sentencia de julio 30 de 1976)

Por otro lado, se debe destacar que la jurisprudencia constitucional ha señalado procedimientos y elementos particulares para la alegación de algunas de las causales contempladas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo como son las que corresponden a los numerales 5 y 9 del literal A.

<p>El literal A del Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, señala como justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo por parte del empleador, las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. <i>El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido.</i></li> <li>2. <i>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.</i></li> <li>3. <i>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.</i></li> <li>4. <i>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.</i></li> <li>5. <i>Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores.</i></li> <li>6. <i>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</i></li> </ol>
---

*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.*

*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.*

En el primer caso, corresponde a la causal que faculta al empleador a terminar de manera unilateral el contrato de trabajo con justa causa por “...*todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores*”. Al respecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-931 del 3 de diciembre de 2014, señaló que para alegar esta causal, deben aplicarse criterios como los señalados en la jurisprudencia sobre la aplicación de conceptos indeterminados, en el sentido de que: (i) dicho concepto debe entenderse como moral social y debe producir una desaprobación objetiva de acuerdo con los parámetros axiológicos aceptados por la sociedad, lo que excluye un reproche subjetivo crítico o intolerante; y (ii) la realización del

acto considerado inmoral debe darse en el lugar de trabajo o en ejecución de las labores, y afectar el normal desarrollo de las funciones de la empresa. Es decir, dicho acto debe trascender la esfera privada y del interés particular a un ámbito laboral, por afectar derechos de terceros, y la convivencia digna y respetuosa que debe guiar las relaciones de trabajo, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y la ley.

A su vez, frente al segundo caso, correspondiente a la causal 9 que reza *“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...”*, la Corte Constitucional ha señalado que para su aplicación, el empleador deberá ceñirse al siguiente procedimiento (Corte Constitucional, Sentencia T-013 de 1999):

1. Requerirá al trabajador dos (2) veces, cuando menos, por escrito, mediando entre uno y otro requerimiento un lapso no inferior a ocho (8) días.
2. Si hechos los anteriores requerimientos el patrono considera que aún subsiste el deficiente rendimiento laboral del trabajador, presentará a éste un cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas, a efectos de que el trabajador pueda presentar sus descargos por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes,  
y
3. Si el patrono no quedare conforme con las justificaciones del trabajador, así se lo hará saber por escrito dentro de las ocho (8) días siguientes.

Finalmente, frente al procedimiento para terminar contratos de trabajo con justa causa de manera unilateral por parte del empleador, especial mención debe hacerse respecto a la estabilidad laboral reforzada.

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Concepto de estabilidad laboral reforzada se ha aplicado en situaciones que involucren derechos de mujeres embarazadas, trabajadores aforados, personas limitadas físicamente u otras personas en estado de debilidad manifiesta.

A partir de los principios consagrados en el artículo 53 de la Constitución, la estabilidad en el empleo respecto de las mujeres en estado de embarazo o durante la lactancia, conlleva el denominado fuero de maternidad y como consecuencia de él, una estabilidad reforzada que le permite a la trabajadora permanecer en el empleo y obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, inclusive, en contra de la propia voluntad de su empleador, en caso de no existir una causa que justifique el despido, que de ninguna manera puede ser consecuencia de su estado de embarazo o de lactancia. (Corte Constitucional, Sentencia T-1202 de 2005, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.)

De la doctrina de la Corte Constitucional contenida en varias sentencias de tutela, entre otras, la T-906 de 2007, la T-095 de 2008, la T-1069 de 2008, la T-635 de 2009, la T-649 de 2009 y la T-004 de 2010, se derivan las siguientes reglas:

Se trata de una garantía que se consagra a favor de todas las trabajadoras sin importar la modalidad de contrato de trabajo, resultando irrelevante distinguir si se trata de contratos a término indefinido, fijo o por obra e incluso el Contrato de Aprendizaje. (Corte Constitucional, sentencias T-649 de 2009 y T-906 de 2007)

De conformidad con el artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo, para dar por terminado el contrato es necesario contar con la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. El despido de una mujer que se halla en esta condición, debe obedecer a una causal objetiva o causa justa debidamente comprobada, además de la autorización de la autoridad administrativa competente. El desconocimiento de los requisitos aludidos, hace que el despido sea ineficaz y procede el reintegro.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia 17193 del 10 de julio de 2002 aclaró que durante la lactancia (periodo posterior a la licencia de maternidad), si bien existe igualmente la prohibición de despedir a la trabajadora por este motivo, no se contempló la presunción contemplada para el despido durante el embarazo y licencia de maternidad; motivo por el cual, le corresponderá a la trabajadora demostrar que el despido se produjo en razón de la lactancia y sin ninguna justa causa.

Sobre este asunto, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia SU 070 de 2013 unificación de jurisprudencia en materia de despido de mujer embarazada ha reglado el alcance de la protección reforzada a la maternidad y a la lactancia en el ámbito del trabajo, señalando que tendrá un alcance distinto según la modalidad del contrato y según el empleador haya conocido o no del embarazo al momento del despido:

*Tabla 12. Protección reforzada a la maternidad y a la lactancia en el ámbito del trabajo*

<p><b>Mujer embarazada en contrato a término indefinido</b></p>	<p><b>1. Cuando el empleador conoce el estado de gestación de la empleada y la despide sin la previa calificación de la justa causa por parte del inspector del trabajo:</b> En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación.</p>
---	---



	<p><b>2. Cuando el empleador NO conoce el estado de gestación de la empleada:</b> en este evento surgen a la vez dos situaciones:</p> <p><b>2.1. Cuando el empleador adujo justa causa (y NO conoce el estado de gestación de la empleada):</b> En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la discusión sobre la configuración de la justa causa (si se presenta) se debe ventilar ante el juez ordinario laboral.</p> <p><b>2.2. Cuando el empleador NO adujo justa causa (y NO conoce el estado de gestación de la empleada):</b> En este caso la protección consistiría mínimo en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y el reintegro sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Bajo esta hipótesis, se ordenará el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, los cuales serán compensados con las indemnizaciones recibidas por concepto de despido sin justa causa.</p>
<p><b>Mujer embarazada en contrato a término fijo</b></p>	<p><b>1. Cuando el empleador conoce el estado de gestación de la empleada, se presentan dos situaciones:</b></p> <p><b>1.1. Si la desvincula antes del vencimiento del contrato sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo:</b> En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación.</p> <p><b>1.2. Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando como una justa causa el vencimiento del plazo pactado:</b> En este caso el empleador debe acudir antes del vencimiento del plazo pactado ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral. Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Si el inspector del trabajo determina que 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 sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo se propone que si no se cumple este requisito el empleador sea sancionado con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C. S. T.</p> <p><b>2. Cuando el empleador NO conoce el estado de gestación de la empleada, se presentan tres alternativas:</b></p> <p><b>2.1. Si la desvincula antes del vencimiento del contrato, sin alegar justa causa:</b> En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; la renovación del contrato sólo será procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Adicionalmente se puede ordenar por el juez de tutela que se paguen las indemnizaciones por despido sin justa causa.</p>

	<p><b>2.2. Si la desvincula antes del vencimiento del contrato PERO alega justa causa distinta a la modalidad del contrato:</b> En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la discusión sobre la configuración de la justa casusa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral.</p> <p><b>3. Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando esto como una justa causa:</b> En este caso la protección consistiría mínimo en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación del contrato sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. En este caso no procede el pago de los salarios dejados de percibir, porque se entiende que el contrato inicialmente pactado ya había terminado.</p>
<p><b>Mujer embarazada en contrato de obra o labor:</b></p>	<p><b>1. Cuando el empleador conoce el estado de gestación de la empleada, se presentan dos situaciones:</b></p> <p><b>1.1. Si la desvincula antes del vencimiento de la terminación de la obra o labor contratada sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo:</b> En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación.</p> <p><b>1.2. Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando como una justa causa la terminación de la obra o labor contratada:</b> En este caso el empleador debe acudir antes de la terminación de la obra ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral. Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Si el inspector del trabajo determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato 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 sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo se propone que si no se cumple este requisito el empleador sea sancionado con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C. S. T.</p> <p><b>2. Cuando el empleador NO conoce el estado de gestación de la empleada, se presentan tres alternativas:</b></p> <p><b>2.1. Si la desvincula antes del cumplimiento de la obra, sin alegar justa causa:</b> En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación del contrato sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato de obra no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela.</p> <p><b>2.2. Si la desvincula antes del cumplimiento de la obra PERO alega justa causa distinta a la modalidad del contrato:</b> En este caso sólo se debe ordenar el</p>

	<p>reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la discusión sobre la configuración de la justa causa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral.</p> <p><b>2.3. Si la desvincula una vez cumplida la obra, alegando esto como una justa causa:</b> En este caso la protección consistiría mínimo en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación del contrato sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato de obra no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela.</p>
<b>Mujer embarazada en cooperativa de trabajo asociado</b>	<p>Cuando se demuestre la existencia de un contrato realidad, la cooperativa y la empresa donde se encuentra realizando labores, serán solidariamente responsables. Tanto en los supuestos de cooperativas de trabajo asociado, como en los de empresas de servicios temporales, se entenderá que hubo conocimiento del estado de embarazo por parte del empleador cuando al menos conociera de este (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.</p>
<b>Mujer embarazada en empresa de servicios temporales</b>	<p>Atendiendo a la modalidad contractual empleada por EST para vincular a sus trabajadoras y en atención a los casos en los cuales las empresas usuarias pueden contratar servicios con una EST (artículo 6 del decreto 4369 de 2006), para estos casos de no renovación del contrato de una mujer embarazada o lactante que se encontraba prestando sus servicios a una usuaria, deberán aplicarse las reglas propuestas para los contratos a término fijo o para los contratos por obra o labor, dependiendo de la modalidad contractual empleada por la EST.</p>
<b>Mujer embarazada en contrato de prestación de servicios:</b>	<p>En el supuesto de vinculación de la mujer gestante o lactante mediante contrato de prestación de servicios, el juez de tutela deberá analizar las circunstancias fácticas que rodean cada caso, para determinar si bajo dicha figura contractual no se está ocultando la existencia de una auténtica relación laboral. Si bien la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para declarar la configuración de un “contrato realidad”, pues “existen las vías procesales ordinarias laborales o las contencioso administrativas, a través de las cuales [se] puede buscar el reconocimiento de una vinculación laboral”, en los casos donde se encuentre en inminente riesgo de afectación el mínimo vital de la accionante u otro derecho constitucional fundamental, este estudio deberá ser realizado por el juez de tutela. En el caso de contratos de prestación de servicios celebrados por el Estado con personas naturales, debe advertirse que éste únicamente opera cuando “para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden”. Por esta razón, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que si en el contrato de prestación de servicios, privado o estatal, se llegare a demostrar la existencia de una relación laboral, “ello conllevaría a su desnaturalización y a la vulneración del derecho al trabajo reconocido en el preámbulo; a los artículos 1, 2 y 25 de la Carta; además a los principios de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, al de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y al de</p>

	<p>la estabilidad en el empleo.” Con todo, en el supuesto en que la trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrarse la existencia de un contrato realidad, la Sala ha dispuesto que se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo, en razón a que dentro las característica del contrato de prestación de servicios, según lo ha entendido esta Corporación, se encuentran que se trata de un contrato temporal, cuya duración es por un tiempo limitado, que es además el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.</p>
<p><b>Mujer embarazada en provisionalidad que ocupa cargo de carrera</b></p>	<p>Cuando se trata de una trabajadora que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera y el cargo sale a concurso o es suprimido, se aplicarán las siguientes reglas:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Si el cargo sale a concurso, el último cargo a proveerse por quienes lo hayan ganado, deberá ser el de la mujer embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta que el cargo a ser proveído y la plaza en la que se desempeñará quien ganó el concurso, debe ser el mismo para el que aplicó. Cuando deba surtirse el cargo de la mujer embarazada o lactante por quién ganó el concurso de méritos, se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad</li> <li>2. Si hubo supresión del cargo o liquidación de la entidad, se le debe garantizar a la trabajadora en provisionalidad, la permanencia en el cargo hasta que se configure la licencia de maternidad o de ser ello imposible, el pago de salarios y prestaciones, hasta que la trabajadora adquiera el derecho a gozar de la licencia.</li> </ol>
<p><b>Mujer embarazada en cargo de libre nombramiento y remoción</b></p>	<p>Cuando se trata de cargos de libre nombramiento y remoción hay que distinguir dos hipótesis:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Si el empleador tuvo conocimiento antes de la declaratoria de insubsistencia habría lugar al reintegro y al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir,</li> <li>2. Si el empleador no tuvo conocimiento, se aplicará la protección consistente en el pago de cotizaciones requeridas para el reconocimiento de la licencia de maternidad.</li> </ol>
<p><b>Mujer embarazada en carrera administrativa de entidad en liquidación</b></p>	<p>Cuando se trata del cargo de una trabajadora de carrera administrativa que es suprimido por cuenta de la liquidación de una entidad pública o por necesidades del servicio, se configuran las siguientes hipótesis:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. En el caso de la liquidación de una entidad pública, si se crea con posterioridad una entidad destinada a desarrollar los mismos fines que la entidad liquidada, o se establece una planta de personal transitoria, producto de la liquidación, habría lugar al reintegro en un cargo igual o equivalente y al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir;</li> <li>2. Si no se crea una entidad con mismos fines o una planta de personal transitoria, o si el cargo se suprimió por necesidades del servicio, se deberá ordenar el pago de los salarios y prestaciones hasta que se configure el derecho a la licencia de maternidad.</li> </ol>

Ahora bien, en lo relacionado con la estabilidad reforzada de personas limitadas físicamente o en situación de debilidad manifiesta, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, señala que la desvinculación laboral de personas con limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales

requiere de autorización previa aunque medie para el efecto una justa causa de terminación del contrato.

En estos casos, de acuerdo con la Sentencia T-1084 de 2002, al empleador le corresponde asumir la carga de la prueba de sustentar en qué consiste el factor objetivo que le permite desvirtuar la presunción de discriminación, a fin de impedir la consecuente ineficacia de la terminación contractual.

La Corte Constitucional ha establecido que el sujeto de quien se predica la estabilidad laboral reforzada no es solamente el discapacitado, identificado como tal de conformidad con lo establecido en la Ley 361 de 1997, o la persona reputada como inválida por una Junta de Calificación. También encuadra dentro de dicho concepto y se ubica bajo la protección de una estabilidad laboral reforzada, el trabajador que en desarrollo de la prestación de sus servicios ve menguados tanto su estado de salud como su capacidad de trabajo, de forma tal que deba ser considerado como una persona puesta en condiciones de debilidad manifiesta.

En ese orden de ideas, supone especial reflexión concreta y específica sobre cada uno de los casos de aquellos trabajadores que aunque no necesariamente se encuentren incapacitados o con una pérdida de capacidad dictaminada, presenten quebrantos de salud, puesto que en varios casos los jueces a través de fallos de tutela, han declarado la ineficacia de la terminación de los contratos y ordenado el reintegro, aduciendo un deber de solidaridad del empleador que se ve obligado a brindar especial protección a su empleado en virtud de la condición que presenta.

*Riesgo legal laboral de una sentencia condenatoria*

En caso de procesos laborales o acciones de tutela en contra, el juez puede dictar un fallo adverso a los intereses del empleador, condenándolo a:

*Reintegro:* la acción de reintegro laboral cabe solamente en casos especiales como son la estabilidad laboral reforzada, el fuero sindical y el fuero de maternidad; con consecuencias que van más allá del mismo reintegro del trabajador, como es el pago de los salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social y demás beneficios dejados de percibir desde el momento de la desvinculación.

*Indemnización por despido sin justa causa:* En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente. En caso de que se declare la terminación unilateral del contrato de trabajo por obra o labor contratada sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización correspondiente al valor de los salarios del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.

*Indemnización del Art. 26 de la ley 361 de 1997:* quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin autorización previa, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo.

*Costas y Agencias en derecho:* También se puede resultar condenado al pago de Costas y Agencias en derecho por gastos relacionados con la defensa judicial de quien resulta ganador en un determinado litigio que en generalmente deben ser asumidos por quien pierde el litigio o la querrela. Las tarifas correspondientes a las agencias de derecho, están fijadas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo 1887 de 2003:

En el proceso ordinario laboral cuando se dicte sentencia a favor del trabajador se tasarán así:

- ✓ *Única instancia: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas en la sentencia. Si ésta, además, reconoce obligaciones de hacer, se incrementará hasta dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes por este concepto. En los casos en que únicamente se ordene o niegue el cumplimiento de obligaciones de hacer, hasta dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*
- ✓ *Primera instancia. Hasta el veinticinco por ciento (25%) del valor de las pretensiones reconocidas en la sentencia. Si ésta, además, reconoce obligaciones de hacer, se incrementará hasta cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes por este concepto. En los casos en que únicamente se ordene o niegue el cumplimiento de obligaciones de hacer, hasta cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*
- ✓ *Segunda instancia. Hasta el cinco por cinco (5%) del valor de las pretensiones confirmadas o revocadas total o parcialmente en la sentencia. Si ésta, además, reconoce obligaciones de hacer, se incrementará hasta dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes por este concepto. En los casos en que únicamente se*

*ordene o niegue el cumplimiento de obligaciones de hacer, hasta dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*

En cuanto a la Acción de Reintegro cuando se dicte sentencia favorable a los intereses del trabajador se tasarán así:

- ✓ *Primera instancia. Hasta cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes, incrementados hasta el diez por ciento (10%) del valor de las pretensiones reconocidas en la sentencia.*
- ✓ *Segunda instancia. Hasta dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes, incrementados hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas en la sentencia.*

- Indemnización por la no entrega de las dotaciones consagradas en la ley para los trabajadores y quedar debiéndole su valor a la terminación del contrato (Art. 234 C.S.T y Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 22 de abril de 1998, Rad. No. 10.400):

*No significa lo anterior que el patrono que haya negado el suministro en vigencia del vínculo laboral, a su terminación quede automáticamente re-  
dimido por el incumplimiento, pues ha de aplicarse la regla general en ma-  
teria contractual de que el incumplimiento de lo pactado genera el derecho  
a la indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable y en favor  
de la afectada. En otros términos el empleador incumplido deberá la per-  
tinentemente 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.*

*En suma, el suministro de calzado y de vestido de labor como obligación laboral en especie no se debe a la terminación del contrato de trabajo, de forma que su incumplimiento no puede generar la indemnización por falta de pago prevista por el artículo 65 del C.S.T. en tanto este derecho supone que al fenecimiento del nexo no se paguen los salarios y prestaciones debidos. En cambio, la insatisfacción de las dotaciones ocasiona la indemnización ordinaria de perjuicios, cuyo monto por su propia índole tampoco puede dar lugar a la sanción moratoria en caso de retardarse su pago una vez culminado el vínculo laboral.*

(Sentencia de 15 de abril de 1998 radicado 10400)

- Indemnización por el no pago oportuno de las mesadas pensionales (Art. 8 de la Ley 10 de 1972)

*Tabla 13. Indemnización por el no pago oportuno de las mesadas pensionales*

*ARTICULO 8o. Si noventa (90) días después de acreditado legalmente el derecho a disfrutar de pensión de jubilación, invalidez o retiro por vejez, tal derecho no ha sido reconocido ni pagado, la empresa o patrón obligados a efectuar dichos reconocimientos y pagos, deberá cubrir al interesado, además de las mensualidades pensionales hasta el día en que el pago de la pensión se verifique, suma igual al salario que el beneficiario de la prestación venía devengando.*

- Indemnización por perjuicios morales (Art. 6 de la Ley 50 de 1990)

Tabla 14. Indemnización por perjuicios morales

**ARTICULO 60.** <Ver modificaciones directamente en el Código> El artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 8o del Decreto-ley 2351 de 1965 quedará así:

**ARTICULO 64. TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO SIN JUSTA CAUSA.**

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

2. En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan.

3. En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días

4. En los contratos a término indefinido, la indemnización se pagará así:

a) Cuarenta y cinco (45) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año;

b) Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo y menos de cinco (5), se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción;

c). Si el trabajador tuviere cinco (5) años o más de servicio continuo y menos de diez (10), se le pagarán veinte (20) día adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción; y

d) Si el trabajador tuviere diez (10) o más años de servicio continuo se le pagarán cuarenta (40) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción.

**PARAGRAFO TRANSITORIO.** Los trabajadores que al momento de entrar en vigencia la presente ley tuvieran diez (10) o más años al servicio continuo del empleador, seguirán amparados por el ordinal 5o del artículo 8o. del Decreto-ley 2351 de 1965, salvo que el trabajador manifieste su voluntad de acogerse al nuevo régimen.

5. Si es el trabajador quien da por terminado intempestivamente el contrato sin justa causa comprobada, deberá pagar al empleador una indemnización equivalente a treinta (30) días de salario. El empleador podrá descontar el monto de esta indemnización de lo que le adeude al trabajador por prestaciones sociales. En caso de efectuar el descuento depositará ante el juez el valor correspondiente mientras la justicia decida.

6. No habrá lugar a las indemnizaciones previstas en este artículo, si las partes acuerdan restablecer el contrato de trabajo en los mismos términos y condiciones que lo regían en la fecha de su ruptura.

En cuanto al retiro, también es importante tener en cuenta lo dispuesto por el párrafo 1 del artículo 29 de la Ley 789 de 2002 que estableció:

*Tabla 15. Indemnización por falta de pago*

*El artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo quedará así:*

*Artículo 65. Indemnización por falta de pago:*

1. *<Aparte tachado INEXEQUIBLE> Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria ~~o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial~~, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.*

*Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero.*

2. *Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el empleador cumple con sus obligaciones consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.*

**PARÁGRAFO 1o.** *<Ver Notas del Editor> Para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador le deberá informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los*

*salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora.*

**PARÁGRAFO 2o.** *Lo dispuesto en el inciso 1o. de este artículo solo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente. Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente.*

Según el marco normativo, planteado frente al proceso disciplinario laboral y al retiro de trabajadores por justa causa imputable al trabajador, que le permite al empleador terminar el contrato de trabajo de manera unilateral; y una vez identificado el riesgo legal laboral, al cual se encuentran mayormente expuestas las micro y pequeños empresarios de las unidades objeto de estudio, a partir del marco teórico desarrollado en el capítulo segundo del presente trabajo final de maestría, se procede a proponer estrategias para minimizar y gestionar dicho riesgo.

#### 4.4. Estrategias para minimizar el riesgo legal laboral de las empresas objeto de estudio.

En el presente trabajo se entiende como estrategia, las acciones combinadas que emprende la dirección de la organización para lograr sus objetivos y su misión (Thompson y Strickland, 1999).

En ese sentido y teniendo en cuenta que la finalidad de la gestión del riesgo legal laboral es minimizar el riesgo de incurrir en pérdidas derivadas de actividades incompatibles con la legislación laboral, acuerdos laborales, pago de reclamos por daños al personal, por casos relacionados con la discriminación, por aspectos relativos a la remuneración,

extinción de los contratos y la organización laboral, entre otros aspectos, se considera que a pesar de que en los objetivos específicos se planteó proponer una pluralidad de estrategias, a partir del marco teórico y conceptual desarrollado se concluye en la necesidad de plantear una sola estrategia que comprenda las diferentes acciones complementarias entre sí para lograr un efecto positivo mayor en las organizaciones objeto de estudio.

Realizada la anterior precisión, se tiene que desde la perspectiva de la incertidumbre legal, se requiere la reflexión acerca de las consecuencias de la aplicación u omisión de la normatividad frente a la identificación de los temas que mayor problemática generan, partiendo de una limitación en el conocimiento no solo de la totalidad de las circunstancias sino además de las leyes que la rigen.

En ese sentido, si la consecuencia de un antecedente es negativa para el emprendedor, entonces se requiere determinar si la norma se activará, lo cual depende de dos cuestiones esenciales: primero, si el conjunto de antecedentes tendrá lugar y segundo, si la aplicación de la norma al conjunto de antecedentes produce la consecuencia. Respecto de ambos aspectos habrá incertidumbres específicas.

De acuerdo con todo lo anteriormente expuesto, para la identificación, evaluación y gestión del riesgo legal laboral desde la perspectiva de la incertidumbre legal en las micro y pequeñas empresas objeto de estudio, se propone la siguiente estrategia para minimizar el riesgo legal laboral de las micro y pequeñas empresas objeto de estudio con el fin de identificar, analizar, evaluar y tratar los potenciales riesgos, contribuyendo a minimizar las áreas de incertidumbre y a mejorar el desempeño, lo que permite gestionarlo de una manera sistemática, transparente y fiable:

**Estrategia: Toma de decisiones a partir de la gestión del riesgo legal laboral, basada en la reducción de la incertidumbre.**

*Objetivo 1: Mejorar la capacidad de generar valor encontrando un equilibrio óptimo entre los objetivos de crecimiento y rentabilidad y los riesgos legales laborales asociados, desplegando recursos, eficaz y eficientemente a fin de lograr los objetivos misionales de la entidad.*

- **Meta 1:** Generar valor a partir de la reducción de la incertidumbre, junto con la asignación y ejecución más eficiente de los recursos, mejorando la gestión de incidentes y la reducción en pérdidas.
  
- **Meta 2:** Involucrar la gestión del riesgo legal laboral dentro de la cultura y la planificación estratégica de la empresa, lo que ayudará a alcanzar sus objetivos a un menor costo.

- **Actividades:**

- 1) Generar conciencia del riesgo legal laboral en todos los niveles de la empresa, mediante políticas y procedimientos de cumplimiento, en las cuales se definan

de manera clara las responsabilidades, funciones y sanciones, incluyendo el seguimiento de los contratos en los que participe la empresa. Estas políticas deben comprender los siguientes puntos:

- Una base conceptual homogénea del contexto normativo laboral de la organización
  - Principios normativos para contrarrestar el riesgo legal laboral
  - Los lineamientos para divulgación y capacitación del personal de la empresa en nuevos aspectos legales laborales, por área u operaciones del negocio.
  - Aspectos claves en la comunicación de riesgos legales laborales
  - Consideraciones precisas sobre modalidades de contratación
  - Prohibiciones, limitaciones y restricciones a ciertas conductas que puedan derivar en sanciones para la empresa o incrementar el riesgo de ser demandada.
  - Mecanismos y canales de comunicación que permitan a la empresa advertir con anticipación la existencia de malestar o incumplimientos frente a terceros, garantizando la confidencialidad y en todo caso permitiendo tomar medidas preventivas al respecto.
- 2) Fortalecer la capacidad de identificación de riesgos legales laborales en la empresa, concientizando sobre la importancia de cumplir con las disposiciones normativas, especialmente en aquellos donde se detecta mayor incertidumbre,

a través de los siete pasos que Mizuno (1988) consideró claves para la solución de problemáticas en la organización, cuando ni los operarios ni los directivos tenían el conocimiento para resolverlos:

1. Identificar los temas que mayor problemática generan
2. Enumerar las posibles causas
3. Identificar las causas primarias del problema
4. Planear medidas para corregir el problema
5. Ejecutar las medidas correctivas
6. Comprobar los resultados
7. Institucionalizar las nuevas medidas.

***Objetivo 2:** Aumentar la competitividad de la empresa disminuyendo la posibilidad de conflictos y contingencias de origen legal laboral que afecten directamente el valor de la compañía o de sus activos.*

- **Meta 1:** Identificar, actualizar, evaluar, comunicar y dar cumplimiento a los requisitos legales sobre el proceso disciplinario laboral y el retiro de personal, aplicable a todas las actividades y proyectos desarrollados en la empresa, incluyendo aquellos que las partes interesadas requieran.
- **Meta 2:** Identificar los temas que mayor problemática generan, partiendo de una limitación en el conocimiento no solo de la totalidad de las circunstancias sino además de las leyes que la rigen.



- **Meta 3:** Determinar cuánta incertidumbre se puede aceptar, teniendo en cuenta que la gestión del riesgo legal laboral en las empresas parte de la premisa de que las organizaciones existen con el fin de generar valor para sus grupos de interés y en circunstancias de incertidumbre, la cual implica riesgos y oportunidades y posee el potencial de erosionar o aumentar el valor.

- **Actividades:**

- 1) Establecer una metodología para identificar, actualizar, evaluar, comunicar y dar cumplimiento a los requisitos legales sobre el proceso disciplinario laboral y el retiro de personal, aplicable a todas las actividades y proyectos desarrollados en la empresa, incluyendo aquellos que las partes interesadas requieran.

Para estos efectos se considera importante la elaboración de una matriz legal, donde se compilen los requisitos normativos exigibles a la empresa, acorde con las actividades propias e inherentes de su actividad productiva como los arriba señalados, la cual deberá actualizarse en la medida que sean emitidas nuevas disposiciones aplicables.

Los requisitos legales laborales aplicables a las empresas están compuestos por la normativa general ya señalada, la cual puede ser modificada por Actos Legislativos u otras formas de modificación de la Constitución, leyes, decretos y resoluciones administrativas.

Para la identificación y actualización del marco legal se deben emplear principalmente las fuentes de información de orden nacional, regional y local y revisarse por lo menos visitar cada mes la página web de la Presidencia de la República, la Secretaría del Congreso y del Ministerio del Trabajo en sus secciones normativas. Se recomienda establecer un formato en la empresa que permita, en primer lugar, analizar la aplicabilidad de la nueva normativa, donde se determinará si es aplicable a la organización:

*Tabla 16. Análisis de aplicabilidad de una nueva norma*

Tipo de Norma	Número de la Norma	Fecha de expedición	Fecha de Vigencia	Aspecto relevantes a analizar	¿Es aplicable?	¿Deroga alguna norma?

Esta información se debe almacenar en medio magnético de manera cronológica y, si aplica, se debe proceder a su inclusión en la respectiva Matriz de Requisitos Legales.

*Tabla 17. Matriz de requisitos legales*

Tema	Norma	Obligaciones	Evidencias de cumplimiento	Responsables	Estado de cumplimiento	Vínculo con la página web oficial (Presidencia

						de la Repú- blica o Se- cretaría del Senado)
--	--	--	--	--	--	---

Para realizar el seguimiento y la evaluación del cumplimiento legal se debe revisar cada uno de los artículos identificados en las matrices para determinar su estado, y cuando se encuentre un incumplimiento se realizará un plan de acción con el fin de lograr el cumplimiento de los requisitos establecidos.

- 2) Antes de adquirir obligaciones frente a terceros, el emprendedor debe asegurarse de conocer las disposiciones legales que rigen cada una de esas relaciones y elegir la modalidad de vinculación que le resulte más conveniente, identificando y analizando las normas y regulaciones jurídicas que representen mayor exposición de riesgo para la empresa en su entorno, tomando como base para la determinación de las mismas, las sanciones, reclamos, quejas y requerimientos dirigidos a la organización.
  
- 3) De manera específica frente a los procesos disciplinarios laborales y el retiro de trabajadores, es necesario garantizar que en el Reglamento Interno de Trabajo de las empresas se incluya cada una de las etapas procesales que están previamente definidas; pues, de lo contrario, la imposición de sanciones queda sujeta

a la voluntad y arbitrio de quienes tienen la función de solucionar los conflictos de los implicados

- 4) Tener en cuenta que el alcance al derecho a la defensa incluye la obligación de manifestarle al trabajador los motivos concretos y específicos por los cuales se está dando por terminado con justa causa su contrato de trabajo, así como la obligación de darle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se hacen en su contra, antes del despido. En todo caso, para que el principio de legalidad cobre plena vigencia es necesario que la falta disciplinaria se tipifique en la norma reglamentaria con anterioridad a los hechos materia de la investigación.
- 5) Garantizar que la calificación provisional de las conductas de acuerdo con el catálogo de las faltas sea motivada y puesta en conocimiento del trabajador para que este pueda controvertirla y así conocer todos aquellos elementos que el juzgador tiene en mente para considerar que su conducta infringe una norma, lo cual le acarreará una determinada sanción.
- 6) No basta con que el empleador alegue alguna de las causales enunciadas para tomar su decisión, pues además debe expresar los hechos precisos que la provocaron, dando al trabajador la oportunidad de enterarse y controvertir los motivos y las pruebas que originaron la imposición de la sanción o la terminación de la relación laboral.

- 7) Estimar el monto de las pérdidas potenciales derivado de decisiones judiciales o administrativas adversas tales como la aplicación de sanciones, litigios en contra etc., conforme se desarrolló en el marco normativo expuesto en el punto 4.3. del presente trabajo.
- 8) Mantener y alimentar una base de datos histórica sobre las reclamaciones, resoluciones judiciales y administrativas, sus causas, costos y consecuencias.

La identificación del procedimiento disciplinario laboral y el retiro de personal como los procesos en los que existe mayor riesgo legal laboral se encuentran en las empresas como objeto de estudio, lo que permite un acercamiento a las particularidades de estos asuntos. las que deben ser tenidas en cuenta, frente a lo cual es necesario enfatizar en todo caso que la terminación de un contrato de trabajo por justa causa y la posibilidad de imponer sanciones disciplinarias por parte del empleador al trabajador obedecen a propósitos diferentes; pues mientras la primera es una potestad que las dos partes tienen para finalizar el vínculo que las une, las facultades disciplinarias corresponden únicamente al empleador en virtud de su poder de subordinación y teniendo como finalidad corregir ciertas conductas del trabajador.

## Capítulo 5

### Conclusiones

#### *Cumplimiento de los objetivos planteados en la introducción*

El objetivo general de la propuesta de trabajo final planteado consistía en evaluar la gestión del riesgo legal laboral y su tratamiento en las micro y pequeñas empresas asesoradas por la UEI, objetivo que se considera cumplido únicamente respecto de los proyectos de emprendimiento cuyos empresarios participaron en el estudio, teniendo en cuenta que se contó con la participación del 32% de las empresas asesoradas por la UEI con las cuales todavía se tenía contacto identificándose un alto grado de homogeneidad descrito en el análisis de datos realizado páginas arriba.

Respecto de los objetivos específicos, se examinaron ampliamente las nociones de la gestión del riesgo legal laboral de manera enfocada en las micro y pequeñas empresas lo que permitió abordar el estudio de la gestión del riesgo legal desde el punto de vista teórico de la incertidumbre legal.

Asimismo se logró cumplir con los objetivos de diagnosticar la gestión del riesgo legal laboral en las micro y pequeñas empresas asesoradas por la UEI, identificando la normatividad laboral aplicable a las empresas objeto de estudio y la implementación del instrumento para la contrastación empírica apuntando a identificar tanto el nivel de conocimiento de la normatividad básica relacionada con los procesos de la gestión de recursos humanos, como las problemáticas específicas al respecto presentadas en cada uno de los

proyectos, las dudas inquietudes y temores generados al momento de abordarlas y las determinaciones tomadas para solucionarlas, lo que permitió proponer la estrategia concreta para minimizar el riesgo legal laboral de las micro y pequeñas empresas objeto de estudio.

#### *Pertinencia del método o métodos usados*

En cuanto a la metodología empleada, se puede afirmar que la aplicación del estudio colectivo de casos aportó información que no se hubiera podido determinar con un método cuantitativo. El análisis de las circunstancias propias de cada empresa, llevó a determinar el nivel de conocimiento frente a la normatividad básica que regula las relaciones laborales, la identificación de problemáticas por parte de los propios empresarios, complementado a partir del ejercicio dialéctico y el suministro de pequeñas dosis de información necesaria por parte del investigador durante la entrevista, para que por sí solos identificaran los incumplimientos cometidos.

Se puede afirmar además que el método elegido facilitó la búsqueda de información frente a temas de investigación con marcos teóricos interdisciplinarios como son las ciencias de la gestión y el derecho laboral.

#### *Impacto de los resultados*

A partir de los resultados obtenidos en el presente trabajo se concluye que los esfuerzos del emprendimiento no se pueden concentrar solamente en la creación de empresas, sino que deben enfatizar aspectos tales como crecimiento y supervivencia para disminuir al máximo la mortalidad empresarial.

La legislación tendiente a favorecer el emprendimiento y la formalización laboral de las microempresas es amplia y variada. La revisión de los datos disponibles frente a la formalización nos permite mostrar que durante los últimos años ha habido un avance en la formalización en términos de regulación societaria y tributaria de las empresas, situación que no ha ocurrido respecto de la formalización laboral que se ha mantenido dentro de unos parámetros constantes.

Las cifras muestran que el desafío de la formalización en las micro y pequeñas empresas en Colombia sigue siendo mayor, por los altos costos que implica vincular formalmente a un trabajador (salarios, prestaciones sociales, cotizaciones a seguridad social y demás emolumentos a derecho el trabajador).

En este sentido cobra importancia enfatizar el manejo del riesgo legal laboral en este tipo de organizaciones, lo que de manera preventiva contribuye a la disminución de pérdidas empresariales y a la conservación de la utilidad y ganancia de los inversionistas.

De manera general en la gestión del riesgo legal, toda acción indebida u omisión responsabiliza a quien esté obligado a realizarla, siendo de especial importancia proteger al talento humano y al emprendedor, lo cual hace necesario replantear la práctica del derecho desde un campo litigioso hacia la asesoría preventiva de las organizaciones, con la cual las empresas dejan de exponer su capital a pérdidas, buscando optimizar al máximo sus procesos administrativos para lo que requieren de asistencia jurídica integral.

Así, dentro de las ventajas de la gestión del riesgo legal laboral se tienen:

- Protección de la empresa y del empresario
- Identificación, prevención y control de riesgos



- Reducción de costos
- Diseño de estrategias contractuales y de salarios.
- Posicionamiento y protección de imagen empresarial que redundan en fidelidad.

La gestión del riesgo legal laboral en el emprendimiento puede evitar que se produzcan daños y perjuicios innecesarios que se traducen en costos con impacto negativo en los ingresos y utilidades, y para que en caso de contingencia, el micro o pequeño empresario cuente con el acervo probatorio necesario para adelantar una defensa jurídica adecuada ante un proceso laboral.

En ese sentido, es importante generar conciencia de la responsabilidad sobre la importancia de la gestión del riesgo legal laboral, desde la formación de la empresa, su desarrollo y crecimiento e incluso en su terminación, brindando herramientas de análisis a partir de lo cual el emprendedor pueda tomar decisiones con fundamento legal independientemente del tipo y nivel de su formación.

Así las cosas, es igualmente relevante generar estrategias de asesoría integral y jurídica preventiva, previas a la ejecución de cualquier actividad empresarial, ya que es a través de ella que se puede realizar un aporte real y significativo para soportar los programas que se han generado en torno al emprendimiento.

#### *La coherencia o no entre los planteamientos teóricos y la práctica*

En consideración con el marco teórico planteado se puede afirmar que en general existe coherencia entre los planteamientos teóricos y la práctica principalmente por las implicaciones del riesgo legal aplicado al ámbito laboral, que hicieron parte de los resultados

obtenidos a partir del estudio de casos realizado y que ya habían sido tratados por Malher (2009) como son:

1. los riesgos involucran consecuencias negativas por lo cual es necesario aplicar la norma a un conjunto definido de hechos y evaluar el resultado para todos los interesados, estimando si es benéfica o nociva para sus intereses y objetivos
2. los riesgos implican eventos futuros, por lo que se requiere asumir una perspectiva ex ante
3. los riesgos suponen futuros eventos o consecuencias potenciales, lo que demanda el estudio de las implicaciones de su incertidumbre.

No obstante lo anterior, se logra identificar una variación entre los planteamientos teóricos expuestos en el marco teórico y los resultados obtenidos en un punto específico como es la relación entre la informalidad y las micro y pequeñas empresas en sus primeros años de existencia.

Así, se resalta que aunque ninguno de los emprendedores entrevistados contaba con formación profesional en ciencias jurídicas, solo dos (2) de ellos con formación en ciencias de la gestión y que solo dos (2) de ellos disponían de experiencia en gestión de recursos humanos, se logró evidenciar un buen conocimiento y cumplimiento frente a las obligaciones salariales, prestacionales y de afiliación y cotización de aportes a seguridad social, así como sobre las implicaciones inherentes a cada una de las modalidades contractuales de vinculación de personal.

Al respecto y a partir del análisis de los resultados, podemos concluir que la disparidad entre el planteamiento teórico que permitía construir una hipótesis inicial basada en la informalidad de los emprendimientos y los datos obtenidos a través del estudio colectivo de casos, se puede explicar en las particularidades comunes de los emprendedores entrevistados, como son la planeación estratégica de sus proyectos de emprendimiento y el interés por conocer de los temas legales que pueden afectar su empresa, lo cual se evidencia en el hecho de haber tenido en mayor o menor medida, acercamientos y asesoría por parte de la Unidad de Emprendimiento e Innovación de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Colombia.

### Lista de referencias

Alchian, A. & Demsetz, H. (1972) Production, Information Costs and Economic Organization. *The American Economic Review*, 62 (5), 95.

Alles, M. (2000). *Dirección estratégica de seguros humanos*. México D.F, México: Gráfica.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado - ANDJE (2014). *Resumen ejecutivo del Modelo Probabilístico del Éxito de las Demandas en Contra del Estado de QUANTIL*. Recuperado de [http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Documents/modelo\\_probabilidad\\_exito.pdf](http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Documents/modelo_probabilidad_exito.pdf)

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado - ANDJE (2015). *Información general de la Agencia*. Recuperado de <http://www.defensajuridica.gov.co/agencia/quienes-somos/Paginas/informacion-general-agencia.aspx>

Anzola, S. (2002) *Administración de pequeñas empresas*. 2ª ed. México: McGrawHill.

Arenas, G. (2011). *El derecho colombiano de la seguridad social*. Bogotá, Colombia: Legis.

Arribas, M. (2004). Diseño y validación de cuestionarios. *Matronas Profesión*, 5(17), 23-29

Asociación Colombiana de Pequeñas y Medianas Empresas - ACOPI (2008). *Informalidad-Formalidad en las PYMES*. Recuperado de <http://www.iberpymeonline.org/Documentos/EstudioFormalidadInformalidadPYMES.pdf>

Basel Committee on Banking Supervision (2006). *International convergence of capital measurement and capital standards. A revised framework, Comprehensive Version*. Recuperado de <http://www.bis.org/publ/bcbs107.htm>

Becerra, R. (1983). *El contrato individual de trabajo*. Bogotá, Colombia: Temis.

Beer, M. (1989). *Gestión de Recursos Humanos. Perspectiva de Director General*. Textos y casos. Barcelona, España: Ed. Ministerio de Trabajo y seguridad Social

Bernstein, P. L. (1996). *Against the gods the remarkable story of risk*. New York: Wiley.

Besseyre, Ch. (1997). *Gestión estratégica de los recursos humanos*. España: Ediciones Deusto.

- Bing, J. (2006). *Trust and Legal Certainty in Electronic Commerce: An Essay*. Festschrift Till Peter Seipel. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Botero, G. (2015). *Guía teórica y práctica de derecho procesal del trabajo y de la seguridad social*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
- Bruyat, C., y Julien, P. (2000). Defining the field of research in entrepreneurship. *Journal of Business Venturing*. (16), 165-180.
- Bustillo, C. (1988). Gestión de Recursos Humanos y la Motivación de la persona. *Revista Capital Humano*. 73, 17-28.
- Cabero Almenara, J. y Llorente Cejudo, M. C. (2013). La aplicación del juicio de experto como técnica de evaluación de las tecnologías de la información (TIC). En *Eduweb. Revista de Tecnología de Información y Comunicación en Educación*, 7 (2) 11-22. Recuperado de <http://tecnologiaedu.us.es/tecnoedu/images/stories/jca107.pdf>
- Cabeza, L., Castrillón, J. & Lombana, J. (2012). Determinación y análisis de las competencias por fortalecer para la gestión en Colombia. *Innovar*, 22(46), 5-20.
- Calderón, G., Naranjo, J. y Álvarez, C. (2010). *Gestión Humana en Colombia: roles, prácticas, retos y limitaciones*. Bogotá, Colombia: ACRIP.

Cárdenas, M y Mejía, C. (2007). *Informalidad en Colombia: Nueva evidencia*. Fedesarrollo. Working Paper Series – Documentos de Trabajo, No. 35.

Cardona, O., Hurtado, J., Duque, G., Moreno, A., Chardon, A.C., Velásquez, L.S. y Prieto, S.D. (2003). *Indicadores para la Medición del Riesgo: Fundamentos para un Enfoque Metodológico*. BID/IDEA Programa de Indicadores para la Gestión de Riesgos, Universidad Nacional de Colombia, Manizales. Recuperado de <http://idea.unal-mzl.edu.co>

Cardona P. (2011). *Aplicación de árboles de decisión en modelos de riesgo crediticio*. Revista Colombiana de Estadística; Vol. 27, núm. 2 (2004); 139-151 Revista Colombiana de Estadística; Vol. 27, núm. 2 (2004); 139-151 – Recuperado de: <http://www.bdigital.unal.edu.co/30059/#sthash.m2fDz9tb.dpuf>

Carrillo, J. (2010). *Gerencia de contratación laboral*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario

Castro, M. (2010). *El Nuevo Estándar ISO para la Gestión del Riesgo*. Surlatina Consultores. Recuperado de <https://capacitacion.gestionderiesgos.gob.ec/courses/40/files/.../download>

Caveda, A. (1993). *La Gestión Integrada de Recursos Humanos*. E.D Deusto, Bilbao.

Cámara de Comercio de Bogotá - CCB (2009). *Toma tus decisiones laborales de manera responsable y razonada*. Fundación Universitaria Empresarial de la Cámara de Comercio de Bogotá. Programa Académico Cómo Formalizar Tu Empresa – Módulo: Gestión Laboral. Recuperado de <http://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/8778/100000690.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Ceballos, D. (2007). *Una propuesta de indicador de riesgo legal*. Valoración a través de la Teoría de Seguros del Riesgo Legal. Departamento de Matemática Económica, Financiera y Actuarial, IAFI ([www.iafi.cat](http://www.iafi.cat)) Universidad de Barcelona [ceballos@ub.edu](mailto:ceballos@ub.edu). 2ª Reunión de Investigación en Seguros y Gestión de riesgos.

Cerón del Hierro, A. (1996). *El trabajo, el derecho laboral y la seguridad social en la Constitución Política de Colombia*. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.

Chiavenato, I (2000). *Administración de Recursos Humanos*. 5ta edición, Santafé de Bogotá, Colombia. Editorial Mc Graw Hill Interamericana, S.A,



Chiavenato, I. (2007). *Administración de Recursos Humanos*. Ciudad de México, México: Mc Graw-Hill.

Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission COSO (2004). *Gestión de Riesgos Corporativos Marco Integrado*. Resumen ejecutivo. España: Autor.

Congreso de Colombia. (30 de abril de 1959) [Ley 15 de 1959]

Congreso de Colombia. (26 de diciembre de 1968) [Ley 74 de 1968]

Congreso de Colombia. (22 de enero de 1982) [Ley 21 de 1982]

Congreso de Colombia. (28 de diciembre) [Ley 50 de 1990]

Congreso de Colombia. (23 de diciembre de 1993) [Ley 100 de 1993]

Congreso de Colombia. (7 de febrero de 1997) [Ley 361 de 1997] DO: 42978

Congreso de Colombia. (10 de julio de 2000) [Ley 590 de 2000]

Congreso de Colombia. (27 de diciembre) [Ley 789 de 2002]

Congreso de Colombia. (2 de agosto de 2016) [Ley 905 de 2004]

Congreso de Colombia. (23 de enero de 2006) [Ley 1010 de 2006] DO: 46160

Congreso de Colombia. (26 de enero de 2006) [Ley 1014 de 2006]

Congreso de Colombia. (29 de diciembre de 2010) [Ley 1429 de 2010]

Congreso de Colombia. (4 de mayo de 2011) [Ley 1444 de 2011]

Congreso de Colombia. (11 de julio de 2012) [Ley 1562 de 2012]

Congreso de Colombia. (26 de diciembre de 2012) [Ley 1607 de 2012]

Congreso de Colombia. (2 de mayo de 2016) [Ley 1780 de 2016]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (19 de abril de 1989) [CP Clara Forero de Castro]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (17 de junio 1994). [CP Dolly Pedraza de arenas]

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Corte Constitucional. (20 de Abril de 1995) C-168 de 1995. [MP Carlos Gaviria Díaz]

Corte Constitucional. (20 de Noviembre de 1997) C-594 de 1997. [MP Alejandro Martínez Caballero]

Corte Constitucional. (17 de Junio de 1998) C-299 de 1998. [MP Carlos Gaviria Díaz]

Corte Constitucional. (12 de Noviembre de 1998) C-665 de 1998. [MP Hernando Herrera Vergara]

Corte Constitucional. (19 de Abril de 2001) C-404 de 2001. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra]

Corte Constitucional. (31 de Mayo de 2001) C-555 de 2001. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra]

Corte Constitucional. (13 de Febrero de 2002) C-088 de 2002. [MP Eduardo Montealegre Linett]

Corte Constitucional. (14 de Mayo de 2002) C-371 de 2002. [MP Rodrigo Escobar Gil]

Corte Constitucional. (08 de Octubre de 2002) C-830 de 2002. [MP Jaime Araujo Rentería]

Corte Constitucional. (15 de Octubre de 2002) C-870 de 2002. [MP Manuel José Cepeda Espinosa]

Corte Constitucional. (06 de noviembre de 2002) C-948 de 2002. [MP Álvaro Tafur Galvis]

Corte Constitucional. (11 de febrero de 2003) C-095 de 2003. [MP Rodrigo Escobar Gil.]

Corte Constitucional. (03 de Julio de 2003) C-530 de 2003. [MP Eduardo Montealegre Linett]

Corte Constitucional. (04 de Mayo de 2004) C-406 de 2004. [MP Clara Inés Vargas Hernández]

Corte Constitucional. (09 de Agosto de 2005) C-818 de 2005. [MP Rodrigo Escobar Gil]

Corte Constitucional. (05 de Diciembre de 2005) Sentencia C-1265 de 2005. [MP Clara Inés Vargas Hernández]

Corte Constitucional. (13 de Junio de 2007) Sentencia C-478 de 2007. [MP Rodrigo Escobar Gil]

Corte Constitucional. (04 de Agosto de 2009) Sentencia C-521 de 2009. [MP María Victoria Calle Correa.]

Corte Constitucional. (29 de Octubre de 2009) Sentencia C-762 de 2009. [MP Juan Carlos Henao Pérez]

Corte Constitucional. (01 de febrero de 2012) Sentencia C-030 de 2012. [MP Luis Ernesto Vargas Silva; AV. María Victoria Calle Correa]

Corte Constitucional. (18 de Abril de 2012) Sentencia C-289 de 2012. [MP Humberto Antonio Sierra Porto]

Corte Constitucional. (03 de Julio de 2013) Sentencia C-401 de 2013. [MP Mauricio Gonzales Cuervo]

Corte Constitucional. (20 de agosto de 2014) Sentencia C-593 de 2014. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Corte Constitucional. (03 de Diciembre de 2014) Sentencia C-931 de 2014. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.]

Corte Constitucional. (31 de Mayo de 2001) Sentencia T -433 de 1998. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra]

Corte Constitucional. (03 de Septiembre de 1998) Sentencia T-461 de 1998. [MP Alfredo Beltrán Sierra]

Corte Constitucional. (08 de Septiembre de 1998) Sentencia T-476 de 1998. [MP Fabio Morón Díaz]

Corte Constitucional. (21 de enero de 1999) Sentencia T-013 de 1999. [MP Alfredo Beltrán Sierra]

Corte Constitucional. (17 de Marzo de 1999) Sentencia T-170 de 1999. [MP José Gregorio Hernández Galindo]

Corte Constitucional. (06 de Julio de 1999) Sentencia T-470 de 1999. [MP José Gregorio Hernández Galindo]

Corte Constitucional. (19 de Agosto de 1999) Sentencia T-605 de 1999. [MP Alfredo Beltrán Sierra]

Corte Constitucional. (28 de Marzo de 2000) Sentencia T-362 de 2000. [MP Antonio Barrera Carbonell]

Corte Constitucional. (15 de Mayo de 2000) Sentencia T-546 de 2000. [MP Vladimiro Naranjo Mesa]

Corte Constitucional. (24 de Julio de 2000) Sentencia T-944 de 2000. [MP Alejandro Martínez Caballero]

Corte Constitucional. (14 de Diciembre de 2000) Sentencia T—1755 de 2000. [MP Fabio Morón Díaz]

Corte Constitucional. (05 de Diciembre de 2002) Sentencia T-1084 de 2002. [MP Eduardo Montealegre Lynett]

Corte Constitucional. (05 de Diciembre de 2002) Sentencia T-1103 de 2002. [MP Manuel José Cepeda Espinosa ]

Corte Constitucional. (25 de Julio de 2005) Sentencia T-769 de 2005. [MP Clara Inés Vargas Hernández]

Corte Constitucional. (24 de Noviembre de 2005) Sentencia T-1202 de 2005. [MP Vladimir Naranjo Mesa]

Corte Constitucional. (22 de Mayo de 2006) Sentencia T-385 de 2006. [MP Clara Inés Vargas Hernández]

Corte Constitucional. (09 de Noviembre de 2006) Sentencia T-917 de 2006. [MP Manuel José Cepeda Espinosa]

Corte Constitucional. (31 de Mayo de 2007) Sentencia T-906 de 2007. [MP Mauricio González Cuervo]

Corte Constitucional. (07 de febrero de 2008) Sentencia T-095 de 2008. [MP Humberto Antonio Sierra Porto]



Corte Constitucional. (30 de Octubre de 2008) Sentencia T-1069 de 2008. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra]

Corte Constitucional. (15 de Septiembre de 2009) Sentencia T-635 de 2009. [MP Mauricio González Cuervo]

Corte Constitucional. (17 de Septiembre de 2009) Septiembre T-649 de 2009. [MP Mauricio Antonio Sierra Porto]

Corte Constitucional. (14 de Enero de 2010) Sentencia T-004 de 2010. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Corte Constitucional. (11 de Febrero de 2010) Sentencia T-083 de 2010. [MP Humberto Antonio Sierra Porto]

Corte Constitucional. (07 de Febrero de 2011) Sentencia T-075 de 2011. [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]

Corte Constitucional. (06 de Mayo de 2014) Sentencia T-276 de 2014. [MP María Victoria Calle Correa]

Corte Constitucional. (26 de Mayo de 1998) Sentencia SU-250 de 1998. [MP Alejandra Martínez Correa]

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ivcher Bronstein contra Perú. Sentencia del 6 de febrero de 2001.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 24 de mayo de 1960. [MP. Luis Fernando Paredes.]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de julio 30 de 1976 [MP. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de noviembre 12 de 1986, [MP. Juan Hernández Sáenz.]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 10 diciembre de 1990, [MP. Manuel Enrique Daza Álvarez]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de agosto 4 de 1992, [MP. Manuel Enrique Daza Álvarez.]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 25 de octubre de 1994.

[MP. Francisco Escobar Henríquez]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 15 de abril de 1998  
radicado 10400.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, Sentencia 17193 del 10 de julio de  
2002.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 23 de noviembre de  
2010. Magistrado Ponente: Camilo Tarquino Gallego. Radicación No. 39078 Acta  
No. 41.

DANE (2009). Metodología Informalidad Gran Encuesta Integrada De Hogares – GEIH,  
Bogotá, Colombia: Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE (2015). *Medición del Empleo Informal y Seguridad Social*. Trimestre abril – junio de 2015. Bogotá, Colombia:  
Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE (2016). *Medición del Empleo Informal y Seguridad Social*. Trimestre abril – junio de 2016. Bogotá, Colombia: Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE.

Demsetz, H. (1988) The Theory of the Firm Revisited. *Journal of Law, Economics, & Organization* 4 (1): pp. 141-61.

De Soto, H., Gherzi, E., y Ghibellini, M. (1986). *El Otro Sendero*. Lima, Perú: Editorial El Barranco.

De Soto, H. (1989). *The Other Path: The Invisible Revolution in the Third World*. New York: HarperCollins.

Díaz, M. (2004). *La Gestión del Potencial Humano en las Organizaciones. Una Propuesta Metodológica desde la Psicología*. Tesis en opción al grado de Doctora en Ciencias Psicológicas. Ciudad de La Habana, Cuba: Facultad de Psicología de la Universidad de La Habana.

Douglas, M., (1992). *Risk and Blame*. New York: Routledge.

Escobar, J. y Cuervo, A. (2008). Validez de contenido y juicio de expertos: una aproximación a su utilización. *Avances en Medición*, 6, 27-36. Recuperado de [http://www.humanas.unal.edu.co/psicometria/files/7113/8574/5708/Articulo3\\_Juicio\\_de\\_expertos\\_27-36.pdf](http://www.humanas.unal.edu.co/psicometria/files/7113/8574/5708/Articulo3_Juicio_de_expertos_27-36.pdf)

Espiñeira, Sheldon y Asociados (2008). Riesgo Legal desde la Perspectiva del Riesgo Operacional. *Boletín de Asesoría Gerencial*, (8), 1-9. Recuperado de <https://www.pwc.com/ve/es/asesoria-gerencial/boletin/assets/boletin-advisory-edicion-08-2008.pdf>

Farné, S. y Rodríguez, D. (2013). ¿Bajar los impuestos al trabajo genera empleo?. *Cuadernos de Trabajo*. (14) Departamento de seguridad social y mercado de trabajo. Observatorio del mercado de trabajo y la seguridad social de la Universidad Externado de Colombia.

Facultad de Ciencias Económicas (2007). *Historia de la Unidad de Emprendimiento*. Recuperado de [http://www.fcenew.unal.edu.co/Emprendimiento/contenidos.php?id\\_cont=histo1](http://www.fcenew.unal.edu.co/Emprendimiento/contenidos.php?id_cont=histo1)

Feria, J. (2015). *La Banca en Internet: Riesgos Implícitos*. Recuperado de: <http://thales.cica.es/rd/Recursos/rd98/Economia/02/texto3.html>

Figueroa, G. (2015). *Derecho colectivo del trabajo*. Bogotá, Colombia: Temis.

Franco, O. (1994). *La contratación administrativa: comentarios a la ley 80 de 1993*. Medellín, Colombia: Abogados Librería.

Gallego, C. y Naranjo C. (2003). *Gestión Humana y Legislación Laboral*. Manizales, Colombia: Universidad Autónoma de Manizales.

Gámez, J. (2013). *Emprendimiento y creación de empresa*. Bogotá: Ediciones Unisalle.

Gartner, W. (1989). "Who Is an Entrepreneur?" *Is the Wrong Question*. *Entrepreneurship Theory and Practice*, 47-68.

Garicano, L. (2000). *Hierarchies and the Organization of Knowledge in Production- Journal of Political Economy*. 108 (5). pp. 874-904.

Gobierno Nacional, (4 de septiembre de 1965). [Decreto 2351 de 1965]

Gobierno Nacional, (5 de agosto 1950) [Decreto Ley 2663 de 1950] Código Sustantivo del Trabajo.

Gobierno Nacional (4 de septiembre de 1956) [Decreto 2351 de 1965]

Gobierno Nacional (22 de junio de 1994) [Decreto 1295 de 1994]

Gobierno Nacional (3 de agosto 1994) [Decreto 1772 de 1994]

Gobierno Nacional (30 de abril 1998) [Decreto 806 de 1998]

Gobierno Nacional (28 de julio de 1999) [Decreto 1406 de 1999]

Gobierno Nacional (10 de mayo de 2005) [Decreto 1465 de 2005]

Gobierno Nacional (4 diciembre de 2006) [Decreto 4369 de 2006]

Gobierno Nacional, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. (2006). *Mipymes – Portal Empresarial Colombiano*. Recuperado de <http://www.mincit.gov.co/mipymes/publicaciones.php?id=21830>

Gobierno Nacional, Ministerio de Protección Social (2011). *Guía nacional y regional de emprendimiento*. Bogotá, Colombia: Ministerio de Protección Social.

Gobierno Nacional (1 de noviembre de 2011) [Decreto 4085 de 2011]

Gobierno Nacional (10 de enero de 2012) [Decreto-Ley 19 de 2012]

Gobierno Nacional (15 de abril de 2013) [Decreto 723 de 2013]

Gobierno Nacional (31 de julio de 2014) [Decreto 1443 de 2014]

Gobierno Nacional (26 de mayo de 2015) [Decreto 1072 de 2015]

Gobierno Nacional (26 de mayo de 2015) [Decreto 1071 de 2015]

Gobierno Nacional, Ministerio del Trabajo de Colombia (2016) *Salud en el Trabajo (Sg-Sst) Guía Técnica de Implementación para Mipymes*. Bogotá: Autor.

González, G. (1990). *Derecho Colectivo del Trabajo*. Bogotá, Colombia: Dike.

Gutiérrez, M. (2010). *Aproximaciones al estudio del "riesgo"*. Revista Colombiana de Psicología; núm. 8 (1999): Psicología, psicoanálisis y salud; 48-59 2344-8644 0121-5469 . – Recuperado de: <http://www.bdigital.unal.edu.co/20040/#sthash.PDWz5bPc.dpuf>

Guataqui, J.C., García-Suaza A. y Rodríguez-Acosta M. (2011). El perfil de la informalidad laboral en Colombia. *Serie documentos de trabajo* 95, Marzo de 2011. Universidad del Rosario: Facultad de Economía.



- Hanson, N. R. (1977). *Patrones de descubrimiento. Observación y explicación*. Madrid: Alianza Universidad.
- Hart, J.K. (1970). Small-Scale Entrepreneurs in Ghana and Development Planning, *The journal of development Studies*, Vol. 6, p. 104-120.
- Hart, H. (1994). *The concept of law*. Oxford: Clarendon press.
- Hayek, F. (1945). The Use of Knowledge in Society. *The American Economic Review* 35 (4): pp. 519-530
- Hirschman, A. (1970). *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations and States*. Cambridge: Harvard University Press.
- Holton, G. (2004). *Defining risk*. *Financial Analyst Journal*, 6, 19-25. Recuperado de <http://www.riskexpertise.com>
- Hussain, M., Sultan, J., e Ilyas, S. (2011). Entrepreneurship and economic growth. *Interdisciplinary Journal of Contemporary research in Business*, 2(12), 745-751.

Hansson, S. (2007). *Risk*. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stockholm: Department of Philosophy and the History of Technology, Royal Institute of Technology (KTH).

International Organization for Standardization (2016). *Management and leadership standards*. Recuperado de [http://web.archive.org/web/20120503200953/http://www.iso.org/iso/iso\\_catalogue/management\\_and\\_leadership\\_standards/risk\\_management.htm](http://web.archive.org/web/20120503200953/http://www.iso.org/iso/iso_catalogue/management_and_leadership_standards/risk_management.htm)

Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación - ICONTEC (2006). *Norma Técnica Colombiana NTC 5254. Gestión de Riesgo*. Bogotá, Colombia: Autor.

Isaza, G. (2016). *Derecho Laboral Aplicado*. Bogotá, Colombia: Leyer.

Jaramillo, O. (2005). Gestión del talento humano en la micro, pequeña y mediana empresa vinculada al programa Expopyme de la Universidad del Norte en los sectores de confecciones y alimentos. *Pensamiento y gestión* (18), 103-137

Jensen, M. y Meckling., W. (1992). Specific and General Knowledge and Organizational Structure. En Werin, L. y Wijkander, H. (Ed), *Contract Economics*. Massachusetts: Basil Blackwell.

- Jiménez, D. (2012). La informalidad laboral en América Latina: ¿explicación estructuralista o institucionalista? *Cuadernos de Economía*, 31(58), 113-143.
- Jorion, P. (2007). *Value at Risk-The New Benchmark For Managing Financial Risk*. New York: McGraw-Hill
- Kenny, M. (2004/2005) Legal risk and the financier. *Network and Correspondent Banking Review* 22-24.
- Keskitalo, P. (2000) *From assumptions to risk management: an analysis of risk management for changing circumstances in commercial contracts, especially in the Nordic countries: the theory of contractual risk management and the default norms of risk allocation*. Helsinki: Kauppakaari.
- Knight, F. H. (1921). *Risk, uncertainty and profit*. Boston: Houghton Mifflin.
- Koprinarov, B. (2005). *El riesgo empresarial y su gestión*. Artículo electrónico. *Análitica.com*. Sección economía y petróleo. Recuperado de <http://www.analitica.com/va/economia/opinion/5753437.asp>
- Luhmann, N. (1993). *Risk: a sociological theory*. Translated by Rhodes Barret. New York: Aldine de Gruyter, 8.

Loayza, N. (1997). *The Economics an Increase in the Size of the Informal Sector Hurts Growth of the Informal Sector. A simple model and some empirical evidence from Latin America* (TheWorld Bank Policy Research Department n.o 1727). Washington: Banco Mundial.

Le Breton. D. (1995). *La sociologie du risque. Colleition Que-sais-je?* Paris: P.u.F.

Levenson A. y Maloney, W. (1998). *The informal Sector, Firm Dynamics, and Institutional Participation*. Research Working Paper, World Bank

López, J. (2016). *Derecho laboral Individual*. Bogotá Colombia: Ibáñez.

Low, M., y MacMillan, I. (1988). Entrepreneurship: Past Research and Future Challenges. *Journal of Management*. 14 (2), pp. 139-161.

Mccormick, R. (2004). *The Management of Legal Risk by Financial Institutions*. Recuperado de [http://www.federalreserve.gov/SECRS/2005/August/20050818/OP-1189/OP-1189\\_2\\_1.pdf](http://www.federalreserve.gov/SECRS/2005/August/20050818/OP-1189/OP-1189_2_1.pdf).

Mahler, T. y Bing, J. (2006). Contractual Risk Management in an ICT Context - Searching for a Possible Interface between Legal Methods and Risk Analysis. *Scandinavian Studies in Law* (49) pp 339-358.

Mahler, T. (2009). Una definición de riesgo legal(1) Revista N° 22 Ene.-Mar. [http://legal.legis.com.co/document?obra=rmercantil&document=rmercantil\\_7680752a8010404ce0430a010151404c](http://legal.legis.com.co/document?obra=rmercantil&document=rmercantil_7680752a8010404ce0430a010151404c)

Maloney, William (2003). *Informality revisited*, Policy Research Working Paper, No. 2965. World Bank. Recuperado de: [http://www.wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2003/02/15/000094946\\_03020404041122/Rendered/PDF/multi0page.pdf](http://www.wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2003/02/15/000094946_03020404041122/Rendered/PDF/multi0page.pdf) (julio de 2012)

Martin, A., Quinn, K., Ruger, T. & Kim, P. (2004). Competing Approaches to Predicting Supreme Court Decision Making. *Perspectives on Politics* 2(04), 761-767.

Martín, M. C. (2004). Diseño y validación de cuestionarios. En *Matronas Profesión*, 5 (17), pp.23-29. Recuperado de [http://enferpro.com/documentos/validacion\\_cuestionarios.pdf](http://enferpro.com/documentos/validacion_cuestionarios.pdf)

Martínez, M. (1998). *La investigación cualitativa etnográfica en educación*. Bogotá: Círculo de lectura Alternativa.

Medina, S. y Restrepo, J. (2013). Estimación de la utilidad en riesgo de una empresa de transmisión de energía eléctrica considerando variables económicas. Cuadernos de Economía, 32(59), 103-137.

Mejía, R. (2006). *Administración del Riesgo un enfoque empresarial*. Medellín: Fondo editorial Universidad EAFIT.

Menguzato, M y Renau, J (1991). *La Dirección Estratégica de la Empresa*, Barcelona: Editorial Ariel.

Mizuno, S. (1988). *Company Wide Quality Control*. Tokyo, Japan: Asian Productivity Organization.

Obando, J. (2016). *El Derecho Laboral*. Bogotá, Colombia: Temis.

Morin, M. (2005). El derecho del trabajo ante los nuevos modos de organización de la empresa. *Revista Internacional del Trabajo*, 124(1). Recuperado de <http://onlinelibrary.wiley.com.ezproxy.unal.edu.co/doi/10.1111/j.1564913X.2005.tb00350.x/epdf>

Organización Internacional del Trabajo - OIT (2014). *Políticas para la formalización de las micro y pequeñas empresas en Colombia*. Programa de Promoción de la Formalización en América Latina y el Caribe. Organización Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo – OIT (1994). *Reglamentos y procedimientos disciplinarios*. Publicación digital, Ginebra. Recuperado de [http://staging.ilo.org/public/libdoc/ilo/1994/94B09\\_173\\_span.pdf](http://staging.ilo.org/public/libdoc/ilo/1994/94B09_173_span.pdf)

Organización Internacional de Normalización. (2009). Norma Internacional ISO 31000:2009. *Gestión del Riesgo. Principios y directrices*. Bogotá, Colombia: Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2015). *Estudios económicos de la OCDE Colombia*. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Recuperado de [http://www.oecd.org/eco/surveys/Overview\\_Colombia\\_ESP.pdf](http://www.oecd.org/eco/surveys/Overview_Colombia_ESP.pdf)

Palacio, J. y Álvarez C. (2004). *El mercado de trabajo análisis y políticas*. Madrid, España: Akal Economía actual.

Parellada, F. (2001). *Prólogo del libro Creación de Empresas de Base Tecnológica y Desarrollo Territorial*. Madrid, España: Fundación Cotec.

- Perry, G.; Maloney, W.; Arias, O.; Fajnzylber, P.; Mason, A. y Saavedra J. (2007). *Informalidad: Escape y exclusión, Estudios del Banco Mundial sobre América Latina y el Caribe*. Recuperado de <http://www.hacienda.go.cr/cifh/sidovih/uploads/archivos/Articulo/Informalidad%20escape%20y%20exclusion.pdf> (Septiembre de 2012)
- Pineda, J. A. (2008). Informalidad y calidad de empleo. En: Lopez C. M. (et. al.) *Vías y escenarios de la transformación laboral: aproximaciones teóricas y nuevos problemas*. 281-305. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Pollack, M & Jusidman, C. (1997). *El Sector Informal Urbano desde la Perspectiva de Género: El Caso de México*. Santiago de Chile: CEPAL Unidad Mujer y Desarrollo.
- Porras, J. (2006). *Diseño conceptual del emprendimiento para el desarrollo regional en la perspectiva de la complejidad autopoiesica*. (Tesis de Maestría), Universidad Nacional de Colombia - Sede Manizales.
- Porret, M. (2010). *Gestión de Personas. Manual para la gestión del capital humano en las organizaciones*. Madrid, España: ESIC.



Portes, A. (1994). The informal economy and Its Paradoxes En: Neil Smelser y Richard Swedberg (eds.), *The handbook of economic sociology*, Princeton University Press, p. 7-39.

Poumadere, M. (1995). Enjeux de la eommunication publique des risques pour la santé et l'environement. *Revue européenne de Psychologie Apliqué.* 45 (1), 8

Prieto, G. y Delgado. A.R. (2010). Fiabilidad y validez. *Papeles del Psicólogo*, 31 (1), 67-74. Recuperado de [www.papelesdelpsicologo.es/vernumero.asp?id=1797](http://www.papelesdelpsicologo.es/vernumero.asp?id=1797)

Procuraduría General de la Nación - PGN (2011). Trabajo digno y decente en Colombia. *Seguimiento y control preventivo a las políticas públicas*. Recuperado de [http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Trabajo%20digno%20y%20decente%20en%20Colombia\\_%20Seguimiento%20y%20control%20preventivo%20a%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas\(1\).pdf](http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Trabajo%20digno%20y%20decente%20en%20Colombia_%20Seguimiento%20y%20control%20preventivo%20a%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas(1).pdf)

Project Management Institute (2000). *A guide to the Project Management Body of Knowledge*. Pennsylvania, USA: Project Management Institute.

Puerto, D. (2011). *La gestión del riesgo en salud en Colombia*. Trabajo final presentado como requisito parcial para optar al título de: Maestría en Administración Línea de

Profundización. Universidad Nacional de Colombia Facultad de Ciencias Económicas. Bogotá, Colombia.

Puchol, L. (1994). *Dirección y Gestión de Recursos Humanos*. Madrid, España: Ediciones Perspectiva y Prospectiva.

QUANTIL (2013). *Informe Final Modelo Probabilístico del Éxito de las Demandas en Contra del Estado*. Bogotá: Autor.

Quintanilla, I (1991). *Recursos Humanos y Marketing Interno*. Madrid, España: Ed. Pirámide.

Rodríguez, A. (2003). *La realidad de la Pyme colombiana. Desafío para el desarrollo*, Bogotá, Colombia: Fundes.

Rodríguez, A. (2009). Nuevas Perspectivas para Entender el Emprendimiento Empresarial. *Pensamiento & Gestión*. (1) 94-119.

Rodríguez, J.A. (2000). *El contrato de Trabajo*. Bogotá, Colombia: Leyer.

- Rodríguez, J. (2012). *Guía Relaciones Laborales y Prestacionales. OIT, Principios, Historia, Contratos, Jornadas, Prestaciones Sociales, Indemnizaciones, Sanciones, Ineficacia de despidos, tercerización*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.
- Sánchez, R. (2013). Enfoques, conceptos y metodologías de medición de la informalidad laboral en Colombia. *Lecturas de Economía*, (79), 9-43.
- Sand, E. (1983). Comportement arisqué. *Rapport de la journée d" étude du* (4), pp. 575.
- Santa María, M. y Rozo, S. (2009). Análisis cualitativo y cuantitativo de la informalidad empresarial en Colombia. *Desarrollo y Sociedad Primer Semestre de 2009*, 269-296.
- Sharma, P., y Chrisman, S. (1999). Toward a reconciliation of the definitional issues in the field of corporate entrepreneurship. En *Entrepreneurship Theory and Practice* 23(3).11-27.
- Sikula F. y Mc Kenma, F. (1989). *Administración de Recursos Humanos. Conceptos Prácticos*. México D.F.: Editorial Limusa.
- Stake, R. (2007). *Investigación con estudio de casos*. Madrid, España: Ediciones Morata.

Soto, E. y Dolan, S. (2003). *Las PYMES antes del reto del siglo XXI: Los nuevos mercados globales*. México: Thomson.

Superintendencia Financiera de Colombia (2014). *Circular Externa 029 de 2014*. Recuperada de <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=19173>

Thompson, A y Strickland, A. (1999). *Strategic Management-Concepts And Cases*. Tennessee: McGraw-Hill.

Timmons, J. (1999). *New Venture Creation: Entrepreneurship for the 21th Century*. Boston: Mc Graw Hill.

Tokman, V. (1992). *Beyond Regulation, the informal sector in Latin America*. New York: Lynne Rienner Publishers.

Tokman, V y Délano, M. (2001). *De la informalidad a la modernidad*. Santiago de Chile: Oficina Internacional del Trabajo.

Tokman, V. (2008). *Flexiguridad con informalidad: opciones y restricciones*. Santiago de Chile: Cepal

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali Sala Laboral con fecha del 11 de abril de 1975.

Wahlgren, P. (2003). *Juridisk riskanalys: mot en säkrare juridisk metod*. Stockholm: Jure.

Walker, J. (1980). *Human Resource Planning*. Ed . Mc Graw-Hill, Nueva York.

Witker, J. (2008). Derecho Económico y Derecho del Trabajo: las sinergias de la globalización. En: *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. No. 7, julio-diciembre de 2008, pp. 275-289.

Universidad Nacional de Colombia (2016a). *La UEI*. Recuperado de: <http://www.emprendimiento.unal.edu.co/inicio/uei>

Universidad Nacional de Colombia (2016b). *Talleres UEI*. Recuperado de: <http://www.emprendimiento.unal.edu.co/servicios/talleruei>

Universidad Nacional de Colombia (2016c). *Asesoría al emprendedor*. Recuperado de: <http://www.emprendimiento.unal.edu.co/servicios/asesoria-psicologia>

Universidad Nacional de Colombia (2016d). *Asesorías*. Recuperado de: <http://www.emprendimiento.unal.edu.co/servicios/asesorias>

Uribe J.I. y Ortiz C. H. (2006). *Informalidad Laboral en Colombia 1988-2000. Evolución, teorías y modelos*. Cali, Colombia: Programa Editorial Universidad del Valle,

Uribe J.I. y Ortiz C. H. (2006a). Una teoría general sobre la informalidad laboral: el caso colombiano, *Economía y Desarrollo*, Vol. 5, No. 2, pp. 213-273

Valdez, G. (2002). *Reforma al procedimiento laboral, ley 712 de 2001*. Bogotá, Colombia: Legis.

Varela V, R. (2001). *Innovación Empresarial. Arte y ciencia en la creación de empresas* Bogotá: Pearson Educación de Colombia Ltda.

Yin, R. (2014). *Case study research: Design and Methods (Quinta)*. Los Ángeles, USA: SAGE Publications.

Zarate, R., Arguelles, D., Aparicio S., Salcedo, C., Ibarra, A., Matiz, F., & Argote, M. (2013). *Emprendimiento: diferentes aproximaciones*. Bogotá: Universidad EAN.