



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

**CONDICIONES PARA LA CELEBRACION DE PACTOS DE EXCLUSION  
SALARIAL: Aportes para su precisión y delimitación en el derecho laboral  
colombiano**

**JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**

**Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Bogotá D.C., Colombia  
2011**

**CONDICIONES PARA LA CELEBRACION DE PACTOS DE EXCLUSION  
SALARIAL: Aportes para su precisión y delimitación en el derecho laboral  
colombiano**

**JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**

**Tesis presentada como requisito parcial para optar por el título de  
Magíster en Derecho**

**Director: Doctor JUAN CAMILO SALAS CARDONA**

**Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Bogotá D.C., Colombia**

**2011**

**APROBACIÓN**

**CONDICIONES PARA LA CELEBRACION DE PACTOS DE EXCLUSION  
SALARIAL: Aportes para su precisión y delimitación en el derecho laboral  
colombiano**

**Javier Antonio Fernández Sierra**

Trabajo de grado para optar al título de:

**MAGÍSTER EN DERECHO**

Profundización en Derecho del Trabajo y Seguridad Social

---

**Dr. Juan Camilo Salas Cardona**  
Director Tesis

---

**Dr. Carlos Luis Ayala Cáceres**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA  
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES  
MAESTRÍA EN DERECHO  
BOGOTÁ D.C., 2011**

## **DEDICATORIA**

A mis padres Manolo y Vicky e hijos Camilo, Santiago, Carolina y Sebastián

## **AGRADECIMIENTOS**

Cuando se propone la realización de un trabajo de investigación, se inicia una labor en la cual contribuyen de manera directa los docentes, a quienes debo presentar mi gratitud por los aportes invaluableles que de una u otra manera aparecen plasmados en el trabajo. De manera particular debo reconocer la orientación y apoyo de los jurados Doctores Juan Camilo Salas Cardona y Carlos Luis Ayala Cáceres. También debo agradecer a las personas que contribuyeron con sus manifestaciones de entusiasmo y colaboración en la elaboración del trabajo como mis compañeros de curso, mi hermana Myriam y mi auxiliar Libia Muñoz. Pero igualmente debo agradecer a mi familia por su comprensión por las horas no compartidas para dedicarlas a la realización del trabajo.

Sólo pueden pretender validez aquellas normas que pudiesen contar con el asentimiento de todos los afectados como participantes en un discurso práctico. En las sociedades modernas, sólo es posible una comprensión pacífica cuando los ciudadanos acuerdan mutuamente sus propios intereses. (Habermas, J. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid: Trotta. 2000. p. 16)

## RESUMEN

Se presenta de manera descriptiva el concepto de autonomía de la voluntad y de salario con base en la doctrina nacional e internacional y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional para interpretar los lineamientos legales de los pactos o acuerdos de voluntad entre empleador y trabajador sobre exclusión salarial y el desarrollo que la jurisprudencia le ha otorgado a los mismos. El Estado como garante de las libertades individuales y el orden colectivo, tiene la potestad de delimitar el alcance de los acuerdos que entre dos entes autónomos puedan celebrar, con la finalidad de restablecer el equilibrio en las relaciones asimétricas, resultado de la dinámica propia del mercado. Se concluye que, aunque, la autonomía de la voluntad es un principio fundamental que un Estado Social de Derecho debe garantizar, ésta se encuentra limitada por los principios que rigen dicho estado y por la normatividad que regula el derecho del trabajo, para preservar el derecho a una remuneración por el trabajo, que garantice una vida digna tanto para el trabajador como para su familia.

**Palabras clave:** *salario, autonomía de la voluntad, acuerdos de exclusión salarial, Estado social de derecho, libre mercado.*

## ABSTRACT

This paper presents the concept of autonomy and salary based on national and international doctrine and jurisprudence of the Supreme Court and the Constitutional Court to interpret the legal guidelines of the covenants or agreements will among employers and workers on salary exclusion clause and jurisprudence development has given to them. The State as guarantor of individual freedoms and collective order, has the power to define the scope of the agreements between two autonomous entities can be hold in order to restore the balance in asymmetric relationships, consequence of market dynamics. The conclusion is that, the autonomy is a fundamental right that the Rule of Law must ensure; however, is limited by the principles that govern the state through regulations governing the right to remuneration for work, in such a way that guarantees a dignified life for both the worker and his family.

**Keywords:** *salary, autonomy, excluding wage agreements, Rule of Law, free market.*

## CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	
Capítulo 1.	18
<b>Autonomía de la voluntad en materia laboral desarrollos doctrinales a propósito de los pactos de exclusión salarial.</b>	
1.1 Concepto de autonomía de la voluntad	19
1. 1.1 Vigencia de la Autonomía de la Voluntad	26
1.1.2 Jurisprudencia de la Corte Constitucional	31
1.2 Autonomía de la voluntad en materia del derecho del trabajo	35
1.3 Estado Social de Derecho	39
1.3.1 Estado de Derecho	39
1.3.2 Estado Social de Derecho	42
1.3.3 Jurisprudencia Corte Constitucional.	45
Capítulo 2	49
<b>Concepto de salario dentro de los acuerdos de no incidencia salarial</b>	

2.1. Aproximación al concepto de salario.	50
2.2. Visión de la iglesia católica	55
2.3. Organizaciones internacionales	57
2.4. Organización internacional del trabajo	59
2.4.1. Normatividad de la OIT y su relación con el marco jurídico Colombiano	61
2.4.2. Convenio 95, relativo a la protección del salario, adoptado en 1949	63
2.4.3. Recomendación 85, sobre la protección del salario, 1949	66
2.4.4. Convenio 131, sobre la fijación de salarios mínimos, 1970	66
2.5. El salario en la Constitución	67
2.6. El salario en la ley	72
 Capítulo 3	 78
 <b>Pacto entre empleador y trabajador sobre sumas que no tienen incidencia salarial límite a los pactos sobre exclusión salarial.</b>	
 3.1 Aproximación a la Ley 50 de 1990.	 79
3.2 Regulación normativa	84
3.3. Sentencias corte constitucional	85
3.3.1 Sentencia C-521 de 1995	85
3.3.1.1 Definición de salario en la sentencia	85
3.3.1.2. Determinación del valor	86
3.3.1.3. Libertad contractual	89

3.3.2. Sentencia C-710 de 1996	91
3.4.Otras decisiones de la Corte Constitucional	94
3.4.1. Sentencia C-221 de 1992	94
3.4.2. Sentencia T-149 de 1995	96
3.4.3. Sentencia C-252 de 1995	97
3.4.4. Sentencia T-174 de 1997	98
3.4.5. Sentencia T- 727 de 1998	99
3.4.6. Sentencia C-892 de 2009	99
3.5. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral	101
3.5.1. Sentencia de 12 de febrero 1993. Radicación 5481	102
3.6. Otras decisiones de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral.	105
3.6.1. Sentencia de 25 de junio de 1996 Radicación 8269	105
3.6.2. Sentencia de 14 de noviembre de 2003 Radicación 20914	106
3.6.3. Sentencia de 27 de septiembre de 2004. Radicación 22069	107
3.6.4. Sentencia de 27 de mayo de 2009 Radicación 32657	109
3.6.5. Sentencia de 28 de julio de 2009 Radicación 35579	110
3.6.6. Sentencia de 25 de enero 2011Radicacion 37037	110
3.7. Derecho comparado	112
3.7.1 La Constitución de España.	112
3.7.2. Nivel normativo	113

## A manera de conclusiones

1.De las reglas, principios y valores en la teoría constitucional	119
---	-----

2. De las condiciones para celebrar pactos de exclusión salarial	124
BIBLIOGRAFIA	132

## GLOSARIO DE TÉRMINOS

**AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.** Poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas.

**CONTRATO DE TRABAJO.** Acuerdo por el cual una persona natural (trabajador) se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica (empleador), bajo dependencia o subordinación y a cambio de un salario.

**SALARIO.** La totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de trabajo computables como de trabajo.

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

**TRabajADOR.** Persona natural que realiza un servicio subordinado a favor de otra persona natural o jurídica.

**EMPLEADOR.** Persona o personas físicas o inmateriales que otorgan, generan o dan trabajo.

**PACTO DE EXCLUSIÓN SALARIAL.** Acuerdo entre empleador y trabajador en cuanto forma, límites y cuantía de los pagos que no constituyen salario.

**ESTADO SOCIAL DE DERECHO.** Es un estado de tipo democrático, que se caracteriza por el reconocimiento de derechos de índole individualista y de orden colectivista (económicos, sociales, culturales), con una idea de propiedad privada, pero sumada a la existencia de su función social, con una importante labor interventora del Estado en todos los niveles.

**NEOLIBERALISMO.** Política económica con énfasis tecnocrático y macroeconómico que pretende reducir al mínimo la intervención estatal en materia económica y social, defendiendo el libre mercado capitalista como mejor garante del equilibrio institucional y el crecimiento económico de un país, salvo ante la presencia de los denominados fallos del mercado.

## ABREVIATURAS

C.C.	Código Civil.
C.E.C.	Essentially Contested Concepts.
C.P.	Carta Política.
C.S.T.	Código Sustantivo del Trabajo.
E.T.	Estatuto de los Trabajadores.
O.I.T.	Organización Internacional del Trabajo.
O.N.U.	Organización de las Naciones Unidas.

## INTRODUCCIÓN

El presente informe corresponde a la investigación de carácter documental<sup>1</sup> con relación a los pactos o acuerdos de voluntad o de contrato que se celebra entre trabajador y empleador con el propósito de restarle incidencia salarial a ciertos beneficios o auxilios.

En el primer capítulo se presenta el tema sobre la Autonomía de La Voluntad, de manera descriptiva y general. Es este mismo capítulo, se discute sobre las limitaciones en el Estado Social de Derecho y el Derecho del Trabajo.

En el segundo capítulo se aborda el tema del Salario, desde diferentes puntos de vista, incluyendo normatividad internacional, la Constitución Política de Colombia de 1991, a partir de la cual se adoptó la fórmula política de Estado Social de Derecho y la ley. La descripción realizada en este capítulo se apoya con algunas citas jurisprudenciales.

Los temas tratados en los capítulos uno y dos se consideran pertinentes para examinar el objeto de la investigación relacionado con la celebración de pactos sobre sumas que no tienen incidencia salarial, límite a los pactos sobre exclusión salarial, teniendo en cuenta, precisamente, los dos grandes aspectos discutidos: la voluntad de las partes y el salario.

En el tercer capítulo, se aborda el tema de los pactos de exclusión salarial, de manera analítica, para lo cual se examinan sentencias de la Corte constitucional y de la Corte Suprema de Justicia: Sala Laboral; se efectúa una referencia al derecho comparado con España y se presenta las reflexiones con el examen de

---

<sup>1</sup> La investigación documental es una técnica que consiste en la selección y recopilación de información por medio de la lectura y crítica de documentos y materiales bibliográficos, de bibliotecas, hemerotecas, centros de documentación e información. (Baena, 1985. p. 72).

los conceptos de reglas, principios y valores dentro de la teoría constitucional. Esto, con el fin de establecer cuándo los trabajadores y empleadores pueden celebrar, válidamente, pactos de exclusión salarial y sus límites dentro del Estado Social del Derecho y el Derecho del Trabajo.

Se espera que esta investigación sea un aporte a nuevas investigaciones y al mundo jurídico del trabajo, con la concreción de elementos de juicio que permitan definir la facultad que confiere a las partes: trabajador y empleador, el inciso final del artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que modificó el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, su objeto y límites, para celebrar pactos de exclusión salarial.

### **Problema de investigación**

La posibilidad de celebrar pactos de exclusión salarial ha provocado, en la realidad social: inseguridad, conflictos, quejas y reclamos por parte de los asalariados, debido al uso indebido, por parte de los empleadores, de esta figura jurídica con el fin de simular pagos de naturaleza salarial en desmedro de los ingresos y liquidación de prestaciones e indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador.

Lo anterior ha derivado en conflictos en la jurisdicción ordinaria del trabajo y de la seguridad social y ante la Corte Constitucional mediante demandas de inexequibilidad y acciones de tutela, con el fin de determinar la validez de dichos pactos y la facultad de los empleadores de suscribirlos. De tal forma que es válido preguntarse: ¿Cuáles son los límites constitucionales para la firma de acuerdos de exclusión salarial? y ¿Hasta dónde la autonomía de la voluntad puede primar sobre el derecho a la remuneración justa por el trabajo?

## **Hipótesis de trabajo**

En esta investigación partimos de la premisa de que sólo con una perfecta delimitación de lo que se entiende por salario y la clarificación sobre los límites a la autonomía de la voluntad es posible constituir pactos entre trabajadores y empleadores que sean acordes con la ley y que no vulneren los derechos de los trabajadores a un salario digno y suficiente.

## **Justificación**

Los pactos de exclusión salarial son acuerdos entre empleador y trabajadores, mediante los cuales se determina los pagos que no se tendrán en incidencia para liquidar prestaciones sociales o indemnizaciones. Dichos acuerdos están amparados por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, al facultar a los empleadores y trabajadores para disponer qué no constituye salario en dinero o especie, beneficios o auxilios habituales u ocasionales. Sin embargo, dicha disposición ha desencadenado diversos conflictos entre las partes, por el mal uso, dado por los empleadores, de esta facultad con el consecuente detrimento del derecho de la remuneración del trabajador.

Lo anterior, hace necesario la revisión y clarificación del concepto de salario y de los lineamientos constitucionales a la autonomía de la voluntad, para especificar en qué condiciones es apropiado y está bajo el amparo de la Constitución y de ley, los acuerdos de exclusión salarial.

## **Metodología**

La presente es una investigación de tipo descriptivo-documental y se basa en la consulta de bibliografía y jurisprudencia colombiana y española sobre el concepto de salario y autonomía de la voluntad como elementos indispensables para el análisis de los pactos de exclusión salarial.

## **Objetivo General**

Nos trazamos como objetivo, con la presente investigación, establecer los límites constitucionales y legales para la firma de acuerdos de exclusión salarial entre trabajadores y empleadores en Colombia.

## **Objetivos Específicos**

1. Revisar la jurisprudencia y conceptualizaciones sobre la autonomía de la voluntad en materia laboral.
2. Analizar las definiciones jurídicas, económicas y sociales del concepto de salario.
3. Describir las características legales de los pactos de exclusión salarial en Colombia.

## **Resultados Esperados**

Esta investigación pretende aportar en la delimitación de los alcances de la autonomía de la voluntad en la firma de pactos de exclusión salarial, por lo que se espera sirva de material de consulta para trabajadores, empleadores y funcionarios judiciales para que obtengan elementos objetivos en la celebración de dichos acuerdos, y examen de los mismos.

## CAPÍTULO 1

### **Autonomía de la voluntad en materia laboral. Desarrollos doctrinales a propósito de los pactos de exclusión salarial**

La exposición del concepto de autonomía de la voluntad se apoyará en varios tratadistas y jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Para concluir que, el hombre desde cuando adoptó el pacto social, la autonomía de la voluntad nunca ha sido absoluta y en cada época, de acuerdo con el contexto social, económico y político presenta determinadas limitaciones.

Por lo anterior, la autonomía de la voluntad puede ser tratada desde diferentes puntos de vista y contextos, ya que conlleva a reflexiones de orden filosófico, político y económico. Para efectos del presente trabajo, por ser los pactos de exclusión salarial un acuerdo, se expondrá de manera descriptiva la autonomía de la voluntad en los contratos.

A través del tiempo, la discusión sobre la intervención de la voluntad en la conformación del contrato no ha sido uniforme; ha recorrido el camino de ser reconocida como dominante hasta estimarse como relativa, sin embargo tales posiciones extremas no afectan el contrato.

En la actualidad, en Colombia con la consagración del Estado Social de Derecho en la Constitución de 1991, la autonomía de la voluntad se encuentra limitada por la voluntad de los mismos contratantes, por la regulación normativa, por los principios que emanan de la Constitución y por el denominado bloque de constitucionalidad.

## 1.1 Concepto de autonomía de la voluntad

Los códigos expedidos a comienzos del siglo XIX, al regular la estructura de la teoría de los contratos, la fundamentaban en cuatro pilares “el de la autonomía de la voluntad privada; el del consensualismo; el principio *pacta sunt servanda* o que el contrato es ley para las partes y, finalmente, el principio de ejecución de buena fe de los contratos”<sup>2</sup>.

Señala Suescún<sup>3</sup> que los codificadores entendieron la autonomía de la voluntad como creadora de derecho, por el mero querer de las personas, lo que logran a través del contrato, en cuanto crean derechos y obligaciones, por lo que equiparan contrato y ley, es decir, que se trata de una voluntad creadora de reglas de derecho igual que la ley.

Lo anterior es ratificado por Rescigno, en la escuela natural del derecho, “al exaltar la primacía de la razón, y la escuela histórica, al valorizar el espíritu popular, concluían, ambas, reconociendo un poder creativo de derecho a la voluntad de los particulares, y a la libertad que creían descubrir y tener que situar en la raíz de la voluntad”<sup>4</sup>. En tanto que al contrato Bianca lo define como “el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ella una relación jurídica patrimonial”<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> SUESCUN M., Jorge. Derecho Privado Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo Tomo II. Bogotá. LEGIS S.A. Segunda Edición 2004. p. 2

<sup>3</sup>Ibíd. p. 2

<sup>4</sup> RESCIGNO, Pietro. Apuntes sobre la autonomía negociar. En: El contrato en el sistema jurídico latinoamericano (T. II), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 100.

<sup>5</sup> BIANCA, Massimo. Derecho civil T. 3. El Contrato, Traducción HINESTROSA, Fernando y CORTÉS, Edgar. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 23.

De esta manera, se relacionan elementos constitutivos del contrato, el acuerdo, el objeto, la causa, y la forma cuando esta es necesaria. Así mismo, el acuerdo como consentimiento recíproco de las partes, el objeto el contenido negocial. En decir, aquello que las partes establecen o programan y también lo es la realidad material o jurídica sobre la que recaen los efectos del contrato; la función práctica del contrato, el interés a cuya satisfacción está dirigida y la forma como el medio por el cual se manifiesta la voluntad contractual.

Es importante resaltar que el contrato, encuadra dentro de la categoría del negocio jurídico, lo cual tiene relevancia para distinguir los actos jurídicos<sup>6</sup> entre actos de la autonomía de la voluntad y actos jurídicos en sentido estricto. De ahí que pueda definirse que el negocio jurídico es acto de autonomía privada, en la cual entra la figura el contrato, pero no la única<sup>7</sup>.

También, es necesario aclarar que las partes en virtud de la autonomía de la voluntad concurren al contrato, del cual surgen obligaciones, aunque no todas tienen su origen en el mismo; es decir que la fuente de las obligaciones no es sólo el contrato, sino que éstas tiene diversas fuentes. Marcel Planiol expone que:

“La teoría general de las obligaciones tiene una importancia doctrinal extrema. Cuando se la separa de la teoría de los contratos y de la de los delitos, a las que se encuentra mezclada en el Código Civil, es decir, cuando se toma la obligación, abstracción hecha de sus diversas fuentes, se ve aparecer en ella la parte más general de la ley, la que contiene todas las nociones fundamentales de la ciencia del derecho; todas las relaciones que existen entre los hombres, a lo menos todas aquellas que las leyes rigen, se reducen a la idea de obligación: ninguna cuestión de orden jurídico se puede concebir fuera de esta idea; allí donde no hay obligación nada tiene que ver el derecho

---

<sup>6</sup> Se distinguen los actos jurídicos de los hechos jurídicos, los primeros son producto de la manifestación de la voluntad encaminada a la producción de efectos jurídicos, es decir que se realiza con la intención de producir efectos en el derecho y, en cambio, los segundos corresponden a todo reconocimiento al que la ley liga una consecuencia jurídica, sea porque emanan de la naturaleza o sea porque el hombre los ejecuta sin la intención de producir tal efecto, sobre el particular se puede examinar MONROY CABRA, *Marco Gerardo*. Introducción al Derecho. Decimocuarta edición. Editorial Temis 2006; p. 525-529.

<sup>7</sup> Bianca, califica como acto jurídico, en general, cualquier comportamiento humano jurídicamente relevante, y el negocio, dentro del ámbito jurídico, se distingue como acto mediante el cual el sujeto dispone de la propia esfera jurídica, esto es, como acto de autonomía privada. Op. Cit., p. 30.

y nada tiene que decir el jurista; puede ser esta una cuestión de arte, de moral o de economía política, pero no una cuestión de derecho. Todo problema de derecho se puede formular en estos términos: ¿qué es lo que tal persona puede exigir a tal otra?; es decir, tomando por el lado inverso la relación que las une: ¿a qué está obligado la segunda persona frente a la primera? Es, pues, siempre la verificación de un vínculo obligatorio a lo que se reduce todo problema de derecho, cualquiera que él sea; tal es la cuestión primordial que todas las otras encierran o implican<sup>8</sup>.

De manera particular podemos señalar como concepto de la autonomía privada, lo que nos indica Fernando Hinestrosa<sup>9</sup>:

“...puede entenderse en un sentido bastante próximo a su acepción etimológica: poder de darse a sí mismo normas, es la llamada autonomía normativa<sup>10</sup>, acepción hacia la cual se orienta la denominada teoría preceptiva al definir al negocio jurídico como un precepto de autonomía privada<sup>11</sup>, aun limitando el radio de acción de esta a “dar vida a situaciones aptas a dar vida a vínculos jurídicos entre particulares”<sup>12</sup>, en contraposición con el entendimiento del negocio jurídico como declaración de voluntad, creadora de los efectos jurídicos queridos por los autores de ella, y supuesto de hecho de tales efectos<sup>13</sup>. En fin, se puede concebir dicha autonomía como poder reconocido a los particulares “para disciplinar por sí mismos sus propias relaciones, atribuyéndoles una esfera de intereses y un poder de iniciativa para la reglamentación de los mismos”<sup>14</sup>, autonomía negocial que explica la concurrencia del poder de disposición particular con el poder normativo del ordenamiento y la colaboración entre ellos”.

En este sentido, la dimensión de la libertad, de acuerdo con el autor citado, comprende la decisión de contratar o no, la libertad de escoger con quién hacerlo, la libertad de selección de la figura más apropiada, la libertad del contenido de la disposición. Así como la libertad de celebrar el negocio por sí mismo o por medio

---

<sup>8</sup> PLANIOL y RIPERT. *Traité élémentaire de droit civil*. Citado por OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen general de las obligaciones. Editorial Temis S. A. Bogotá. 2008. p.1

<sup>9</sup> HINESTROSA, Fernando. *Función, límites y cargas de la autonomía privada*, Estudios de derecho privado. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986. p.11.

<sup>10</sup> “Significado creador del derecho de la autonomía privada y su función como fuente de derecho”: A. MANIGK, *Das rechtswirksame Verhalten*, Berlin, 1999, p. 84 y ss. “Fuentes de normas jurídicas destinadas a formar parte del mismo orden jurídico que las reconoce: E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. A. Martín Pérez, Madrid, 1959, p. 47. “La autonomía normativa se define como el poder atribuido a entes no soberanos para expedir norma jurídicas equiparables a las normas del ente soberano”: M.S. GIANINNI, *Autonomía publica, teoría geneale e dir. pubb.* EdD, IV, Milano, 1959, p.357. L. FERRI, *La autonomía privada*, trad. L. Sancho M. trad. S. Santis M. y M. Ayera R., Buenos Aires, 1964, p. 55 ss. Cfr. Para la crítica del negocio como acto de autonomía normativa: SCOGNAMIGLIO. ob. Cit., p. 142. ss.

<sup>11</sup>“BETTI, ob. Cit., p. 48 ss. Para la crítica, cfr. A PERLINGIERI, ob. Cit., p. 41 s.; SCOGNAMIGLIO, ob. cit. p. 73 ss. y 160 ss”.

<sup>12</sup> “BETTI, loc. cit.”

<sup>13</sup> “Cfr. G. STOLFI, *Teoría del negocio jurídico*, trad. J. Santos Briz, Madrid, 1959, p. 4 ss; L. CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, trad. M. Abaladejo, Madrid, 1956, p.= 57 ss. CALASSO, *Autonomía, storia*, EdD, IV, Milano 1959 p. 355. ENNECCERUS, NIPPERDEY, *Tratado de derecho civil*, trad. Pérez y Alguer, Barcelona, 2ª. D. 1950, I, 2, p. 55 y a. Para la crítica, cfr. a SCOGNAMIGLIO, ob. Cit., p. 44 ss”

<sup>14</sup>“Cfr. SCOGNAMIGLIO. ob. cit., p. 90; . ss; BETTI, ob. cit., p. 39 ss; P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, rist. 5ª. Ed., Napoli, 1983, p. 281 s., 285 y 288; S PUGLIATI, *Autonomía privada*, EdD, IV, Milano, 1959, p. 266, s; SANTORO-PASSARELLI, *Atto giuridico*, EdD, IV, Milano, 1959, p. 206”

de representante, libertad de forma de actuar o de expresarse y libertad de prevenir y realizar la terminación del contrato.

Desde la mirada de la autonomía, Monroy Cabra, señala que

“...la mayoría de autores definen la autonomía privada como la actividad y potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias, desplegadas por el mismo titular de ellas. No hay que confundir –como lo hacen ciertos autores- el concepto mismo de autonomía con su reconocimiento por parte del orden jurídico. La razón reside en que la sanción del derecho se presenta como algo posterior y como un reconocimiento más o menos amplio de la eficacia del poder jurídico de los particulares al convenir sus actos jurídicos”<sup>15</sup>.

El mismo autor indica que solamente puede plantearse el problema de la autonomía privada en los sistemas que “reconocen a las personas su libertad y sus derechos civiles y políticos como el de propiedad”<sup>16</sup>, por lo que concluye que es lógico que la mayor o menor extensión de la autonomía privada depende de la concepción político-filosófica que se adopte y de los límites que se crea conveniente imponer a la actividad de los particulares. A su vez, el orden jurídico reconoce a la autonomía de la voluntad como fuente de normas jurídicas, y como actividad y potestad creadora o extintora de relaciones jurídicas entre individuo e individuo.

La normatividad, tanto civil y comercial colombiana, consagran la autonomía de la voluntad en los siguientes términos: Artículo 1602 del Código Civil. “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

A su vez, del Código de Comercio en el Artículo 822 establece: “Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos,

---

<sup>15</sup> MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al derecho. Decimocuarto edición. Temis S. A. Bogotá. 2006. p. 543.

<sup>16</sup> *Ibíd.* p.543

interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa. La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley”.

Se resalta que el código de comercio guarda armonía, en principio, con el civil al remitir a las disposiciones de dicho estatuto en cuanto a la regulación de los contratos, aunque con la restricción, cuando exista regulación expresa en dicho estatuto, la cual cada día es mayor, en razón del desarrollo que presenta la dinámica del comercio.

Al analizar el artículo 1602 del C. C. Arrubla Paucar, extrae las siguientes características:

- a) “Toda persona es libre de contratar o no contratar, es decir, de celebrar acuerdo de voluntad con otra persona. Nadie está obligado a lo uno o a lo otro. Se conoce el principio de la libertad de contratación que es una expresión de la autonomía de la voluntad.
- b) Se considera el negocio jurídico como un acuerdo de voluntades, manifestación de la autonomía privada. Al negocio jurídico se le considera únicamente como un hecho jurídico, dejando aparte su aspecto normativo.
- c) Con su actividad negocial, los individuos buscan unos determinados efectos jurídicos, dirigidos a regular sus propios intereses.
- d) Una vez que los individuos deciden contratar, pueden crear los efectos que les parezca, con plena libertad, teniendo como únicas restricciones las del orden público y las buenas costumbres.
- e) Solamente las partes son aptas para determinarse, para buscar los efectos de su actuación negocial. Si el juez interviene debe limitarse a indagar la intención de los contratantes, pero de ninguna manera puede proceder a determinar los efectos jurídicos del negocio jurídico cumplido.
- f) Debe estarse más a la intención de los contratantes que al tenor literal de las palabras utilizadas.
- g) Si hay conflicto de legislaciones en el campo del derecho internacional privado, las partes pueden escoger a cuál de ellas se someten.
- h) La autonomía de la voluntad es un poder originario y soberano de los individuos y dentro de sí misma estriba la razón de validez del negocio jurídico.

- i) La voluntad privada crea derecho por sí misma; es fuente de derecho por su propia fuerza y en consecuencia el contrato es una ley para los contratantes<sup>17</sup>.

El reconocimiento de la autonomía de la voluntad, como creador de normas, como se expresó anteriormente se consideraba absoluto, bajo el presupuesto de que los individuos libres podían regular de manera autónoma sus relaciones, de acuerdo con sus intereses.

Lo anterior se expresa de manera amplia en el derecho privado, al establecerse la institución de la propiedad privada, como base esencial de un orden jurídico individualista, lo que conlleva la libertad de las personas para celebrar, mediante su propia voluntad, toda clase de actos o negocios jurídicos<sup>18</sup>.

De acuerdo con Melo<sup>19</sup> la concepción voluntarista del contrato reposaba en dos fundamentos: el de la igualdad y el de la libertad, de los cuales se derivaban diversas consecuencias y aplicaciones prácticas, por lo tanto se afirmaba que las personas son libres para celebrar contratos, pues no se les obligaba a ello, ya que cada individuo se encontraba en una situación de igualdad, dentro de la libertad, para decidir si contrataba o no. Lo cual era refrendado por la ley al asegurar las condiciones de libertad para la celebración del contrato a través de la exigencia de una capacidad de ejercicio y mediante sanción por vicios del consentimiento.

No obstante lo anterior, debe tenerse muy presente que como miembros de una comunidad, los actos son regulados por la normatividad, de tal manera que en nuestras relaciones permanentemente estamos celebrando contratos, es así como Morales sostiene que “el contrato constituye la mayor fuente de las

---

<sup>17</sup> ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles Tomo I, Biblioteca Jurídica Dike, Bogotá D.C., 12 Edición, 2007, p. 43 44.

<sup>18</sup> VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. Derecho Civil Tomo I Parte General y personas. Bogotá Editorial Temis S. A. 2006. Decimosexta edición p. 46

<sup>19</sup> SUESCUN MELO. Op. Cit., p.2

obligaciones, ya que las personas en muchos de sus actos cotidianos nos están contratando. La adquisición de bienes de consumo, el transporte público, la prestación de servicios, la recreación misma, son ejemplos sobre el particular<sup>20</sup>.

De otra parte, se advierte que como fenómeno social el principio de la autonomía de la voluntad, a través del tiempo, tiene una connotación ideológica que le otorga su contenido y alcance, al respecto Bianca<sup>21</sup>, al referirse a la clásica definición señala que el principio teórico de la libre voluntad creadora fue formulado por la Escuela iusnaturalista, que veía su fundamento en un derecho natural del hombre al disponer libremente de sus propias acciones como de sus bienes, y la idea del contrato como manifestación libre voluntad correspondió a la transformación cultural y económica impulsada por el advenimiento de la industria y del capitalismo moderno entre fines de 1700 y el 1800, que debía traer consigo la afirmación de una nueva sociedad liberal y burguesa. La libertad del contrato significaba esencialmente la libertad del mercado de trabajo y la libertad de los cambios, y estas libertades fueron el presupuesto necesario de la Revolución Industrial.

En consecuencia, se reitera que la autonomía de la voluntad no ha sido absoluta, sino que en cada momento histórico, de acuerdo con las condiciones, sociales, económicas y políticas, tiene una manifestación; de tal suerte que su contenido esta estrechamente vinculado al concepto predominante de derecho. Dentro del marco privado, se tiene una concepción voluntarista del contrato fundamentado en la igualdad y la libertad, conceptos que también tienen un contenido de acuerdo con el contexto social, por lo tanto para su análisis no debe separarse de tal circunstancia, así podemos afirmar que en el presente no se establece la igualdad y la libertad como categorías abstractas, como era propio del estado liberal, sino

---

<sup>20</sup> MORALES MOLINA, Hernando. Prólogo del libro De los principales contratos civiles de César Gómez Estrada.. Editorial Temis S. A., 2008.

<sup>21</sup> BIANCA. Op. Cit., p. 46

que se procura su realización, reconociendo que existen diferencias que deben ser superadas, lo cual se concreta como manifestación del estado social de derecho. Pero además, la autonomía de las partes, encuentra límites en el interés de los demás, en el denominado orden público, debiendo en consecuencia dirigir sus actos, a la realización de los fines establecidos en el pacto político adoptado por los colombianos en 1991, como precisaremos a continuación.

### **1.1. 1 Vigencia de la Autonomía de la Voluntad**

Se controvierte en la actualidad la vigencia de la autonomía de la voluntad, pues se presentan límites generados por la condición de los contratantes, así como también del interés de la sociedad, en el desarrollo de los mismos. Rescigno<sup>22</sup> sostiene que los desarrollos económicos, la superación de la economía fundada en un mercado restringido, la frecuencia difundida de contratos concluidos a distancia entre sujetos de fuerza desigual, condujeron en breve a un cambio radical de perspectiva.

La libertad de los particulares no es absoluta, pues deben actuar dentro de lo que se denomina el bien común, así: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.- La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.- La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones.- El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional...- La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”<sup>23</sup>, y los límites que contiene el denominado estado social de derecho, fórmula política adoptada

---

<sup>22</sup> RESCIGNO. Op. Cit., p.101

<sup>23</sup> Constitución Política. Artículo 33.

por Colombia en la constitución de 1991, la cual en su artículo 1° establece que: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”<sup>24</sup>. En el ámbito legal Colombiano los artículos 16, 603, 1518, inciso 3 y 1524 del Código Civil, contienen límites a la autonomía de la voluntad, encaminados a salvaguardar los intereses superiores de la colectividad<sup>25</sup>. Las posiciones más críticas de la doctrina clásica de la autonomía de la voluntad califican a los pilares de la libertad e igualdad de falacias:

La igualdad que se preconiza es meramente formal ante la ley, que no impide la desigualdad real y efectiva que surge de hondas diferencias sociales y económicas. Por tanto, se presupone que el derecho no parta de supuestos teóricos sino de hechos palpables y que, en consecuencia, trate de equilibrar las situaciones, al proteger al más débil... se sugiere que se dé a la libertad un contenido real, dejando de lado su postulación abstracta, lo que implica dotar a los individuos de los medios para su cabal ejercicio. La libertad existe cuando la voluntad puede decidir sin ceder ante la presión de las circunstancias que imponen un obrar determinado”<sup>26</sup>.

A su vez, expone Monroy que:

“...se ha reaccionado en la actualidad contra esa concepción racionalista, pues se ha dicho que la voluntad humana no es omnipotente y que su actividad debe ser desarrollada dentro de los marcos del bien común, del interés social, de la función social. La nueva legislación tiene una manifiesta tendencia dirigista y social que no compagina con el predominio de la autonomía privada, sino que, por el contrario, la restringe buscando una mejor justicia social, una mejor seguridad social, una mejor distribución de la riqueza, una mejor funcionalidad de los derechos y una mejor integración de la comunidad”<sup>27</sup>.

Como se observo el contenido del concepto de la autonomía de la voluntad, corresponde a la concepción de lo que se comprende como derecho, unido a la concepción política del estado, y al contexto social. No puede sostenerse que

---

<sup>24</sup> Constitución Política. Artículo 1.

<sup>25</sup> VALENCIA ZEA. Ob cit., p. 46

<sup>26</sup> SUESCUN. Op. Cit., p.3

<sup>27</sup> MONROY. Op. Cit., p. 548.

desaparezca la autonomía de la voluntad, pues sin ella los hombres no podrían convivir en sociedad, se quebrantaría la libertad y la dignidad humana, por lo tanto el fenómeno que se percibe es una mayor regulación, en unos casos débil y en otros fuerte, de sus consecuencias, pero en realidad, desde que el hombre celebró el pacto social, la autonomía de la voluntad siempre ha estado limitada.

En efecto, Hineirosa, afirma que “los conceptos jurídicos todos -y a esa constante no podría escapar el de la autonomía negocial- están sometidos a la relatividad histórica<sup>28</sup>, lo que hace su significado y su actuación varíen al compás de la mentalidad y las prácticas de los tiempos sucesivos, especialmente por lo que respecta a los dictados políticos de la sociedad”<sup>29</sup>.

Desde el punto de Hans Kelsen, sin entrar a examinar la controversia que genera sus conceptos, al plantearse el derecho como la técnica social de motivación directa e indirecta, se sienta como premisa que:

“La convivencia de los seres humanos se caracteriza porque sus relaciones mutuas quedan reguladas. La convivencia de los individuos, que es en sí misma un fenómeno biológico, pasa a ser un fenómeno social por el mero hecho de estar regulada. La sociedad es una convivencia ordenada o, más exactamente, es el orden de la convivencia de los individuos.” (...) “La función de un orden social es regular la conducta mutua entre los individuos -inducirlos a comportarse de un modo determinado, a actuar o abstenerse de actuar-. Para el individuo, el orden se presenta como un conjunto de reglas que determina cómo debe comportarse en relación a los demás. Estas reglas se les llaman normas”<sup>30</sup>.

Señala Kelsen que “el negocio jurídico típico es el contrato. En un contrato acuerdan las partes contratantes deber comportarse recíprocamente de determinada manera. Este deber es el sentido subjetivo del acto en que se da el

---

<sup>28</sup> “Cfr. RESCIGNO, Manuele, cit., 287s.; PERLINGIERI, Profili, cit., p.29 ss. Libertad e igualdad son conceptos históricamente cambiantes y que se han modificado de acuerdo con los principios democráticos: FRIEDMANN, Recht und sozial Wandel, cit., p. 104 s.; v. también 109 s.”

<sup>29</sup> HINESTROSA. Op. Cit., p. 15

<sup>30</sup> KELSEN, Hans: ¿Qué es justicia?. Traducción de CALSAMIGLIA, Albert. Editorial Ariel. Barcelona 1982. p.152..

negocio jurídico, pero también constituye su sentido objetivo, es decir, este acto es un hecho productor de normas jurídicas, en tanto y en cuanto el orden jurídico otorgue a ese hecho esa calidad, y se la otorga en tanto hace de la realización del hecho del negocio jurídico, junto con una conducta contraria a él, condición de una sanción civil”<sup>31</sup>.

En consecuencia, los seres humanos se encuentran dentro de unas normas, y por lo tanto las conductas se sujetan a las mismas, so pena de recibir una sanción; de tal suerte que el dogma de la libertad nunca ha sido absoluto. Como control al ordenamiento, bien sea a las normas que provienen del legislativo, o del poder negocial, se presentan los denominados límites materiales y límites formales. Al respecto indica Bobbio:

“Cuando un órgano superior atribuye un poder normativo a un órgano inferior, no le atribuye un poder ilimitado, puesto que al hacerlo establece también los límites dentro de los cuales puede ser ejercido dicho poder normativo. Tanto el ejercicio del poder negocial como el ejercicio del poder jurisdiccional están limitados por el poder legislativo, y este a su vez, está limitado por el poder constitucional. A medida que se descende a lo largo de la pirámide, el poder normativo está cada vez más circunscrito. Piénsese en la cantidad de poder atribuido a la fuente negocial con respecto a la atribuida a la fuente legislativa.- Los límites con los cuales el poder superior restringe y regula el poder inferior son de dos tipos diferentes: a) Relativos al contenido; b) Relativos a la forma”<sup>32</sup>.

El autor, se refiere al primer límite como aquel que tiene que ver con el contenido de la norma, que el inferior está autorizado a dictar y el segundo se refiere a la forma, al modo o al procedimiento por medio del cual el inferior debe dictar la norma, por lo que desde el punto de vista del inferior recibe un poder limitado en relación con lo que puede mandar o prohibir y respecto de cómo puede mandar o

---

<sup>31</sup> KELSEN, Hans: Teoría pura del derecho. Traducción del original en alemán por VERNENGO, J..Roberto. 15 edición.. Editorial Porrúa. México. 2007. p. 364

<sup>32</sup> BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho. Traducido por GUERRERO R., Jorge. Editorial Temis S. A., Bogotá. 2005. p. 165

prohibir, asimismo advierte que estos dos límites pueden imponerse al tiempo o se puede imponer uno sin el otro.

Por lo expuesto, la autonomía de la voluntad, como se ha indicado nunca ha sido absoluta, siempre ha tenido límites dentro del contexto histórico en que se desarrolla, y de manera particular en la normatividad, que impone límites y al mismo tiempo sanciones, para en caso de quebranto.

Dentro de la fórmula política de la constitución de 1991, de estado social de derecho, la autonomía de la voluntad, se desarrolla dentro de limitaciones, de una parte en cuanto al denominado “bien común”, y de otra respecto al fin del estado social de derecho de hacer realidad la igualdad y libertad, no como ideal, sino como realidad. Por lo tanto no existe una total autonomía de la voluntad, ya que debe desarrollar los mandatos del estado social de derecho, sin que pueda presentarse dicotomía entre la voluntad privada y los intereses de la colectividad.

Por último se enfatiza que para que exista libertad, como lo precisa Suescùn, la voluntad debe expresarse libre de la presión de circunstancias que impongan una determinada decisión, pues la decisión adoptada bajo el apremio de necesidades no es libre.

### **1.1.2 Jurisprudencia de la Corte Constitucional**

La Corte Constitucional de Colombia, se ha referido a la autonomía de la voluntad, precisando su contenido, alcance y límites en el estado social de derecho. En sentencia C-341 de 2006, examina la autonomía de la voluntad privada, señala que es la facultad reconocida por el ordenamiento a las personas para disponer de sus intereses con los límites del orden público y, las buenas costumbres.

En cuanto a su historia rememora la Corte Constitucional que tiene fundamento en la filosofía política francesa y el pensamiento económico liberal de la mitad del siglo XVIII y comienzo del XIX, y desde el punto de vista económico del postulado “*laisser faire, laisser passer*”(“dejar hacer, dejar pasar”), e igualmente se pone de presente que las conquistas de los movimientos sociales y la consideración del interés social o público como una entidad política y jurídica distinta e independiente de los intereses individuales y superior a éstos, inspiró la noción del Estado Social de Derecho y la intervención del mismo. Se refiere de manera particular a su consagración en el Código Civil, a la Constitución política de 1991, que estableció el Estado Social de Derecho fundado en el respecto de la dignidad humana, de la cual se derivan los derechos fundamentales de las personas y la prevalencia del interés general, y reitera que la autonomía de la voluntad se mantiene como regla general, pero con restricciones o excepciones por causa del interés social o público y el respeto de los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana. De manera particular al referirse al Estado Colombiano la Corte Constitucional, textualmente precisó:

“Dicha orientación social fue ampliada y consolidada en la Constitución Política de 1991, al establecer el Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, de la cual derivan los derechos fundamentales de las personas, y en la prevalencia del interés general, entre otros principios, y en el cual, sobre la base de la consagración de la propiedad privada (Art. 58) y la libertad de empresa (Art. 333), se reitera la función social de la propiedad (Art. 58), se señala que la iniciativa privada tiene como límite el bien común y se establece la función social de la empresa (Art. 333), se dispone que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado y se renueva la potestad del Estado de intervenir en ella, por mandato de la ley (Art. 334)”.

Como consecuencia, en el ordenamiento jurídico colombiano, la autonomía de la voluntad privada se mantiene como regla general, pero con restricciones o

excepciones por causa del interés social o público y el respeto de los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana<sup>33</sup>.

La Corte Constitucional en sentencia T-338 de 1993, ratificada posteriormente, entre otras, en C-529 de 2000, expone que la autonomía de la voluntad consiste en el reconocimiento de la eficacia jurídica de la manifestación de voluntad de los particulares, y el reconocimiento a estos para obrar libremente, en la determinación del contenido, alcance condiciones y modalidades de los actos jurídicos, con la observación de los requisitos exigidos, que obedecen a la protección de los propios sujetos, terceros y del interés general de la sociedad.

Igualmente como lo ha señalado la Corte Constitucional el grado de amplitud en la consagración positiva del postulado de la autonomía de la voluntad depende del grado de cultura y desarrollo de cada pueblo y de las concepciones filosófica, política en que se inspire el legislador, lo que pone de presente la necesidad de ubicar en un contexto dicho concepto para su cabal comprensión.

“La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos. La mayor o menor amplitud en la consagración positiva del postulado de la autonomía de la voluntad privada o, lo que es lo mismo, en el señalamiento del campo de acción del acto o negocio jurídico que es su expresión normal, depende principalmente del grado de cultura y desarrollo de cada pueblo y de las concepciones filosófico-políticas en que se inspire cada legislador”<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-341. 3 de mayo de 2006. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. Expediente D-6020.

<sup>34</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-338. 24 de agosto de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Expediente T-12.031

En sentencia T-468 de 2003 la Corte Constitucional, reitera que la autonomía de la voluntad privada es un postulado formulado por la doctrina Civilista Francesa de los Siglos XVIII y XIX, se refiere a las normas de la Constitución que la sustentan como el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 14), el derecho a la propiedad privada (art. 58), la libertad de asociación (arts. 38 y 39), la libertad económica, la libre iniciativa privada y la libertad de empresa (arts. 333 y 334).

Expone que se encuentra íntimamente ligado y vinculado a la dignidad de la persona humana, rememora su historia, precisando que surgió como un derecho subjetivo destinado a configurar un poder auto-regulador de los intereses particulares, se refiere a las transformaciones sociales, y señala como se presenta en la actualidad.

“A partir de la citadas consideraciones y de conformidad con lo previsto en la Constitución Política de 1991, la concepción moderna de la autonomía de la voluntad privada, supone la existencia de un poder dispositivo de regulación, pero sometido a la intervención normativa del Estado, de suerte que, lejos de entrañar un poder absoluto e ilimitado de regulación de los intereses de los particulares, como era lo propio del liberalismo individualista, se encuentra sometido a la realización de la función social de la propiedad privada y de las libertades básicas de la economía de mercado. Así, en la actualidad, la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera: (i) En la existencia de una libertad para contratar o no, siempre que dicha decisión no se convierta en un abuso de la posición dominante o en una práctica restrictiva de la competencia; (ii) En el logro o consecución no sólo del interés particular sino también del interés público o bienestar común; (iii) En el control a la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; (iv) En el papel del juez consistente en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atenerse exclusivamente a la intención de los contratantes y; (v) A la sujeción de la autonomía de la voluntad a los parámetros éticos de la buena fe<sup>35</sup>.

Luego, la autonomía de la voluntad privada se concibe no sólo como un simple poder subjetivo de autorregulación de los intereses privados, sino como el medio efectivo para realizar los fines correctores del Estado Social, a través del mejoramiento de la dinámica propia del mercado<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Colombia. Corte Constitucional. Relatoría- En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-468-03.htm> - ftn59. ( Consulta 14 de abril de 2010).

<sup>36</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-468 5 de junio de 2003. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Expediente T-515421.

En sentencia C-1194 de 2008, se refiere a la autonomía de la libertad privada respecto de la libertad de empresa y económica, las cuales se encuentran limitadas por el bien común y la prevalencia del interés general sobre el particular.

“Aunado a lo anterior, encuentra la Corte, tal y como lo ha expresado previamente, que el principio de autonomía de la voluntad privada está ligado a la libertad de empresa y económica, que en regímenes democráticos, como en el nuestro, se somete a la limitación del bien común, y a la prevalencia del interés general sobre el particular (artículos 333 y 2 de la constitución política). Es de estas libertades que emana la libertad de contratación como manifestación del principio al que se ha venido haciendo referencia, y conforme con el cual los particulares pueden realizar los acuerdos vinculantes que deseen para el intercambio de bienes y servicios<sup>37</sup> .

En sentencia C-993 de 2006, señala que la garantía de las libertades del individuo es uno de los pilares del Estado Social de Derecho; el artículo 16 de la Constitución según el cual todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, para referirse a la libertad económica o de empresa, precisando que en los regímenes democráticos someten al límite del bien común en armonía con el principio de la prevalencia del interés general. Reitera lo expuesto en sentencias T-338 de 1993, C-660 de 1996, y C-341 de 2006

Se expone que en materia contractual hay dos ámbitos bien diferenciados, uno que corresponde regular al Estado, mediante preceptos de obligatorio e ineludible cumplimiento y no cabe la intervención de los particulares, en donde está el interés público, y, otro en que solo es de interés de los contratantes, sin afectar el de la colectividad, en sentencia C-367 de 1995, explicó:

“Hay, pues, en materia contractual dos ámbitos bien diferenciados, respecto de cada uno de los cuales la función del legislador varía sustancialmente: el que corresponde regular al Estado mediante preceptos de obligatorio e ineludible cumplimiento, en el cual no cabe la libre decisión ni el convenio entre las partes, aunque estén de

---

<sup>37</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1194. 3 de diciembre 2008. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Expediente D-7379

acuerdo, por cuanto no es el suyo el único interés comprometido o en juego sino que está de por medio el interés público, o en razón de la necesidad de proteger a uno de los contratantes que el ordenamiento jurídico presume más débil que el otro; y el que, por repercutir tan sólo en el interés de los contratantes sin afectar el de la colectividad y siendo claro el equilibrio entre ellos, corresponde a su libertad y dominio, como dueños de las decisiones que estimen más adecuadas y oportunas en busca de sus respectivas conveniencias<sup>38</sup>.

## **1. 2. Autonomía de la voluntad en materia del derecho del trabajo.**

En el derecho del trabajo a diferencia de lo que se presenta en el derecho civil, las normas que regulan el trabajo humano, son de orden público, de tal manera que los derechos y prerrogativas en ellas consagrados son irrenunciables<sup>39</sup>.

Asimismo la legislación prevé que cualquier disposición que desconozca el mínimo de derechos previsto en la ley, no produce efecto alguno<sup>40</sup>. El concepto de ley comprende tanto las normas emanadas del legislador, las de la Constitución y también la de los organismos internacionales, con las cuales se conforma el denominado bloque de constitucionalidad<sup>41</sup>. De tal suerte, que cualquier estipulación contractual que desconozca los derechos del trabajador no tiene efecto alguno, lo cual constituye un límite a la autonomía de la voluntad.

Además de la protección anterior, las normas sociales entran dentro del campo de las normas de los derechos humanos, por lo tanto gozan de la misma protección, los cuales tienen la condición de irrenunciables e inalienables. Alain Supiot<sup>42</sup>,

---

<sup>38</sup>COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-367 de 1995. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>39</sup>Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 14. Carácter De Orden Público. Irrenunciabilidad. Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley.

<sup>40</sup>Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 13. Mínimo De Derechos Y Garantías. Las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. No produce efecto alguno, cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo.

<sup>41</sup> Sobre lo denominado bloque de constitucionalidad puede consultarse el artículo de UPRIMNY, Rodrigo. El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal” en Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Bogotá: Oficina Alto Comisionado de NU para los derechos humanos. (ISBN: 958-9629-1-5 y 958-9629-2-3). Nuevas ediciones Ltda. Tercera edición Bogotá. 2003 Volumen I. p. 97 154.

<sup>42</sup> SUPIOT, Alain. Crítica del Derecho del Trabajo. Traducción GIL Y GIL, José Luis. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. 2006. p. 143.

plantea la discusión preguntándose si ¿puede fundarse en la autonomía de la voluntad la fuerza obligatoria de una relación jerárquica como el vínculo de subordinación?, como respuesta expone que si bien en virtud de la autonomía de la voluntad el trabajador se pone en la relación de subordinación, la misma le permite al empleador utilizar la fuerza de trabajo del trabajador para servir a los intereses de la empresa. Poder que para el Supiot constituye la marca distintiva.

En este sentido, el objeto del acuerdo del trabajador asalariado consiste en “renunciar a su voluntad autónoma, en someterla al de la otra parte, lo que implica una gran indeterminación de las obligaciones concretas que deberá cumplir durante la ejecución del contrato” cuestión diferente se presente si se definiera de forma precisa el conjunto de tareas, sin dejar espacio para el ejercicio del poder de dirección del empresario. También afirma el autor que, “el poder del empresario es tanto más grande cuando más grande es el margen de indeterminación de las obligaciones del trabajador, sin embargo se encuentra limitado por la ley y por la fuerza del contrato”<sup>43</sup>.

Supiot, hace más gráfica la diferencia entre el contrato civil y el laboral, al precisar:

“En el contrato civil, la voluntad se compromete; en el contrato de trabajo, se somete. El compromiso manifiesta la voluntad, la sumisión la niega. Esta contradicción entre la autonomía de la voluntad y la subordinación de la voluntad conduce a que el trabajador se analice en la empresa como sujeto y como objeto del contrato. Entonces no cabe esperar que se hallen intactos en el derecho del trabajo los principios jurídicos que implica la autonomía de la voluntad”<sup>44</sup>.

Para Dominique Méda “el principio de subordinación significa que el asalariado se sitúa bajo la dirección y autoridad del que lo contrata; éste dará las órdenes relativas a la ejecución del trabajo, controlará la realización y verificará los

---

<sup>43</sup> *Ibid.* p.145

<sup>44</sup> *Ibid.* p. 147.

resultados...<sup>45</sup>. Así, El compromiso no versa sobre unas funciones o prestaciones previamente definidas, no hay compromisos precisos, salvo la renuncia por el trabajador a su voluntad para someterla a lo que disponga el empresario, por lo tanto tampoco se pregona la autonomía de la voluntad.

De acuerdo con lo expuesto, la libertad contractual conlleva dos momentos determinantes: el primero, el elegir si se contrata o no, y el segundo el contenido y ejecución del compromiso. Y de manera particular para los dos últimos autores citados la autonomía de la voluntad en razón de la subordinación resulta inexistente.

Sobre el primero (elegir si contrata o no), en materia laboral, el trabajador goza de tal libertad, pues puede disponer si contrata o no, pero frente al segundo (contenido y ejecución), no tiene disposición, pues se somete en razón de la subordinación, siendo protegido por la ley, aún en contra de su voluntad.

En sentencia C-016 de 1998, la Corte Constitucional reconoció la restricción de la autonomía de las partes para determinar las condiciones que regirán la relación laboral, pero aclaró que la misma no anula por completo su ejercicio, ya que pueden llegar a un acuerdo de voluntades que determine la relación laboral, siempre y cuando el acuerdo se establezca acogiendo y respetando el postulado del estado social de derecho y la normatividad jurídica de orden público que rige la relación la cual “prevalece y se superpone a sus voluntades”<sup>46</sup>.

De manera particular, con relación al libre desarrollo de la personalidad en el derecho del trabajo, señalo que comprende la libertad de trabajo y la libertad para

---

<sup>45</sup> MÉDA, Dominique: El trabajo. Un valor en peligro de extinción. Editorial Gediosa S.A. Traducción Francisco Ochoa de Michelena. Barcelona. 1998. p. 118

<sup>46</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-016. 4 de febrero de 1998. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Expediente D-1739

escoger profesión u oficio, sin perjuicio de las limitaciones que pueda imponer la obligación de competencias o habilitación requerida para cada actividad, y señalo que la autonomía de la voluntad no puede vulnerar los convenios internacionales, la libertad, la dignidad humana y los principios laborales, en la T- 338 de 1993, indicó:

“Ahora bien, con fundamento en el artículo 25 de la Constitución que define al trabajo como un derecho y una obligación social, la autonomía de la voluntad en materia laboral se encuentra limitada. La relación laboral escogida voluntariamente por las personas no implica establecer postulados imperativos, pues las cláusulas que conformen cualquier tipo de contrato laboral no pueden vulnerar los convenios internacionales, la libertad, la dignidad humana y los principios laborales”.

En conclusión, la autonomía de la voluntad se encuentra en materia del derecho del trabajo limitada por la naturaleza de las normas que regulan el trabajo humano, (orden publico), por los principios emanados de la Constitución que estableció el Estado Social de Derecho en cuanto al respeto de la dignidad humana, y por las normas internacionales sobre la materia.

### **1.3. Estado social de derecho**

Al abordar el tema de la definición del estado de derecho, se advierte que dicho término presenta diversos contenidos y se presenta una seria disputa sobre su significado, de tal suerte que las explicaciones que se presentan no son necesariamente las únicas, tanto que puede afirmarse que corresponde dicho término, a lo que se denomina como “conceptos esencialmente controvertidos”, CEC, “essentially contested concepts”<sup>47</sup>. En el presente trabajo por no ser objeto del mismo no se entrará a discutir sobre los diferentes contenidos. Se presentan aspectos generales, que sirven como base para el tema final de determinar los

---

<sup>47</sup> El tema lo presenta Anzoátegui Roig, y remite como consulta a W. F. GALLIE; “Essentially contested Concepts” Proceedings of the Aristotelian Society, vol., 56, 1955-1956, pp, 167 a 198. y otros. En ANZUATEGUI ROIG, Francisco Javier. De los derechos y el Estado de Derecho, aportaciones a una teoría jurídica de los derechos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007. p. 27

limites de los sujetos de la relación de trabajo subordinada para celebrar pactos de exclusión salarial.

### **1.3.1 Estado de Derecho**

Como antecedente del estado social de derecho, se encuentra el estado de derecho, el cual tiene en su origen una marcada formación alemana, y se regula en el derecho constitucional de los estados europeos y de la unión europea, en algunos con matices más acentuados, presentando énfasis en la realización material y la defensa de los derechos humanos, lo cual dará paso al denominado estado social de derecho.

Como manifestaciones del estado de derecho en europea, con las especificaciones que puede presentar cada país, Albrecht Weber<sup>48</sup> recoge el principio de la división de poderes, sometimiento a la Constitución de los poderes públicos, sometimiento a la ley del ejecutivo, tutela judicial, elementos de seguridad jurídica, principio de la igualdad y prohibición de la arbitrariedad.

En resumen, expone Weber que:

“El principio de Estado de Derecho se puede comprender como un principio estructural europeo, vinculado profundamente a la misma existencia y desarrolló del concepto en cada uno de los Estados europeos y, a la vez, del Derecho de la Unión Europea. Este carácter del principio de Estado de Derecho se muestra en la evolución histórica del término en la conformación del concepto como principio constitucional general, pero también de otros principios que se relacionan con él como el principio de separación de poderes, el principio de supremacía de la Constitución, el sometimiento a la ley, el principio de seguridad jurídica y el principio de igualdad”<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> WEBER, Albrecht, El principio de estado de derecho como principio constitucional europeo. Traducido por OEHLING DE LOS REYES, Alberto. En Revista Española de Derecho Constitucional. ISSN: 0211-5743, NÚMERO 84, septiembre-diciembre 2008 p. 27-59.

<sup>49</sup> Ibíd. p. 59

En el devenir histórico se señala que la revolución francesa, constituye el fin del antiguo régimen absolutista y el comienzo de la instauración de los regímenes liberales; sociológicamente el paso de una sociedad estamental a una sociedad clasista, y desde el punto de vista institucional jurídico, se generaliza lo que se llamaría estado de derecho<sup>50</sup>.

Como características del Estado de Derecho, Díaz presenta:

- a) Imperio de la Ley: la ley como expresión de la voluntad general.
- b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.
- c) Legalidad de la Administración: actuación según la ley y suficiente control judicial.
- d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y efectiva realización material<sup>51</sup>.

Precisa Díaz que la nota primaria y fundamental del Estado de Derecho (*Rule of Law*), atendiéndose dentro del contexto ideológico-político en que tiene sentido la noción de Estado de derecho, que arranca del liberalismo y culmina con la democracia y el socialismo, lo constituye el imperio de la ley, entendida como la expresión de la voluntad general, manifestada a través de un órgano de representación popular libremente elegido, y sometida a un control constitucional. Por lo que aclara que, no todo imperio de la ley es Estado de derecho, ya que también puede ser derecho (ley) el derivado de la voluntad individual de un dictador o un régimen absolutista que logra darle vigencia a la normatividad por él creada.

Respecto de la división de poderes, en su concepto significa que la creación de leyes sea función legislativa, que le corresponde al poder legislativo, de tal manera que el ejecutivo y judicial no pueden legislar, pues, el sentido histórico e ideológico de la división de poderes es evitar la concentración de poder en manos, del titular del ejecutivo, a fin de lograr el respeto de los derechos y libertades ciudadanos

---

<sup>50</sup> DIAZ, Elías. Estado de derecho y sociedad democrática. Editorial Cuadernos para el Dialogo S.A Madrid. 1979. p. 24.

<sup>51</sup> Ibíd. P. 29

que, representados democráticamente, constituyen el poder legislativo. El principio de legalidad de la administración se enuncia como la exigencia de sometimiento de la administración a la ley; y por último que el objetivo del Estado de derecho se centra en la pretensión de lograr la garantía y seguridad jurídica para los llamados derechos fundamentales de la persona.

### 1.3.2. Estado Social de Derecho

Según Manuel García Pelayo<sup>52</sup>, como precursor de la idea del estado social, se indica a Lorenz Von Stein quien escribió en 1850, que había terminado la época de las revoluciones y las reformas políticas para comenzar la de las revoluciones y reformas sociales. Igualmente expone que la formulación de la idea del estado social de derecho se le debe a Hermann Heller, a quien correspondió enfrentarse con el problema de la crisis de la democracia y del estado de derecho:

“...al que considera que es preciso salvar no sólo de la dictadura fascista, sino también de la degeneración a que le ha conducido el positivismo jurídico y los intereses de los estratos dominantes, quienes le han convertido en una idea que o no significa nada o es incapaz de encarar los dos frentes en que se despliega la irracionalidad; por un lado, la irracionalidad del sistema capitalista, generadora de un nuevo feudalismo económico del que es encubridor el Estado formal de Derecho; de otro lado, la irracionalidad fascista. La solución no está en renunciar al Estado de derecho, sino en dar a éste un contenido económico y social, realizar dentro de su marco un nuevo orden laboral y de distribución de bienes; sólo el Estado social de Derecho puede ser una alternativa válida frente a la anarquía económica y frente a la dictadura fascista y, por tanto, sólo él puede ser la vía política para salvar los valores de la civilización”<sup>53</sup>.

Como distinción del estado social de derecho expone Pelayo<sup>54</sup>, que Heller postulará la introducción del momento social en el Estado de Derecho y, se distingue entre el Estado formal y el Estado material de derecho; que el estado

---

<sup>52</sup> GARCIA-PELAYO, Manuel. Las Transformaciones del estado Contemporáneo. Alianza Editorial. Madrid 1987. P. 14.

<sup>53</sup> H. Heller, "Rechtsstaat oder Diktatur?" publicada por primera vez en 1929 y recogida en H. Heller, *Gesammelte Schriften*, Leiden, 1971, t II, pp 443 y ss, citado por GARCIA PELAYO, *Ibíd.* p. 17.

<sup>54</sup> GARCIA PELAYO. *Ibíd.* P. 54

formal de derecho se refiere a la forma de realización de la acción del Estado y concretamente a la reducción de cualquiera de sus actos a la ley o a la constitución, para lo cual establece unos determinados principios y mecanismos, y que tiene origen en la estructuración de los postulados liberales por la técnica jurídica; a su vez el estado material de derecho, también llamado concepto político del estado de derecho (M. Peters), no se refiere a la forma, sino al contenido de la relación de estado-ciudadano, bajo la inspiración de criterios materiales de justicia; no gira en torno a la ilegalidad sino entiende que ésta debe sustentarse en la legitimidad, en una idea del derecho expresión de los valores jurídicos-políticos vigentes en una época.

En consecuencia, el calificativo de social se refiere a la corrección del individualismo clásico liberal, a través de una afirmación de los llamados derechos sociales y de una relación de objetivos de la justicia social, y paralelamente al estado social de derecho como Estado material de Derecho frente al carácter meramente formal del liberalismo<sup>55</sup>

Observa Elías Díaz, que se pone en tela de juicio la eficacia del liberalismo clásico como sistema capaz de resolver los problemas que en el marco de la sociedad industrial, se plantean a nivel de expansión y el desarrollo económico como al nivel de la acción ejecutiva y administrativa de los órganos de gobierno, y anota: “En concreto son dos los puntos del liberalismo que precisan someterse a una mayor crítica y revisión el individualismo y el abstencionismo estatal. Frente a ello, lo que se propugna en el Estado social de Derecho es un Estado decididamente intervencionista, un Estado activo, un Estado, se repite, dotado de una ejecutivo

---

<sup>55</sup> Sobre el antecedente del cambio del estado liberal al estado social de derecho, se puede consultar DIAS, Elías. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Editorial Cuadernos para el Dialogo S.A. Madrid. 1979.

fuerte”<sup>56</sup>, aclarando que no se trata de un ejecutivo “absolutamente incontrolado” de los estados totalitarios, sino de un ejecutivo dentro de un Estado de derecho.

Como características del estado social de derecho, señala Manuel García-Pelayo:

“(i) por la superación de las posibles contradicciones entre la titularidad formal de unos derechos públicos subjetivos y su ejercicio efectivo; (ii) por la prosecución de la procura existencial, es decir, por la acción estatal destinada a crear las condiciones para la satisfacciones de aquellas necesidades vitales que, en las complejas condiciones de la sociedad de nuestro tiempo, no pueden ser satisfechas ni por los individuos, ni por los grupos, (iii) por la concepción del status de ciudadanía no sólo como una común participación en valores y en derechos políticos, sino también en los bienes económicos y culturales y, consecuentemente; (iv) por ser un Estado de prestaciones, de modo que a los preceptos constitucionales que limitan su actividad añade otros que le fijan objetivos para su acción legislativa y administrativa, con la cual la *Grundkeompetenz*, cuyos límites han sido establecidos por los primeros, recibe unos objetivos definidos por los segundos, y, finalmente, (v) por una política orientada hacia la configuración de la sociedad por el Estado dentro de los patrones constitucionales”<sup>57</sup>.

La denominada “procura existencial” (*Daseinsvorsorge*), fue aporte efectuado por Ernst Forsthoff, quien lo acuñó para “designar el amplio espacio de necesidades que el individuo no está en capacidad de atender efectivamente, requiriendo por ello la asistencia del Estado”<sup>58</sup>.

Debemos destacar que la concepción del estado social de derecho, aparece como consecuencia de la crítica que se efectúa al estado de derecho para resolver los problemas materiales de los ciudadanos, siendo las relaciones sociales las que empujan la nueva concepción del estado social.

Si bien, en nuestro medio la constitución de 1991, adopto la formula política de estado social de derecho, debemos de observar que la realidad de nuestro país no

---

<sup>56</sup> DIAZ. Op. cit. p. 97

<sup>57</sup> GARCIA PELAYO. *Ibíd.* P. 94

<sup>58</sup> MAGALDI, Nuria. Procura existencial, Estado de Derecho y Estado Social. Ernest Forsthoff y la crisis de Weimar. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 48. Bogota Universidad Externado de Colombia. 2007. p. 13

corresponde a la que se vivió en Europa cuando se consagró dicha concepción de estado.

Como antecedentes para la consagración material del estado social de derecho, como requisito para su implantación Ernesto Pinilla Campos, señala que:

“Podría decirse que en un Estado social de derecho no es la formulación de un deber ser, sino, por el contrario, la formulación jurídica de un prolongado proceso histórico-cultural cuyo resultado es un ser social que ha interiorizado valores y principios mínimos esenciales de convivencia y cuyo desarrollo material ha logrado construir las condiciones necesarias para satisfacer las demandas básicas de la nación”<sup>59</sup>.

De ahí, que en principio toda reforma normativa deba fundarse en las prácticas sociales, jurídicas, económicas y, políticas, y no en imponer normas extrañas al contexto social y cultural, circunstancia por la cual se presentan dificultades para su materialización. Pues la transposición de términos, por no corresponder a la misma realidad social, no tiene igual resultado en el país de origen al país adoptivo, debe presentarse un consenso que determine los contenidos y practicas que correspondan a la realidad, siendo reconocida por todos como vivencia.

No obstante la anterior dificultad, se resalta, como lo pone de presente Pinilla, la actividad casi exclusiva del poder judicial, por construir el pacto político adoptado en la Constitución Política de Colombia de 1991.

### **1.3.3. Jurisprudencia de la Corte Constitucional.**

La Corte Constitucional, ha señalado el contenido y alcance del denominado estado social de derecho, es así como la sentencia T-533 de 1992, preciso:

---

<sup>59</sup> PINILLA CAMPOS, Ernesto. ¿Es viable el Estado social de derecho en la sociedad Colombiana?. En Revista Pensamiento Jurídico No. 15. Universidad Nacional de Colombia, Editorial Unibiblos. Bogotá 2002 p. 237-259

“El Estado social de derecho, instituido por el constituyente colombiano, define la naturaleza del régimen político, económico y social, identificándolo con los valores y fines enunciados en el Preámbulo de la Constitución. La superación del Estado de derecho como garantía de la libertad y de la igualdad formales tiene lugar en el Estado social de derecho mediante la acentuación de los elementos finalistas que guían la actividad estatal administrativa y política. La persona humana y su dignidad constituyen el máximo valor de la normatividad constitucional, cuyo reconocimiento conlleva importantes consecuencias para el sistema de relaciones económicas y sociales”<sup>60</sup>.

En sentencia C-1064 de 2001, expone que el estado social surge en la postguerra para corregir las limitaciones de la concepción clásica del Estado de derecho, en donde los individuos son concebidos abstractamente como libres e iguales, pero los cambios sociales, políticos y económicos posteriores, demostraron que el ser humano no es realmente libre e igual debido a limitaciones naturales y sociales donde sobresalen las económicas, por lo que el Estado de derecho evolucionó a un estado social animado por el propósito de que los presupuestos materiales de la libertad y la igualdad para todos estén efectivamente asegurados. Se expone en la sentencia la relación de las primeras normas que intervienen en la vida social y económica, para corregir las disfunciones del estado de derecho; se presente la diferencia con el “estado de bienestar”; y se concluye sobre la manera como se superan los defectos del Estado anterior:

“Cabe resaltar, pues, que a diferencia del Estado de Derecho que atiende exclusivamente a un concepto formal de igualdad y libertad, en el Estado Social de Derecho la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. De esta forma, el Estado Social de Derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional”<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-533. 23 de septiembre de 1992 Magistrado Ponente: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZI. Expediente T-3038

<sup>61</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1064 de 2001 Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.

Igualmente, la Corte constitucional en sentencia T- 406 de 2002, analiza el concepto de social en la denominación, para expresar que no constituye una simple muletilla retórica, sino que conlleva una larga historia de transformaciones, se refiere también al estado social de derecho desde el tema del Estado Bienestar y el Estado Constitucional. Debemos resaltar en cuanto al tema jurídico, el cambio que se presenta respecto del estado anterior ya que en el nuevo el papel del juez no solo le corresponde resolver un conflicto, sino favorecer el logro del valor de justicia.

“En el sistema jurídico del Estado social de derecho se acentúa de manera dramática el problema -planteado ya por Aristóteles- de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez. Pero esta intervención no se manifiesta sólo como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad, es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica. Es justamente aquí, en esta relación entre justicia y seguridad jurídica, en donde se encuentra el salto cualitativo ya mencionado: El sistema jurídico creado por el Estado liberal tenía su centro de gravedad en el concepto de ley, de código. La norma legal, en consecuencia, tenía una enorme importancia formal y material, como principal referente de la validez y como depositaria de la justicia y de la legitimidad del sistema. En el Estado intervencionista se desvanece buena parte de la importancia formal (validez) y de la importancia material (justicia) de la ley”<sup>62</sup>.

Se puede concluir que dentro de la nueva Constitución, al estado social de derecho, le corresponde examinar la facultad otorgada a las partes por la ley para celebrar pactos de no incidencia salarial, por lo que resulta indispensable determinar la nueva visión del Estado, que como se dijo, irradia toda la normatividad, circunstancia por la cual tanto la interpretación de las normas como la conductas de las personas no puede ser igual a la efectuada antes de 1991 (estado de derecho), pues nos encontramos frente a un pacto político distinto, con proyecciones diferentes, con la obligación para de todos de acatarlo.

---

<sup>62</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1994 Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

Compartimos en su integridad la concepción de estado social de derecho expuesta por la Corte Constitucional, y la obligación de juez para corregir la disfunción que se presenta en la realidad, con el fin de mejorar, como se indica, la “comunicación” entre el derecho y la sociedad, para realizar el logro de justicia. Igualmente que en el estado social de derecho debe lograrse la igualdad material como principio fundamental para lograr la inclusión, y la participación de grupos que se encuentren en situación de desventaja que afecten sus derechos fundamentales.

## Capítulo 2

### Concepto de salario dentro de los acuerdos de no incidencia salarial

En este segundo capítulo, se tratará de manera descriptiva, el salario dentro del contrato de trabajo, en los acuerdos de no incidencia salarial. No obstante la anterior limitación, se presentan de manera general algunos conceptos de salario, para sumar los mismos, con el propósito de llegar al consenso sobre el contenido del concepto en el contexto actual es decir, en el estado social de derecho, adoptado por la Carta Política de Colombia de 1991. También se tendrá en cuenta la jurisprudencia de las Altas Cortes, de tal manera que al tratar el tema de los pactos de exclusión salarial se contará con referencias suficientes para definir el tema propuesto.

El concepto de salario no es uniforme, presenta diversas definiciones, se privilegia una de otra, dependiendo del momento histórico. Así las cosas, el concepto de salario puede ser examinado desde el punto de vista económico, político, jurídico, social y cada uno a su vez presenta variables, pero como se dijo, el conjunto permite un consenso sobre lo que puede estimarse como salario.

Podría afirmarse, como se manifestó en el capítulo primero, que el concepto de salario también corresponde a los denominados “conceptos esencialmente controvertidos”, CEC, “essentially contested concepts”<sup>63</sup>, pues no existe acuerdo

---

<sup>63</sup> El tema lo presenta Anzoátegui Roig, y remite como consulta a W. F. GALLIE; “Essentially contested Concepts” Proceedings of the Aristotelian Society, vol., 56, 1955-1956, pp, 167 a 198. y oros. En ANZUATEGUI ROIG, Francisco Javier. De los derechos y el Estado de Derecho, aportaciones a una teoría jurídica de los derechos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007. p. 27

sobre el significado, debiéndose en consecuencia para su comprensión tener en cuenta las circunstancias particulares desde las cuales se plantea, sin que necesariamente se rechace las otras, o se estime como equivocadas, ya que todas contribuyen a enriquecer y comprender su significado.

Pone de manifiesto, la dificultad para establecer su definición Néstor de Buen L, al sostener que “No es posible establecer un concepto unitario del salario, válido en todas la disciplinas y aceptable en todas sus manifestaciones. La ciencia económica, la sociología y el derecho plantean hipótesis distintas al analizarlo y llegan, como es natural, a conclusiones diferentes”<sup>64</sup>.

## **2.1. Aproximación al concepto de salario.**

Dentro de las varias definiciones de salario se encuentra la expuesta en el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, que define el salario como: “El estipendio o recompensa que los amos señalan a los criados por razón de su empleo, servicio o trabajo”<sup>65</sup>.

Mario Pasco Cosmópolis, lo define como:

“... todo aquello que el empleador debe al trabajador como consecuencia de la relación de trabajo, y comprende lo que se abona en dinero como en bienes o en servicios; con carácter actual o diferido; calculado por tiempo, por unidad de producción o de cualquier otra manera; y ya sea que se le denomine remuneración, retribución, sueldo, jornal, honorario, emolumento o de cualquier otro modo”<sup>66</sup>.

Respecto de su consagración y concepto en México, Mario de la Cueva, relata las dificultades que se presentaron para definirlo, y las restricciones que se imponían, pues para algunos solo debía comprender la retribución en efectivo por la labor

---

<sup>64</sup> DE BUEN L, Néstor. Derecho del Trabajo. Tomo Segundo. Editorial Porrúa S.A. México. 1990. p. 177.

<sup>65</sup> ESCRICHE, Joaquín. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Editorial Temis. Bogotá 1977. p.501.

<sup>66</sup> PASCO COMOPOLIS, Mario. El salario y su protección. En El Salario, estudios en homenaje al profesor Américo Pla Rodríguez, Tomo II. Ediciones jurídicas Amalio M. Fernández. Montevideo. 1987. p.10

ordinaria, dejando por fuera la extraordinaria o trabajo suplementario, así como el salario en especie; sin embargo posteriormente se adopta un criterio más completo, que presenta el autor a manera de conclusión: “salario es la retribución que debe percibir el trabajador por su trabajo, a fin de que pueda conducir una existencia que corresponda a la dignidad de la persona humana, o bien una retribución que asegure al trabajador y a su familia una existencia decorosa”<sup>67</sup>.

Con relación al concepto de Salario en España, en la última época<sup>68</sup> se ha distinguido el tema de la estructuración salarial, expresión que equivale a la “composición del salario”<sup>69</sup>, de dos conceptos: salario base y sus complementos. Sobre su contenido señala Rodríguez-Sañudo Gutiérrez que la ley no define salario base, sino que se limita a distinguir dos variantes: la fijada por unidad de tiempo y la fijada por unidad de obra; y los complementos, que tampoco define la ley, pero advierte que proporciona una clasificación en función de tres tipos de circunstancias: en atención a la persona del trabajador, al trabajo realizado, y la empresa para la que se trabaja. Los primeros, originados por una condición o calificación personal del trabajador, que repercute en el trabajo realizado, en su contenido o en su calidad, como los complementos por antigüedad, de títulos o conocimientos especiales, de práctica de idiomas; los segundos se justifican a una mayor exigencia, mayor dureza o dificultad en el trabajo, como complementos de penosidad, peligrosidad, toxicidad, suciedad, y también por rendimientos en el trabajo, como primas e incentivos, asimismo por la realización de horas extras; y el tercer grupo derivados de la situación y resultados de la empresa, que pueden originarse en la situación geográfica de la empresa, y a los resultados positivos de

---

<sup>67</sup> DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo derecho mexicano del trabajo. Tomo I. Editorial Porrúa S.A. México 1990. p. 297.

<sup>68</sup> Corresponde a los años de 1970 en adelante, cuando por primera vez se consagra en la legislación española el tema a tratar como lo señala, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, en el Decreto 2380/1970, ver Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, Fermín. La ordenación de la estructura salarial. En Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García. Marcial Ponds Ediciones Jurídicas S.A. Madrid. 1995. p.287.

<sup>69</sup> RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín. La ordenación de la estructura salarial. En Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García. Marcial Ponds Ediciones Jurídicas S.A. Madrid. 1995. p.287

la empresa<sup>70</sup>. A su vez, Alcalá-Zamora y Cabanellas De Torres, señalan que el salario

“Es el conjunto de ventajas materiales que el trabajador obtiene como remuneración del trabajo que presta en una relación subordinada laboral. Constituye salario una contraprestación jurídica, y es una obligación de carácter patrimonial a cargo del empresario; el cual se encuentra obligado a satisfacerla en tanto que el trabajador ponga su actividad personal a disposición de aquél”<sup>71</sup>.

Desde el punto de vista económico Héctor Escribar Mandiola<sup>72</sup>, expone que los salarios integran el costo de producción y la masa de ellos es determinante del poder adquisitivo del sector mayoritario de la población consumidora, y su tasa depende de la relación entre la oferta y la demanda. Según Néstor del Buen L. el salario para la economía es “un costo cuyo valor se determina de muy diferentes maneras, según cual sea el punto de vista que se tenga: liberal, marxista, neocapitalista, etc.”<sup>73</sup>.

También expone Néstor del Buen que, para el liberalismo “el salario es igual a la cantidad de artículos necesarios para alimentar y vestir al trabajador y su familia” o de acuerdo con Ricardo, citado por el mismo autor, “lo que le cuesta a la sociedad ´permitir a los trabajadores subsistir y perpetuar la raza` (Justo López el salario en trato de Derecho del Trabajo dirigido por Deveali, t. II, p. 324, López toma estos conceptos de Maurice Dobb: Salarios, México. 1989)”<sup>74</sup>. Dentro de las definiciones económicas se resalta la de Carlos Marx, por la distinción que realiza del trabajo como actividad humana de la remuneración, al señalar que:

---

<sup>70</sup> *Ibíd.* p. 297.

<sup>71</sup> ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Luis y CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Tratado de política laboral y social. Tomo III. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires 1976. p.94.

<sup>72</sup> ESCRIBAR MNDIOLA, Héctor. Algunos aspectos del salario. En *El Salario*, estudios en homenaje al profesor Américo Pla Rodríguez, Tomo I. Ediciones jurídicas Amalio M. Fernández. Montevideo. 1987. p 123.

<sup>73</sup> DE BUEN L, Néstor. *op. cit.* p. 177.

<sup>74</sup> DE BUEN L, Néstor. *op. cit.* p. 178.

“...en el plano de la sociedad burguesa, el salario percibido por un obrero se presenta como el precio del trabajo, como una determinada suma de dinero que se paga por una determinada cantidad de trabajo. Se habla del valor del trabajo, llamando precio necesario o natural de éste a su expresión en dinero. Y se habla también de los precios comerciales del trabajo; es decir, de los precios que oscilan por encima o por debajo de su precio necesario”<sup>75</sup>.

Puntualiza que el obrero lo que vende “es su fuerza de trabajo. Tan pronto como su trabajo comienza a ponerse en acción, ha dejado de pertenecerle a él y no puede, por lo tanto, vender lo que ya no le pertenece. El trabajo es la sustancia y la medida inmanente de los valores, pero de suyo carece de valor”<sup>76</sup>.

De esta manera, se obtiene una mayor claridad sobre el tema con base en la distinción que efectuó Marx respecto del concepto de valor del trabajo y trabajo, al señalar que: “ lo que se llama valor del trabajo (*value of labour*) es, en realidad, el valor de la fuerza de trabajo, que reside en la personalidad del obrero y que es algo tan distinto de su función, del trabajo, como una máquina de las operaciones que ejecuta”, para precisar que el valor y los precios de la fuerza de trabajo se trasfiguran en forma de salarios<sup>77</sup>.

Así, el valor de trabajo, no es más que una expresión impropia para designar el valor de la fuerza de trabajo, por lo que se desprende que el valor del trabajo tiene que ser más limitado que su producto de valor, ya que el capitalista hace que la fuerza de trabajo funcione más tiempo del necesario para producir su propio valor.

En este sentido, el autor, hace la diferencia al indicar que:

“En el trabajo feudal, se distinguían en el tiempo y en el espacio de un modo tangible, el trabajo que el siervo realiza para sí, y el trabajo forzado que rendía para el señor del

---

<sup>75</sup> MARX, Carlos El Capital. Crítica de la economía política. Tomo I, Traducción de Wencelao Roces Fondo de Cultura Económica. México 1946. séptima reimpresión 1975. p.448

<sup>76</sup> *Ibid.* p. 449.

<sup>77</sup> *Ibid.* p. 451.

suelo. En el Trabajo de los esclavos, hasta la parte de la jornada en que el esclavo no hacía más que reponer el valor de lo que consumía para vivir y en que por tanto trabajaba para sí, se presentaba exteriormente como trabajo realizado para su dueño. Todo el trabajo del esclavo parecía trabajo no retribuido. Con el trabajo asalariado ocurre lo contrario: aquí, hasta el trabajo excedente o trabajo no retribuido parece pagado. Allí el régimen de propiedad oculta el tiempo que el esclavo trabaja para sí mismo; aquí el régimen del dinero esconde el tiempo que trabaja gratis el obrero asalariado”<sup>78</sup>.

Otra mirada que se efectúa del salario corresponde a la social, Héctor Escribar Mandiola se refiere al salario como “aquel que debe habilitar para satisfacer las necesidades vitales del trabajador y para llevar una existencia concordante con el medio social del cual forma parte”<sup>79</sup>.

En Colombia, Guillermo González Charry, señala que desde el punto de vista social, “las diversas escuelas filosóficas, concurren en sostener que el salario es lo que el trabajador debe recibir por su trabajo”<sup>80</sup>, atendiendo no sólo a la calidad de éste, sino a sus necesidades específicas, familiares y sociales.

## **2.2. Visión de la Iglesia católica**

Independiente de la creencia religiosa que se tenga, se considera oportuno traer en cita la postura de la iglesia católica, pues representa un legado de conceptos útiles para desarrollar el concepto de salario, el cual se identifica con el concepto social del salario.

A través de las denominadas cartas encíclicas, los diferentes pontífices de la iglesia católica han formulado el pensamiento sobre la manera como se debe remunerar al trabajador. La carta encíclica de León XIII, *Rerum Novarum* sobre, la situación de los obreros, en la parte de justo salario, afirma que: “queda, sin

---

<sup>78</sup> Ibid. p. 452.

<sup>79</sup> ESCRIBAR MNDIOLA, Héctor. op. cit. . p.123.

<sup>80</sup> GONZALEZ CHARRY, Guillermo. Derecho Laboral Colombiano. Relaciones individuales. Décima edición. Legis Editores S.A. Colombia 2004. p.389.

embargo, latente siempre algo de justicia natural superior y anterior a la libre voluntad de las partes contratantes, a saber: que el salario no debe ser en manera alguna insuficiente para alimentar a un obrero frugal y morigerado”<sup>81</sup>.

La carta encíclica Cuadragésimo Año de Pío XI, sobre la restauración del orden social en perfecta conformidad con la Ley evangélica al celebrarse el 40º aniversario de la encíclica *Rerum Novarum* de León XIII, expone que “el trabajo no puede ser valorado justamente ni remunerado equitativamente si no se tiene en cuenta su carácter social e individual”<sup>82</sup>, y complementa con la idea de que ante todo, el trabajador hay que fijarle una remuneración que alcance a cubrir el sustento suyo y el de su familia.

En la Encíclica *Mater Et Magistra* de Juan XXIII sobre el desarrollo de la cuestión social a la luz de la doctrina cristiana, afirma que:

“Esto exige que los trabajadores cobren un salario cuyo importe les permita mantener un nivel de vida verdaderamente humano y hacer frente con dignidad a sus obligaciones familiares. Pero es necesario, además, que al determinar la remuneración justa del trabajo se tengan en cuenta los siguientes puntos: primero, la efectiva aportación de cada trabajador a la producción económica; segundo, la situación financiera de la empresa en que se trabaja; tercero, las exigencias del bien común de la respectiva comunidad política, principalmente en orden a obtener el máximo empleo de la mano de obra en toda la nación; y, por último, las exigencias del bien común universal, o sea de las comunidades internacionales, diferentes entre sí en cuanto a su extensión y a los recursos naturales de que disponen”<sup>83</sup>.

Juan Pablo II, en el numeral 19 de la *Laborem Exercens*, refiriéndose al tema del trabajo, independientemente del sistema de propiedad de los medios de producción, expone que:

---

<sup>81</sup> Carta encíclica de León XIII, *Rerum Novarum* En  
: [http://www.vatican.va/holy\\_father/leo\\_xiii/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_sp.html)

<sup>82</sup> Carta encíclica Cuadragésimo Año de Pío XI  
En: [http://www.vatican.va/holy\\_father/pius\\_xi/encyclicals/documents/hf\\_p\\_xi\\_enc\\_19310515\\_quadragésimo-anno\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p_xi_enc_19310515_quadragésimo-anno_sp.html) (Consulta: 14 de abril de 2009)

<sup>83</sup> Encíclica *Mater Et Magistra* de JUAN XXIII  
[http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_xxiii/encyclicals/documents/hf\\_j-xxiii\\_enc\\_15051961\\_mater\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater_sp.html) (Consultado 14 de abril de 2009)

“...la relación entre el empresario (principalmente directo) y el trabajador se resuelve con base al salario: es decir, mediante la justa remuneración del trabajo realizado (...) Una justa remuneración por el trabajo de la persona adulta que tiene responsabilidades de familia es la que sea suficiente para fundar y mantener dignamente una familia y asegurar su futuro”<sup>84</sup>.

La Carta Encíclica *Caritas In Veritate* de Benedicto XVI, sobre el desarrollo humano integral en la caridad y en la verdad, alude a lo expuesto anteriormente por Juan Pablo II, cuando con ocasión del Jubileo de los Trabajadores, lanzó un llamado para «una coalición mundial a favor del trabajo decente», alentando la estrategia de la Organización Internacional del Trabajo, y expone que:

“...De esta manera, daba un fuerte apoyo moral a este objetivo, como aspiración de las familias en todos los países del mundo. Pero ¿qué significa la palabra «decente» aplicada al trabajo? Significa un trabajo que, en cualquier sociedad, sea expresión de la dignidad esencial de todo hombre o mujer: un trabajo libremente elegido, que asocie efectivamente a los trabajadores, hombres y mujeres, al desarrollo de su comunidad; un trabajo que, de este modo, haga que los trabajadores sean respetados, evitando toda discriminación; un trabajo que permita satisfacer las necesidades de las familias y escolarizar a los hijos sin que se vean obligados a trabajar; un trabajo que consienta a los trabajadores organizarse libremente y hacer oír su voz; un trabajo que deje espacio para reencontrarse adecuadamente con las propias raíces en el ámbito personal, familiar y espiritual; un trabajo que asegure una condición digna a los trabajadores que llegan a la jubilación”<sup>85</sup>.

Como se observa, la noción del salario no solo se encuentra encaminada a cubrir las necesidades de quién trabaja sino también cubre a su familia, de tal manera que les permita llevar una vida digna. Pensamiento de la iglesia católica que es resumido en la constitución pastoral *Gaudium Et Spes* sobre la iglesia en el mundo actual, en la parte referida al Trabajo, condiciones de trabajo, descanso: “Por último, la remuneración del trabajo debe ser tal que permita al hombre y a su familia una vida digna en el plano material, social, cultural y espiritual, teniendo

---

<sup>84</sup> Laborem Exercens. En: [http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_14091981\\_laborem-exercens\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens_sp.html) (Consultado 14 de abril de 2009 de 2009).

<sup>85</sup> Carta Encíclica Caritas In Veritate de Benedicto XVI [http://www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/encyclicals/documents/hf\\_ben-xvi\\_enc\\_20090629\\_caritas-in-veritate\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate_sp.html) (Consultado 14 de abril de 2009 de 2009).

presentes el puesto de trabajo y la productividad de cada uno, así como las condiciones de la empresa y el bien común”<sup>86</sup>.

## 2.3 Organizaciones Internacionales

La Organización de Naciones Unidas, ONU, si bien directamente no regula asuntos laborales, ofrece ciertos instrumentos relativos a derechos humanos con aplicación directa o indirecta en temas laborales.

Se conoce con el nombre de Carta Internacional de Derechos Humanos, al conjunto de tres instrumentos relativos a los derechos humanos redactados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y adoptados por la Asamblea General, son: i) la Declaración Universal de Derecho Humanos; ii) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y iii) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos Protocolos facultativos<sup>87</sup>. Para los propósitos de esta investigación, se citarán, como ejemplo, algunas disposiciones que tienen relación con el salario.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuyo artículo 23 numeral tercero establece: “Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup>Gaudium Et Spes En: [http://www.vatican.va/archive/hist\\_councils/ii\\_vatican\\_council/documents/vat-ii\\_const\\_19651207\\_gaudium-et-spes\\_sp.html](http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_sp.html) (Consultado 14 de abril de 2009 de 2009).

<sup>87</sup> CENTRO DE FORMACION INTERNACIONAL OIT. Derecho internacional del trabajo y derecho interno: Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho. Elaborado bajo la dirección de Xavier Beaudonnet, Turín, Italia. 2009, p. 105, 106.

<sup>88</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 23.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, el artículo 7 dispone que:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativa y satisfactoria que le aseguren en especial:  
a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:  
i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto”<sup>89</sup>.

El Protocolo adicional a La Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo De San Salvador", en su Artículo 7, se refiere a Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo, señala que:

“Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción...”<sup>90</sup>.

La normatividad internacional resalta la protección de la persona y el derecho a recibir una remuneración equitativa y satisfactoria, que le permita asegurar una existencia conforme a la dignidad humana tanto para el trabajador como para su familia, una remuneración mínima, e igual para trabajo igual.

---

<sup>89</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Resolución 2200, de 16 de diciembre de 1966.

<sup>90</sup> Protocolo De San Salvador", Artículo 7

## 2.4. Organización internacional del trabajo.

La Organización Internacional del Trabajo, OIT<sup>91</sup>, es una agencia especializada de las Naciones Unidas, cuya misión es promover la justicia social y los derechos humanos en el trabajo, y es la única organización en el mundo que tiene una estructura tripartita, con representación de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores<sup>92</sup>.

Desde la fundación de la OIT (1919), en su preámbulo de constitución se señala que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, pone por ejemplo, entre otros, la garantía de un salario vital adecuado.

Igualmente se considera que “si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países”<sup>93</sup>.

Asimismo, en la Declaración de Filadelfia de 1944, relativa a los fines y propósitos de la OIT, se enfatiza en que el “trabajo no es una mercancía” (I, a), se promueve fomentar programas que permitan adoptar, “en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, medidas destinadas a garantizar a todos

---

<sup>91</sup> En el portal web de la Organización Internacional del Trabajo, se puede encontrar toda la información sobre su estructura, actividades, y normatividad: [www.ilo.org](http://www.ilo.org).

<sup>92</sup> CENTRO DE FORMACION INTERNACIONAL OIT. Op. cit., p.7.

<sup>93</sup> Texto de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo .Preámbulo. Recuperado el 08-08 de 2010 de : <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/iloconst.htm>

una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esta clase de protección” (III, d)<sup>94</sup>.

La Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008, adoptada por La Conferencia Internacional del Trabajo, congregada en Ginebra con motivo de su nonagésima séptima reunión, contiene la visión contemporánea del mandato de la OIT en la era de la globalización; plantea cuatro objetivos estratégicos, a través de los cuales se plasma el Programa de Trabajo Decente, y cuyo segundo objetivo señala:

“... adoptar y ampliar medidas de protección social seguridad social y protección de los trabajadores que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias nacionales, con inclusión de la ampliación de la seguridad social a todas las personas, incluidas medidas para proporcionar ingresos básicos a quienes necesiten esa protección, y la adaptación de su alcance y cobertura para responder a las nuevas necesidades e incertidumbres generadas por la rapidez de los cambios tecnológicos, sociales, demográficos y económicos; condiciones de trabajo saludables y seguras; y medidas en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esa clase de protección”<sup>95</sup>.

### **2.4.1. Normatividad de la OIT**

La OIT expide normas internacionales de trabajo denominadas convenios y recomendaciones; los primeros adquieren la connotación de tratados internacionales legalmente vinculantes, y los segundos tienen el carácter de directrices no vinculantes. Además, se considera como otro tipo de instrumentos adoptados por la OIT las declaraciones, cuyo peso depende del objetivo que persiga y el órgano que la expida, se les considera como expresión del derecho

---

<sup>94</sup> *Ibíd.*

<sup>95</sup> La Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra. Nonagésima séptima reunión. Recuperado el 08-08 de 2010 [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@cabinet/documents/publication/wcms\\_099768.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@cabinet/documents/publication/wcms_099768.pdf)

consuetudinario internacional o del *jus cogens*, es decir, del orden público internacional<sup>96</sup>.

Las resoluciones adoptadas por la Conferencia, mediante las cuales manifiesta su punto de vista sobre una variedad de asuntos, y los repertorios de recomendaciones prácticas, que son instrumentos técnicos, producto de la elaboración conjunta de peritos y luego avalados por el Consejo de administración<sup>97</sup>.

Los convenios, son instrumentos de obligatorio cumplimiento por los miembros de la OIT, una vez ratificados por el Estado<sup>98</sup>, regulan diversas materias, para lograr los objetivos de la organización. La obligatoriedad de dichos convenios tiene soporte en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, particularmente en el artículo 26 "*Pacta sunt servanda*, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe" y el artículo 27 "el derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46"<sup>99</sup>.

Se mencionan los convenios directamente relacionados con el tema del salario, pero se estima necesario precisar, como lo sostienen varios tratadistas, que la utilización del derecho internacional del trabajo no tiene como propósito sugerir a

---

<sup>96</sup> CENTRO DE FORMACION INTERNACIONAL OIT. Op. cit., p .49.

<sup>97</sup> *Ibíd.*, p.51.

<sup>98</sup> De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, expuesta en sentencia C-401 de 2005, que declaró exequible la expresión demandada del artículo 19 del Código Sustantivo de Trabajo de manera condicionada, los convenios ratificados por Colombia son fuente principal y directa de derecho; forman parte del bloque de constitucionalidad los que la Corte ha señalado o indique en el futuro. Textualmente expone; " es preciso distinguir entre los convenios de la OIT, puesto que si bien todos los que han sido "debidamente ratificados" por Colombia, "hacen parte de la legislación interna" (C.P., art. 53, inciso cuarto) -es decir, son normas jurídicas principales y obligatorias para todos los habitantes del territorio nacional, sin necesidad de que una ley posterior los desarrolle en el derecho interno- no todos los convenios forman parte del bloque de constitucionalidad (C.P., art. 93), en razón a que algunos no reconocen ni regulan derechos humanos, sino aspectos administrativos, estadísticos o de otra índole no constitucional. Igualmente, es claro que algunos convenios deben necesariamente formar parte del bloque de constitucionalidad, puesto que protegen derechos humanos en el ámbito laboral".

<sup>99</sup> Convención de Viena. Art. 26 y 27 En: <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>

los operadores jurídicos dejar de lado el derecho nacional sólo en provecho del internacional, toda vez que los derechos nacionales son, por naturaleza, más precisos y detallados que los instrumentos internacionales, y no es la finalidad del derecho internacional del trabajo.

Por el contrario, tiene como objetivo contribuir al fortalecimiento de los derechos nacionales estableciendo principios generales y lineamientos directivos útiles para su desarrollo<sup>100</sup>. En este sentido, no puede existir una sustitución del derecho nacional por el internacional, sino por el contrario complementación, pues de no ser así, se quebrantaría la soberanía y la autonomía de cada nación.

De otra parte no sobra señalar que la OIT, ha adoptado ocho convenios como fundamentales de obligatorio cumplimiento por todos los Estados miembros, aunque no los hubiesen ratificado, los cuales se refieren a los siguientes temas: libertad sindical: Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); sobre abolición del trabajo forzoso: Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105); sobre Igualdad: Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100); y, sobre eliminación del trabajo infantil: Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138) y Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182).

---

<sup>100</sup> Esta idea es desarrollada en el libro Derecho internacional del trabajo y derecho interno: Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho. Elaborado bajo la dirección de Xavier Beaudeonnet del Centro Internacional de Formación de la OIT. Turín, Italia. 2009, p.5. y cita a N. Valticos y G. Von Potobsky, Internacional labranza /aw. Segunda edición, (visada), Kluwer Law and Taxation Publister, Devener- Boston, 1995 pp 20 y siguientes.

## **2.4.2. Convenio 95, relativo a la protección del salario, adoptado en 1949**

El convenio fue ratificado por Colombia mediante la Ley 54 de 1962, y ha sido parcialmente revisado en 1992 por el Convenio 173. El artículo 1, consagra:

“...el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”<sup>101</sup>.

La Corte Constitucional, aludió al concepto de salario definido en el convenio 95, para exponer el aplicable en Colombia, para efectos de su protección judicial a su pago cumplido, precisando que deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, y después de transcribir el artículo 1 del convenio precisó:

“Sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado”<sup>102</sup>.

Posteriormente la Corte Constitucional en sentencia T-500 de 2000, ratificó el criterio de salario contenido en el convenio, para expresar que dicho concepto para efectos constitucionales no corresponde solo al establecido en el código sustantivo del trabajo sino que debe comprender lo establecido en el convenio.

“El salario, para efectos constitucionales, es un concepto amplio que va mucho más allá de la definición del Código Sustantivo del Trabajo. El concepto se integra con el

---

<sup>101</sup> Convenio 95, relativo a la protección del salario, adoptado en 1949. <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp2.htm>

<sup>102</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU 995. 9 de diciembre de 1999. Magistrado Ponente CARLOS GAVIRIA DÍAZ. Expedientes acumulados T-218550 T-229080 T-233549 T-233551 T-233586 T-233681 T-233709 T-237521.

Convenio 95 de la OIT, que considera que el “salario” para la protección judicial a su pago cumplido, debe integrarse con todas las cantidades que tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración (primas, vacaciones, cesantías, horas extras). Adopta esta posición la Corte Constitucional en la SU-995/99. Pero, lo que no puede admitir duda es que el salario sea elemento estructural de la relación laboral como pago por el trabajo realizado en subordinación laboral; porque de lo contrario se estaría dentro de la esfera civil o comercial”<sup>103</sup>.

El concepto de salario desarrollado por la Corte Constitucional en las sentencias citadas con base en el convenio, conlleva un concepto más amplio del contenido en el Código Sustantivo del Trabajo, ya que involucra “todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado” (sentencias citadas). Sin embargo este criterio, es expuesto solo para efectos de protección para su pago oportuno, y no ha sido ratificado como elementos para liquidar determinados beneficios o auxilios recibidos por el trabajador.

En este mismo sentido, la sentencia C-892 de 2009, examina el concepto de salario, y se especifica que las vacaciones, en estricto sentido, “no se trata de una retribución en dinero por la labor efectuada, sino un derecho que se perfecciona a través del goce del descanso remunerado”, motivo por el cual no se considera su pago como salario.

Resulta importante la anterior distinción, pues al revisar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es necesario distinguir los diferentes sentidos y aplicaciones que le otorga a los conceptos que recibe el trabajador, para determinar cuándo constituyen salario.

---

<sup>103</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 500. 4 de mayo de 2000. Magistrado Ponente ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO Expedientes T-283063 y T-281997

Se puede concluir que en la sentencia C-892 de 2009, sobre el concepto de salario establecido en el artículo 65 del CST, prima la formulación establecida en el mismo estatuto, en el sentido de entender como salario la retribución que directamente recibe el trabajador como contraprestación del servicio.

### **2.4.3. Recomendación 85, sobre la protección del salario, 1949**

El anterior convenio 95, se complementa con la presente recomendación la cual regula aspectos como: i) los descuentos de los salarios, con el fin de garantizar la manutención del trabajador y de su familia; II) la periodicidad en el pago de los salarios, que dependerá de la forma como se remunera el trabajo; puede establecerse dos veces al mes o una vez; iii) Notificación a los trabajadores de las condiciones de los salarios, su forma de establecerse, pago, descuentos, iv) Indicaciones concernientes a los salarios y a los registros de las nóminas de pago; v) Participación de los trabajadores en la administración de los economatos.

### **2.4.4. Convenio 131, sobre la fijación de salarios mínimos, 1970**

El artículo 2.1 del convenio expone que “Los salarios mínimos tendrán fuerza de ley, no podrán reducirse y la persona o personas que no los apliquen estarán sujetas a sanciones apropiadas de carácter penal o de otra naturaleza...”

A su vez el Artículo 3 del convenio, regula que:

“Entre los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar el nivel de los salarios mínimos deberían incluirse, en la medida en que sea posible y apropiado, de acuerdo con la práctica y las condiciones nacionales, los siguientes: a) las necesidades de los trabajadores y de sus familias habida cuenta del nivel general de

salarios en el país, del costo de vida, de las prestaciones de seguridad social y del nivel de vida relativo de otros grupos sociales; b) los factores económicos, incluidos los requerimientos del desarrollo económico, los niveles de productividad y la conveniencia de alcanzar y mantener un alto nivel de empleo”.

La Corte Constitucional señala que el mínimo vital se ve afectado cuando la persona y su familia no tienen los medios necesarios a su alcance para asegurar su digna subsistencia, “...no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano”<sup>104</sup>.

De todas las manifestaciones relacionadas sobre el concepto de salario se observa, la tendencia por ampliar el concepto meramente económico, para brindarle un matiz humano, que por lo tanto no solo retribuya el servicio, sino que sea suficiente para proporcionarle una vida digna, tanto al trabajador como a su familia en el plano material, social, cultural y espiritual, en procura de lo anterior se establece el denominado salario mínimo y vital.

## **2.5 El salario en la Constitución**

Colombia a partir de 1991, adoptó la fórmula política del Estado Social de Derecho, en el cual se consagra el trabajo como un valor, un principio y un derecho, el cual goza de especial protección. Desde el preámbulo de la Constitución, se señala el trabajo, como uno de los propósitos o fines del estado, el cual debe garantizarse dentro de un marco jurídico, democrático y participativo.

---

<sup>104</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-011 29 de enero de 1998. Magistrado Ponente JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO. Ver también, entre otras, las sentencias T-232/08, T-1087/02, T/818/00, T-348/98, T-011/98 y T-426/92.

“El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana”<sup>105</sup>.

Sobre el poder vinculante del preámbulo de la constitución, y el sometimiento del ordenamiento al mismo, la Corte Constitucional, ha precisado que refleja no solo los fines del ordenamiento jurídico sino también los principios y valores:

“Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan”<sup>106</sup>.

En el desarrollo del texto constitucional, varios artículos se refieren de manera expresa al trabajo, el cual se estima como principio, derecho, y obligación social.

“Artículo 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”<sup>107</sup>.

Fundamental disposición, que enmarca toda una revolución cultural, política y social, pues a través de ella se adopta el pacto político del Estado Social de Derecho, el cual se funda de manera principal en el respeto de la dignidad humana, y el propósito de realizar materialmente los derechos.

En el capítulo primero se señaló el concepto del Estado social de derecho, el cual supera al denominado estado de derecho liberal en donde primaba el interés

---

<sup>105</sup> Constitución Política de Colombia. Preámbulo.

<sup>106</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 479 de 1992. Magistrados Ponentes JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO y ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

<sup>107</sup> Constitución Política de Colombia. Artículo 1.

individual, y en el actual, prima el interés colectivo o general, con la fórmula de la realización material de los derechos.

La Corte Constitucional sobre el citado artículo ha expresado:

“La declaración expresa formulada por la nueva Constitución Política (artículo 1º) en el sentido de que Colombia es un Estado Social de Derecho, corresponde a una definición ontológica del Estado, que alude a un elemento esencial de su estructura. Se trata de un concepto que, sin desconocer los postulados sobre los que se sostiene el Estado de Derecho, subraya el fundamento que el interés común confiere a la actividad del Estado y a la responsabilidad de las autoridades públicas, llamadas a intervenir, dentro de los marcos constitucionales, para asegurar a los gobernados unas condiciones mínimas de convivencia, las cuales no son dádiva o merced que dispense el gobernante, sino verdadero derecho tutelado por la Carta Fundamental”<sup>108</sup>.

La constitución en su artículo 25 consagra el trabajo como un derecho y una obligación social, el cual goza de especial protección por el Estado: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”<sup>109</sup>.

La libertad de escoger profesión u oficio, se consagra en el Artículo 26 de la Constitución Política, constituye una de las manifestaciones del derecho al trabajo, pues nadie puede ser obligado desarrollar actividad alguna en contra de su voluntad y menos con menoscabo de su dignidad, por lo tanto de la norma también se desprende la obligación del Estado de inspeccionar y vigilar el ejercicio de las profesiones, tanto para proteger de manera individual como también para garantizar su ejercicio social por el riesgo que puede conllevar para la colectividad.

Al final, con relación al trabajo, la Corte Constitucional señala, que:

---

<sup>108</sup> Colombia. Corte Constitucional. Art. 1.

<sup>109</sup> Colombia. Corte Constitucional. Art. 25

“El derecho al trabajo se presenta bajo distintas manifestaciones: 1) La facultad que le asiste al ser humano de utilizar su fuerza de trabajo en una actividad lícita y que le permite obtener los recursos necesarios para subvenir a las necesidades mínimas de él y de su familia. 2) El derecho a ejercer libremente ocupación u oficio que no se le puede entorpecer y 3) El derecho que tiene a conseguir un empleo”<sup>110</sup>.

El artículo 53, consagra los principios mínimos que debe contener el estatuto del trabajo, el cual hasta el momento no ha sido expedido por el Congreso de la República. Sin embargo, los principios consagrados no requieren de desarrollo legislativo, motivo por el cual son de aplicación inmediata por ministerio de la misma Constitución<sup>111</sup>, textualmente preceptúa:

“Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”<sup>112</sup>.

Respecto al salario se resalta el principio de remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad, el cual goza de protección como desarrollo de los principios de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, y el no menoscabo de los derechos de los trabajadores.

En cuanto al concepto de mínimo vital, con los conceptos antes expuestos, se afirma que es aquel que retribuye el servicio, pero además debe ser suficiente

---

<sup>110</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 407 - 5 de junio de 1992. Magistrado Ponente Simón Rodríguez Rodríguez.

<sup>111</sup> Los principios constitucionales son aplicación inmediata, por tener tal calidad, por lo tanto no requieren de norma legal que los desarrolle, ver sobre el particular sentencia T-381 de 1999.

<sup>112</sup> Constitución Política de Colombia. Art. 53.

para que el trabajador y su familia tengan condiciones de vida digna. Móvil, en cuanto mantenga un poder adquisitivo, para obtener bienes y servicios necesarios para cumplir el propósito anterior. No se trata de mantener un salario cuantitativamente representativo, sino cualitativo en cuanto se adquiera, como se dijo, bienes y servicios, suficientes para desarrollar una vida en condiciones de dignidad.

La constitución política consagra la protección al trabajo y al salario, e igualmente consagra unos principios, sin embargo no define los elementos que componen el salario, labor que le corresponde al legislador, con la advertencia, que su competencia se encuentra limitada con base en lo normado por la Constitución, sobre el particular se ha expuesto:

“La Constitución brinda una especial protección al trabajo y al salario (CP Preámbulo y arts 25 y 53), pero no consagra una definición de salario, por lo cual el Legislador conserva una cierta libertad para establecer qué componentes constituyen o no salario. Sin embargo, esta libertad es relativa pues las definiciones legislativas no sólo deben respetar los principios constitucionales generales, sino que la Carta precisa algunos elementos estructurales constitutivos de la noción de salario, con el fin de fortalecer la protección al trabajo, valor y principio fundante del Estado colombiano (CP Preámbulo y art. 1º). Así la Constitución señala que las condiciones de trabajo deben ser dignas y justas (CP arts 1º y 25), lo cual implica una cierta noción constitucional de salario justo, pues sólo es digno aquel trabajo que permite a la persona vivir dignamente. Igualmente, la Carta precisa que la remuneración debe ser móvil y vital, así como proporcional a la cantidad y calidad del trabajo (CP art. 53). Esto significa, tal y como lo ha establecido esta Corporación, que debe existir una equivalencia entre el salario y la prestación del servicio, y que el principio "a trabajo igual salario igual" tiene rango constitucional”<sup>113</sup>.

## **2.6 El salario en la ley**

El Código Sustantivo de Trabajo, CST, en su artículo 127, define el concepto de salario, en los siguientes términos:

---

<sup>113</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia 081. 29 de febrero de 1996. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero. Expediente D-1054

“Artículo 127. Elementos Integrantes. Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente: Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”<sup>114</sup>.

Como nota característica del salario corresponde todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contra prestación directa del servicio. Sin embargo, se presenta, de acuerdo con nuestra legislación, el pago de salario en algunos eventos que no hay prestación de servicios, como por ejemplo en permisos o licencias remuneradas, en días domingos o festivos, o cuando por culpa del empleador no se presta el servicios<sup>115</sup>.

También se observa que hay lugar al pago del salario, honorarios, prestaciones sociales, y pensiones, cuando el trabajador ha sido víctima del delito de secuestro, en los términos y condiciones previstas en la ley 986 de 2005.

Debe acuerdo con lo anotado anteriormente, todo trabajo debe ser remunerado y el salario es irrenunciable, constituyéndose en derecho fundamental.

La norma citada, artículo 127 CST, se refiere a la expresión ordinaria, la cual de acuerdo con las demás disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, corresponde al denominado salario básico, como se infiere al definir el salario para liquidar el trabajo en días de descanso obligatorio, así “como remuneración del descanso, el trabajador a jornal debe recibir el salario ordinario sencillo, aún en el caso de que el descanso dominical coincida con una fecha que la ley señale también como descanso remunerado”<sup>116</sup> u otros días de fiesta, (artículo modificado por los artículos 1o. y 2o. de la Ley

---

<sup>114</sup> Colombia. Código Sustantivo del Trabajo.

<sup>115</sup> ARTICULO 140. SALARIO SIN PRESTACION DEL SERVICIO. Durante la vigencia del contrato el trabajador tiene derecho a percibir el salario aun cuando no haya prestación del servicio por disposición o culpa del {empleador.

<sup>116</sup> ARTICULO 174. VALOR DE LA REMUNERACION.

51 de 1983). El nuevo texto es el siguiente: “ARTÍCULO 1. Todos los trabajadores, tanto del sector público como del sector privado, tienen derecho al descanso remunerado en los siguientes días de fiesta de carácter civil o religioso: Primero de enero, seis de enero, diecinueve de marzo, primero de mayo, veintinueve de junio, veinte de julio, siete de agosto, quince de agosto, doce de octubre, primero de noviembre, once de noviembre, ocho de diciembre y veinticinco de diciembre, además de los días jueves y viernes santos, Ascensión del Señor, Corpus Christi y Sagrado Corazón de Jesús.

2. Pero el descanso remunerado del seis de enero, diecinueve de marzo, veintinueve de junio, quince de agosto, doce de octubre, primero de noviembre, Ascensión del Señor, Corpus Christi y Sagrado Corazón de Jesús cuando no caigan en día lunes se trasladarán al lunes siguiente a dicho día.

Cuando las mencionadas festividades caigan en domingo, el descanso remunerado, igualmente se trasladará al lunes.

3. Las prestaciones y derechos que para el trabajador origina el trabajo de los días festivos, se reconocerán en relación al día de descanso remunerado establecido en el inciso anterior.

ARTÍCULO 2. La remuneración correspondiente al descanso en los días festivos se liquidará como para el descanso dominical, pero sin que haya lugar a descuento alguno por falta al trabajo 2. En todo sueldo se entiende comprendido el pago del descanso en los días en que es legalmente obligatorio y remunerado”<sup>117</sup>, o el pago de las vacaciones durante la vigencia del contrato de trabajo, (Artículo modificado por el artículo 8o. del Decreto 617 de 1954). El nuevo texto es el siguiente: “1. Durante el período de vacaciones el trabajador recibirá el salario ordinario que esté devengando el día en que comience a disfrutar de ellas. En consecuencia, sólo se excluirán para la liquidación de vacaciones el valor del trabajo en días de descanso obligatorio y el valor del trabajo suplementario en horas extras.

2. Cuando el salario sea variable las vacaciones se liquidaran con el promedio de lo devengado por el trabajador en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se concedan”<sup>118</sup>, por consiguiente el que no es ordinario conlleva los complementos por trabajo suplementario o de horas extras, domingos y festivos.

El salario corresponde a la denominación de fijo o variable, de acuerdo al pacto celebrado, de la manera como se remunera el servicio, si se pacta por unidad de

---

<sup>117</sup> Código Sustantivo del Trabajo. ARTICULO 177.

<sup>118</sup> Código Sustantivo del Trabajo. ARTICULO 192.

tiempo, se denomina fijo; pero cuando depende del esfuerzo realizado, es variable, como por ejemplo las comisiones<sup>119</sup>.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de homologación de 18 de octubre de 2001, radicación 1684, sobre el concepto de salario, después de transcribir el artículo 127 del CST, reformado señaló:

“Estos factores por integrar el núcleo esencial de la noción legal del salario no pueden ser alterados por las partes ni por los laudos arbitrales. De manera que los pagos en rubros tales como la propia remuneración ordinaria, los recargos por trabajo nocturno, horas extras, trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas o comisiones, no pueden ser desnaturalizados de su connotación salarial, así sea por los avenimientos de las partes, porque el legislador por constituir una retribución “directa” del servicio y por pertenecer todos ellos a la estructura fundamental del salario, les asigna de modo insustituible tal condición, a menos que sea la propia ley que permita hacer excepciones como ocurre, entre otros conceptos son las primas legales de servicio, los eventos del artículo 14 de la ley 50 de 1990 y los salarios básicos para liquidar prestaciones”<sup>120</sup>.

La remuneración puede ser en dinero, o en especie, ésta última se encuentra regulado en el artículo 129 del CST:

Salario en especie. Artículo modificado por el artículo 16 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:

- “1. Constituye salario en especie toda aquella parte de la remuneración ordinaria y permanente que reciba el trabajador como contraprestación directa del servicio, tales como alimentación, habitación o vestuario que el (empleador) suministra al trabajador o a su familia, salvo la estipulación prevista en el artículo 15 de esta Ley.
2. El salario en especie debe valorarse expresamente en todo contrato de trabajo. A falta de estipulación o de acuerdo sobre su valor real se estimará pericialmente, sin que pueda llegar a constituir y conformar más del cincuenta por ciento (50%) de la totalidad del salario.
3. No obstante, cuando un trabajador devengue el salario mínimo legal, el valor por el concepto de salario en especie no podrá exceder del treinta por ciento (30%)”<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> Sobre el particular se puede consultar la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala laboral, de 5 de octubre de 1987. Radicación 1586.

<sup>120</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia de homologación de 18 de octubre de 2001, radicación 1684

<sup>121</sup> Colombia. Código Sustantivo de Trabajo. Art. 129.

La facultad de convenir el pago de los servicios en especie no es absoluta, pues la ley fija un tope máximo en proporción al salario cancelado en dinero: cuando se devenga el mínimo legal hasta el 30% puede ser sin especie, y cuando se devenga más del mínimo hasta el 50%, además impone a las partes la obligación de estimarlo en el contrato, y en el evento de no hacerlo debe efectuarse mediante perito.

Los viáticos, que constituyen las expensas que se cancelan al trabajador cuando con ocasión del trabajo, requiere desplazarse a otro lugar diferente de su sitio normal de prestación de servicios, puede constituir salario, según el legislador, cuando tienen la connotación de habitual, pero sólo la parte destinada a alojamiento y alimentación.

Artículo 130. Viáticos. Artículo modificado por el artículo 17 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:

- “1. Los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que sólo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación.
2. Siempre que se paguen debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos.
3. Los viáticos accidentales no constituyen salario en ningún caso. Son viáticos accidentales aquéllos que sólo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente”<sup>122</sup>.

La anterior disposición fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-081-96 de 29 de febrero de 1996, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Por último, el artículo 128 del CST, define lo que no es salario:

---

<sup>122</sup> Colombia. Código Sustantivo del Trabajo. artículo 130.

“Artículo 128. Pagos que no constituyen salarios. Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente: No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad”<sup>123</sup>.

El segmento final de esta disposición será examinado en el capítulo tercero. Dicha disposición ha sido objeto de examen constitucional, declarado exequible, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-710 de 1996, Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía, y la parte final del texto en donde se consagra la facultad de celebrar pactos de exclusión salarial fue declarado exequible, mediante Sentencia C-521 de 1995, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

## **A manera de conclusiones parciales**

Se han presentado varias visiones del concepto del salario, unas desde el punto de vista jurídico o contractual, derivado de la relación de trabajo (Mario Pasco Cosmópolis, Mario de la Cueva y en España Rodríguez-Sañudo Gutiérrez), para luego reseñar la definición de Alcalá-Zamora y Cabanellas de Torres, quien expresa que el salario constituye una contraprestación jurídica y una obligación patrimonial a cargo del empresario. Asimismo se realizó una reflexión sobre la visión económica (Néstor del Buen y Carlos Marx), y la visión social (Héctor Escribar Mandiola, Guillermo González Charry y la Iglesia Católica).

---

<sup>123</sup> Colombia. Código Sustantivo del Trabajo. artículo 128

Como se anotó en este análisis, no puede calificarse como equivocada ninguna de las visiones, por el contrario la suma de todas lleva a consensuar un concepto de salario, ya que el mismo goza de características de todas los referentes descritos.

Igualmente se mencionó la normatividad internacional que protege a la persona humana, al trabajo, y al salario. Disposiciones que propugnan porque todas las personas gocen de condiciones equitativas que le aseguren una remuneración y unas condiciones de subsistencia dignas y decorosas para el trabajador y su familia, equitativo e igual por trabajo igual sin ninguna distinción.

Estos se asumen como presupuestos fundamentales para establecer las condiciones para celebrar los pactos de exclusión salarial y sus límites. Así, como la visión constitucional y legal de nuestro país, la que se analizará en el siguiente capítulo.

## Capítulo 3

### **Pacto entre empleador y trabajador sobre sumas que no tienen incidencia salarial. Límite a los pactos sobre exclusión salarial**

En el capítulo tercero de esta investigación, se analiza las decisiones de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia: Sala Laboral, relacionadas con la facultad otorgada por el legislador a los trabajadores y empleadores para celebrar pactos de exclusión salarial, aludiendo a la autonomía de la voluntad (objeto de análisis en el capítulo primero de la investigación) y el concepto de salario, dentro del Estado Social de Derecho y el Derecho del trabajo (objeto de análisis en el capítulo segundo de la investigación), para lo cual previamente se expondrá brevemente el contexto en que se expidió la ley 50 de 1990, cuya parte final del artículo 15 consagra la facultad mencionada. Igualmente se hace mención al derecho comparado con España.

Se presenta varias sentencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sin la pretensión de establecer una línea jurisprudencial sobre el tema tratado, ni tampoco sentar un precedente obligatorio, pero sí con el propósito de ilustrar el tema para su comprensión y esclarecimiento. Sin embargo, sobre el tema del precedente se puede consultar la obra de Carlos Bernal Pulido y Diego Eduardo López Medina<sup>124</sup>.

---

<sup>124</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Universidad Capitulo Quinto El precedente en Colombia. Externado de Colombia. Bogotá. 2009.; LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los Jueces. Legis Editores S.A. Bogotá. 2006.

### 3.1. Aproximación a la Ley 50 de 1990

A pesar, de no ser objeto de análisis la Ley 50 de 1990 en su conjunto, pues se limita al aparte final del artículo 15, que modificó el artículo 128 del CST, se considera importante mencionar algunas circunstancias que rodearon su promulgación. Pues toda modificación normativa o reforma, corresponde a un desarrollo de circunstancias económicas, políticas y culturales, que conlleva una ideología, la cual se manifiesta de diversas maneras para lograr sus enunciados.

Para algunos economistas, Colombia ha venido construyendo un modelo neoliberal, que involucra la totalidad de la vida económica, social y política. Al respecto, Estrada señala que los antecedentes de la política neoliberal se sitúan en la década de los setenta, sin embargo se presenta un consenso en torno a que la administración de Cesar Gaviria Trujillo (1990-1994)<sup>125</sup> constituye un punto clave en la construcción de tal política, continuada por los gobiernos posteriores. Igualmente anota el autor, que el establecimiento de un orden jurídico económico, presenta cinco momentos de la construcción del orden neoliberal:

“1. Diseño e implantación de reformas legales estructurales claves tendientes a la desregulación de la economía (1990-1991) 2. Formulación de la Constitución económica (1991). 3. Profundización de la desregulación económica mediante el diseño e implantación de reformas legales según mandato constitucional (1992-1998) 4. Ordenamiento para la gestión de la crisis y el reforzamiento de la “desregulación económica” y la “disciplina fiscal” (1991-2004). 5. Supra nacionalización del orden jurídico económico mediante la “negociación” de tratados de libre comercio”<sup>126</sup>.

En este contexto, la desregulación de la economía, propugna por el establecimiento de reglas que organicen la actividad económica dentro de la lógica del libre mercado, en que se organiza la economía: el mercado laboral, el mercado de bienes y servicios, y el mercado de capitales. La desregulación implica en

---

<sup>125</sup> Ver ESTRADA ALVAREZ, Jairo. Construcción del modelo neoliberal en Colombia 1970 2004. Ediciones Aurora 2004.

<sup>126</sup> ESTRADA ALVAREZ, Jairo. Construcción del modelo neoliberal en Colombia 1970 2004. Ediciones Aurora 2004. p. 72.

términos de economía política la redefinición de las relaciones entre el capital y el trabajo y de las distintas formas del capital entre sí.

La reforma estructural del mercado laboral, se manifiesta con la expedición de la Ley 50 de 1990, con la cual se avanza en la instalación de la política neoliberal en dos sentidos indica Estrada:

“Primero, en dirección a la llamada flexibilización laboral, que implicaba una mayor facultad de disposición del patrono sobre la fuerza de trabajo (mediante la legalización de prácticas existentes o la introducción de nuevas) y, segundo, a través de la reducción sensible del precio del contrato laboral”<sup>127</sup>.

Igualmente, Marcel Silva Romero, expone que “el gobierno de Cesar Gaviria es el *súmmum* del neoliberalismo. Su grito de bienvenidos al futuro en el acto de posesión tiene como máximas expresiones las leyes 50 y 60 de 1990”<sup>128</sup>.

A su vez, Herrera Valencia, sostiene que los primeros años de la década de 1990 significaron para Colombia la introducción de cambios en su organización política y económica plasmado en un conjunto de reformas dentro del ideario neoliberal en tres temas fundamentalmente: apertura económica, privatización de empresas públicas y flexibilización del mercado laboral. Respecto de la reforma laboral expone que se centraba en reducir el costo laboral de las empresas y facilitar el libre despido<sup>129</sup>.

Martha Pacheco Restrepo, señala que el propósito de la Ley 50 de 1990 fue, básicamente, adecuar la legislación laboral a la realidad económica y social reinante<sup>130</sup>, buscando la transparencia en las relaciones laborales y la seguridad

---

<sup>127</sup> *Ibíd.* p. 74.

<sup>128</sup> SILVA ROMERO, Marcel. *Flujos y Reflujos Proyección de un siglo de derecho laboral colectivo colombiano*. Universidad Nacional de Colombia. Tercera edición Bogotá. 2005. p. 229.

<sup>129</sup> HERRERA VALENCIA, Beethoven. *Globalización, Reforma laboral y empleo: balance de los Noventa*. En *Revisa Opera* noviembre /volumen 2 numero 002. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2002. pp. 229-248.

en los costos y en las consecuencias jurídicas, así como flexibilizar la legislación del trabajo a fin de que el mercado de trabajo pudiera ajustarse a las nuevas necesidades de internacionalización de la economía<sup>131</sup>.

Precisamente, en la exposición de motivos de Ley, se manifiesta la necesidad de implantar una reforma estructural en materia laboral y la de adecuar la normativa a las nuevas relaciones económicas:

“Responde a una necesidad de reajuste estructural que permita adecuar los principios y normas de esta materia a la realidad contemporánea y a la modernización e internacionalización de la economía colombiana. Tal como lo señaló el señor presidente de la república en su discurso de posesión, esa modernización de la economía hace necesario que se torne más flexible el régimen laboral para darle mayor competitividad a nuestros productos, para promover la inversión e incrementar la generación de empleo”<sup>132</sup>.

De lo expuesto como motivos de la Ley, se evidencia el propósito de adaptar las disposiciones laborales a las nuevas relaciones internacionales generadas por la globalización de la economía, al interés por intervenir en un mercado con una mayor participación, para lo cual se estimaba necesario realizar lo que se denomina flexibilización laboral<sup>133</sup>, con el fin de reducir costos y al mismo tiempo facilitar la movilidad en la contratación.

Es importante anotar, que para algunos, la reforma laboral en Colombia, cimentada en el supuesto elevado costo laboral no correspondía a la realidad ya que representaba un 15% del total de los costos totales de las empresas, en

---

<sup>130</sup> El Ministerio del Trabajo, en su momento, se impuso en la tarea de modificar y revisar diferentes instituciones laborales, para lo cual la ministra del Trabajo, María Teresa Forero de Saade convocó un grupo de laboristas; equipo que estuvo coordinado por la jefatura de la oficina jurídica del Ministerio desempeñada por MARHA PACHECO OSORIO. Comisión que produjo una propuesta, que fue entregada al gobierno siguiente y sirvió de apoyo a la reforma.

<sup>131</sup> PACHECO RESTREPO, Martha. La reforma laboral de 1990. en Colegio de abogados del Trabajo El Derecho del Trabajo y la Seguridad social Realidad y Proyecciones. Legis Editores S.A. Bogotá. 1998. p.169.

<sup>132</sup> ANALES DEL CONGRESO. Bogotá: Imprenta Nacional, (martes 2 de octubre de 1990), páginas 1-10 (año XXXIII-Nº78).

<sup>133</sup> Sobre el tema de la denominada flexibilización, sus diferentes manifestaciones y contenido ver el artículo de LOPEZ F., Diego. Mitos, Alcances Y Perspectivas De La Flexibilización Laboral: Un Debate Permanente. Documento publicado como Análisis Laboral Nº 16, Fundación Friedrich Ebert Stiftung, septiembre 2002.

cambio los pasivos financieros, pesaban más por las elevadas tasas de interés que operaron después de la apertura económica<sup>134</sup>.

De manera que una de las áreas en donde repercute las variaciones de la economía, es en el derecho del trabajo por su estrecha relación con los aspectos sociales, por lo que no resulta ajeno a los cambios<sup>135</sup>, los cuales según Arturo Bronstein<sup>136</sup> se manifiestan en cuatro tipos diferentes, que denomina: de cobertura, de adaptación, de territorialidad y de ideología. Respecto a la crisis política e ideológica, indica que es producto de la influencia del pensamiento de los economistas neoclásicos que tienen en la instancias de decisión de una mayoría de países del mundo, cuyo pensamiento ha dado origen a las políticas llamadas de ajuste estructural, también conocidas como neoliberales “las que muy a menudo han sido exigidas por las instituciones financieras internacionales. Su dogma es la fe absoluta en la capacidad del mercado para autorregularse y funcionar de manera óptima, y el pecado son la regulaciones heterónomas que solo pueden producir disfunciones en el mercado”<sup>137</sup>.

Como se dijo, la política neoliberal, se manifiesta en el derecho del trabajo a través de la denominada flexibilidad laboral, la cual se ha expresado, en todas partes del mundo, como lo anota Goldin a través de:

“...materia de despido (abaratamiento y reducción de los recaudos formales), mayor recepción y uso de los contratos por tiempo determinado y otras formas de temporalidad o de contrataciones atípicas, contratos de tiempo parcial, contratos con finalidad formativa, habilitación de agencias privadas de empleo y de trabajo temporal, predominio de técnicas de procedimentales de tutela por sobre las que basa en normas sustantivas, generalización de las diversas formas de intermediación laboral en procesos de descentralización productiva, flexibilización de la jornada de trabajo y

---

<sup>134</sup> Ver. HERRERA VALENCIA, Beethoven. Globalización, Reforma laboral y empleo: balance de los Noventa. En *Revista Opera* noviembre /volumen 2 numero 002. Universidad Externado de Colombia. Bogota 2002. pp 229-248

<sup>135</sup> Sobre los cambios en el derecho del trabajo, su crisis o desarrollo, ver OJEDA AVILES, Antonio. *La Deconstrucción del Derecho del Trabajo*. La Ley, Madrid 2010

<sup>136</sup> Secretario General de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, artículo: Retos Actuales del Derecho del Trabajo. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2133840>

<sup>137</sup> BROINSTEIN, Arturo. *Retos Actuales del Derecho del Trabajo*. Ginebra, julio 2005.

los descansos, introducción de mecanismos de flexibilidad o funcional y geográfica, entre otras manifestaciones<sup>138</sup>.

En consecuencia, los cambios generados en la normatividad interna, son promovidos por la corriente de pensamiento neoliberal y por las modificaciones en el mundo del trabajo, derivadas de la economía.

La Ley 50 de 1990, por lo tanto, obedece a la orientación de la política neoliberal de apertura y flexibilización, la cual se refleja en la modificación de varias disposiciones del CST, como por ejemplo, lo concerniente a la contratación que reglamentó los contratos a término fijo inferior a un año; respecto de la terminación de contrato de trabajo, modificación de la tabla de indemnizaciones eliminando el reintegro; redefinición del concepto de salario, el salario integral, las nuevas empresas con jornadas de 36 horas sin pago de recargos nocturnos, dominicales o festivos; el nuevo régimen de cesantías, el reglamento de las empresas de servicios temporales, entre otros cambios.

No obstante, lo anterior, como se dijo en el capítulo segundo, las decisiones de la Altas Cortes, han interpretado los mandatos de dicha Ley, desarrollado y aplicando el concepto de Estado Social de Derecho, cuyos principios promueven la primacía de los derechos humanos, sobre cualquier otro, otorgándole un sentido social al ejercicio irrestricto de las políticas neoliberales, fundadas en el libre mercado, con poca intervención Estatal.

---

<sup>138</sup> GOLDIN, Adrián. Conceptualización Universal y Construcciones locales sobre la idea del derecho del trabajo. Documento preparado como parte de las actividades realizadas como investigador residente en el *Institut d'études avancées Nantes*, cuya dirección ejerce el profesor Alain Supiot.

### 3.2. Regulación normativa

El artículo 15 de la ley 50 de 1990<sup>139</sup>, subrogó el artículo 128 del CST el cual regula los pagos que no constituyen salario así:

“No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad”<sup>140</sup> (Subrayado fuera del texto).

La parte subrayada consagra la facultad a los trabajadores y empleadores para acordar los beneficios o auxilios habituales u ocasionales otorgados en forma extralegal que no constituyen salario, que debe entenderse que no tienen incidencia salarial.

El acuerdo debe comprender solo beneficios o auxilios habituales u ocasionales, establecidos convencionales o contractualmente, es decir, no puede recaer sobre beneficios establecidos por el legislador.

Con base en la anterior premisa básica se procede a examinar las sentencias de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, relacionadas con el tema.

---

<sup>139</sup> Publicada en el Diario Oficial No 39.618 del 1o. de enero de 1991.

<sup>140</sup> Colombia. Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 128

### **3.3 Sentencias Corte Constitucional**

#### **3.3.1 Sentencia C-521 de 1995**

La primera sentencia de la Corte Constitucional, que se refirió a la norma objeto de análisis, parte final del artículo 15 de la Ley 50 de 1990 que subrogó el artículo 128 del CST, corresponde la C-521 de 1995<sup>141</sup>, que revisó la demanda de inconstitucionalidad formulada contra el artículo 15, la parte transcrita y subrayada anteriormente, y un aparte del artículo 6 de la ley 50 de 1990.

En la sentencia comentada (C-521 de 1995), la Corte Constitucional revisa varios aspectos, que se tratarán por separado, teniendo en cuenta lo expuesto en el primero y segundo capítulo, respecto de la autonomía de la voluntad y el concepto de salario.

##### **3.3.1.1 Definición de salario en la sentencia**

Resalta la Corte Constitucional en la sentencia analizada la dificultad para definir el concepto de salario en cuanto comprende no sólo la retribución del servicio sino además los pagos necesarios para atender las necesidades personales y familiares del trabajador.

“Precisar la idea o noción de salario ha sido una tarea difícil para la doctrina y el legislador, porque ella rebasa lo meramente jurídico y penetra en el ámbito socio económico y político, al considerarse que la remuneración que recibe el trabajador no comprende meramente la retribución del servicio prestado a un empleador, sino todos los beneficios, o contraprestaciones necesarios para atender sus necesidades

---

<sup>141</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 521 de 16 de noviembre de 1995. Magistrado Ponente: ANTONIO BARRERA CARBONELL. Expediente D-902

personales y familiares y para asegurar una especial calidad de vida que le aseguren una existencia acorde con su dignidad humana”<sup>142</sup>.

Como se anotó en el capítulo segundo, el concepto de salario tiene diversas visiones, depende de donde se formule la definición corresponde determinado concepto. Unas lo circunscriben a la contraprestación que recibe el trabajador por el servicio prestado y para otras, además debe ser suficiente para cubrir las necesidades del trabajador y su familia.

La Corte Constitucional toma partido por la visión social del salario, pues no lo limita a la retribución del servicio sino que además, el pago debe ser suficiente para atender las necesidades personales y familiares del trabajador. Concepción muy válida, pues responde al estado social de derecho, que conlleva a que el trabajador materialmente desarrolle una vida digna con la satisfacción de sus necesidades personales y familiares.

### **3.3.1.2 Determinación del valor**

Establecer el valor del salario no es cuestión fácil, pues debe determinarse cuanto se cancela por el servicio, y si es suficiente para la subsistencia del trabajador, la satisfacción de sus necesidades personales y familiares de manera digna.

Respecto del valor como retribución del servicio, la Corte Constitucional en la sentencia comentada (Sentencia C- 521), con base en el principio constitucional: a trabajo igual salario igual, señaló que se traduce en una relación específica y práctica del principio de igualdad.

---

<sup>142</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 521 de 16 de noviembre de 1995. Magistrado Ponente: ANTONIO BARRERA CARBONELL. Expediente D-902

Es así, como se alude en la sentencia comentada textualmente, a la de tutela T-143 de 1995 donde consignó:

Constitucionalmente el principio se deduce:

“-Del ideal del orden justo en lo social y lo económico, que tiene una proyección en las relaciones de trabajo (preámbulo, arts. 1o, 2o y 25 C.P.)

-Del principio del reconocimiento a la dignidad humana, que necesariamente se manifiesta en la garantía del derecho al trabajo en condiciones dignas que aseguren un nivel de vida decoroso (arts. 1o, 25 y 53, inciso final C.P.).

-Del principio de igualdad pues la naturaleza conmutativa del contrato de trabajo, traducida en la equivalencia de las prestaciones a que se obligan las partes, el suministro de la fuerza de trabajo a través de la prestación del servicio, y la remuneración o retribución mediante el salario, se construye bajo una relación material y jurídica de igualdad que se manifiesta en el axioma de que el valor del trabajo debe corresponder al valor del salario que se paga por este (art.13 C.P.).

-De los principios sobre la igualdad de oportunidades, que supone naturalmente no sólo la correspondencia o el balance que debe existir entre el valor del trabajo y el valor del salario, sino con respecto a los trabajadores que desarrollan una misma labor en condiciones de jornada y eficiencia iguales; el establecimiento de la remuneración mínima vital y móvil "proporcional a la calidad y cantidad de trabajo", e incluso, la "irrenunciabilidad de los beneficios mínimos" establecidos en las normas laborales, pues el trabajo realizado en ciertas condiciones de calidad y cantidad tiene como contraprestación la acreencia de una remuneración mínima que corresponda o sea equivalente a dicho valor (art. 53 C.P.)”<sup>143</sup>.

Así, para la Corte Constitucional el salario debe presentarse en un orden justo en lo social y económico, de donde se colige una noción constitucional de salario justo<sup>144</sup>; asimismo, debe presentarse en relaciones dignas que aseguren un nivel de vida decoroso; se construye bajo una relación material y jurídica de igualdad la cual se manifiesta en el axioma de que el valor del trabajo debe corresponder al valor del salario que se paga por éste. Igualmente, al presentarse entre trabajadores la situación, que desarrollen una misma labor, y en el establecimiento de una remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo, e incluso, la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos.

---

<sup>143</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T- 143 de 30 de marzo de 1995. Magistrado Ponente: ANTONIO BARRERA CARBONELL. EXPEDIENTE T-48.268.

<sup>144</sup> Ver también sobre el tema C-.081 de 1996

En cuanto a la capacidad del ingreso, la Corte Constitucional se refiere al salario mínimo vital y móvil, consagrado en el artículo 53 de la C.P, así:

“Aunque la Constitución no consagra la subsistencia como un derecho, éste puede colegirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social, ya que la persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir. La consagración de derechos fundamentales en la Constitución busca garantizar las condiciones económicas necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad. (...). El Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del territorio nacional, una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance”<sup>145</sup>.

Igualmente en sentencia C-781 del 2003, con relación al concepto de salario mínimo, se refiere al artículo 145 del CST, que lo define como "el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural"<sup>146</sup>, y al artículo 53 de la C.P. que consagra como uno de los principios mínimos fundamentales en materia laboral el de la "remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo" <sup>147</sup>, e igualmente, a los Convenios No. 26 de 1928 y 99 de 1948, y la Recomendación No. 89 de la Organización Internacional del Trabajo, en los cuales se propugna por un salario mínimo que asegure al trabajador "un nivel de vida adecuado"<sup>148</sup>.

Se anota que las definiciones de salario de orden mercantil, cuyo fundamento radica en determinar su valor de acuerdo con el mercado: oferta y demanda, en la carta política colombiana, dicho concepto no resulta admisible, pues desconoce al

---

<sup>145</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-015 de 23 de enero de 1995. Magistrado ponente HERNANDO HERRERA VERGARA. Expediente T-49.824.

<sup>146</sup> Colombia. Código Sustantivo del Trabajo.

<sup>147</sup> Colombia. Constitución Política.

<sup>148</sup> Colombia. Corte Constitucional Sentencia C-781 de 2003. Magistrado Ponente. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

ser humano como gestor del trabajo, al ponerlo al mismo nivel de una mercancía<sup>149</sup>, apartado de la dignidad humana.

Para la Corte Constitucional tienen cabida las definiciones de salario de orden social, como se dijo, en cuanto pregonan que debe ser suficiente para que el trabajador cubra de manera digna sus necesidades personales y las de su familia.

Se advierte, que el salario por tener origen en el contrato de trabajo, corresponde a una obligación contractual o jurídica, de tal manera que no sólo cubre el trabajo materialmente realizado, sino también el pago cuando no se presta el servicio, como por ejemplo en los casos de descanso remunerado (festivos, domingos), licencias o permisos remunerados, o la no prestación del servicio por culpa del empleador, o el evento especial del trabajador secuestrado.

### **3.3.1.3. Libertad contractual**

Tema trascendental es la libertad para determinar el salario, la cual gozan todas las personas libres, que se manifiesta en la posibilidad de elección y de disposición.

La sentencia, comentada (Sentencia C- 521 de 1995), se refiere al congreso como legislador, el cual cuenta con libertad de configuración normativa, y por lo tanto determina los elementos de la retribución directa del servicio, pero señala la Corte Constitucional que tal labor la debe realizar “con arreglo a los criterios y principios ya mencionados, lo cual le impide desconocer la primacía de la realidad sobre la

---

<sup>149</sup> La fijación de un salario mínimo evita que su determinación se libere a las fuerzas de la oferta y la demanda como si fuese una mercancía, cuando en el estado social de derecho el trabajo no es solo un factor de producción sino fuente de dignificación de la persona humana, ver sentencia T-252 de 1995.

forma y mudar arbitrariamente la naturaleza de las cosas, como sería quitarle la naturaleza de salario a lo que realmente tiene este carácter”.

Asimismo, se refiere a los sujetos de la relación de trabajo, empleador y trabajador, quienes dentro de la autonomía de la voluntad, deben también respetar los criterios y principios indicados, y además los contratos o convenios, no deben menoscabar la libertad, la dignidad humana, ni los derechos de los trabajadores.

De tal suerte que tanto el congreso a pesar de contar con facultad de libre configuración legislativa, y las partes de autonomía de la voluntad, las mismas no son absolutas, están limitados por los criterios y principios derivados de la Constitución, no pueden cambiar la naturaleza de lo que realmente es salario, ni los acuerdos pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana y los derechos del trabajador.

En consecuencia, para la Corte Constitucional, el aparte, subrayado (ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad), demandado del artículo 15 de la Ley 50 de 1990, según sus palabras, corresponde al reconocimiento constitucional para que se acuerden entre los trabajadores y empleadores las condiciones de la prestación del servicio, en forma libre y espontánea, obedeciendo al principio de la autonomía de la voluntad, pero con la advertencia que su aplicación no implique la vulneración de los derechos esenciales o mínimos de los trabajadores, regulados por la constitución y la ley, por lo que declaró exequible el texto demandado.

En esta sentencia (C- 521 de 1995), la Corte reconoce que los sujetos de la relación laboral, trabajador empleador, actúan de manera libre y espontánea, obedeciendo al principio de la autonomía de la voluntad; sin embargo, considera necesario aclarar que la misma se encuentra sujeta, a los principios y valores que se derivan de la constitución. Por lo tanto, no puede afectar los derechos mínimos de los trabajadores.

Asimismo, se debe precisar que el trabajador cuenta con libertad para contratar o no, pero no tiene libertad para disponer sobre la manera como se va desarrollar la prestación del servicio, pues se le reconoce libertad en cuanto a la decisión de trabajar en una u otra actividad, pero la fijación de las condiciones de trabajo, se presentan bajo un contrato de adhesión, que no es fruto de la concertación entre los intervinientes.

En consecuencia, la pregonada autonomía de la voluntad, no es absoluta, pues se encuentra supeditada a los criterios y principios establecidos en la normatividad de la constitución, y la garantía de la dignidad humana.

### **3.3.2. Sentencia C-710 de 1996**

La segunda sentencia de constitucionalidad sobre el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, corresponde a la C-710 de 1996<sup>150</sup>, que examinó el texto de la norma, salvo el aparte tratado en la sentencia anterior. (No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero, o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para

---

<sup>150</sup> Colombia. Corte Constitucional Sentencia C-710 de 9 de diciembre de 1996. Magistrado Ponente: JORGE ARANGO MEJÍA. Expediente D-1292

desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VII y IX).

Según lo expuesto por la Corte Constitucional, constituye salario lo que recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio sin importar la denominación, exaltando el principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral<sup>151</sup>, consagrado en el artículo 53 de la C. P:

“...la definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, tal como lo establece el artículo 53 de la Constitución, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, el juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente”<sup>152</sup>.

De tal manera, que es en el campo de los hechos, en la realidad, en donde se determina lo que es salario, y no en la denominación que las partes le otorguen a los pagos; se impone el concepto de salario por encima de la voluntad de las partes, derivado de la realidad, por lo anterior resulta ineficaz acuerdo o pacto que la desconozca.

La sentencia comentada (C-710 de 1996), ratifica lo expuesto respecto del concepto de salario en la anterior (C- 521 de 1995), pero incluye las observaciones sobre el principio de la primacía de la realidad sobre las

---

<sup>151</sup> La corte Constitucional, sobre este principio expuso. “El derecho opera en la realidad, y tiende exclusivamente hacia ella. Lo real siempre tiene primacía, pues de no ser así, jamás se concretarían en el mundo jurídico las libertades del hombre. No es posible que las formalidades establecidas por los sujetos lleguen a obstruir los beneficios reales para el trabajador y la realidad misma del derecho al trabajo. Y es lógico que así suceda, pues nunca lo substancial puede subordinarse a lo accidental, sino todo lo contrario: los accidentes debe definir cada vez más lo substancial, en lugar de anular la realidad. De no ser así operaría un desorden jurídico, contrario al orden jurídico que inspira la Carta Política.” Sentencia c- 023 de 27 de enero de 1994. Magistrado Ponente VLADIMIRO NARANJO MESA. Expediente D-353.

<sup>152</sup> Colombia. Corte Constitucional Sentencia C-710 de 1996. Magistrado Ponente: JORGE ARANGO MEJÍA.

formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, sometiendo la autonomía de la voluntad a lo que se deriva de la realidad. En otras palabras, las partes no pueden modificar o alterar la realidad, encontrándose sujetas a la misma, y mucho menos podrían modificar la naturaleza de las cosas.

Como aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, una vez establecida la realidad con base en el anterior principio, expone la Corte Constitucional, se deben aplicar las disposiciones legales y los tratados que versen sobre la materia en procura de darle la protección y garantía debida a la realidad establecida.

En cuanto a la aplicación del principio de la primacía de la realidad al establecer la existencia del contrato de trabajo, en sentencia C-555 de 1994 expuso:

“La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional (CP art. 53). La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato”<sup>153</sup>

De tal manera que para la Corte Constitucional el precepto demandado, artículo 15 Ley 50 de 1990, se limita a establecer lo que no constituye salario y a señalar algunos ejemplos, lo cual no desconoce norma alguna de la Constitución, y advierte que tampoco la disposición impide que se pueda reclamar “ante el juez

---

<sup>153</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 555 6 de diciembre de 1994. Magistrado Ponente: DUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Expediente D-572.

competente, el reconocimiento salarial de una suma o prestación excluida como tal, cuando, por sus características, ella tiene por objeto retribuir el servicio prestado” (C-710 de 1996), por lo que la declaró exequible.

### **3.4 Otras decisiones de la Corte Constitucional**

Se reitera el concepto de salario, su protección o la celebración de pactos de exclusión salarial.

#### **3.4.1. Sentencia C-221 de 1992<sup>154</sup>**

Es necesario puntualizar que la protección del salario consagrada en la constitución, se deriva en primer lugar de la protección del ser humano en el estado social de derecho, y en segundo lugar en la exaltación de derecho fundamental del trabajo en el artículo 25 de la C.P.C<sup>155</sup>.

El trabajo es inmanente del ser humano, de tal manera que no puede separarse el uno del otro, motivo por el cual la protección que la constitución otorga al ser humano, corresponde al trabajo.

El título II de la Constitución Política, titulado “De los derechos, las garantías y los deberes”, comprende los siguientes capítulos: capítulo 1, “De los derechos fundamentales”, capítulo 2 “De los derechos social, económicos y culturales”, capítulo 3 “De los derechos colectivos y del ambiente” y capítulo 4 “De la protección y aplicación de los derechos”. Y, capítulo 5 “De los derechos y

---

<sup>154</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 221 de 29 de mayo de 992. Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. Expediente D-006.

<sup>155</sup> Colombia. Constitución Política. Artículo 25 “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas su modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

obligaciones”, preceptos que consagren protección al ser humano, se aplican al trabajo y se extienden al salario, con la advertencia que la Corte en sus diferentes pronunciamientos ha precisado respecto de los derechos fundamentales que no son solamente los consagrados en el capítulo 1, sino que pueden además estar consagrados en otras normas. Textualmente en la sentencia comentada se expone:

“La persona es el sujeto de la Constitución y, como condición de la dignidad humana, la Carta es portadora de derechos y deberes (Título II). El trabajo es justamente uno de ellos (artículo 25), con un carácter de derecho-deber y, como todo el tríptico económico de la Carta -propiedad (art. 58), trabajo (art. 25), empresa (art. 333), cumple una función social. El trabajo es una actividad que goza en todas sus modalidades de la especial protección del Estado. Una de las garantías es el estatuto del trabajo, que contiene unos principios mínimos fundamentales (artículo 53), cuya protección es de tal naturaleza, que es inmune incluso ante el estado de excepción por hechos que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden social, económico y ecológico. El gobierno, con las facultades excepcionales que le otorga la declaratoria de dicho estado, no puede desmejorar los derechos sociales de los trabajadores (artículo 215)”<sup>156</sup>.

### **3.4.2. Sentencia T-149 de 1995<sup>157</sup>**

Una de los principios del derecho del trabajo<sup>158</sup> es el de la irrenunciabilidad de los derechos, que consiste en “la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio”<sup>159</sup>.

La sentencia se refiere a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales, consagrado en el artículo 53 de la C.P, lo cual representa un límite a la autonomía

---

<sup>156</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 221 de 29 de mayo de 1992. Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. Expediente D-006.

<sup>157</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-149 de 4 de abril de 1995. Magistrado Ponente: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Expedientes T 52386 y 52388.

<sup>158</sup> Sobre el tema de los principios del derecho del trabajo se puede consultar la obra de PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Ediciones Depalma . Buenos Aires. 1978.

<sup>159</sup> PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1978. p. 67

de la voluntad privada, cuya finalidad es la de contribuir al mejoramiento de los niveles de vida y en la dignificación del trabajador.

Otro concepto mencionado en la sentencia corresponde al de orden público, el cual por sí mismo conlleva diferentes contenidos, para el objeto de esta investigación, nos remitimos a lo anotado por Américo Plá Rodríguez, en cuanto aclara que al señalarse que las normas laborales son de orden público no significa que integran el derecho público, sino que corresponden al interés del Estado que “ha considerado que debe excluirse la posibilidad de que las partes acuerden por decisión propia, regular su conducta de manera distinta de cómo estableció el legislador”<sup>160</sup>, aunque aclara que la norma de orden público puede pertenecer al derecho público como al derecho privado. Y respecto de la noción de orden público, el tratadista menciona a Clovis Bevilacqua quien lo define como “Leyes de orden público son aquellas que en un Estado establecen los principios cuya conservación se considera indispensable a la organización de la vida social, según los preceptos del derecho (...) y a Evaristo de Moraes Filho, “Orden público significa lo que no puede ser derogado, renunciado, por simple manifestación de voluntad de los particulares. Es aquello que el Estado juzga imprescindible y esencial para la supervivencia de la propia sociedad, el bien común, la utilidad general”<sup>161</sup>.

De manera concreta la sentencia expone:

“Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público. Los derechos y prerrogativas en ellas reconocidos se sustraen a la autonomía de la voluntad privada, por lo que no son disponibles salvo los casos exceptuados por la ley (CP art. 53; C.S.T, art. 14). La imposibilidad constitucional de modificar las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador tiene sustento en el carácter esencial de estos beneficios para la conservación de la dignidad humana”<sup>162</sup>.

---

<sup>160</sup> Ibid. p. 77

<sup>161</sup> Ibid. p. 78.

<sup>162</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-149 de abril de 1995. Magistrado Ponente: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

### **3.4.3.Sentencia C-252 de 1995<sup>163</sup>**

En esta sentencia plantea la limitación de la autonomía de la voluntad y más concretamente a la intervención del mercado oferta y demanda para determinar el salario mínimo; expone que constituye una manera concreta de protección especial que el trabajo debe recibir del Estado y la Sociedad, y además el contenido del salario en sentido social, en cuanto debe contribuir a satisfacer sus necesidades materiales, sociales y culturales, para ser reputado como digno.

“Si la remuneración que el trabajador obtiene no le permite satisfacer las necesidades - materiales, sociales y culturales - que se reputan indispensables para reponer sus energías y, además, llevar una vida social y familiar normal, ella no estará a la altura de la persona humana y no podrá ser reputada digna, pues, dejará de servir como instrumento para construir una existencia libre y valiosa”<sup>164</sup>.

En la determinación del salario mínimo se manifiesta la intervención del estado para que el salario satisfaga necesidades del trabajador y de su familia de manea digna, por lo tanto debe ser suficiente para adquirir los bienes y servicios que permitan materialmente cumplir tal cometido.

### **3.4.4 Sentencia T-174 de 1997<sup>165</sup>**

El trabajo debe ser remunerado pues constituye la retribución, el beneficio que recibe el empleador. En la sentencia comentada (T-174 de 1997), se señala la obligación de retribuir los servicios prestados, precisando que todo trabajo debe ser remunerado, otorgándole la garantía de derecho inalienable, pues forma parte de la subsistencia del trabajador y el sostenimiento de la familia.

---

<sup>163</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-252 de de 1995. Magistrado Ponente: DUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

<sup>164</sup> *Ibíd.*

<sup>165</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-174 de abril de 1997. Magistrado Ponente: JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

“Todo trabajo debe ser remunerado, desde el primer minuto en que se presta, pues del salario depende la subsistencia del trabajador y el sostenimiento de su familia. Que se le pague por vincular su fuerza, su ingenio, su pericia y su tiempo a las finalidades de otro -sea éste una persona privada o el mismo Estado- es algo que se constituye en derecho inalienable a partir del trabajo mismo y no por las solemnidades o trámites de índole legal o reglamentario con base en las cuales se haya pactado la prestación de servicios personales”<sup>166</sup>.

Como consecuencia de lo anterior se colige que el trabajo humano debe ser remunerado, de tal manera que se descarta la gratuidad del mismo, asimismo se resalta la condición de inalienable por ser consecuencia del trabajo.

### **3.4.5. Sentencia T- 727 de 1998<sup>167</sup>**

Se reitera el especial tratamiento que la constitución de 1991 le otorga al trabajo, al estimarlo como valor fundante sobre el cual descansa la estructura del estado social de derecho colombiano e igualmente derecho y obligación social, que goza de protección especial estatal en cualquiera de sus modalidades, por lo tanto debe desarrollarse en condiciones dignas y justas, lo que conlleva a que su pago sea oportuno y periódico.

“De esta manera, el pago oportuno, periódico y completo del salario se configura en una obligación ineludible e inaplazable del patrono frente al derecho del trabajador a recibirlo, cuyo incumplimiento trae consigo la vulneración adicional de otros derechos, como la seguridad social y la vida, al igual que el derecho a la subsistencia”<sup>168</sup>.

Como complemento de la anterior sentencia, en el sentido de que el trabajo debe ser remunerado, se señala que debe cancelarse en forma oportuna y periódica, pues como se observó, constituye un valor fundante, un derecho y obligación social, y forma parte de la subsistencia del trabajador y su familia.

---

<sup>166</sup> Ibíd.

<sup>167</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-727 de 1999. Magistrado Ponente: ALVARO TAFUR GALVIS.

<sup>168</sup> Ibíd.

### 3.4.6. Sentencia C-892 de 2009<sup>169</sup>

Se presenta la posición de la Corte Constitucional frente al concepto de salario y su protección, ya expuestos en las sentencias comentadas. Y se integra que la protección del pago oportuno no sólo se restringe al ámbito de la ejecución de la relación laboral, sino también se extiende a los actos posteriores a su finalización.

La Corte se refiere al artículo 12-2 del Convenio 95 de la OIT, que establece que:

“Cuando se termine el contrato de trabajo se deberá efectuar un ajuste final de todos los salarios debidos, de conformidad con la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral, o, en defecto de dicha legislación, contrato o laudo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de los términos del contrato”<sup>170</sup>.

Se refiere al concepto de salario establecido en el artículo 127 del CST, para señalar que se trata de un criterio amplio, que cubre las distintas modalidades de ingreso, generadas por la retribución del servicio.

Presenta la Corte Constitucional una relación de lo que estima que no es salario, partiendo del presupuesto que son ingresos que no están dirigidos a retribuir el servicio, sino a cubrir riesgos o gastos de otra naturaleza, así:

“Esta definición excluye, por ende, otro tipo de ingresos laborales que no están dirigidos a retribuir dicho servicio, sino a asumir riesgos o gastos de otra naturaleza. Así, dentro de la categoría de pagos no constitutivos de salario quedan incorporados (i) las indemnizaciones que asume el patrono por daños o demás detrimentos que sufra el trabajador en el marco de la relación laboral; (ii) la remuneración del trabajador durante el descanso obligatorio (vacaciones y días no laborables de naturaleza legal y/o estipulados en el contrato respectivo);(iii) las sumas o bienes que recibe el trabajador con el fin de ejercer cabalmente sus funciones, como sucede con el auxilio de transporte de que trata la Ley 15 de 1959, al igual que los demás conceptos que enlista el artículo 128 CST; y (IV) aquellos montos que recibe el

---

<sup>169</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-892 de 2009. Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

<sup>169</sup> *Ibíd.*

<sup>169</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-892 de 2009. Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

<sup>170</sup> *Ibíd.*

trabajador por simple liberalidad del empleador y no como contraprestación por el servicio personal que presta, según lo dispone el citado precepto del Código Sustantivo del Trabajo”<sup>171</sup>.

Es de anotar, que esta sentencia determina que las vacaciones son un descanso remunerado, circunstancia por la cual su pago en dinero no constituye salario, lo que representa una visión legal del concepto de salario, como se anotó anteriormente, por lo tanto la Corte Constitucional se separa del concepto general establecido en otras decisiones con base en el Convenio 95, el cual solo opera para reclamar su cancelación oportuna, comentado en el punto 2.4.2.

La definición de salario como lo ha señalado la Corte no se encuentra en la Constitución Política, y compete al legislador establecerlo bajo los presupuestos del estado social del derecho, y la normatividad internacional.

El convenio 95, consagra unos parámetros amplios para estimar el concepto de salario, y señala que el mismo debe ser fijado por acuerdo o por la legislación nacional, es decir que reconoce la autonomía de cada estado para establecer el concepto de salario, por lo tanto la legislación nacional no resulta contraria al convenio mencionado.

### **3.5 Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral**

La Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, fue la primera corporación que analizó de manera sistemática el contenido de los artículos 14 y 15 de la ley 50 de 1990; en providencia que después ha sido objeto de mención tanto por la misma Corporación, como por la Corte Constitucional, por ejemplo en la sentencia C- 521

---

<sup>171</sup> Ibid.

de 1995, así como por el Consejo de Estado<sup>172</sup>, cuando se trata de examinar el concepto de salario.

### **3.5.1. Sentencia de 12 de febrero 1993. Radicación 5481<sup>173</sup>**

La Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, estudia lo que se entiende por salario, precisando que de acuerdo con lo establecido en la normatividad y por la usanza en el lenguaje jurídico, se distingue pagos que constituyen salario propiamente dicho de otras remuneraciones y beneficios que también recibe el trabajador por razón de su trabajo o con ocasión del mismo, cuales son las prestaciones sociales, las indemnizaciones y los descansos.

Precisa la Corte que los pagos anteriores encuentran su causa en la prestación subordinada de servicios, por lo que siempre la razón será la relación laboral preexistente, por lo tanto para la distinción de su naturaleza jurídica no puede examinarse en su causa sino más bien en su finalidad, la cual permitiría delimitar claramente los diferentes conceptos. En consecuencia, realiza la Corte un examen de cada uno de los conceptos anteriores, determinando lo que constituye salario.

Define la sentencia los conceptos en los siguientes términos: El salario aparece así como la remuneración más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador. Prestaciones sociales, cubre los riesgos o infortunios a que se puede ver enfrentado: la desocupación, la pérdida ocasional o permanente, parcial o total, de su capacidad laboral por enfermedad, accidente, vejez, etc. y la muerte. Indemnizaciones, corresponden a reparaciones de daños, en su doble modalidad

---

<sup>172</sup> Ver Consejo De Estado Sala De Consulta y Servicio Civil. de 21 de febrero de 1997. Magistrado Ponente JAVIER HENAO HIDRÓN. Radicado 954.

<sup>173</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia de 12 de febrero 1993. Radicación 5481. Magistrado ponente: Hugo Suescun Pujols.

de compensatorias y moratorias, resarcen los perjuicios que el trabajador llegue a sufrir. Descansos remunerados, regulados por el Código Sustantivo del Trabajo comprenden el "descanso dominical remunerado", el "descanso remunerado en otros días de fiesta" y las "vacaciones anuales remuneradas". Además, sostiene que adicionalmente el trabajador recibe otros pagos no constitutivos de salario puesto que no tienen como objeto retribuir el servicio sino que están destinados a facilitarle el desempeño cabal de sus funciones o son una simple liberalidad ocasional del empleador.

De manera directa respecto al alcance de los artículos 14 y 15 de la ley 50 de 1990 expone:

“... dichos preceptos no disponen, como pareciera darlo a entender una lectura superficial de sus textos, que un pago que realmente remunera el servicio, y por tanto constituye salario, ya no lo sea en virtud de disposición unilateral del empleador o por convenio individual o colectivo con sus trabajadores. En efecto, ni siquiera al legislador le está permitido contrariar la naturaleza de las cosas, y por lo mismo no podría disponer que un pago que retribuye la actividad del trabajador ya no sea salario. Lo que verdaderamente quiere decir la última parte del artículo 15 de la Ley 50 de 1.990, aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, es que a partir de su vigencia pagos que son "salario" pueden no obstante excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones etc.)”<sup>174</sup>.

Sentado lo anterior es decir, que la norma no autoriza a las partes para disponer que un pago que retribuya el servicio no tenga la connotación de salario, luego precisa que no existe impedimento para que el legislador pueda disponer que determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario, es decir que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial.

“El legislador puede entonces también --y es estrictamente lo que ha hecho-- autorizar a las partes celebrantes de un contrato individual de trabajo, o de una

---

<sup>174</sup> *Ibíd.*

convención colectiva de trabajo o de un pacto colectivo, para disponer expresamente que determinado beneficio o auxilio extralegal, a pesar de su carácter retributivo del trabajo, no tenga incidencia en la liquidación y pago de otras prestaciones o indemnizaciones. Lo que no puede lógicamente hacerse, ni por el legislador ni por quienes celebran un convenio individual o colectivo de trabajo, es disponer que aquello que por esencia es salario, deje de serlo”<sup>175</sup>.

Como corolario de lo expuesto en la providencia examinada la Constitución ni la Ley autorizan a las partes a cambiar la naturaleza salarial a la retribución que la tiene, ni tampoco el legislador se encuentra facultado para tal evento. Lo que permite la norma es que las partes dispongan expresamente que determinado beneficio o auxilio extralegal, a pesar de su carácter retributivo del trabajo, no tenga incidencia en la liquidación y pago de prestaciones o indemnizaciones.

Por lo anterior, en cada caso, para determinar la procedencia del convenio debe establecerse que se trata de un beneficio o auxilio extralegal, obviamente con carácter salarial, para que las partes puedan disponer que el mismo no tenga incidencia en la liquidación y pago de determinadas prestaciones o indemnizaciones.

Es decir, no todos los pagos retributivos del servicio, pueden ser objeto del convenio de no incidencia salarial en la liquidación y pago de prestaciones o indemnizaciones, toda vez que la ley se refiere solo a los “beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal”<sup>176</sup>.

Desde luego, debe reiterarse, que el convenio respecto de pagos que no constituyen salario o mejor que no tienen incidencia salarial, debe recaer sobre sumas que tienen vocación de salario, pues de lo contrario sería innecesario o

---

<sup>175</sup> *Ibíd.*

<sup>176</sup> Colombia. Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 128

inútil, pues no puede restársele incidencia salarial para liquidar otras prestaciones o indemnización a lo que no tiene ese atributo, en otras palabras no puede ser objeto de expropiación aquello de lo que se carece.

### **3.6. Otras decisiones de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral**

#### **3.6.1 Sentencia de 25 de junio de 1996 Radicación 8269<sup>177</sup>**

Se define el concepto de salario siguiendo el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de la relación laboral, sin importar por lo tanto el origen unilateral o bilateral, sino el efecto de retribuir directamente el servicio.

“...la índole de un derecho no se desnaturaliza por su origen unilateral o bilateral, por esta razón si un pago en realidad retribuye de manera directa aunque no inmediata el trabajo, su naturaleza no puede ser otra distinta a la de un salario, puesto que constituye salario toda remuneración del servicio prestado subordinadamente cualquiera sea la forma que adopte o la periodicidad del pago. Por ello la denominación es algo meramente accidental”.

Un pago puede tener origen en el convenio, en el contrato o unilateralmente en la decisión del empleador, pero tal origen no determina su condición salarial, pues si es retributivo del servicio, por encima de la voluntad de las partes o del empleador, constituye salario.

---

<sup>177</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala laboral Sentencia de 25 de junio de 1996. Magistrado Ponente: Rafael Arango Méndez. Expediente 8269

### 3.6.2 Sentencia de 14 de noviembre de 2003 Radicación 20914<sup>178</sup>

Se analiza la circunstancia de que el empleador convino con el trabajador en pagar unos porcentajes por ventas de inmuebles, pero estableció que los mismos no eran salario, mediante cláusula adicional al contrato de trabajo.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, reitera lo expuesto en otras decisiones, y enfatiza la tesis de que las sumas pagadas que por su naturaleza son salario, cualquier pacto que se efectuó desconociendo ese carácter, es ineficaz:

“...reiteradamente esta Corporación interpretando los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificados por los artículos 14 y 15 de la Ley 50 de 1990, ha sostenido, como lo puntualiza el Tribunal, “que las comisiones por expreso mandato legal son salario y por lo mismo carecen de eficacia aquellos acuerdos Inter.-partes que le desconozcan ese carácter. (Ver entre otras, sentencia del 29 de enero de 1997, expediente 8426). Sentencia de 19 de febrero de 2.003, radicación 19475”<sup>179</sup>.

Igualmente en esta decisión se cita como apoyo lo dicho por la misma Corporación en sentencia de homologación de 18 de octubre de 2001, radicado 16874, en la cual se precisó:

“Estos factores por integrar el núcleo esencial de la noción legal del salario no pueden ser alterados por las partes ni por los laudos arbitrales. De manera que los pagos en rubros tales como la propia remuneración ordinaria, los recargos por trabajo nocturno, horas extras, trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas o comisiones, no pueden ser desnaturalizados de su connotación salarial, así sea por los avenimientos de las partes, porque el legislador por constituir una retribución “directa” del servicio y por pertenecer todos ellos a la estructura fundamental del salario, les asigna de modo insustituible tal condición, a menos que sea la propia ley que permita hacer excepciones como ocurre, entre otros conceptos con las primas

---

<sup>178</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala laboral Sentencia de 14 de noviembre de 2003. Magistrado Ponente: Isaura Vargas Díaz. Expediente 20914.

<sup>179</sup> *Ibid.*

legales de servicio, los eventos del artículo 14 de la ley 50 de 1990 y los salarios básicos para liquidar prestaciones<sup>180</sup>.

De la sentencia se colige que la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, introduce el concepto de núcleo esencial de la noción legal de salario, para señalar que el mismo no puede ser objeto de alteración, y precisa que corresponde tal noción a la remuneración ordinaria, los recargos por trabajo nocturno, horas extras, trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas o comisiones, los cuales constituyen retribución directa del servicio.

Pero permite el legislador que puede disponer sobre su incidencia en la liquidación de determinados beneficios.

Por lo tanto, se deja definido que las partes no pueden en convenio o en el contrato, modificar la incidencia salarial de aquellas sumas que constituyen salario, que forman parte del núcleo esencial de la noción legal de salario.

### **3.6.3. Sentencia de 27 de septiembre de 2004. Radicación 22069<sup>181</sup>**

En el proceso se estableció que ciertas sumas pagadas al trabajador por concepto de comisiones, después de superada una meta de ventas asignadas a un grupo específico de trabajo, mediante convenio le atribuyeron el nombre de premio, y se pactó que no tendría incidencia salarial.

Para la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, las partes no pueden simplemente alterar el nombre de las sumas canceladas para pretender modificar

---

<sup>180</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia de homologación de 18 de octubre de 2001, radicado 16874.

<sup>181</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación laboral Sentencia de 2000. Magistrado Ponente: ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERON.

la naturaleza, cuando no cambian las condiciones materiales de trabajo, pues constituye salario todo lo que recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio sin importar la denominación que se adopte.

Enfatiza la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, que sumas que por su origen constituyen salario quedan por fuera de la posibilidad establecida en el artículo 128 CST, ya que la norma la limita para algunos beneficios o auxilios. Además refiere la Corte, a la aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad, para darle prevalencia a las condiciones existentes sobre la forma escrita, “y no se le puede desconocer por lo dispuesto en el 128, puesto que él no permite restar el carácter salarial de cualquier pago al que se refieran los acuerdos celebrados por los contratantes, sino que procede sólo frente a algunos auxilios o beneficios”<sup>182</sup>.

Con anterioridad a la sentencia citada, respecto al tema que carecen de eficacia acuerdos entre las partes que desconozcan el carácter salarial de las comisiones, se puede consultar sentencias de 29 de enero de 1997, Radicación 8426; 28 de octubre de 1998, Radicación 10951; 10 de diciembre de 1998, Radicación 11310; 19 de febrero de 2003, Radicación 19475, 1 de octubre de 2003, Radicación 21129, y 14 de noviembre de 2003, Radicación 20914, Además, posteriormente se ratifica el criterio en sentencias de 26 de abril de 2004, Radicación 21941; 5 de octubre de 2005, Radicación 26079; 13 de mayo de 2008, Radicación 29806.

---

<sup>182</sup> Ibid.

### **3.6.4 Sentencia de 27 de mayo de 2009 Radicación 32657<sup>183</sup>**

En la presente sentencia se precisa, que el artículo 128 CST modificado por el 15 de la Ley 50 de 1990, establece que las partes pueden restarle naturaleza salarial a algunos beneficios o pagos, no significa que si no lo hacen respecto de determinado beneficio, éste forzosamente adquiera naturaleza salarial, sino que debe examinarse en cada caso si constituye salario por retribuir directamente el servicio.

Por lo tanto, cuando la suma cancelada por su naturaleza no constituya salario, no es necesario que las partes dispongan que no lo tiene, ni tampoco que por el hecho de no convenirlo tenga tal naturaleza, pues se reitera que debe examinarse en cada caso la naturaleza del pago para establecer si es salario o no.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, analiza el concepto de retribución directa, para indicar que es aquella que tiene su fuente próxima o inmediata en el servicio personal prestado por el trabajador.

“Para expresarlo con otro giro: la retribución directa del servicio es la que tiene su causa próxima o inmediata en lo que haga o deje de hacer el trabajador, en virtud del contrato de trabajo o de la relación legal y reglamentaria. Esto es, la actividad desarrollada por el trabajador es la razón de ser de la contraprestación económica, ya en dinero ora en especie. (...) Se sigue de lo dicho que pagos, reconocimientos, beneficios o ventajas que tengan un propósito distinto al de retribuir, directa, inmediata o derechamente, la actividad, tarea o labor del trabajador, no constituyen salario, así se reciban por causa o con ocasión de la relación subordinada de trabajo”<sup>184</sup>

Constituye salario la retribución directa que recibe el trabajador como consecuencia de la prestación del servicio, entendiendo como tal la que tiene su

---

<sup>183</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación laboral Sentencia de 2009. Magistrado Ponente: GUSTAVO JOSE GNECCO MENDOZA.

<sup>184</sup> *Ibíd.*

causa en la labor que ejecuta el trabajador, sin que otras sumas que reciba tengan tal calificación o requiera expresarse que no la tienen.

### **3.6.5. Sentencia de 28 de julio de 2009 Radicación 35579<sup>185</sup>**

Se menciona la presente providencia en la cual la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, señala que el pacto de exclusión salarial puede ser verbal, pues se estima que la intención del legislador es el de tener certeza del acuerdo de voluntades, en cuanto a la naturaleza salarial o no de determinado privilegio extralegal.

Si bien en la práctica se puede presentar dificultad para demostrar el pacto de exclusión salarial cuando se efectúa de manera verbal, tal dificultad no conlleva que no se pueda realizar de tal manera, corresponderá acreditarlo por cualquiera de los medios establecidos por la ley.

### **3.6.6. Sentencia de 25 de enero 2011 Radicación 37037<sup>186</sup>**

Fue materia de debate, a través del proceso, la circunstancia de que el trabajador demandante suscribió contrato de trabajo en el cual se pactó como remuneración mensual la suma de \$500.000.00, e igualmente suscribió contrato de prestación de servicios profesionales por los meses de octubre y noviembre de 2004, por lo que recibiría la suma de \$8.000.000 a razón de \$4.000.000 por cada mes, y dentro de las varias cláusulas, se pactó en una expresamente que la suma anterior no constituía salario.

---

<sup>185</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación laboral Sentencia de 28 de julio de 2009. Magistrado Ponente: EDUARDO LOPEZ VILLEGAS. Expediente 35579

<sup>186</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación laboral Sentencia de 2 de enero de 2011. Magistrado Ponente: JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ. Expediente 37037

Los juzgadores de instancia, desconocieron el contrato de prestación de servicios, con base en el artículo 24 del CST<sup>187</sup>, en el sentido que demostrada la prestación personal de servicios se debe presumir la existencia del contrato de trabajo, en consecuencia la suma convenida de \$4.000.000.00 constituía salario.

En la sentencia la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, expone que es en el ámbito del contrato de trabajo, en donde las partes con base en lo establecido el artículo 128 del CST, modificado por el artículo 15 del CST, efectúan la manifestación de voluntad de que no todos los pagos habituales u ocasionales que recibe el trabajador son salario, pues la norma no extiende dicha facultad a otra modalidad de contratación de prestación de servicios.

Importante distinción, pues cada cláusula debe formularse dentro del contexto para la cual fue creada, por lo tanto el convenio de exclusión salarial, sólo es admisible en el contrato de trabajo, en consecuencia su establecimiento en otro tipo de contrato no tiene validez.

Con base en lo anterior, precisa la sentencia que demostrada la existencia del contrato de trabajo, en aplicación al principio de la primacía de la realidad, no puede concedérsele efecto a la cláusula de que lo pagado no constituye salario.

“Justamente, el efecto inmediato de la aplicación del principio de la primacía de la realidad consagrado en el artículo 53 constitucional y 23 del CST es el que prevalece la realidad frente a las apariencias que le haya querido dar el empleador a la relación laboral; por lo que una vez declarado el contrato realidad no es compatible que se siga admitiendo que no es salario la remuneración pactada a cambio de la prestación personal del servicio solo porque así se estipuló”<sup>188</sup>.

---

<sup>187</sup> Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 24 subrogado ley 50 de 1990 artículo 2. “Presunción: Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.”

<sup>188</sup> *Ibíd.*

Reitera la Corte lo expuesto en sentencias: Radicaciones 30547 de 27 de enero de 2009, y 27325 del 10 de julio de 2006.

### **3.7. Derecho comparado**

#### **3.7.1 La Constitución De España.**

La constitución de España, aprobada por las Cortes<sup>189</sup> el 31 de octubre de 1978, ratificada en referéndum de 6 de diciembre de 1978, sancionada por S. M. el Rey el 27 de diciembre de 1978, adoptó en su artículo primero, la formula política de: “Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”<sup>190</sup>.

La constitución de España adoptó el pacto político de estado social democrático de derecho, por lo tanto al igual que el Estado Colombiano se superó el estado meramente de derecho y de bienestar, para darle primacía al interés colectivo sobre el particular, a la realización material de los derechos, con énfasis en que debe ser democrático en cuanto todos tienen la oportunidad de participar en el mismo.

Con relación al derecho del trabajo la constitución de España en su artículo 35, preceptúa que: “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su

---

<sup>189</sup> Es España la denominación de Cortes Generales, corresponde al Congreso de los Diputados y al Senado, quienes representan al pueblo español.

<sup>190</sup> Constitución Española.  
04610A9267F0/0/constitucion\_ES.pdf

[http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/79FF2885-8DFA-4348-8450-04610A9267F0/0/constitucion\\_ES.pdf](http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/79FF2885-8DFA-4348-8450-04610A9267F0/0/constitucion_ES.pdf)

familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”<sup>191</sup>.

Es decir, la norma consagra el derecho al trabajo, el derecho a escoger profesión u oficio, el derecho a ser promovido a través del trabajo, y el derecho a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia.

Igualmente la Constitución Española en su título I, trata de los derechos fundamentales: la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, y señala que el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social, y regula en el capítulo I. De los españoles y los extranjeros, capítulo II, Derechos y libertades, dividido en dos secciones, Sección primera: De los derechos fundamentales y de las libertades públicas, Sección segunda: De los derechos y deberes de los ciudadanos, capítulo III. De los principios rectores de la política social y económica, capítulo IV, De las garantías de las libertades y derechos fundamentales, capítulo V, De la suspensión de los derechos y libertades.

Por lo tanto, la Constitución de España como la de Colombia, consagran un catálogo de derechos fundamentales, e igualmente se derivan una serie de reglas, principios y valores, que desarrollan el pacto político adoptado.

### **3.7.2. Nivel normativo**

En España como en Colombia se ha efectuado una serie de reformas con el propósito de adaptar la legislación a las nuevas relaciones de trabajo, originadas

---

<sup>191</sup> España. Constitución Española. Artículo 135.

en los cambios de la economía; fruto de este interés se expidió la reforma al Estatuto de los Trabajadores, ET, por la Ley 11 de 1994.

Sobre el objetivo de la reforma Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, expresa que el más importante es el de conseguir un mayor grado de flexibilidad en su regulación, “que haga posible una suficiente capacidad de adaptación de las organizaciones productivas de las cambiantes circunstancias de su entorno”<sup>192</sup> y de manera específica de la retribución del trabajo, expone el autor, que:

“...esa relación entre conveniente flexibilidad de su regulación y el objetivo general de la mejora del empleo: junto a la regulación de los tiempos de trabajo y la de modificación material de la prestación laboral se menciona la del salario como una de las maneras que parecen exigir una ordenación tal que permita la gestión más flexible de los recursos humanos en la empresa”<sup>193</sup>.

La nueva disposición del ET, en su artículo 26, define el concepto de salario, lo que no es salario, fija la estructura salarial, cuya determinación se puede efectuar a través del convenio colectivo o en el contrato de trabajo, y la facultad para convenir si algunos de los complementos tienen carácter consolidable o no, el pago de las cargas fiscales y la compensación y absorción.

El artículo anterior, fue modificado por el artículo 3 de la Ley 11 de 1994, y su texto integrado conforme al Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y la reforma introducida por la ley 35 de 2010, dispone:

“Artículo 26.-Del salario.

- a) Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo.  
En ningún caso, incluidas las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el artículo 2 de esta Ley, el salario en especie podrá superar el 30

---

<sup>192</sup> Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, Fermín. Op. Cit., p. 292.

<sup>193</sup> Ibid, p. 292

- por 100 de las percepciones salariales del trabajador, ni dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional.
- b) No tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.
  - c) Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten. Igualmente se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa.
  - d) Todas las cargas fiscales y de Seguridad Social a cargo del trabajador serán satisfechas por el mismo, siendo nulo todo pacto en contrario.
  - e) Operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia<sup>194</sup>.

Como se anotó en el capítulo segundo, es importante distinguir en la legislación española la noción del denominado salario base y los complementos salariales, que conforman la estructura salarial.

En el concepto de salario base incluye la retribución fijada por unidad de tiempo o de obra, y los complementos que deben fijarse en función de tres circunstancias: a) relativas a las condiciones personales del trabajador, b) al trabajo realizado o a la situación y c) resultados de la empresa. Y, a través de la negociación se determina los complementos, las circunstancias para su causación y su monto, e igualmente su carácter de consolidable o no.

Por disposición legal los complementos relativos a las condiciones personales del trabajador tienen el carácter de consolidable, en cambio los componentes derivados de las circunstancias al trabajo realizado o a la situación y los resultados

---

<sup>194</sup> España. Estatuto de los Trabajadores. Artículo 26

de la empresa no lo son, pero las partes tienen la facultad para convenir si son consolidables.

Por complementos derivados de circunstancias personales del trabajador, corresponden por lo general a los referidos a la antigüedad del trabajador en la empresa, la posesión de títulos o de conocimientos especiales, al dominio de idiomas con aplicación en el trabajo, así como a otros de naturaleza semejante que concurren en la persona del trabajador singularmente considerado<sup>195</sup>. Debe precisarse que los anteriores complementos son por razón de las condiciones personales del trabajador, por lo que no debe confundirse con las características del puesto de trabajo porque en este evento en principio no serían consolidables.

Los complementos derivados de circunstancias al trabajo realizado o la situación, corresponden a las características del puesto de trabajo, a la forma de realizar la actividad, por ejemplo, lo de penosidad, toxicidad, peligrosidad, nocturnidad, turnicidad, domingos y festivos, etc. Igualmente se incluyen en este grupo los complementos por cantidad o calidad del trabajo, considerándose como tales las primas o incentivos, los pluses de asistencia o asiduidad, los de puntualidad, los de disponibilidad, los de responsabilidad<sup>196</sup>.

Respecto de los complementos derivados de las circunstancias originadas en la situación y resultados de la empresa, tiene como finalidad interesar a los trabajadores en la marcha económica de la empresa la que prestan servicios y corresponde a pagos beneficios derivados en una parte de las ganancias empresariales<sup>197</sup>.

---

<sup>195</sup> <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/complementos-salariales/complementos-salariales.htm>. Consultado el 29 de Noviembre de 2011.

<sup>196</sup> *Ibid.*

<sup>197</sup> *Ibid.*

La facultad conferida, en el numeral tercero, para establecer a través de la negociación colectiva o, en su defecto, en el contrato de trabajo la estructura del salario, comprende la de establecer los complementos salariales de acuerdo con los parámetros fijados por el legislador y su monto, y también la facultad para disponer si son consolidables.

En la práctica la determinación de los complementos no consolidables no resulta siempre pacífica, pues unos se pueden ubicar en una zona denominada gris, en que resulta difícil, su ubicación como derecho del trabajador a percibirlo o no.

La Constitución Española en su preámbulo consagra como fines el de “Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones. Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida”, asimismo a adoptar en su artículo primero la fórmula política de Estado social y democrático de Derecho, y consagrar el trabajo como derecho conlleva la especial protección a la dignidad de la persona y del trabajo.

El régimen de España difiere del de Colombia, en cuanto a la denominada estructura del Salario, ya que el legislador español marca unas pautas para estimar el concepto de salario base, y así como los parámetros para establecer los complementos salariales, dejando en libertad a las partes, para su establecimiento, y fijar el monto de su remuneración o pago.

En Colombia si bien los trabajadores y empleadores, mediante convenio o en el contrato pueden establecer el pago de beneficios o auxilios superiores a los establecidos en la ley, y por lo tanto también pueden señalar su monto, no tienen facultad para disponer si son salario o no, pues tal calificación es de competencia de la Ley.

Respecto de los complementos no consolidables, (componentes derivados de las circunstancias al trabajo realizado o a la situación y los resultados de la empresa), en Colombia los pagos relacionados con los primeros constituyen salario y en cambio los segundos no.

Aunque debe distinguirse respecto de los complementos derivados de las circunstancias al trabajo realizado o a la situación, que como se dijo, constituyen salario en Colombia, sin embargo dada la multiplicidad de complementos que se puede convenir, es necesario en cada caso, para no errar al compararlos con la normatividad de Colombia, examinar si retribuyen directamente el servicio o se conceden por otra causa, como la de facilitar la prestación de servicio.

Es importante anotar, que la determinación salarial de los complementos tanto en España y en Colombia de las sumas que reconoce el empleador convencional, contractual o unilateralmente, tiene la connotación de salario en cuanto retribuyan el servicio.

Ratifica la anterior, lo expuesto por Elías González-Posada Martínez, quien afirma:

“...si el complemento es de carácter retributivo, al tener su causa en una prestación de servicios laborales, ya sea por el tiempo puesto a disposición o por alguna específica circunstancia que cualifique la actividad laboral, en ese caso la naturaleza salarial será coexistente. Por el contrario, los demás tendrán una naturaleza indemnizatoria o no salarial, siendo éste el caso de los pluses de transporte, por ejemplo”<sup>198</sup>.

---

<sup>198</sup> GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elías. La Determinación y Estructura Del Salario. En Revista de Política Social No.141 Enero marzo de 1984. España

## **A manera de conclusiones finales**

En esta parte se presentan reflexiones finales productos del proceso investigativo realizado, resaltando la distinción en la teoría constitucional de reglas, principios y valores, pues constituyen fundamento para establecer cuando los trabajadores y empleadores pueden celebrar válidamente pactos de exclusión salarial y sus límites dentro del Estado Social del Derecho y el Derecho del Trabajo.

### **1. De las reglas, principios y valores en la teoría constitucional**

Como se analizó en el capítulo primero, Colombia adoptó la formula política de Estado Social de Derecho, en la constitución de 1991, lo que conlleva responsabilidades tanto para el Estado como para los ciudadanos.

A través de las cláusulas constitucionales, se consagra reglas, principios y valores que caracterizan el modelo adoptado de estado, y por tratarse de la norma de superior jerarquía los mismos irradian la normatividad inferior, transformándola, adaptándola a la nueva concepción de estado.

Igualmente se impone a los ciudadanos el deber de acatar la Constitución<sup>199</sup>, de tal manera que a partir de 1991, la lectura que se efectúe de la normatividad jerárquicamente inferior, no puede ser igual a la realizada antes de la nueva carta política, pues se reitera que la constitución adopta una nueva formula política, que irradia toda la normatividad, transformándola, para adaptarla a las nuevas reglas,

---

<sup>199</sup> Colombia. Constitución Política de 1991. "ARTICULO 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.- Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades."

principios y valores; la lectura que no comprenda tal modificación resulta contradictoria al mandato constitucional y por lo tanto inaplicable.

Se reiterara, que el estado social de derecho pretende superar el individualismo clásico liberal, a través de los derechos sociales, una realización de objetivos de justicia social, con la formulación de un estado decididamente intervencionista<sup>200</sup>.

Por lo tanto para los efectos de la presente investigación resulta relevante la teoría constitucional que distingue reglas, principios y valores, los cuales plasman y desarrollan el pacto político adoptado en la constitución de 1991, de estado social de derecho, pues su aplicación es vital para la materialización del proyecto político constitucional, y la garantía de los derechos en ella establecidos como lo es el trabajo, pues, entre otras cosas, define la conducta de los vinculados con sus mandatos y de esta manera determinar los límites de los pactos de exclusión salarial.

De acuerdo con Dworkin, la distinción entre reglas y principios, se encuentra en un nivel lógico, que tiene dos aspectos: “las reglas operan dentro de un esquema de ‘todo o nada’ si se dan los hechos estipulados por una regla, o bien es válida y, por tanto, el resultado que prevé debe ser alcanzado en el caso concreto; o bien es inválida y, por ende, no tiene ninguna incidencia en el caso (...) El nexo entre hechos y conclusión jurídica a través de una regla es automático”<sup>201</sup>. Y sobre los principios indica que estos “no siguen la lógica de todo o nada. (...) los principios no establecen un nexo directo entre los hechos y la conclusión jurídica; generalmente es necesario hacer, una instancia intermedia del razonamiento, una comparación de principios encontrados. Es por esto por lo que se puede decir que

---

<sup>200</sup> DIAZ, Elías. Ob. Cit., p. 96.

<sup>201</sup> HART, H.I.A. Y DWORKIN, Ronal. La Decisión Judicial, el debate Hart-Dworkin. Estudio preliminar de Cesar Rodríguez., Bogota Siglo del Hombre Editores: Facultad de derecho Universidad de loa Andes. 6. Reimpresión 2008.p. 49.

las reglas son conclusivas y los principios no-conclusivos. Además, la comparación entre principios no se resuelve a través de la supervivencia de uno de ellos y la supresión del otro; los dos principios sobreviven, aunque solo uno prevalezca en el caso concreto<sup>202</sup>, la segunda distinción que señala Dworkin entre reglas y principios, se expresa en la aplicación de los principios, ya que se hace necesario pesar o ponderar su valor relativo en unas circunstancias determinadas, en cambio las reglas carecen de esa dimensión, pues cuando entran en conflictos dos reglas una simplemente deroga a la otra<sup>203</sup>. Sin embargo, precisa, que no siempre es claro si una norma es un principio o una regla, motivo por el cual algunos teóricos sostienen que la diferencia entre principios y reglas no es lingüística ni lógica, sino predominantemente funcional: depende del papel que la normas jueguen en cada caso concreto<sup>204</sup>. Asimismo se observa que no solo se presente conflictos entre norma-norma y principio-principio, sino también conflictos regla-principio, el cual se dirime mediante el esquema de colisión entre principios, realizando la ponderación no entre la regla y el principio sino entre este y el principio que subyace en la regla.

Para Robert Alexy la distinción entre reglas y principios es uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales, y advierte que no pocas veces las normas de derecho fundamental son llamadas principios<sup>205</sup>.

Con relación a los criterios para distinguir reglas y principios, precisa Robert Alexy que las reglas como los principios son normas porque ambos establecen lo que es debido, pueden ser formulados, con la ayuda de las expresiones deónticas

---

<sup>202</sup> *Ibíd.* P.50-51.

<sup>203</sup> *Ibíd.* P. 51

<sup>204</sup> *Ibíd.* p 52

<sup>205</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2008. p.64

básicas del mandato, el permiso y la prohibición, que ambos constituyen razones para llevar a cabo juicios concretos de deber ser, aunque sean razones de tipo muy diferente, por lo que concluye que la distinción entre reglas y principios es una distinción entre dos tipos de normas<sup>206</sup>.

Entre los diferentes criterios para su distinción, enseña que el más utilizado es el de generalidad, según el cual “los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, mientras las reglas, de un nivel relativamente bajo”. Luego de enunciar otros criterios y clasificaciones, considera correcta la tesis que pregona que las normas pueden dividirse en reglas y principios y que entre reglas y principios existe no solo una diferencia gradual sino cualitativa, y como criterio señala que:

“Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. (...) En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio”<sup>207</sup>.

Expone Alexy, que la distinción se muestra más clara en la colisión de principios y conflictos de reglas. Cuando se presenta conflicto de normas se soluciona mediante la introducción de una regla, cláusula de excepción, que elimine el conflicto o mediante la declaración de que una de las reglas es inválida. Cuando se trata de colisión de principios uno de los dos tiene que ceder ante el otro, sin que signifique declarar invalidado al principio desplazado, sino que bajo ciertas circunstancias un principio precede al otro. La colisión se resuelve no en la

---

<sup>206</sup> *Ibíd.* p. 65.

<sup>207</sup> *Ibíd.* p 68.

invalidez de uno sobre el otro como en el conflicto de reglas sino en el peso, mediante lo que se denomina ponderación.

Respecto de la diferencia entre valor y principios, seguimos también a Robert Alexy, quien indica que los principios y los valores están estrechamente vinculados entre sí, en cuanto de la misma manera que puede hablarse de colisión, y de una ponderación de principios, puede hablarse de una colisión, y de una ponderación de valores, y la satisfacción gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de los valores<sup>208</sup>.

Para determinar la diferencia, refiere los conceptos prácticos de Von Wright, los cuales se dividen en tres grupos: deontológicos, axiológicos y antropológicos. Como ejemplos de los conceptos deontológicos señala los de mandato, prohibición, permiso y del derecho a algo, que tienen de común un concepto deóntico fundamental, al concepto de mandato o deber ser; los conceptos axiológicos se caracterizan porque su concepto fundamental no es el mandato o deber ser, sino el de lo bueno, y explica que la variedad de los conceptos axiológicos surge a partir de la variedad de criterios con los cuales, algo puede calificarse como bueno, y se emplea conceptos axiológicos cuando algo es catalogado como bello, valiente, seguro, económico, democrático, social, liberal o propio del Estado de derecho y por último como ejemplos de conceptos antropológicos son los de voluntad, interés, necesidad, de decisión y acción<sup>209</sup>. Para concluir que los principios pertenecen al ámbito deontológico y en cambio los valores se adscriben al nivel axiológico.

---

<sup>208</sup> *Ibíd.*

<sup>209</sup> *Ibíd.* p 118

## **2. De las condiciones para celebrar pactos de exclusión salarial**

Como se analizó en la investigación realizada, la Ley 50 de 1990, se encuadra dentro de la política neoliberal, y de manera concreta en la denominada flexibilización de las normas de trabajo, en la rebaja de costos, pero su desarrollo y aplicación como norma le corresponde a los jueces de la República, labor que han venido desarrollando precisando y concretando, los conceptos y límites de las facultades otorgadas por el legislador.

En armonía con lo expuesto en el punto anterior, la Corte Constitucional Colombiana, distingue reglas, principios y valores, con apoyo en la doctrina de los autores mencionados y otros; de manera particular en la sentencia C-1287 de 2001<sup>210</sup>, precisa que la Constitución en su Preámbulo, reconoce explícitamente como valores fundamentales la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, la libertad, la paz, la democracia, la unidad nacional, la participación, etc. Igualmente señala que la Constitución incluye el título Principios Fundamentales en el cual se enuncia las bases de la organización política, los fines esenciales del Estado, la misión de las autoridades constituidas, el concepto de soberanía que determina el ejercicio del poder, la primacía de los derechos inalienables de las personas, etc. Y, trae un catálogo no taxativo de derechos fundamentales, normas que por su carácter deontológico deben ser entendidas también como expresiones de principios fundamentales.

Asimismo en la providencia en mención se indica que:

“Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico pueden tener consagración

---

<sup>210</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C - 1287 de 5 de diciembre de 2001. Magistrado Ponente: MARCO GERARDO MONROY CABRA. Expediente D-3549

explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política.

De este tipo son los valores de convivencia, trabajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz plasmados en el preámbulo de la Constitución. También son valores los consagrados en el inciso primero del artículo 2 de la Constitución en referencia a los fines del Estado: el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes, la participación, etc. Todos ellos establecen fines a los cuales se quiere llegar. La relación entre dichos fines y los medios adecuados para conseguirlos, depende, por lo general, de una elección política que le corresponde preferencialmente al legislador<sup>211</sup>.

También en la providencia se indica como principios constitucionales,

“los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2). Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados (...) Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana”.

Se resalta que en el Estado Social de Derecho el Estado asume de manera preferencial el respecto de la dignidad humana, la carga de velar por su garantía, permanencia, protección y establecimiento. Por lo tanto la dignidad humana en la constitución adquiere la connotación de principio valor, y llega a ser considerado por la Corte como supuesto fundamental para definir el concepto de derechos fundamentales, indicando una nueva concepción de los mismos, en sentencia T-227 de 2003 al precisar que: “será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”<sup>212</sup>.

La Corte reiteró la primacía de la dignidad humana, al señalar que deviene en eje central del Estado Colombiano como Estado Social de Derecho, y como principio,

---

<sup>211</sup> *Ibíd.*

<sup>212</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-227 de 2003. Magistrado ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

se vierte al interior de todos los derechos fundamentales que la reafirman dentro de nuestro estado constitucional y democrático<sup>213</sup>.

El anterior catálogo, por lo tanto representa el ideario del Estado Social de Derecho, que debe materializarse, el cual los ciudadanos tienen el deber de acatar y de hacer efectivo en la realidad.

Igualmente conviene distinguir que los derechos fundamentales “son derechos subjetivos con alto grado de importancia. Los derechos sociales fundamentales son derechos con alto grado de importancia y carácter positivo general. La doctrina y la jurisprudencia permiten derivar derechos positivos generales de posiciones iusfundamentales”<sup>214</sup>.

Como se describió en el capítulo segundo de la investigación, el salario forma parte del derecho del trabajo, el cual es un valor fundante del Estado Social de Derecho, un principio y un valor, y tiene además la connotación de derecho fundamental, por lo tanto el salario por ser consecuencia del trabajo, goza de igual protección.

También se señaló que la autonomía de la voluntad de las partes para celebrar pactos de exclusión salarial, en el estado social de derecho se encuentra limitada por las reglas, principios y valores establecidos en la carta política, así como por los mandatos particulares que regulan el derecho del trabajo.

Por lo anterior la autonomía de la voluntad no puede quebrantar los derechos a la vida, libertad, igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, la familia, los

---

<sup>213</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-425 de 26 de abril de 2005. Magistrado Ponente JAIME ARAÚJO RENTERÍA. Expediente D-5416

<sup>214</sup> ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. El Concepto de derechos sociales Fundamentales. Universidad nacional de Colombia. Editorial Legis. Bogotá 2005, p. 57

principios al mínimo vital, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de la relación laboral, asimismo los convenios no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

Igualmente en virtud del bloque de constitucionalidad tampoco se puede quebrantar las normas que regulan los derechos humanos, económicos, sociales y culturales, en cuanto protegen al ser humano, el trabajo y el salario, tal como se citó en los diferentes tratados, así como los convenios de la OIT, relacionados.

De tal suerte que los pactos de exclusión salarial, tienen como límite los derechos consagrados en la constitución, así como las reglas, principios y valores antes enunciados. Y respecto de la ley, en cuanto las normas de trabajo son de orden público, los derechos y prerrogativas que ellas consagran son irrenunciables.

Se reitera la protección especial a la dignidad humana, y la visión de la Corte Constitucional, al conceder el carácter de derecho fundamental a todo aquel que tenga relación con la misma, y por ser el trabajo inmanente al ser humano, no puede separarse el uno del otro, de tal suerte que adquiere la protección de derecho fundamental.

Como consecuencia de lo anterior, se reafirma lo expuesto en el sentido de que el salario debe satisfacer las necesidades materiales, sociales y culturales, para ser estimado como digno, para que el trabajador pueda llevar una vida normal, que no altere la persona humana.

La dificultad para determinar lo que puede ser objeto del pacto de exclusión salarial radica en definir el concepto de salario de los diversos pagos que efectúa el empleador al trabajador. Debe distinguirse para su comprensión que como

fuentes del salario, de una parte se estima la normatividad que proviene del estado, y de otra, la que proviene por voluntad de las partes o unilateralmente por parte del empleador. Las sumas que se pagan al trabajador derivadas del poder legislativo no pueden ser objeto del pacto de exclusión salarial, ya que la norma se refiere solo ciertos beneficios u auxilios que provienen, de la segunda fuente, siempre y cuando dicho beneficios o auxilios no retribuyen directamente el servicio.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, establece como premisa básica fundamental, que las partes ni el legislador tienen facultad para cambiar la naturaleza de las cosas, de tal manera que si un pago es salario, dicha connotación no puede ser modificada. Criterio que compartimos pues, no puede desconocerse de manera arbitraria o por capricho o con abuso de la posición dominante el concepto de salario.

Por lo anterior, el recto entendimiento de la norma que autoriza la celebración de los pactos, corresponde a la facultad que el legislador otorga a las partes para establecer expresamente, que ciertos beneficios o auxilios extralegales, que tienen connotación salarial, no sean contemplados para liquidar determinados beneficios o prestaciones es decir, convenir que ciertos beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencionalmente o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, no tengan incidencia salarial para liquidar específicos beneficios o prestaciones o indemnizaciones.

No se trata de cambiar la naturaleza de los pagos, si no de mitigar su incidencia, en la liquidación de todos o algunos beneficios determinados.

El salario en cuanto a su definición corresponde a la retribución que recibe el trabajador como consecuencia directa de la prestación de servicios, entendiendo por ésta, como se precisó en el capítulo segundo, con base en lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 28 de julio de 2009, radicación 35579, como aquella que “tiene su fuente próxima o inmediata en el servicio personal prestado por el trabajador, esto es, la que encuentra veneno en el trabajo realizado por el empleado”, no puede ser objeto del pacto de exclusión salarial, de manera independiente de la fuente que lo genere.

No debe dejarse de lado la connotación social, de tal manera que el salario no sólo corresponde a la retribución del servicio sino además los pagos necesarios para atender las necesidades personales y familiares del trabajador, ser justo, asegurar un nivel de vida digno.

La garantías anteriores imponen que el acuerdo, como lo señala también la norma sea expreso<sup>215</sup>, lo que significa que las contratantes establezcan, de manera exacta, de una parte, el auxilio o beneficio al cual se le resta incidencia salarial y, de otra, el beneficio o prestación que se ve afectada con el convenio, por lo tanto en nuestro concepto no resulta viable pactar de manera genérica los auxilios o beneficios que no tienen incidencia salarial así como tampoco de manera general que beneficios, prestaciones o indemnizaciones se ven afectadas por el acuerdo.

Si bien la norma exige que el pacto sea expreso, no le impone ninguna otra solemnidad, de tal manera que el mismo puede celebrarse en cuanto al tiempo, en cualquier momento: al inicio o durante la vigencia del contrato de trabajo; respecto de la forma puede ser escrito o verbal.

---

<sup>215</sup> Diccionario de la Real Academia Española. Expreso: Del lat.*expressus*,part. De *exprimĕre*). 1.adj. Claro, patente, especificado. [www.rae.es](http://www.rae.es)

Cuando se celebra de manera verbal, la dificultad posterior sería probatoria para demostrar los elementos antes indicados, pero lo anterior no puede exponerse que la ley prohíba o niegue tal forma de establecerlo.

Con relación al límite respecto del monto, debemos precisar que en nuestro concepto el legislador no impone ninguno, de tal suerte que siempre que el acuerdo no quebrante lo antes señalado será válido.

Es importante precisar, que el legislador ha fijado límite respecto de los efectos que tienen los pactos de exclusión salarial para realizar ciertos aportes. Así por ejemplo mediante la Ley 344 de 1996 estableció, en su artículo 17, que “Por efecto de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, se entiende que los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario y los pagos por auxilio de transporte no hacen parte de la base para liquidar los aportes con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, Régimen del Subsidio Familiar y contribuciones a la seguridad social establecidas por la Ley 100 de 1993. (...)”<sup>216</sup>.

Recientemente, mediante ley 1393 de 2010, en su artículo 30 estableció que: “Sin perjuicio de lo previsto para otros fines, para los efectos relacionados con los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, los pagos laborales no constitutivos de salario de las trabajadoras particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración”<sup>217</sup>.

---

<sup>216</sup> Colombia. Ley 344 de 1996. artículo 17

<sup>217</sup> Colombia. Ley 1393 de 2010. Artículo 30

Lo que implica que para efectos de cotización a pensión (artículo 18 ley 100 de 1993) y cotización a salud (artículo 204 ley 100 de 1993), los pagos laborales no constitutivos de salario no puede ser superiores al 40% del total de la remuneración, es decir que cuando un pago de exclusión salarial, realizado legalmente sea superior, solo hasta el 40% no será estimado para los aportes mencionados, y lo que lo supere sí.

No puede entenderse, que la norma autoriza de manera general celebrar pactos de exclusión salarial hasta el 40% de la remuneración, entendimiento que resulta equivocado, pues la disposición solo se refiere a la manera de establecer los aportes para pensiones y salud; y de otra parte, en atención a lo expuesto anteriormente para que sea válido un pacto de exclusión salarial, debe ceñirse a las pautas fijadas.

Por ultimo si bien la jurisprudencia ha precisado cuando es procedente la celebración de pactos de exclusión salarial, sin embargo, debemos indicar que la norma no es clara en su redacción como se ha indicado, por lo que el legislador debería, sí es su voluntad otorgar a los empleadores y trabajadores la facultad para disponer que sumas no tienen incidencia salarial, redactar una norma que permita claramente ejercer tal facultad, pues existen suficientes elementos para su imposición, sin quebrantar la protección especial que le confiere la Constitución y la ley al trabajo y al salario.

Bien podría el legislador definir una estructura salarial, estableciendo un concepto de salario base y unos complementos, como lo realiza la legislación de España, y facultar a las partes para determinar el pago de complementos, su monto y su incidencia salarial, pero con la aclaración de que ni el legislador puede cambiarle la naturaleza salarial a lo que tiene tal connotación, simplemente facultar para que

ciertos complementos definidos expresamente, las partes puedan limitar su incidencia al momento de liquidar beneficios, prestaciones o indemnizaciones.

## BIBLIOGRAFIA

ALCALÁ-Zamora y CASTILLO, Luis y Cabanellas De Torres, Guillermo. Tratado de política laboral y social. Tomo III, Buenos Aires,. Editorial Heliasta S.R.L. 1976.

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2008

ANZUATEGUI Roig, Francisco Javier. De los derechos y el Estado de Derecho, aportaciones a una teoría jurídica de los derechos. Universidad Externado de Colombia, Bogotá., 2007.

ARANGO Rivadeneira, Rodolfo. El Concepto de derechos sociales Fundamentales. Universidad nacional de Colombia. Bogotá: Legis. 2005

ARRUBLA Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles Tomo I, Bogotá D.C : Biblioteca Jurídica Dike. 12 Edición, 2007,

BAENA, G. Manual para elaborar trabajos de Investigación Documental. 33ª. reimp. México: Editores Unidos Mexicanos. 1988

BAENA, G. Instrumentos de Investigación, 22ª. reimp., México : Editores Unidos Mexicanos. 1997

BERNAL Pulido, Carlos: El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Universidad Capitulo Quinto El precedente en Colombia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2009.

BIANCA, Massimo. Derecho civil T. 3. El Contrato, Traducción Hineirosa, Fernando y Cortés, Edgar. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

BOBBIO, Norberto: Teoría general del derecho. Traducido por Guerrero R., Jorge, Bogotá: Temis S. A. 2005.

BRONSTEIN, Arturo: Retos actuales del Derecho del Trabajo. Ginebra, julio 2005.

Centro De Formación Internacional OIT: Derecho internacional del trabajo y derecho interno: Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho. Elaborado bajo la dirección de Xavier Beaudonnet, Turín, Italia. 2009,

COLOMBIA. Código Civil

COLOMBIA. Código de Comercio

COLOMBIA. Código Sustantivo del Trabajo.

COLOMBIA. Constitución Política 1991

COLOMBIA. Ley 344 de 1996

COLOMBIA. Ley 1393 de 2010.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-341 de 2006. MP: JAIME ARAUJO RENTERÍA.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-338 de 1993. MP: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-533 de 1992 MP: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-468 de 2003. MP: RODRIGO ESCOBAR GIL.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-1194 de 2008. MP: RODRIGO ESCOBAR GIL.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-367 de 1995. MP: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-016 de 1998. MP: FABIO MORÓN DÍAZ.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-1064 de 2001 MP: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-037de1994 MP: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU 995 de 1999. MP: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T 500 de 2000. MP: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-011 de 1998. MP: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C 479 de 1992. MP: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO Y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T 407 de 1992. MP: SIMONA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia 081 de 1996. MP: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C- 521 de 1995. MP: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T- 143 de 1995. MP: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-015 de 1995. MP: HERNANDO HERRERA VERGARA.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-781 de 2003. MP: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-710 de 1996. MP: JORGE ARANGO MEJÍA.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C- 023 de 1994. MP: VLADIMIRO NARANJO MESA.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C- 555 6 de diciembre de 1994. MP: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Expediente D-572.

Corte Constitucional Colombiana Sentencia. C- 221 de 1992. MP: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-149 de 1995. MP: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-252 de 1995. MP: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-174 de 1997. MP: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-727 de 1999. MP: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-310 de 2007. MP: NILSON PINILLA PINILLA.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-892 de 2009. MP: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Consejo De Estado, Sala De Consulta y Servicio Civil de 1997. MP: JAVIER HENAO HIDRON. Radicado 954.

Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia de 1993. Radicación 5481.  
MP: HUGO SUESCUN PUJOLS.

Corte Suprema de Justicia. Sala laboral Sentencia de 25 de junio de 1996. MP:  
RAFAEL ARANGO MÉNDEZ.

Corte Suprema de Justicia. Sala laboral Sentencia de 14 de noviembre de 2003.  
MP: ISAURA VARGAS DÍAZ.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación laboral Sentencia de 27 de  
septiembre de 200. MP: ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Sentencia de 10 de julio de 2006. MP:  
LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación laboral Sentencia de 27 de mayo  
de 2009. MP: GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación laboral Sentencia de 28 de julio de  
2009. MP: EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación laboral Sentencia de 2 de enero de  
2011. MP: JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ.

En las sentencias: Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C - 1287 de 5 de  
diciembre de 2001. MP: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Corte Constitucional Colombina. Sentencia T-227 de 17 de marzo de 2003. MP:  
EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-425 de 26 de abril de 2005. MP: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

DE BUEN L, Néstor: Derecho del Trabajo. Tomo Segundo. México: Porrúa S.A, 1990.

DE LA CUEVA, Mario: El Nuevo derecho mexicano del trabajo. Tomo I. México: Porrúa S.A. 1990.

DÍAZ, Elías: Estado de derecho y sociedad democrática. Editorial Cuadernos para el Dialogo S.A. Madrid. 1979.

Diccionario de la Real Academia Española

ESCRICHE, Joaquín: Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Bogotá. Temis. 1977.

ESCRIBAR, M., Héctor: Algunos aspectos del salario. En El Salario, estudios en homenaje al profesor Américo Pla Rodríguez, Tomo I. Ediciones jurídicas Amalio M. Fernández. Montevideo. 1987.

ESPAÑA. Constitución Española.

ESPAÑA. Estatuto de los Trabajadores.

ESTRADA Álvarez, Jairo: Construcción del modelo neoliberal en Colombia 1970 2004. Bogotá, Ediciones Aurora, 2004.

GALLIE, W. F.; "Essentially contested Concepts" Proceedings of the Aristotelian Society, vol. 56, 1955-1956. pp, 167 a 198. En: ANZUATEGUI R. Francisco Javier. De los derechos y el Estado de Derecho, aportaciones a una teoría jurídica de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

GARCÍA-Pelayo, Manuel: Las Transformaciones del estado Contemporáneo. Madrid : Alianza. 1987

GOLDIN, Adrián: Conceptualización Universal y Construcciones locales sobre la idea del derecho del trabajo. Documento preparado como parte de las actividades realizadas como investigador residente en el Institut d'études avancées Nantes, cuya dirección ejerce el profesor Alain Supiot.

GONZÁLEZ, Charry, Guillermo: Derecho Laboral Colombiano. Relaciones individuales. Décima edición. Bogota: Legis S.A. 2004.

GONZÁLEZ-Posada Martínez, Elías: La Determinación y Estructura Del Salario. En Revista de Política Social No.141 Enero marzo de España. 1984.

HABERMAS, J, Aclaraciones a la ética del discurso. Madrid: Trotta. 2000.

KELSEN, Hans: ¿Qué es justicia? Traducción de Calsamiglia, Albert. Barcelona: Ariel. 1982.

KELSEN, Hans: Teoría pura del derecho. Traducción del original en alemán por Vernengo, Roberto, J. 15 edición. México: Porrúa. 2007.

HELLER, H. "Rechtsstaat oder Diktatur?" publicada por primera vez en 1929 y recogida en H. Heller, Gesammelte Schriften, Leiden, 1971, t II, pp 443 y ss, citado

por García Pelayo. Manuel: Las Transformaciones del estado Contemporáneo. Madrid: Alianza. 1987

HART, H.L.A. y Dworkin, Ronal: La Decisión Judicial, el debate Hart-Dworkin. Estudio preliminar de Cesar Rodríguez. Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de derecho Universidad de loa Andes. 6. Reimpresión 2008

HERRERA Valencia, Beethoven: Globalización, Reforma laboral y empleo: balance de los Noventa. En Revisa Opera noviembre /volumen 2 numero 002. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2002.

HINESTROSA, Fernando: Función, límites y cargas de la autonomía privada, Estudios de derecho privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1986.

LÓPEZ F., Diego: Mitos, Alcances Y Perspectivas De La Flexibilización Laboral: Un Debate Permanente. Documento publicado como Análisis Laboral n° 16, Fundación Friedrich Ebert Stiftung, septiembre 2002

LÓPEZ Medina, Diego Eduardo: El derecho de los Jueces. Bogotá: Legis S.A. 2006.

LÓPEZ Medina, Diego Eduardo: Teoría impura del derecho, la Transformación de la cultura jurídica Latinoamérica. Bogotá: Legis S.A. 2004.

MAGALDI, Nuria. Procura existencial, Estado de Derecho y Estado Social. Ernest Forsthoff y la crisis de Weimar. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 48. Bogota. Universidad Externado de Colombia. 2007.

MARX, Carlos: El Capital. Crítica de la economía política. Tomo I, Traducción de Wencelao Roces. México: Fondo de Cultura Económica. 1946. Séptima reimpresión, 1975.

MÉDA, Dominique: El trabajo. Un valor en peligro de extinción. Traducción Francisco Ochoa de Michelena. Barcelona: Gedisa S.A 1998.

MOLINA M. Carlos Ernesto: Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho Colombiano. Bogotá. Temis 2005. 356p. ISBN 9583505285.

MONROY Cabra, Marco Gerardo: Introducción al Derecho. Decimocuarta edición., Bogotá: Temis, 2006.

MORALES Molina, Hernando: Prólogo del libro De los principales contratos civiles de César Gómez Estrada, Bogotá: Temis S. A., 2008.

OJEDA. Avilés, Antonio: La Deconstrucción del Derecho del Trabajo. Madrid: La Ley 2010.

PACHECO Restrepo, Martha: La reforma laboral de 1990. En Colegio de abogados del Trabajo: El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social Realidad y Proyecciones. Bogotá: Legis S.A. 1998.

PASCO Cosmópolis, Mario: El salario y su protección. En El Salario, estudios en homenaje al profesor Américo Pla Rodríguez, Tomo II. Montevideo: Ediciones jurídicas Amalio M. Fernández. 1987.

PINILLA Campos, Ernesto: ¿Es viable el Estado social de derecho en la sociedad Colombiana? En Revista Pensamiento Jurídico No. 15. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá: Unibiblos. 2002.

PLÁ Rodríguez, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Buenos Aires: Depalma. 1978.

PLANIOL y Ripert: Traité élémentaire de droit civil. Citado por  
OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen general de las obligaciones. Bogotá: Temis S.A. 2008.

POZZO, Juan D. Derecho del Trabajo. Buenos Aires, Tomo II. Ediar Soc. Anón, Editores Sucesores de Compañía Argentina Editores S.R.L. 1948.

RESCIGNO, Pietro: Apuntes sobre la autonomía negocial. En: El contrato en el sistema jurídico latinoamericano (T. II), Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2001.

RODRÍGUEZ-Sañudo Gutiérrez, Fermín: La ordenación de la estructura salarial. En Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García. Marcial, Madrid: Ponds Ediciones Jurídicas S.A. 1995

SILVA Romero, Marcel: Flujos y Reflujos Proyección de un siglo de derecho laboral colectivo colombiano. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Tercera edición. 2005.

SUESCUN Melo, Jorge: Derecho Privado Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Tomo II. Segunda Edición, Bogotá: Legis S.A. 2004.

SUPIOT, Alain: Critica del Derecho del Trabajo. Traducción GIL Y GIL, José Luis. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.2006.

UPRIMNY, Rodrigo: El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal, en Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Ofician Alto comisionado de UN para los derechos humanos. Tercera edición, volumen I, Bogotá: Nuevas ediciones Ltda. 2003.

WEBER, Albrecht: El principio de estado de derecho como principio constitucional europeo. Traducido por Oehling De Los Reyes, Alberto. En Revista Española de Derecho Constitucional. ISSN: 0211-5743, Número 84, septiembre-diciembre 2008.

VALENCIA Zea, Arturo y Ortiz Monsalve Álvaro: Derecho Civil Tomo I Parte General y personas. Bogotá: Temis S. A. 2006. Decimosexta edición.

Paginas web:

[www.derechos.org](http://www.derechos.org)

[www.encyclopedia-juridica.biz14.com](http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com)

[www.ilo.org](http://www.ilo.org)

[www.lamoncloa.gob.es](http://www.lamoncloa.gob.es)

[www.rae.es](http://www.rae.es)

[www.vatican.va](http://www.vatican.va)