

Núm. 4 /
noviembre
2022

B

Boletín trimestral

MUNDO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL



Docentes Área Derecho Laboral y Seguridad Social ULibre Bog. 2022

EN ESTA EDICIÓN

Artículos:

- ✚ Sobre la propuesta de reforma pensional del nuevo gobierno: retos, riesgos y propuestas no escuchadas
- ✚ Algoritmos en el proceso de selección de personal
- ✚ La realidad del mundo del trabajo en el mundial de Catar 2022
- ✚ Licencia menstrual, un periodo de dignidad
- ✚ Pago de proporción de tiempo de trabajo vs. trabajo a cero horas: una realidad que vulnera los derechos laborales en Colombia

Propuestas: “Principio de oportunidad mínima” y #ParcerosSeguros ganadora del 1 puesto en el #IdeatónPorElTrabajoDecente de la OIT.

Extractos jurisprudenciales: Temas: Se deben liquidar todas las semanas cotizadas, principio de continuidad, indemnización por riesgos psicosociales, no se debe acreditar condición de “cabeza de familia” para acceder a pensión especial con hijo en situación de discapacidad, decisión libre sobre el cambio de régimen pensional, accidentes en traslados que realicen los trabajadores por sus propios medios desde su residencia al lugar de trabajo no tienen connotación de laboral, condena a empleador a pagar pensión de sobreviviente por no afiliar trabajadora doméstica, falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para tratar temas de fuero circunstancial, sumatoria de tiempos cotizados al ISS con tiempos laborados en el sector público para los beneficiarios del régimen de transición de acuerdo a lo estipulado en el Decreto 049 de 1990



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**
Vigilada Mineducación



FACULTAD DE DERECHO, ÁREA DERECHO LABORAL



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**
Vigilada Mineducación

Boletín bimestral
núm. 4, noviembre de 2022
Facultad de Derecho-Área Derecho Laboral

COMITÉ REDACTOR

Edgar David Pérez Sanabria
Jefatura del Área de Derecho
Laboral y Seguridad Social
Universidad Libre, Seccional Bogotá.

Luis Alberto Torres Tarazona
Director Observatorio del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad Libre,
Seccional Bogotá.

Monitores del Área Laboral

COMITÉ EDITORIAL

Juan Carlos Getial Perengüez
Yenifer Martínez Caballero

INVESTIGADORES

Laura Camila Pineda Carreño
José Heralfo Pescador Gómez
Daniel Moreno
María Fernanda González
Valentina Leguizamón Beltrán
María José Molina Camargo
Daniel Felipe Castiblanco Sepúlveda



Editorial

**EDGAR DAVID
PÉREZ SANABRIA**

Jefe Área de Derecho Laboral
Universidad Libre de Bogotá



Transcurrió el año académico y las historias que se construyeron fortalecen el área de estudios, impactan en la facultad y poco a poco, empiezan a estrechar lazos de colaboración y coordinación que en otras épocas ni se llegaban a pensar. El Boletín ha registrado los instantes que vivimos este año, su nacimiento y el trabajo de las y los monitores para que latiera para el mundo del trabajo; la conmemoración del Día de la Mujer y su impacto en el mundo del trabajo; la llegada de la facultad a Cartagena y la profunda huella que dejó en los más de 400 asistentes, la importante proyección que generó, impacto que obligó tanto a docentes como a estudiantes, armonizar esfuerzos y engranar como un solo cuerpo, el trabajo académico realizado por el Observatorio del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Libre junto con los nuevos integrantes del grupo de Monitores del Área Laboral de la Universidad Libre, dejan para el 2022 bases consolidadas para enfrentar los proyectos que se asoman para el año 2023.

Este Boletín, refleja el crecimiento de cada uno de las y los estudiantes que participaron en su estructura y edición; la

ilusión de crear una píldora jurisprudencial y la emoción de lograr una formación integral, de entregar a la sociedad su mejor versión, de ir paso a paso en la formación de seres íntegros, críticos y reflexivos con las dinámicas de la sociedad que se acompañan a las dinámicas sociales, haciendo uso de la pluma, como herramienta idónea para efectivizar los derechos, honrando así el pensamiento de la Universidad Libre de Colombia.

En el presente número nos acompaña el Área de Derecho Laboral y de la Seguridad Social de la Seccional Pereira, en cabeza de la Dra. Carolina Sepúlveda Ramírez, con quien se acordó trabajar armónicamente para que la Universidad Libre, se mantenga como referente de Escuela del Derecho Laboral y la Seguridad Social. Recibimos también la visita de los estudiantes de la Maestría de Derecho Laboral y Seguridad Social de la facultad, que se unen al esfuerzo investigativo y académico del área; con emoción, fuimos testigos de las intervenciones de nuestros estudiantes de pregrado quienes, con esfuerzo y tenacidad, construyeron artículos de profundo análisis, actuales y

relevantes de gran interés, que además, enaltecen la intención de éste Boletín como registro de crecimiento e integridad profesional.

Nos es grato consignar el reconocimiento que la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Ministerio del Trabajo, la Superintendencia de Subsidio Familiar, la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI) y la Confederación General del Trabajo (CGT) han otorgado al trabajo de las y los integrantes del Grupo de Monitores y del Observatorio del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Libre, primer puesto en la Ideatón por el Trabajo Decente, evento que convocó más de 600 estudiantes de todo el país de varios establecimientos de educación técnica y superior, la noticia nos superó en expectativas y hace que el 2022, a quienes hacemos parte del área, nos permita atesorar con inmensa alegría cada uno de los momentos que, con trabajo en equipo,

logramos registrar en beneficio de la comunidad, la obtención del primer puesto en esta convocatoria refleja el arduo trabajo, la vocación y la persistencia que el grupo docente impregna en los estudiantes, acompañando el talento de las y los jóvenes que sin intención de ninguna vanidad más que la formación integral, consolidan resultados que resaltan la importancia de la Facultad de Derecho de la Universidad para la sociedad; tocar techos solo obliga a mantener el ritmo, continuar con disciplina y mayor intensidad la construcción de proyectos y consolidación de ideas para el próximo año, la idea de que nuestros estudiantes sean siempre referente no desvanece, de impactar el mundo del trabajo y la seguridad social acompaña permanentemente las intenciones del área y rodea a cada uno de nuestros integrantes.

Felices fiestas y que el 2023 nos permita continuar en la meritoria tarea de acercar a la sociedad al conocimiento y defensa de la dignidad.



Sobre la propuesta de reforma pensional del nuevo gobierno: retos, riesgos y propuestas no escuchadas

CAROLINA SEPÚLVEDA RAMÍREZ

Jefe Área de Derecho Laboral
Universidad Libre
Seccional Pereira



Dentro de las propuestas de campaña, durante la candidatura a la Presidencia y, en recientes declaraciones, el hoy presidente, Gustavo Petro, viene anunciando una reforma pensional para nuestro país, que se radicará en 2023. Su intención es unificar el sistema de pensiones para darle preferencia al sistema público; el modelo se encuentra estructurado sobre tres pilares; modelo creado en Holanda que, según lo manifestado por el mandatario en su cuenta de Twitter, el pasado 19 de marzo, es el más exitoso, además, el acogido por el Banco Mundial y Fedesarrollo (...).

De las anteriores declaraciones en adelante, el Gobierno poco ha explicado sobre las características y bondades del “exitoso” sistema de pensiones holandés que se pretende adoptar en nuestro país; de ahí, a mi parecer, la incertidumbre que, para muchos colombianos, genera la

propuesta; pues entre los ciudadanos comúnmente ha predominado el desconocimiento, respecto del funcionamiento del sistema pensional colombiano, bien por la complejidad en la interpretación de las normas o en la aplicación del sistema normativo que contempla varios regímenes especiales y exceptuados, agudizando la situación; razones por las que considero, primero, realizar una breve explicación, con relación a las características del sistema pensional holandés para acercarnos a entender las propuestas sobre la reforma pensional planteadas por el actual Gobierno.

El sistema pensional holandés reconoce prestaciones asistenciales que distingue entre los *seguros sociales* y *previsiones sociales*, se diferencian por la forma de financiación, los seguros sociales se financian principalmente de los aportes y

cotizaciones de la población laboralmente activa, régimen contributivo, mientras que las prestaciones asistenciales se financian del presupuesto general del Estado.

El modelo pensional holandés está soportado sobre los siguientes tres pilares: Pensión Pública Básica AOW (1) (Primer Pilar) AOW (The General Old Age Pensions Act.) (Ley general de pensión de vejez); Sistema de Pensiones de Empleo (Segundo Pilar); Productos de Pensiones Individuales (Tercer pilar).

La pensión pública básica AOW (I) garantiza una renta básica vitalicia para todas las personas que, entre los 15 y 65 años, hayan residido o trabajado en los Países Bajos; la prestación económica es reconocida, independientemente si el ciudadano realizó o no cotizaciones; es un sistema de reparto, esto significa que, el sistema se nutre de las cotizaciones realizadas por la fuerza laboral y, el financiamiento adicional proviene del gobierno, de los impuestos públicos; **El sistema de pensiones de Empleo (II)**, en Holanda el sector empresarial es altamente comprometido con la protección social, de allí que, en este sistema el empleador ofrezca planes colectivos de pensiones, los cuales son administrados por un fondo de pensiones o, por una compañía de seguros; se financia con fondos de capital, significando que, las pensiones son financiadas por: 1. las cotizaciones pagadas por el trabajador durante su

vida laboral, quien destina parte de su salario, a un ahorro en el fondo de pensiones y, 2. las utilidades percibidas de las inversiones de tipo conservador que realizan los fondos para obtener mayor rentabilidad de los aportes o cotizaciones de sus afiliados; el tercer pilar, **productos de pensiones individuales (III)**, permite a los ciudadanos independientes y empleados realizar aportes por cuenta propia; aportes adicionales y voluntarios durante la vida laboral con el propósito que puedan obtener una mejor pensión; prestación no excluyente con la obtenida en el sistema o sistemas de pilares I y II.

Retos en la adopción del modelo pensional holandés en nuestro país:

Es bien sabido por todos que, los modelos pensionales adoptados en la historia de Colombia han sido traídos de sistemas pensionales de otros países y que, no han surgido como resultado de una evolución histórica propia; basta con recordar la reforma al sistema pensional colombiano creada con la ley 100 de 1993, en la que predominó el modelo chileno; no obstante en nuestro país, a diferencia de otros de Latinoamérica, coexisten dos regímenes pensionales; ellos son: Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RSPMPD) y, Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); el primero, basado en un sistema de reparto simple y el segundo, en la capitalización individual de ahorro.

Ad portas de cumplirse 30 años de la entrada en vigencia el Sistema General de Pensiones adoptado en Colombia, mediante la Ley 100 de 1993, se hace ineludible y urgente una reforma al sistema de pensiones, dado que esta reforma no ha logrado solucionar, de manera satisfactoria, las funciones a la protección social, en aspectos como la cobertura, la cotización, la sostenibilidad, la progresividad del sistema, la solidaridad y la universalidad; es así como se requiere que esta reforma pensional sobrepase la barrera del discurso político; no le es dable al legislativo realizar una reforma pensional que apunte a resolver algunos problemas coyunturales, lo que le permite al gobierno de turno cumplir con sus promesas en campaña, mas no generar solución de fondo al problema estructural y de financiamiento por el que atraviesa el actual sistema pensional colombiano, provocando una debacle mayor al sistema que se encuentra funcionando.

Del reto que se comprometió a asumir el nuevo gobierno y su adopción del modelo holandés se conocen los siguientes detalles: se adoptará en el sistema pensional tres pilares que se denominarán: *régimen no contributivo*, *contributivo* y *complementario*. Por medio del régimen *no contributivo* se garantizará un bono pensional no contributivo, igual a medio salario mínimo, para la población caracterizada como adulto mayor que no devenguen una pensión; dentro del *régimen contributivo* estarán afiliados, obligatoriamente a la Administradora

Colombiana de Pensiones Colpensiones las personas que perciban ingresos entre uno (1) y cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV), garantizándoseles una pensión básica bajo el régimen de prima media; finalmente, el último pilar se denominará **Complementario**, al cual podrán afiliarse únicamente los afiliados cuyos ingresos superen los cuatro (4) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (SMLMV), quienes podrán afiliarse libremente a cualquier administradora, permitiéndoseles, en este escenario, la participación a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).

El segundo reto que deberá asumir la reforma es la financiación del subsidio o bono, al cual se comprometió, garantizarles a más de 3 millones de adultos mayores que, en la actualidad, se encuentran en condición de pobreza; actualmente, los beneficiarios del subsidio pagado por Colombia Mayor perciben la suma de ochenta mil pesos mcte. (\$80.000.00) mensuales; la reforma propone entregarles una suma mensual de medio salario mínimo que, para este año, corresponde a quinientos mil pesos mcte. (\$ 500.000.00); subsidio, de acuerdo con lo manifestado hasta ahora por el presidente de la República, serían pagados con los recursos de las cotizaciones de los fondos privados.

Espero que, dentro de los retos trazados en la reforma pensional anunciada, se considere y se comprenda

que los sistemas de pensiones deben ser autosostenibles y viables; no obstante, los mecanismos de protección a la vejez defendidos y propuestos por el presidente, mediante el aumento de la cobertura y el subsidio de los beneficiarios del Programa Colombia Mayor, si bien forman parte de la seguridad social, no pueden equipararse o incluir dentro del régimen pensional, ya que estos se reconocen vía subsidio y el Estado debe financiar el 100% del “bono” al beneficiario; en cambio, por medio del sistema de pensiones, se reconocen prestaciones económicas a una población, objetivo diferente, quienes a lo largo de su vida, contribuyeron al sistema para obtener una pensión.

RIESGOS DE LA ADOPCIÓN DEL MODELO PENSIONAL PROPUESTO

El primer riesgo al cual se encuentra expuesto el sistema pensional colombiano con la anunciada reforma es equivocarnos, como ha ocurrido con las anteriores reformas, en las que se han copiado modelos pensionales de otros países, alejados de la realidad histórica y social de la población colombiana; como quedó explicado atrás, el modelo de pensiones holandés cuenta con tres pilares que, de acuerdo con su filosofía y características, le ha permitido al país ubicarse dentro de los sistemas pensionales más exitosos del mundo; ahora bien, revisada la propuesta de reforma pensional anunciada se evidencia que esta es hondamente alejada al

modelo holandés, lo que nos lleva a sentenciar desde ya que, nuevamente, estamos frente a un reforma pensional de: *“copy and paste”*; ideas sobre un modelo basado en pilares y, que para eso, hay que decirlo: no existe necesidad de ir tan lejos a cazar modelos; pues, desde hace muchos años las instituciones, las entidades integrantes del sistema de seguridad social y la comunidad académica vienen debatiendo y presentando propuestas de modelos del sistema pensional basado en pilares.

Basta entonces con hacer una lectura de los pilares que predominan en Holanda con los propuestos en nuestro país para encontrar grandes diferencias, ejemplo: en Colombia se obligará a la población que devenga entre uno (1) y cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes a afiliarse únicamente a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones; adelantándome desde ya a decir que en la reforma se sacrificará entonces el derecho de los ciudadanos a elegir libremente el régimen pensional al cuál desean pertenecer; en Holanda, la afiliación no es obligatoria, es opcional.

Por otro lado, se pretende en Colombia que los ciudadanos sólo tengan la opción de afiliarse al pilar contributivo y complementario, siempre y cuando el afiliado devengue más de cuatro (4) salarios; situación preocupante; dado que provocaría que el mayor número de afiliados y, consecuentemente, los

recursos económicos, ingresen directamente a Colpensiones, desestimulando la participación, dentro del sistema pensional colombiano del ahorro, bajo el sistema de capitalización individual administrado hoy por las AFP.

PROPUESTAS NO ESCUCHADAS POR EL GOBIERNO PARA LA REFORMA PENSIONAL

El Centro de Investigación Económica y Social (Fedesarrollo, en adelante) y la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondo de Pensiones y de Cesantías (Asofondos, en adelante), desde hace algunos años, han expresado su preocupación frente al panorama pensional, manifestando la urgencia de una reforma pensional, en la que obviamente, haya participación de todos los gremios, tratándose de un tema que toca a todos los colombianos.

Pese a lo anterior, hasta ahora, el presidente Petro no ha considerado, dentro del proyecto de reforma pensional, incluir las propuestas de los gremios e instituciones que participan de forma activa dentro del sistema de seguridad social.

Fedesarrollo propone una Reforma Multipilar al Sistema de Protección Económica a la Vejez así : **Pilar Cero No contributivo:** que otorga subsidios económicos dirigidos a la población sin

ingresos, que no realizaron aportes al sistema durante su vida activa o productiva; manejado por el Estado y financiado vía impuestos; **Pilar Uno:** este sistema busca garantizar una pensión mínima básica para la población cotizante; manejada por el Estado mediante el sistema de reparto; **Pilar Dos:** de ahorro individual: administrado por las administradoras de fondos de pensiones, garantizando una mejor pensión a los afiliados; aumentando la tasa de reemplazo, en la medida que su ahorro sea mayor; **Pilar tres: de ahorro voluntario:** permite a los afiliados realizar ahorros voluntarios para obtener una mejor prestación económica.



Por su parte, Asofondos, por intermedio del presidente de la asociación, Santiago Montenegro, en diferentes escenarios viene manifestando que la asociación está de acuerdo con la propuesta del presidente en la necesidad de ampliar la cobertura del subsidio al adulto mayor; no obstante, manifestó su gran preocupación, respecto a la propuesta de pagar el subsidio de quinientos mil pesos mcte. (\$500.000.oo)

mensuales con los recursos de las cotizaciones realizadas a los Fondos Privados, lo que le representaría a estos una pérdida del 85 % del ahorro. Dentro de las propuestas para la reforma pensional presentadas por Asofondos, se destacan las siguientes: **Un Fondo soberano** que fortalecería el pilar solidario (por medio del Programa Colombia mayor); **Fortalecer el sistema de pilar de ahorro individual**, sin que desaparezca el fondo público; **Fortalecimiento del pilar de ahorro voluntario**

Confío en que la reforma pensional sea una verdadera reforma estructural del sistema de pensiones, dirigida a la protección social de los colombianos; la que incluya aspectos tan importantes como la sostenibilidad financiera del sistema, la cobertura de los amparos de los colombianos, frente a todos los riesgos y las nuevas situaciones presentadas en nuestra sociedad, como son el cambio de género, género no binario, la nueva concepción familiar, entre otras; situaciones estas últimas que preocupan, actualmente, al sistema pensional y que deben ser escuchadas, analizadas y tenidas en cuenta por el nuevo Gobierno,

al que, seguro le estaremos muy agradecidos si, para el estudio y la decisión del proyecto de reforma, permite, no solo la participación activa de todas las entidades del sistema de seguridad social, sino también a la comunidad académica que seguro, en este escenario, también aportará a la construcción de un mejor país social.

Fuentes:

- <https://colombia.as.com/actualidad/asi-sera-la-reforma-pensional-de-gustavo-petro-detalles-cambios-y-montos-n/>
- Ibid. Op. Cit. P. 56. Dice Leonardo Cañón Ortégón: La reforma de la seguridad social colombiana iniciada, a raíz de la expedición de la Ley 100 de 1993 y que se encuentra en proceso de implantación, no contiene un modelo propio, sino la transcripción del modelo chileno, inspirado por los mismos principios, pero directamente orientado a la sustitución de los esquemas de asistencia pública, previsión social y seguros sociales obligatorios que vino desarrollando el país durante las últimas cinco décadas.
- <https://colombia.as.com/actualidad/asi-sera-la-reforma-pensional-de-gustavo-petro-detalles-cambios-y-montos-n/>
- https://repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/3554/CDF_No_58_marzo_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- <https://mhp.nl/wp-content/uploads/2018/03/TheDutchPensionSystem.pdf>





FACULTAD DE DERECHO,
CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

POSGRADO

Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social

UNIVERSIDAD
LIBRE
FACULTAD DE DERECHO
FACULTAD DE FILOSOFÍA

Vigilada, Mineducación



 Inscripciones
abiertas



Algoritmos en el proceso de selección de personal

ANA MARÍA BÁEZ SILVA

Estudiante de Maestría en Derecho
Laboral y Seguridad Social
Universidad Libre



La globalización ha implicado la implementación de las nuevas tecnologías en las grandes empresas a nivel mundial, que han contribuido a la automatización de determinadas áreas para mejorar sus niveles de producción, que les han permitido mantener su competitividad en el mercado, al crear productos en masa y ofrecer servicios de forma ilimitada. Sin embargo, no solo se han automatizado las líneas de producción, sino también áreas clásicas como la de gestión de Talento Humano o también conocida como Recursos Humanos.

Esta transformación digital se ha venido incrementando desde la pandemia COVID-19, dadas las medidas adoptadas por las empresas con el fin de continuar en el mercado. Es así como se ha venido observando una implementación más acelerada de herramientas tecnológicas e inteligencia artificial para optimizar los procesos de selección de personal, integrando todas las tecnologías posibles para estar a la vanguardia con la digitalización. No obstante, nos centraremos en analizar si hay efectos negativos en el uso de la inteligencia artificial para los procesos de selección o

reclutamiento de personal en las empresas.

La selección y reclutamiento de personal constituye, para las empresas, una función esencial a cargo del área de gestión del Talento Humano o de Recursos Humanos, pues es primordial para toda empresa que el componente humano esté altamente capacitado y cualificado para ser parte de esta, por esta razón, es importante tener un proceso de selección y reclutamiento de personal eficientes; esto es, contar con las herramientas suficientes que les permitan concluir procesos de selección exitosos con perfiles más exactos de los candidatos; en últimas, perfiles calificados para cada cargo en específico, generando para las empresas reducción de costos y de trámites administrativos.

Sin embargo, esto nos permite plantearnos si, con base en los avances de la inteligencia artificial y de la implementación de software para la selección de ingreso de trabajadores en grandes empresas, se presenta discriminación por parte del uso de datos o algoritmos en el proceso de selección de ingreso de los trabajadores.

La principal razón que hace que nos planteemos este interrogante parte de los logros que se han conseguido con la implementación de la inteligencia artificial y que ha sido posible a partir de la creación del internet, la era digital, la creación de plataformas o sistemas de *software* y herramientas capaces de analizar y procesar un gran número de información que favorecen a las empresas al momento de seleccionar candidatos analizando inclusive, de forma continua y sin descanso, los perfiles de los postulados a través de filtros basados en criterios específicos determinados por las competencias y funciones del cargo en específico sin necesidad de que una persona deba leer cientos de *currículums*.

En este sentido, se ha apostado en la innovación tecnológica al implementar los *software* de selección y reclutamiento, pues trae ventajas tales como la divulgación a través de páginas web, bolsas de empleo y redes sociales de los cargos que se encuentran disponibles al interior de las empresas, el proceso de captación de los posibles candidatos de acuerdo con los criterios establecidos en el algoritmo de selección, la realización, evaluación y seguimiento del proceso de selección, la construcción de una base de datos unificada a las necesidades de cada empresa y la integración de los algoritmos de procesamiento del lenguaje, *Machine Learning*, plataformas conversacionales, *Deep Learning* y realidad virtual que optimicen la fase inicial del proceso de selección, identificando en un menor tiempo a un grupo adecuado de candidatos.

Es, entonces, este el punto de partida de la configuración del algoritmo de

selección, pues el criterio principal parte de la característica del cargo en específico y, de este, se desprende la selección rápida y eficiente de los candidatos, pues el algoritmo debe garantizar que los candidatos seleccionados sean los más aptos para una contratación más justa y, de igual manera, sea beneficiosa para la empresa.

Es aquí, frente a la toma de decisiones del *software*, el punto en el cual se pueden presentar ciertos inconvenientes en términos de confiabilidad, transparencia y equidad en el proceso de selección, dado que puede presentarse un alto grado de discriminación a partir de la configuración de los algoritmos, esto es porque “a veces sus resultados están sesgados, impregnados de machismo o de racismo, y se corre el riesgo de que las máquinas, a través de aprendizaje automático, refuercen los estereotipos sexistas, racistas y clasistas que subyacen en la sociedad y acaben siendo más “intolerantes” que los humanos”. (Barcelona, 2017, párr.2). Lo anterior, porque las decisiones de la inteligencia artificial surgen a partir de la información con la cual ha sido configurado y si estos datos vienen viciados, sea de forma intencional o no, el algoritmo decidirá bajo esas condiciones.

Al tratarse del uso inadecuado de la configuración de datos, el mal procesamiento de estos, al ser imprecisos o no representativos, puede excluir a mujeres en edad fértil, personas de color o de determinada región del mundo, sin experiencia o personas de avanzada edad, incluso personas con algún tipo de discapacidad o dislexia, pues, a través de preguntas que descarten al candidato

puede vulnerarse el acceso al empleo de la población antes mencionada, ya que, por su complejidad técnica e informática, los empleadores o reclutadores pueden ampararse bajo el secreto industrial, es así como nuestro ordenamiento debe identificar este tipo de problemas y debe, de igual forma, proporcionar mecanismos que amparen a esta población.

Si bien con la implementación de la inteligencia artificial los procesos de selección y reclutamiento de personal se han vuelto más productivos a la hora de contratar, existen, de igual forma, riesgos de vulneración de derechos, pues nos encontramos en un escenario ambivalente, respecto de las nuevas oportunidades, así como de nuevos desafíos en el acceso al empleo, el

tratamiento de datos personales, el derecho a la igualdad, el secreto empresarial al desconocer la estructura (ADN) del algoritmo para que este tome una decisión de forma transparente, esto es, que los algoritmos, efectivamente se encuentren diseñados libres de prejuicios para así evitar decisiones incorrectas o excluyentes de los candidatos seleccionados porque no es desconocido que los avances tecnológicos han llegado para quedarse.



Se deben liquidar todas las semanas cotizadas

En uno de los más recientes fallos de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral se determina que el régimen público que administra las pensiones “Colpensiones” debe tener en cuenta todas las semanas cotizadas para determinar la tasa de reemplazo y el valor de la pensión sin establecer el límite de 1.800 semanas cotizadas que nació de un error de interpretación en la norma que se dice surgió al analizar el caso de las pensiones de salario mínimo pues una persona al pensionarse con un salario mínimo en el régimen de prima media contaba exactamente con 1800 semanas, “cuando la norma indica que el valor máximo de la pensión estaría entre un 80 y el 70%”, significaba que se contaban “un máximo de 500 semanas, a los límites mínimos de pensión (1300), pues para llegar a esos valores era necesario contrastar los toques mínimos de la tasa de reemplazo del 65 al 55%”, para obtener una diferencia entre los

mismos de un 15%., pero esta no es la generalidad para todos los casos de los afiliados.

Es menester recordar la norma pues el Art 34 de la ley 100 de 1993, menciona que:

“A partir del 2005, por cada cincuenta 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.”

La decisión de la corte específicamente menciona lo siguiente:

“Asevera que el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, por los siguientes motivos:

El inciso final del Artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 10 de la Ley 797 de 2003, indica: “El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

La anterior disposición, señala que el tope máximo de la tasa de reemplazo es del 80%, sin establecer una restricción diferente, para ascender a dicho porcentaje. Ni el Artículo 34 de la Ley 100 de 1993, con sus modificaciones, ni ninguna otra norma vigente, establece un tope máximo de cotización de 1800 semanas, para los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, por ende, no es posible, imponer dicho límite.

Se observa que la norma, referente a la obtención de la Tasa de Reemplazo Final, no establece de forma clara, el porqué, si el máximo porcentaje de Tasa posible es 80%, este no se puede alcanzar, si la Tasa de Reemplazo Inicial, es inferior al 65%. Adicional a ello, indica “El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.”

Las dudas en la interpretación de la norma deben ser resueltas a favor del

afiliado, por disposición Constitucional. En ese orden de ideas, debe interpretarse y darse prevalencia y alcance, a la expresión “El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.”, en el entendido de que no existe restricción alguna, para acceder a dicho porcentaje, a partir de los incrementos de 1.5% por cada 50 semanas adicionales a las 1300, sin un límite del 15%, como tasa de reemplazo adicional”.

Sobre la duda de interpretación de la norma la corte menciona que:

“El artículo 53 de la Constitución Política establece el principio de favorabilidad y el principio in dubio pro-operario, por lo que, «ante una norma que genere dudas en su interpretación, y para resolver la misma debemos acoger la que resulte más favorable al trabajador, afiliado o pensionado»; para luego advertir que los dos incisos finales del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, presentan dudas en su interpretación”.

Colombia, Corte Suprema de Justicia Sala Laboral (2022). Sentencia SL3501 de 2022 . MP: Luis Benedicto Herrera Díaz. Consultado el 28 de noviembre de 2022. Disponible en: <https://vlex.com.co>

SENTENCIA SL 812-2022

Decisión libre sobre el cambio de régimen pensional

La Corte Suprema de Justicia enuncia, en este apartado, la posibilidad que tienen los trabajadores de trasladarse de fondo de pensiones con el cumplimiento de unos determinados requisitos, de igual modo, se plasma en la sentencia que los trabajadores deben conocer las ventajas y desventajas de cambiar de un régimen pensional a otro. En palabras de la Corte Suprema de Justicia:

“Esta Corporación ha insistido en que la elección del régimen pensional debe ser libre y voluntaria y estar precedida de una orientación calificada, clara y veraz, que informe al potencial afiliado las consecuencias positivas o negativas de su escogencia, teniendo en cuenta el efecto que una decisión de ese calibre podría llegar a tener en su vida y la de su familia”.

De igual modo, la Corte anuncia que, aunque sea por convicción propia, el traslado y, alegando motivos personales, esto no se puede tomar de forma repetitiva:

“La asimetría que se presenta en la relación AFP-usuario no puede servir de excusa para que el sistema tenga que asumir las consecuencias del vaivén de los acontecimientos de la vida personal de los segundos; desde luego, siempre que la entidad haya cumplido con la carga de información mencionada y ampliamente explicada por la jurisprudencia de la Corte”.

SENTENCIA SL 3385-2022

Accidentes en traslados que realicen los trabajadores por sus propios medios desde su residencia al lugar de trabajo no tienen connotación de laboral

En el año 2015 un trabajador tuvo que trasladarse desde Santa Marta hasta Chocó con el fin de desarrollar una obra para la cual habría sido contratado, no obstante, se desplazó en vehículo hasta el lugar de los hechos; sin embargo, fue interceptado por unos sujetos desconocidos, los cuales no asesinaron, corresponde a la sala determinar si puede o no ser catalogado de origen laboral.

“Para demostrar la existencia del accidente es necesario que el suceso ocurra con causa o con ocasión del trabajo. El Tribunal encontró que la muerte del señor Eder Enrique Phrem López no ocurrió, en virtud de la ocurrencia de un accidente de trabajo; pues aquí se estudia el llamado accidente in itinere, en el cual se requiere que el transporte sea prestado por el empleador, lo cual no ocurrió en este caso”.

Es por esta razón que, en la sentencia, se enuncia que “Se considera accidente de trabajo aquel que se produce durante el traslado de los trabajadores a su lugar de residencia, o viceversa, siempre y cuando el transporte lo suministre el empleador. Resulta claro entonces que, en principio, el simple traslado que realice un trabajador por sus propios medios no constituye accidente de trabajo”.

La importancia de esta sentencia radica en que debe tenerse claridad sobre qué puede considerarse como accidente de trabajo y que no, basado en la Ley 1562 de 2012, dado que no siempre son los empleadores los que deben responder por hechos ajenos a la realización de las labores, con ocasión a la función encomendada a este trabajador, demostrando así, en este caso, que el juez realizó el método de interpretación, conforme a lo consagrado por el legislador.

La realidad del mundo del trabajo en el mundial de Catar 2022

**DANIEL FELIPE
CASTIBLANCO SEPULVEDA**
Monitor Área Laboral
Universidad Libre



La pasión del fútbol es un sentimiento que se comparte en muchos lugares del mundo; pero esta pasión al deporte, muchas veces, se ve opacada por situaciones ajenas al deporte, ya que, en este caso, para llegar a un mundial, es necesario pasar por muchas etapas que involucran al derecho y, en este caso, la aplicación del derecho laboral, ya que son muchos los trabajadores que hay detrás de un mundial de fútbol y Catar es un caso en el que se ponen a prueba los derechos de los trabajadores.

Desde el 2010, se sabía dónde se iba a llevar acabo el Mundial del 2022 y, por diferentes razones, se eligió a Catar como sede anfitriona; casi nadie sabe cómo ha sido el proceso por el que ha tenido que pasar este país para celebrar este evento; debido a que no tenía la infraestructura necesaria para realizar el mundial y aquí es donde el derecho del trabajo hace su intervención, dado que muchos trabajadores, en su gran mayoría extranjeros, comenzaron a trabajar en

Catar para la construcción de los estadios y toda la infraestructura necesaria.

La OIT, mediante un comunicado reciente denominado **“Copa Mundial 2022: ¿Qué ha cambiado para los trabajadores migrantes en Catar?”**, nos explica cómo se han venido mejorando los derechos laborales de las personas extranjeras que trabajan en este país, ya desde hace unos años, no había respeto mínimo hacia los derechos fundamentales de los trabajadores y aun actualmente falta mucho trabajo por parte del Gobierno de Catar para garantizar a plenitud los derechos de los trabajadores inmigrantes.

Todo comenzó porque organizaciones internacionales denunciaron las diferentes conductas que se llevan a cabo dentro del país de Medio Oriente, ya que usa un sistema jurídico de contratación denominado *“Kalafa”* que básicamente se aplica a los trabajadores migrantes y se caracteriza porque el trabajador está

supeditado en todo momento y en todas condiciones al empleador; la denuncia llegó, debido a que este sistema estaba violentando derechos fundamentales de los trabajadores; dado que el empleador tiene un control casi total del trabajo y de la vida del empleado.

Un claro ejemplo de lo anterior se ve reflejado en la libertad para cambiar de trabajo; ya que muchos empleados no tenían la oportunidad de cambiar de empleo, debido que el sistema *Kalafa* le daba el derecho al empleador de someter a su trabajador a un solo patrono, lo cual significa que este empleado no tenía la oportunidad de cambiar su empleo a voluntad, pero esta situación ha ido cambiando; gracias a los esfuerzos de la OIT y los diferentes órganos de protección de los derechos laborales, aunque todo ha sido tan bueno, dado que muchos empleadores siguen usando medidas de represión contra los trabajadores migrantes.

El salario no pagado puntualmente es otro que afecta al país de Medio Oriente, debido a que, antes del 2019, no había un método que protegiera el salario de los trabajadores porque salarios, sin pagar a muchos de los empleados extranjeros, pero la OIT, al ver esta condición de precarización de trabajo con el Gobierno con el fin de que se respete el derecho que tiene todo trabajador a tener un sueldo y esto mediante el implemento de sanciones a los empleadores que no paguen y

mediante la creación de una transferencia controlada por el Ministerio de Trabajo, pero aún existen muchos salarios los cuales no han sido pagados.

El acceso a la justicia es un derecho que se debe proteger, debido a que, con este, se puede proteger el resto de derechos, pero, en Catar, los trabajadores extranjeros no gozan de este derecho de forma plena, por cuanto las instituciones encargadas de eso son poco eficaces con el fin, sin embargo, desde 2019, se comenzaron a crear medidas e instituciones que permitan el acceso a la administración de justicia. Un claro ejemplo es el aumento de las denuncias que pasaron de 11.000 a 25.000 en tan solo un año.

Por último, esta una de las situaciones más preocupantes y es la de seguridad y salud en el trabajo; debido a la alta suma de construcciones que hay que realizar para acoger el mundial de fútbol, debido a que muchos trabajadores murieron por falta de seguridad al momento de trabajar y más de 500 trabajadores terminaron con heridas graves, lo que lleva a concluir que las medidas de salud y seguridad en el trabajo son poco eficientes; ya que no son suficientes para cubrir las contingencias que se afrontan al momento de trabajar en estas áreas.

La OIT ha trabajado de manera continua con el Gobierno para mediar esta

situación, en primera instancia, ha optado por fortalecer las medidas de seguridad en el trabajo.

Se puede concluir que, aunque existan nuevas medidas de protección para los derechos de los trabajadores en Catar, no son suficientes; ya que aún existen muchos vacíos dentro de las normas que regulan la relación laboral; pero las medidas aplicadas con la ayuda de la OIT han comenzado a crear la ruta para dignificar el trabajo de los inmigrantes dentro del país de Catar. Para terminar, cabe hacer la reflexión de que el derecho laboral juega un papel importante para la realización del

mundial de fútbol; ya que, si no fuera por el trabajo de los inmigrantes, no se podría llevar a cabo dicho evento, de igual forma, cabe resaltar que este mundial de fútbol está manchado por una gran vulneración de los derechos de los trabajadores.

Referencias. (Página de la OIT infoStories “Copa Mundial 2022: ¿Qué ha cambiado para los trabajadores migrantes en Catar?”)



SENTENCIA SL 675-2021

Énfasis del artículo 47, numeral 2, del Código Sustantivo del Trabajo según el principio de continuidad

En el mundo del trabajo colombiano, se puede evidenciar la adaptación de los diferentes contratos para que evadir que sean propiamente laborales, sin embargo, lo anterior no ha sido un impedimento para evadir responsabilidades laborales y por el contrario la legislación facilita los elementos propios del contrato laboral con el fin de identificarlo y por consiguiente sus derechos y obligaciones, en consecuencia la “Sala de Casación que señalan que la desaparición de la causa y la materia del contrato no representa que el contrato se pueda entender terminado en forma legal y justificada”, puesto que, por evadir responsabilidades con los trabajadores se justifican en el artículo 47, numeral 2, del Código Sustantivo del Trabajo como si fuera una casual justificada de despido y dejando de lado el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo en el cual señala las causas justificadas y taxativas aclarando que solo deben ser ellas y no por fuera de estas.

En suma, el “Tribunal fundamentó su decisión en que el análisis del artículo 47, numeral 2, del Código Sustantivo del Trabajo, genera la necesidad de verificar si las causas del contrato y la materia del trabajo dejaron de subsistir, definir el origen, la fuente o la razón por la que se suprimió el cargo del actor y, a partir de ello, definir si el contrato terminó o no por ministerio de la ley”.

Además, “se preserva el principio de continuidad que nutre el contrato de trabajo a término indefinido y que asegura su estabilidad en tanto no se produzca alguna de las circunstancias legales que den lugar a su terminación. Estos artículos conforman un conglomerado normativo ordenado, lógico y coherente, cuya aplicación para el caso fue activada al concluir que la causa y materia del trabajo tuvieron continuidad después de la terminación del contrato del actor”.

Finalmente, argumentó el Tribunal, frente al recurso que interpusieron, que “la argumentación presentada en el recurso no permite estudiar un posible cambio en el entender de la Sala frente a los temas pertinentes, es preciso traer a colación que, como lo sugiere la réplica, la Constitución Política establece un elenco de normas protectoras del trabajo que constituye un entramado normativo que está más que llamado a ser efectivo”. Y los principios y reglas protectoras del trabajo, incluso con los cambiantes escenarios en la relación entre Estado y mercado, característicos de las últimas cuatro décadas, tienen hoy mayor vigencia. Por tanto, establecen que, ante la interpretación de la normativa civil, se usa solo en caso de vacíos legales de la normativa laboral y hay prevalencia constitucional en el ámbito laboral que genera fuerza vinculante.

SENTENCIA SL3025-2022

Indemnizaciones por riesgos psicosociales que consagra Código Sustantivo del Trabajo

Dentro de esta sentencia, se enuncia cómo, dentro del ámbito laboral, se generan afectaciones psicosociales y de dignificación, donde se debe involucrar la medicina laboral, puesto que se debe tener en cuenta, como lo establece la Ley, que la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, de modo que su establecimiento amerita, además, de la demostración del daño originado en una actividad relacionada con el trabajo, la prueba de que la afectación a la integridad o salud fue consecuencia de su negligencia en el acatamiento de los deberes de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores.

Por lo tanto, en el marco del Sistema General de Riesgos Profesionales, hoy Sistema General de R.L., se reiteró la obligación a los empleadores de «[...] procurar el cuidado integral de la salud de los trabajadores y de los ambientes de trabajo» (artículo 21 del Decreto 1295 de 1994). Es así como en la sentencia, se enuncia la importancia de la salud ocupacional y riesgos laborales, debido a que es el empleador quien tiene que cuidar y procurar la seguridad e integridad de todos los trabajadores, sin importar su condición, por lo mismo, debe tener medidas adecuadas para prevenir los accidentes y enfermedades laborales.

Por otro lado, se enuncian los riesgos en la salud mental que pueden llegar a tener los trabajadores, en razón a violencia de género, donde la Constitución y la jurisprudencia ha reiterado su protección, a través de convenios que promulga la OIT, es así que de “manera específica, prevenir, investigar y sancionar todos los tipos de violencia contra la mujer son obligaciones que emanan del artículo 7 de la Convención Belém do Pará de 1994, y establece para los estados suscribientes, como en el caso de Colombia, adelantar la debida diligencia en la realización de dichas acciones”.

Este tipo de jurisprudencia invita a tener en cuentas aspectos específicos a como determinar de manera concreta situaciones de discriminación y, así mismo, poder evitarla en el ambiente laboral que, dentro de una categoría tripartita, como los son el Estado como garante, empleador y trabajador trabajen de manera conjunta en la responsabilidad que establece la ley, en temas de derechos fundamentales, como lo son la integridad y que, así mismo, apliquen los principios, como el de precaución para evitar cometer alguna omisión.

Licencia menstrual, un periodo de dignidad

**CRISTHIAN CAMILO
RODRÍGUEZ MARTÍNEZ**

Miembro del Observatorio de Derecho Laboral y la Seguridad Social de la Universidad Libre



La menstruación es una palabra de origen latino: “*mensis*” que significa “mes”. En palabras de Zanin y Páez (2011) la menstruación es entendida como aquel flujo sanguíneo dependiente del ciclo menstrual natural sometido a cambios hormonales con padecimientos de dolores prolongados, aflicción a síntomas físicos y emocionales desde la menarca hasta la menopausia. Complementan las autoras, la menstruación logra “(...) interferir en los diferentes ámbitos de la vida disminuyendo el bienestar físico, cognitivo y emocional trayendo aparejado un menor rendimiento en diversas áreas”.

Aunado a ello, “la sintomatología perimenstrual incluye sobre todo síntomas somáticos, como tensión mamaria, distensión abdominal, retención hídrica generalizada discreta, estreñimiento o diarreas, dolor de cabeza y síntomas psicológicos como leves variaciones del estado de ánimo, tensión e inquietud”. (Zanin & Páez, 2011; Bocchino, 2004). Sin tener en cuenta periodos irregulares o enfermedades secundarias. Por lo anterior, nos preguntamos: ¿Se puede otorgar una licencia menstrual en Colombia para las mujeres trabajadoras?

Sin duda alguna, durante el ciclo menstrual natural – también llamado ciclo ovárico- pueden existir dolor, padecimientos de aflicción, incluso dolencias físicas y sensoriales durante del periodo de sangrado que puede oscilar entre 5 a 7 días. Ahora, si estas dolencias se llevasen al mundo del derecho laboral, de entrada, existiría un esfuerzo mayúsculo por parte de las mujeres de soportar dolores a la par de cumplir con jornadas laborales sea cual sea la modalidad.

Ello logra indicar que, mientras que los varones cumplen su jornada en condiciones de salud estables, las mujeres no estarían en igualdad de condiciones. Incluso, existiría una discriminación en razón a su ciclo menstrual donde a ambos géneros se les obliga a cumplir el objeto contractual, sin tomar en consideración la gran diferencia que existe por parte de las mujeres de sus 5 a 7 días de dolores, aflicciones y debilidad, frente a los días comunes de los hombres; comportamientos que se podrían configurar dentro de las “escaleras rotas” o “pisos pegajosos”.

Actualmente, al realizar un somero ejercicio de derecho comparado, en Japón y Corea del Sur han establecido la entrega de una licencia por padecimiento menstrual. En el país nipón, desde 1947, se considera a las mujeres en su periodo “de baja por menstruación”, ante ello, se les da una licencia no remunerada, igualmente, las mujeres pueden disponer de uno o varios días.

En el contexto surcoreano, se concede un día por mes que no es pago. De igual modo, en Zambia desde el 2015 se conoce como “El Día de la Madre”, el cual otorga un día adicional en las vacaciones de la mujer por su ciclo menstrual doloroso. Sin embargo, las empresas han sido renuentes a la entrega de este derecho y bajo los sindicatos han sido múltiples mujeres quienes lo han gozado. Por su parte, en España ya se legisló frente a la materia y se otorgó un “permiso de ausencia menstrual” no remunerada. En otras latitudes, en el caso latinoamericano, aunque existe el debate no ha sido regulada en ningún país.

No obstante, en el Congreso de la República de Colombia cursa el Proyecto de Ley 153 de 2021 titulado *“Por medio del cual se crea la licencia menstrual para niñas, adolescentes, jóvenes, mujeres y personas menstruantes para la garantía e integralidad del derecho a la salud, garantía de los derechos sexuales y reproductivos; y se dictan otras disposiciones”*. En él, en su objeto es cobijar a las mujeres que “(...) se encuentren cursando sus estudios en las instituciones educativas públicas y privadas hasta el nivel de educación superior (...)” No

obstante, al analizar a fondo el proyecto de ley, este escapa de la protección a las trabajadoras que también tienen las mismas necesidades; en las próximas reflexiones, desde el Observatorio de Derecho Laboral y Seguridad Social, se abordará bajo un análisis garantista y proteccionista, cómo este proyecto de ley también debe ser aplicado sobre las mujeres trabajadoras colombianas.

De entrada, el Ministerio de Salud asevera que la licencia menstrual impide el desarrollo académico de las menores generando ampliar la brecha de inasistencia, por lo tanto, la postura del Observatorio radicará en protección no solo de las escolares, sino también en las trabajadoras y contratistas. El proyecto de ley y el ordenamiento jurídico colombiano en materia laboral debe flexibilizar en favor de la mujer dotándola de 2 a 5 días por mes para que ella logre atender, lo natural y doloroso, esos días del ciclo menstrual en dignidad y no sometiéndola con su aflicción latente a un ritmo laboral, educacional o profesional.

Por último, el ciclo menstrual llega a afectar de manera ostensible a las mujeres por 2 a 6 días al mes, sin tener en consideración que tiene que trabajar durante esos días como si no estuviese pasando nada a la par del género masculino. Es necesario que el ordenamiento jurídico, de manera urgente, revise nuevas garantías y protección a la mujer para que su ciclo ovular sea un periodo que materialice su dignidad humana. Es hora de legislar a favor de las mujeres y sus necesidades.



FACULTAD DE DERECHO,
CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

POSGRADO

Especialización en Derecho Laboral y Seguridad Social



UNIVERSIDAD
LIBRE
FACULTAD DE DERECHO
FACULTAD DE FILOSOFÍA

Vigilada, Mineducación



Inscripciones
abiertas



Pago de proporción de tiempo de trabajo vs. trabajo a cero horas: una realidad que vulnera los derechos laborales en Colombia

**VALENTINA LEGUIZAMON BELTRAN Y
MARIA JOSE MOLINA CAMARGO**
Monitoras de Área Laboral
Universidad Libre



En la realidad colombiana, se puede evidenciar, en primer lugar, que los trabajadores conforman todo el universo de personas que prestan un servicio en pro del crecimiento de la sociedad, a cambio de una remuneración conocida como salario, por lo tanto, el trabajo es una actividad humana que involucra una voluntad, es así que la legislación colombiana ha desarrollado la fijación de unos factores que permiten determinar cómo se debe estipular el salario, en donde debe tenerse en cuenta el costo de vida actual, la modalidad en la que labora el trabajador, las condiciones en las que se encuentra cada región, la labor desarrollada por el trabajador y la capacidad económica con la que cuenta la empresa que contrata a ese trabajador, en consecuencia, el salario es uno de los elementos esenciales que configuran el contrato de trabajo que debe tener una persona a la hora de realizar alguna labor, por ende, la Constitución Política de 1991 consagra, en el artículo 53, la remuneración mínima vital y móvil,

como uno de los principios fundamentales del derecho laboral

De igual manera, es importante destacar que la Organización Internacional del Trabajo hace hincapié en la protección que debe tener el salario del trabajador, fue así que promulgó el Convenio 131 del año 1970, relativo a la fijación de salarios mínimos, donde establece que en el artículo 3, 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.” (Organización Internacional del Trabajo, 1970). En razón a lo anterior, se refleja que el salario se constituye como una base fundamental de todo trabajador, para que este se pueda desarrollar plenamente en su entorno social y familiar, para así brindarles garantías a los sectores menos favorecidos y puedan tener una vida digna.

Es así como se ve la necesidad de enunciar 2 modalidades de pago, en razón al salario que se dan en pago de proporción de tiempo de trabajo y trabajo a cero horas. Respecto del pago de proporción de tiempo, este se paga, según el tiempo que el trabajador labore para una empresa, de esta forma, también se pagarán las prestaciones sociales. Es importante resaltar que se contempla la duración del trabajo, mas no la calidad y cantidad, por lo tanto, no se le debe desconocer su salario, con derecho fundamental, es así que deben prevalecer los factores contenidos en el artículo 146 del Código Sustantivo del Trabajo, bajo el entendido de que

“(…) en todo caso el reajuste salarial que decreta nunca podrá ser inferior al porcentaje del IPC del año que expira. Y ello por cuanto el Gobierno está obligado a velar por que el salario mantenga su poder adquisitivo, de tal forma que garantice el mínimo vital y móvil a los trabajadores y a quienes de ellos dependen.” (Galindo, José Gregorio Hernández, 1999)

De igual manera, la legislación laboral establece en su artículo 173, que *“cuando la jornada de trabajo convenida por las*

partes, en días u horas, no implique la prestación de servicios en todos los días laborales de la semana, el trabajador tendrá derecho a la remuneración del descanso dominical en proporción al tiempo laborado” (Congreso de la República, 1951), es decir que, en esta figura, se reconoce la remuneración como mínimo vital, es decir, en días que no es usual trabajar, como lo son los dominicales.

En razón al trabajo a cero horas, se da en el escenario que el empresario no se encuentra en la obligación de establecer un número mínimo de horas laboradas para ese trabajador y, así mismo, le da la flexibilidad del empleador de solicitar al trabajador únicamente la cantidad de horas que lo requiera, aunque en Colombia ya existe la figura del trabajador de manera parcial o por horas, donde el cual labora desde menos de 15 horas hasta un máximo de 34 horas semanales, no es la misma figura; dado que aquí se pueden también llegar a presentar semanas donde el trabajador no labore ni siquiera 1 hora, dado la voluntad del empleador y, de igual modo, se vulnera por completo al trabajador, puesto que no se le permite contar con las garantías de seguridad social, primas, vacaciones y demás, es así como los empleadores utilizan esta figura para reducir costos laborales y se atenta de manera directa contra las políticas de trabajo decente que se ha ido desarrollando los últimos años en nuestro país, de esta forma se vulnera a los principios laborales que establece la normativa nacional e internacional, en especial, al principio de estabilidad laboral

reforzada, en donde no se tiene la certeza ni la seguridad de tener un empleo fijo con un salario base, sino que, por el contrario, el trabajador se encuentra en constante incertidumbre sobre qué sucederá en el futuro con su empleo, no existe tampoco una remuneración del mínimo vital y móvil que le permita al trabajador tener la garantía económica de un salario y, en el caso de las mujeres que se encuentren en estado de embarazo con un contrato, no podrán obtener la licencia de maternidad.

Conforme a lo anterior, es importante destacar que, en Colombia, solo deben ser conservados aquellos contratos que cumplan con los requisitos mínimos que requiere cualquier trabajador, y los elementos de trabajo, los cuales requieren una prestación personal del servicio, es decir, que se realice la labor *intuitu persona*, que exista una remuneración y que haya una subordinación, en conjunto, estos 3 elementos permiten establecer una relación laboral.

Cabe resaltar que no se debe olvidar que todo trabajador está respaldado por el principio de igualdad de oportunidades que se consagra en la Carta Política de 1991, el cual se ve directamente vulnerado al no ofrecerle a los trabajadores contratados por estas dos modalidades anteriormente mencionadas las mismas condiciones dignas de cualquier otro trabajador contratado por otra modalidad.

Referencias

Congreso de la República. (07 de junio de 1951). CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html

Galindo, José Gregorio Hernández. (20 de Octubre de 1999). Sentencia C-815 de 1999. Obtenido de Corte Constitucional: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=3383>

Organización Internacional del Trabajo. (22 de junio de 1970). C131 (Convenio sobre la fijación de salarios mínimos, 1970 (núm. 131). Obtenido de Organización Internacional del Trabajo: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312276





*La JEFATURA DEL ÁREA de DERECHO LABORAL de la Universidad Libre presentó la propuesta de la creación del **“Principio de Oportunidad Mínima”** como un derecho y principio elevado a la categoría constitucional y fundamental donde se brinde cobertura a jóvenes quienes se les imposibilite acceder a un empleo. La propuesta fue analizada por la Organización Internacional del Trabajo, el Ministerio de Trabajo y la Superintendencia de Subsidio.*



Evidenciamos la existencia de barreras que impide a las y los jóvenes el acceso al empleo en condiciones dignas.

Pese a que el Ministerio de Trabajo promueve la igualdad en el acceso al empleo joven mediante el programa “Saber hacer vale”, lo cierto es que dichas condiciones de igualdad no son efectivas.



El principio de oportunidad mínima se aplicará a todos las y los jóvenes nacionales y extranjeros que residen en el territorio nacional, con el objetivo de ampliar la protección laboral y disminuir las tasas de desempleo e informalidad del país, bajo un panorama de protección, dialogo social y trabajo decente

Nuestra propuesta tocó las puertas del Ministerio de Trabajo, entidad que nos eligió para proponer este principio en la reforma de la política pública frente al empleo joven.



En la ceremonia de Premiación que se llevó a cabo el día 23 de noviembre de 2022, con la asistencia de la Ministra del Trabajo, delegados de la OIT y la ANDI, entre otras organizaciones del Mundo del Trabajo, recibimos reconocimiento especial por nuestra propuesta.

Nosotras y Nosotros, jóvenes Unilibristas semillas del cambio.



MINISTERIO DEL TRABAJO

Esta propuesta recibió el aval de máximas autoridades del mundo del Trabajo, quienes nos motivaron para mayor impacto y que de manera conjunta llegue más lejos

#ParcerosSeguros



**OBSERVATORIO
DEL TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL**

#ParcerosSeguros

Propuesta ganadora de los
jóvenes juristas del
Observatorio del Trabajo y la
Seguridad Social, elegida por
la OIT como una de las tres
más destacadas en la
ideatón por el trabajo
decente



El día 07 de octubre participamos en el lanzamiento de la ideatón por el trabajo decente, organizada por el Ministerio del Trabajo y la OIT



La pregunta de investigación que formulamos fue: ¿Cómo garantizar el acceso a los jóvenes que usan las plataformas digitales como medio del trabajo?

Salimos a las calles de Bogotá para conocer la situación de los jóvenes rappitenderos y su acceso a la seguridad social



Organización
Internacional
del Trabajo

Universidad Libre – seccional Bogotá

#ParcerosSeguros

Elaboramos un informe de investigación y posteriormente, grabamos un video de 2 minutos explicando nuestros hallazgos y nuestra propuesta. Llamamos a nuestra propuesta "parceros seguros"



El video y el informe fueron enviados a la OIT y al Ministerio del Trabajo

El 10 de noviembre, la OIT nos notificó que nuestra propuesta fue seleccionada entre más de 600 participantes, como una de las más destacadas

Proponemos que entre los dueños de plataformas, el Estado y aportes de los jóvenes, se pueda garantizar el acceso de estos a la seguridad social

#IdeatónPorElTrabajoDecente - #ParcerosSeguros entre las ideas más destacadas



Externo Recibidos



Herrera, Angela 4:31 p. m.
para mí



Estimados participantes,

En nombre de la Organización Internacional del Trabajo, agradecemos su participación en el #IdeatónPorElTrabajoDecente. Recibimos ideas de más de 600 jóvenes alrededor de todo el país y, tras un intenso proceso de selección junto con la ANDI y las centrales sindicales, nos complace informarle que su propuesta **#ParcerosSeguros** fue seleccionada entre las tres más destacadas.

Es por esto que le solicitamos tener en cuenta los pasos a seguir:

1. Su equipo tendrá la oportunidad de presentar el pitch ante los principales actores del mundo del trabajo en el evento de cierre del #IdeatónPorElTrabajoDecente. Esta actividad se realizará el 23 de noviembre en la Universidad Externado en Bogotá, por lo cual esperamos que todo su

equipo de trabajo y profesores nos acompañen en la ceremonia. En próximos días nos comunicaremos con ustedes para establecer las actividades de preparación del pitch junto con expertos.

2. Con alegría compartimos con ustedes una invitación para que una persona del equipo pueda asistir a la Reunión de alto nivel: "Diálogo social con y para los jóvenes", que se desarrollará del 29 al 30 de noviembre en la sede de la OIT, en la ciudad de Ginebra, Suiza. Dicha reunión tiene como propósito suscitar un debate sobre la cuestión del diálogo social con los jóvenes y para ellos.

El paso a seguir, es que lo conversen como equipo y que antes del 15 de noviembre nos envíen las hojas de vida de dos integrantes de su grupo (un hombre y una mujer mayores de 18 años) para que nuestro comité de selección elija el perfil que participaría en este evento en calidad de observador.

Por favor tener en cuenta, que las personas postuladas deben tener la disponibilidad para participar presencialmente de la reunión en las fechas indicadas, lo que implica tener un pasaporte vigente en este momento.

La OIT cubrirá los tiquetes de avión de la persona elegida entre su ciudad de residencia actual y Ginebra, Suiza; y la alimentación y el alojamiento durante la reunión. Además, recibirá un pequeño estipendio para cubrir gastos imprevistos.

El 23 de noviembre, la OIT nos otorgó el primer lugar, siendo invitados a Ginebra (Suiza) para socializar nuestra idea.



SENTENCIA T- 421/2021

NO SE DEBE ACREDITAR LA CONDICIÓN DE “CABEZA DE FAMILIA” PARA ACCEDER A LA PENSIÓN ESPECIAL DE MADRE O PADRE CON HIJO EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

El sistema general de seguridad social fue creado en 1993, mediante la Ley 100 de dicho año, conformado, entre otros, por el Sistema General de Seguridad Social en pensiones, que tiene como objetivo “garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, invalidez o muerte, mediante el reconocimiento de una pensión y prestaciones determinadas en la Ley”. (Artículo 10, Ley 100 de 1993)

La pensión de vejez es una prestación que tiene como finalidad amparar a las personas que cumplen con los requisitos exigidos por la Ley, que son, en caso de preferir el régimen de prima media, edad (57 si es mujer, y 60 si es hombre) y semanas cotizadas (1.300 semanas) y, en caso de preferir el régimen de ahorro individual con solidaridad, contar con el dinero suficiente en la cuenta de ahorro pensional, que garantice al menos el 110% de 1smlmv. Estos requisitos están contemplados en el artículo 33 de la Ley 100.

En el año 2003, mediante la Ley 797, se agregaron unos -beneficios- con la finalidad de hacer más factible la idea de una pensión, cumpliendo así con los principios de universalidad y solidaridad propios del sistema. Entre dichos beneficios, la creación de una pensión especial de vejez, contenida en el literal 2 del parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, mediante el cual se crea una pensión especial para la madre o padre trabajador cuyo hijo padezca invalidez física o mental.

La Corte Constitucional, mediante revisión a Sentencia de Tutela, estudió los requisitos que se deben acreditar al momento de solicitar la pensión especial de vejez, la discusión surge, debido a que la Circular número 08 de 2014, emitida por Colpensiones, expone como requisito para acceder a la pensión especial, la acreditación de la condición de “cabeza de familia”.

La Corte Constitucional empezó a hacer la distinción entre “trabajador” y “cabeza de familia”, definiendo la primera como “persona que depende de su fuerza de trabajo” (Sentencia C-077/20), y separándola de la noción de “cabeza de familia”, mediante la cual COLPENSIONES exigía demostrar que la persona que solicitaba la pensión era exclusivamente quien se encargaba del núcleo familiar.

Mediante la Sentencia T-421-2021, magistrado Ponente Antonio José Lizarazo

Ocampo, la Corte acudió a la Ley 100 para el estudio de los requisitos de la Pensión especial de vejez, resumiéndolos de la siguiente manera:

REQUISITOS PARA ACCEDER A LA PENSIÓN:

De conformidad con la Sentencia T - 421 del año 2021, la Corte ha determinado

- a. Que la madre o el padre haya cotizado al Sistema General de Pensiones, al menos, el mínimo de semanas exigido en el Régimen de Prima Media para acceder a la pensión de vejez. También aplica a regímenes de transición y exceptuados.
- b. Que el hijo presente una discapacidad física o mental debidamente calificada. Esta condición no solo se predica de los menores de edad, sino de las personas mayores de edad que continúen afectadas por una situación de invalidez.
- c. Que la persona discapacitada sea dependiente de su madre o de su padre, según el caso. Para ello, no basta demostrar la dependencia afectiva o psicológica del menor de edad, sino que requiere acreditar su dependencia económica.

CONDICIONES PARA MANTENER LA PENSIÓN:

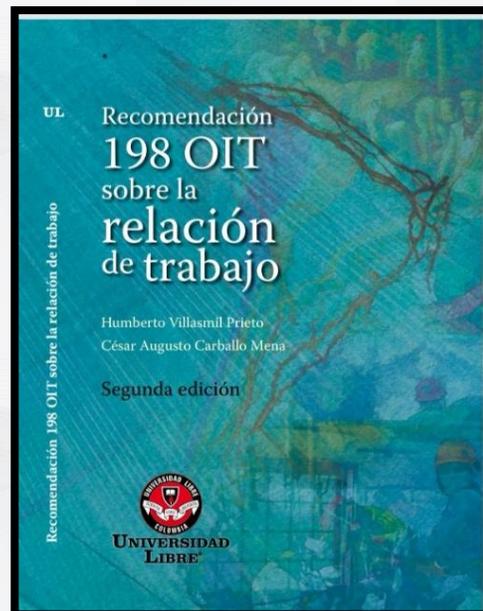
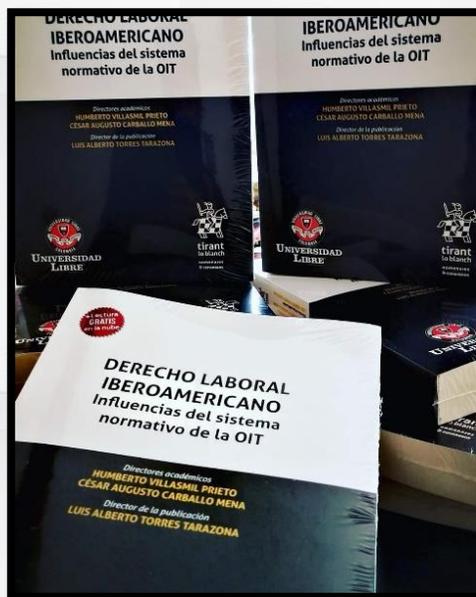
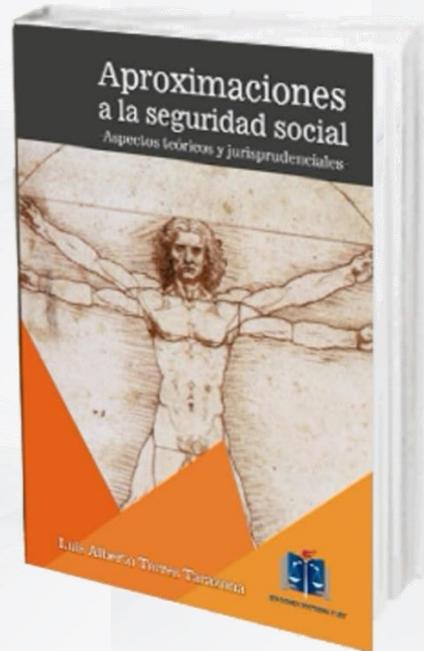
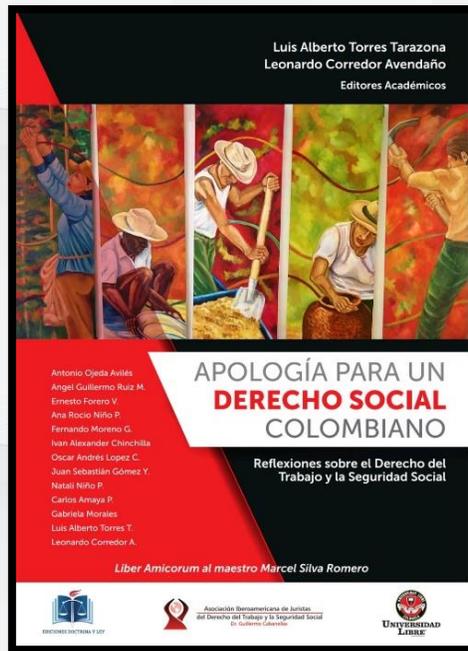
- a. Que el hijo permanezca afectado por la situación y dependiente de la madre o el padre.
- b. Que el progenitor no se encuentre en el mercado laboral ni se reincorpore a la fuerza laboral.

Como notó la Corte, el legislador nunca mencionó la necesidad de acreditar la condición de “cabeza de familia”, sino que, incluso, mediante la lectura literal del párrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100, exige sólo la condición de madre o padre “trabajador”, esto quiere decir que los requisitos adicionales exigidos por Colpensiones en la Circular número 08 de 2014, se traducen en una contradicción de la voluntad del legislador, ya que se niega un derecho reconocido por la ley.

Debido a esto, la Corte Constitucional decide inaplicar la Circular número 08 de 2014 y revocar la Sentencia de Tutela, proferida el 15 de enero de 2020 por el Juzgado 1 Laboral del Circuito de Tuluá (Valle) que declaró la improcedencia de la acción de tutela. Para, en su lugar, conceder el amparo de los derechos fundamentales.



Nuestros recomendados



SENTENCIA SL. 3619-2022

Por la no afiliación de trabajadora del servicio doméstico al sistema pensional, corte condena a empleador a pagar pensión de sobreviviente a compañero permanente e hijos

Una empleada del servicio doméstico que trabajó durante varios años al servicio de una familia no fue afiliada al sistema de seguridad social en pensiones, ni tampoco pudo comprobarse que se hubiese convalidado los tiempos de servicio dejados de cotizar ante Colpensiones, a pesar de que el hecho que detonó la mayor problemática enunciada en la sentencia fue el fallecimiento de dicha trabajadora, por lo cual se considera que será el empleador quien deberá responder por el pago de la pensión de sobrevivientes, que se acredita la trabajadora dejó causada, en razón a las labores desarrolladas.

De esta manera, se decidió que se debía absolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de todos los cargos formulados en la demanda por el señor Bladimir Orozco García a título personal, quien era el empleador de dicha trabajadora doméstica.

No obstante, se hace la salvedad de que “El recurrente acusó al Tribunal de incurrir en los yerros denunciados, al atribuirle responsabilidad al fondo pensional en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, sin valorar o tener en cuenta que no existió cobertura del riesgo con anterioridad a la muerte del trabajador, producto del incumplimiento de las obligaciones del empleador en cuanto a la afiliación y cotización en tiempo, de las semanas requeridas para acceder a dicha prestación”.

Por otra parte, se enuncia “Al no existir afiliación ni convalidación de cotizaciones con anterioridad a la ocurrencia de la muerte, el responsable directo en el pago de la pensión es el empleador y no el fondo de pensiones”.

Cabe resaltar que es de vital importancia esta sentencia porque la Corte invita a recordar a los empleadores que, en cabeza de ellos, se encuentra la responsabilidad de mantener la afiliación al sistema de seguridad social y realizar los aportes correspondientes según la Ley.

SENTENCIA SL 3453 - 2022

Decide sobre el recurso de anulación interpuesto por DIME CLÍNICA NEUROCARDIOVASCULAR, S. A., sobre laudo arbitral emitido el 18 de febrero de 2022. El recurso se sustenta en la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para tratar temas de fuero circunstancial

Considera la Corte Suprema de Justicia que los árbitros pueden conceder un beneficio en términos diferentes a los solicitados en el pliego de peticiones, pero dentro de su marco o límites, lo que no configura un fallo extra ni ultra petita o violatorio del principio de congruencia; y pueden acoger, bajo una presentación distinta, las peticiones y adoptar determinadas modulaciones. Incluso, las partes que intervienen en un conflicto colectivo pueden excluir a ciertos trabajadores de la convención, siempre y cuando la diferenciación que se haga debe obedecer a razones lógicas que desvirtúen cualquier tipo de discriminación o desconocimiento al principio de igualdad de los trabajadores.

Además, los árbitros no están inexorablemente obligados a conceder lo solicitado en los mismos términos en que fue pedido, de modo que pueden conceder de manera parcial o sustituirlo por una forma más equitativa. También podrá eliminar de la cláusula, única y exclusivamente la parte que estima ilegal, que no tiene la posibilidad de producir los efectos jurídicos y con el fin de preservar el beneficio concedido y no sustituir el sentido principal de la voluntad de los árbitros, mantener el resto de la estipulación.

SL 3484-2022

Sumatoria de tiempos cotizados al ISS con tiempos laborados en el sector público para los beneficiarios del régimen de transición

La Corte determina si el Tribunal se equivocó al momento de realizar la sumatoria de tiempos cotizados al ISS con tiempos laborados en el sector público para los beneficiarios del régimen de transición, de acuerdo con lo estipulado en el Decreto 049 de 1990.

Frente al punto, la Sala Laboral ha sostenido que, de acuerdo con el régimen pensional del Acuerdo 049 de 1990, sólo es posible computar semanas cotizadas exclusivamente al Instituto de Seguros Sociales, por cuanto, a la luz de los reglamentos de esta entidad, no existe una sola disposición que autorice la sumatoria de semanas laboradas en el sector público, sufragadas a cajas, fondos o entidades de previsión social o, simplemente, no cotizadas.

Mientras la Ley 33 de 1985 exigió como requisito para los hombres una edad de 55

años, el Acuerdo 049 de 1990 estableció que la edad requerida era de 60 años, con lo cual se evidencia entre los dos regímenes una diferencia de cinco años en las edades para la causación del derecho, no obstante, en principio, ello no debería impedir la reliquidación pensional basada en la sumatoria de tiempos públicos y cotizados al ISS.

Sin embargo, la reliquidación se torna improcedente cuando la prestación se reconoce inicialmente bajo la Ley 33 de 1985, pero a partir de una fecha en la cual el afiliado no había cumplido aún los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, pues la reliquidación está cimentada en un cambio de régimen y, por ello, para que sea viable deben estar acreditados los requisitos exigidos por ambos regímenes a la fecha del reconocimiento inicial; dado que no existe disposición legal que permita acceder a una pensión de forma temporal y hasta que se cumplan los requisitos consagrados en otra normativa.

De esta manera, si se accede inicialmente al reconocimiento pensional bajo la Ley 33 de 1985, sin el cumplimiento de los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, la reliquidación posterior resultaría contraria a derecho porque al pensionado ya le fueron canceladas las mesadas pensionales que se causaron bajo el régimen inicial, las cuales, de efectuarse la reliquidación, quedarían sin soporte legal su reconocimiento. Es por ello que la Corte Suprema de Justicia decide no casar la sentencia.





**UNIVERSIDAD
LIBRE®**
Vigilada Mineducación



FACULTAD DE DERECHO, ÁREA DERECHO LABORAL