

LOS EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LA PRIMA
LEGAL DE SERVICIOS

OSCAR EDUARDO ZAMBRANO ABRIL

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE DERECHO
BOGOTÁ D.C
2018

LOS EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LA PRIMA
LEGAL DE SERVICIOS

Presentado por:

OSCAR EDUARDO ZAMBRANO ABRIL

MONOGRAFÍA PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO

Directora:

Doctora MARÍA CONSTANZA BALLESTEROS

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE DERECHO
BOGOTÁ D.C
2018

NOTA DE ACEPTACIÓN

PRESIDENTE DEL JURADO

JURADO

JURADO

BOGOTÁ D.C, 25 DE JUNIO DE 2018

Dedicatoria

A don Oscar y doña Dilia, quienes desde el comienzo y a pesar de estar en lo más profundo del llano casanareño, fijaron como meta común que me dedicara a mis estudios. Sólo ellos saben los esfuerzos y sacrificios para que su hijo esté en el lugar en donde está. Estas líneas buscan compensar y agradecer de una forma muy sencilla y simbólica todo ese amor, comprensión y apoyo que he recibido por parte de ellos, mis padres.

A mi hermanito Nicolás, cada día trabajo con un fin en mente: ser el ejemplo suyo y confío en que un día sus logros sean mayores y mejores que los míos.

Agradecimientos

Inicio por ofrecer excusas a todas esas personas a quienes a pesar del sentimiento no puedo nombrar o incluir por razones de brevedad, pero que de una u otra forma han contribuido a mi formación como persona y profesional, a Ustedes también mi eterno agradecimiento.

Al profesor Manuel Barrera Pulido, mi maestro. Quien con empeño y dedicación consiguió que descubriera mi gusto y pasión por el derecho laboral, heredándome muchos postulados y teorías, pero sobre todo, resaltando la necesidad de servir de forma coherente y honesta en el mundo del derecho. Son estas líneas la más simbólica de las formas de expresarle no solo mi gratitud, sino el cariño y aprecio.

Al doctor Jorge Carvajal, amigo, profesor, compañero de tertulias, académico ilustre. Sus consejos invaluable y certeros guiaron a un joven estudiante de origen campesino, que se afrontaba a la realidad de la metrópoli con inseguridades y miedos, a avanzar superando todos los retos y tropiezos. Alimentó mi espíritu crítico y analítico, haciéndome entender las realidades sociales del país desde el incansable punto de vista académico.

A la doctora Constanza Ballesteros, mi directora de monografía. Por su tiempo, disposición, guía y apoyo constante durante este largo proceso de investigación.

A mi novia, por estar ahí apoyándome e impulsándome a ser siempre una mejor persona.

A todas infinitas gracias por contribuir a formar el ser humano y el profesional que soy. Dios les sabrá bendecir por esa labor desinteresada y constante.

Contenido

Introducción	1
Capítulo I Consideraciones previas sobre la prima legal de servicios.....	5
Capítulo II. El contrato de Trabajo	11
2.1. Teorías del Trabajo	13
2.1.1. Teorías civilistas sobre el contrato de trabajo	13
2.1.2. Definición legal de trabajo y el contrato de trabajo	17
2.2. Del reparto de Utilidades a la Prima Legal de Servicios	19
2.2.1. Decreto 2474 de 1948	20
2.2.2. Decreto Ley 3871 del 6 de diciembre de 1949	23
2.2.3. Decreto Ley 2663 – Código Sustantivo del Trabajo.....	25
2.3. La Suspensión del Contrato de Trabajo	27
2.3.1. Efectos de la suspensión del contrato de trabajo.....	30
Capítulo III. Efecto de la suspensión del contrato de trabajo en la prima legal de servicios	32
3.1. Jurisprudencia que sigue la literalidad en la aplicación de la norma.....	32
3.1.1. Sentencia del treinta y uno (31) de enero de 1990, Radicado 2905	35
3.1.2. Sentencia del nueve (9) de noviembre de 1990, Radicado 3911	38
3.2. Jurisprudencia que exige la real prestación del servicio.....	41
3.2.1 Sentencia del veinte (20) de octubre de 1998, radicado 11150.....	41
3.2.3. Sentencia del treinta (30) de mayo de 2000, radicado13501	42
3.2.4 Sentencia del nueve (9) de febrero de 2001, radicado 14461	43

3.3. Sentencias de Constitucionalidad	46
3.3.1. Sentencia C – 710 de 1996.....	46
3.3.2 Sentencia C – 034 de 2003, Sala Plena	48
3.4. Sentencia de Tutela.....	50
3.4.1. Sentencia T – 162 de 2004.....	50
Capítulo IV Conceptos emitidos por el Ministerio del Trabajo, oficina jurídica y oficina de apoyo legislativo.....	53
4.1. Competencia de la Oficina Jurídica	53
4.2. Aporte realizado a la discusión por la Ley 1788 de 2016.....	58
Conclusiones	61
Bibliografía	64

Introducción

El crecimiento de la producción en el sistema mundo ha traído un sin número de ventajas y a la vez desventajas en materia laboral; esas relaciones contractuales han permitido diversas formas de empleo que originan incertidumbre en cuanto a la legislación, dado que presentan vacíos que de forma indirecta excusan algunos derechos laborales.

El código sustantivo del trabajo en el artículo 53 establece los efectos de la suspensión del contrato de trabajo, disponiendo que estos periodos podrán ser descontados por el empleador al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones. Sin embargo, en este mismo artículo no hace referencia a los efectos de la suspensión en la prima legal de servicios y si esta debe ser o no descontada.

De lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral y la Corte Constitucional han fijado posturas que varían entre permitir el descuento de los periodos de suspensión o impedirlo, conforme a la interpretación que se le dé a la norma. Esto ha generado incertidumbre en el sector empresarial y de los trabajadores frente a los efectos que produce la suspensión del contrato al momento de liquidar la prima legal de servicios.

Frente al tema, el Ministerio de Trabajo a través de conceptos que fijan un derrotero para que las empresas adopten sus políticas de cumplimiento de la legislación laboral, ha adoptado una posición fundada en la literalidad del artículo 53 del código sustantivo del trabajo, argumentando que al no estar la prestación social denominada prima de servicios en el contenido del artículo, no debe descontarse el tiempo de suspensión del contrato al liquidarse.

En Colombia, la legislación laboral es ambigua sobre los efectos de la prima de servicios durante la suspensión del contrato de trabajo, consecuencias que sí ha abordado para el caso de las demás prestaciones sociales.

El anuncio de la publicación de la Ley 1788 de 2016, fue tomada con optimismo por parte de los estudiosos del tema, siendo una oportunidad para zanjar la discusión y aclarar las zonas grises sometidas a interpretación. Sin embargo, esta normativa dejó de lado el tema y se limitó a la implementación de la prima legal de servicios a los trabajadores domésticos.

Este trabajo se dedica a establecer si los periodos de suspensión del contrato de trabajo deben ser descontados o al contrario, reconocidos al momento de liquidar la prima legal de servicios, teniendo en cuenta que es un tema que evade u omite el artículo 53 del código sustantivo del trabajo sobre esta prestación social.

Por tanto, el objetivo central del presente trabajo es realizar un análisis jurisprudencial y doctrinario, estableciendo las interpretaciones sobre los mecanismos que se dan en la suspensión del contrato de trabajo en la prima legal de servicios, con el propósito de replantear que ésta, no depende de la prestación personal de servicio, sino de la generación de utilidades de cada empresa. En detalle, se abordará los conceptos y estudios sobre el tema desde la perspectiva del Ministerio de Trabajo. La revisión a fondo de la Ley 1788 de 2016, evidenciando cuál es su papel en la discusión frente al pago de la prima legal del servicio. Y apoyando argumentativamente las interpretaciones de postulados de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional desde los casos a nivel empresarial y en otros, desde lo académico que surgen al momento de confrontar la suspensión del contrato de trabajo y sus efectos en la prima legal de servicios.

Se han puesto sobre la mesa múltiples interpretaciones: esto ocurre debido a que en la legislación laboral, se deja de indicar qué sucede con la prima de servicios durante la suspensión del contrato de trabajo, llevando al sector empresarial a la aplicación, en muchas ocasiones, arbitraria de las normas, perjudicando al trabajador o exponiéndose a sanciones. Es así que es importante un análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, los pronunciamientos de los órganos públicos de control, la doctrina y la Ley 1788 de 2016. Esto para encaminar un estudio que armonice las distintas aristas sobre el tema legislativo laboral, en nuestro caso que determine la afectación de la prima legal de servicios cuando ocurre la suspensión del contrato de trabajo.

Para efecto del análisis las fuentes utilizadas fueron, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y las razones que han sido tenidas en cuenta al momento de dictar sentencia sobre este asunto. Así mismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional acerca del tema propuesto. También, los conceptos emitidos por el Ministerio del Trabajo con el fin de conocer cuáles son las razones y la postura fijada. Finalmente, se tomará la ley 1788 de 2016 con la que se planea identificar cual es el impacto en el debate propuesto, teniendo en cuenta que esta ley fija la prima legal de servicios en un amplio sector de trabajadores.

El estudio es de carácter cualitativo, con un enfoque analítico, que realiza una descripción detallada e independiente de los conceptos y variables involucradas en la jurisprudencia, con el fin de comprender las consecuencias jurídicas de las interpretaciones y aplicaciones dadas a los efectos de la suspensión del contrato al momento de liquidar la prima legal de servicios. Resultando así, una guía actualizada acerca de cuál debe ser el actuar de las empresas y los

trabajadores frente a la pregunta: ¿Deben pagarse al trabajador los valores generados por concepto de prima de servicios, aun cuando su contrato de trabajo se encuentre suspendido?

Este estudio parte de la hipótesis de que los periodos durante los cuales se suspende el contrato de trabajo, tendrán que ser pagados, sin ser descontados al momento de liquidar la prima legal de servicios. Lo anterior dando aplicación literal al artículo 53 del CST, pues no dispuso que estos periodos de tiempo sean descontados. Adicionalmente, el génesis de la prima legal de servicios tuvo como fin, el reparto de la utilidad empresarial, hecho que no se desvirtúa por la simple suspensión del contrato de trabajo, ya que la empresa como unidad económica mantiene su rendimiento.

El orden presentado en este escrito se realiza de la siguiente manera, el Capítulo I, es el recorrido denominado Consideraciones previas, donde se plasma el estatus de la discusión respecto al pago de la prima en la suspensión del contrato laboral, en otras palabras, un acercamiento desde su génesis a la actualidad. El Capítulo II se inicia con un marco conceptual del contrato de trabajo, las teorías civilistas, el reparto de utilidades y la suspensión del trabajo, resaltando que es importante conocer la base de la prima que es lo normado del contrato de trabajo.

Finalmente, el Capítulo III muestra los elementos de discusión que se manifiesta en los conceptos de la Corte tanto Suprema de Justicia y la Constitucional, culminando este apartado con el argumento del Ministerio de Trabajo. Por último, el Capítulo IV, los aportes legales y apreciaciones a las discusiones que acercan a una conclusión que permite trazar un camino para ayudar a dirimir lo que se manifiesta a lo largo de este trabajo investigativo.

Capítulo I

Consideraciones previas sobre la prima legal de servicios

El Siglo XIX trajo consigo un desarrollo importante visto desde lo económico, de igual forma dilemas sobre la redistribución de la riqueza en la sociedad, encontrando argumentos desde Karl Marx, a través de su extensa obra, enfatizando que, desde el Manifiesto Comunista en 1948, se plantea en su esencia, las relaciones sociales de producción y que estas son supeditadas a la generación de una plusvalía. Por lo general, esta última determina la ganancia del capital, creando la relación de quien detenta la propiedad del capital (Köhler & Martin Artiles, 2007).

El renacer de las relaciones empresariales a partir del cambio del sistema de producción, conlleva al cambio en una serie de subtemas, en cuanto al caso del sistema empresarial colombiano, la prima de servicios, se caracteriza como una retribución del empleador al empleado debido a su función laboral. Comprendiendo la interpretación jurídico-filosófica, la prima de servicios es una manera de repartir parte de las utilidades generadas, generalmente algo de redistribución conforme a la generación de plusvalía del capital (Köhler & Martin Artiles, 2007).

El boicot social que generó las protestas como consecuencia de la muerte del caudillo liberal Jorge Eliecer Gaitán (9 de abril de 1948) y la inestabilidad surgida en el gobierno de la época, impulsó la emisión del decreto 2474 de 1948 por medio del cual se consagró la llamada “participación en las utilidades de la empresa” (Cardona Martínez, 1996). Mediante este decreto el Gobierno Nacional buscó mejorar las condiciones de vida de los trabajadores haciéndolos partícipes de las utilidades generadas en las empresas y de esta forma restablecer el orden de la época.

En 1949 el concepto de participación en las utilidades de la empresa fue cambiado por el de “prima de beneficios”, aunque con la misma finalidad y naturaleza jurídica (Cardona Martínez, 1996), mediante la Ley 3871 del mismo año modificando a su vez el Decreto No. 2474 de 1948 (Presidencia de la República de Colombia, 1949). La obligación por parte de la empresa de retribuir la labor mediante una remuneración, pactada en el contrato, sin la participación en las utilidades generadas por la empresa causó un sentimiento de inequidad social que conllevó a que se produjeran manifestaciones promovidas por las organizaciones sindicales de la época, las cuales propugnaban por que se hiciera un reparto de la riqueza generada por medio de la mano de obra asalariada.

Para el año 1950 con la expedición del decreto Ley 2663 del 5 de agosto en el cual el Gobierno Nacional usó los poderes otorgados por el Estado de sitio, producto del golpe de Estado de Pasto, para dictar el Código Sustantivo del Trabajo. En el artículo 306 de este ordenamiento jurídico se establece la prima de servicios, la cual sustituye la prima de beneficios y el reparto de utilidades contenidas en las legislaciones anteriores. No obstante, esta prestación social mantiene intacta su naturaleza en el reparto de las utilidades generadas por la empresa producto de la explotación de una o más unidades productivas.

El Código Sustantivo del Trabajo trajo consigo la inclusión de nuevas figuras jurídicas destinadas a mantener la relación laboral vigente, aun cuando por existencia de causas definidas, se limitara la ejecución de la labor para la cual fue contratado el trabajador; de esta forma el artículo 51 dispone de las causales legales para que el contrato de trabajo se suspenda, definiéndola como la imposibilidad legal o voluntaria de ejecutarlo durante un determinado

tiempo, en el que trabajador y empresario quedan relevados de los efectos contractuales (Obando Garrido, 2015).

El Código, al disponer los efectos de la suspensión del contrato entre los que se encuentra que el empleador puede descontar estos periodos para liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones (artículo 53, CST, 1951), excluye de estos a la prima de servicios. Sea de forma intencional o sin premeditarlo, el legislador no extiende los efectos de la suspensión del contrato de trabajo a la prima de servicios, situación que quedó a la interpretación y al desarrollo por vía de jurisprudencia.

La incertidumbre acerca de descontar o no los periodos de suspensión del contrato de trabajo para la liquidación de la prima de servicios, aun cuando el texto legal no dispuso sobre ello, llegó a la Corte Suprema de Justicia y para el año 1957 dictó sentencia del 23 de septiembre en la cual se fijó el argumento de no pagar la prima de servicios durante los tiempos de suspensión del contrato de trabajo, ya que al estar suspendido el contrato no existe prestación del servicio contratado, y al ser inexistente esta relación, no se causa la prima de servicios.

Para 1980, la misma corporación mediante sentencia del 18 de septiembre, cambia de argumento y decide que la prima de servicio sí se causa durante los periodos de suspensión, y por tanto, debe pagarse aun cuando el contrato esté o haya estado suspendido durante el periodo en que se causa. Esto bajo la aplicación literal del artículo 53 CST y el argumento de que únicamente se podrán descontar para los casos en que taxativamente se refirió el artículo, esto es, vacaciones, cesantías y jubilaciones.

De las dos anteriores posiciones asumidas por la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala Laboral, se retomó el argumento inicial con el que se extingue el pago de la prima legal de servicios durante los periodos de suspensión del contrato, en las sentencias de 1998 con ponencia del doctor José Roberto Herrera Vergara y manteniendo esta postura en las sentencias del año 2000 y 2001, argumentando que la prima no debe pagarse durante los periodos de suspensión del contrato. De esta forma, a la fecha la Corte Suprema de Justicia mantiene en sus últimas sentencias que la prima de servicios no se causa durante los periodos de suspensión en cuanto no existe prestación del servicio contratado.

Esta discusión también ha sido abordada por la Corte Constitucional, quien, a pesar de no decidir directamente sobre el asunto, da orientaciones e interpretaciones mediante las cuales se podría llegar a tomar postura por una u otra de las interpretaciones dadas por la Corte Suprema de Justicia.

La Corte Constitucional (1996) en la sentencia C 710, consideró que la prima de servicios no tiene como fin retribuir la labor prestada por el trabajador y que por tanto, puede excluirse de los valores de esta como factor salarial. Este argumento parte de la idea de que la prima de servicios tuvo su origen en el reparto de utilidades y la prima de beneficios, por lo que su fin no es directamente recompensar la labor prestada sino hacer partícipe al trabajador del reparto del capital producido con el trabajo organizado.

Para el año 2003 esta Corporación dicta la sentencia C 034 (2003) en la cual considera que la prima legal de servicios se causa por el servicio prestado, es decir, la ejecución del contrato. De esta forma la Corte Constitucional asume la posición tomada por la Corte Suprema de Justicia al

considerar la prima de servicio como una prestación social que depende de la prestación real del servicio contratado.

No obstante, confunde el máximo órgano constitucional la prestación real del servicio con la ejecución del contrato, pues aunque durante los periodos de suspensión del contrato las principales obligaciones de las partes cesan transitoriamente, el contrato se continua ejecutando, pues la razón de ser de la figura de la suspensión del contrato es mantener el vínculo vivo, pues en la suspensión se interrumpe temporalmente la ejecución del contrato pero se conserva el vínculo (Gallego, 2014), en este sentido toda suspensión del contrato de trabajo debe ser temporal y con causa en alguna de las situaciones taxativamente señalada en la legislación laboral, para Vázquez Vialard (1999), la temporalidad debe ser entendida como un periodo de tiempo corto, cierto, transitorio y proporcional a la causa que lo origina, teniendo en cuenta que la prolongación ilimitada sería tenida como una terminación del contrato. Por su parte la causa de la suspensión debe estar contenida en la legislación laboral.

El estado actual de la discusión ha sido abordada por el Ministerio del Trabajo, el cual ha mantenido en todos sus conceptos emitidos la posición sostenida por la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia del año 1980 y siguientes, en donde dispone que, la prima legal de servicio se causa durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo, teniendo en cuenta que el artículo 53 del CST, no dispuso sobre esta prestación social dentro de los efectos producto de los periodos de suspensión. Este es el panorama de discusión acerca de cuál es el efecto de la suspensión del contrato de trabajo en el pago de la prima de servicios, teniendo en cuenta que el artículo 53 del CST no dispuso los efectos de la suspensión en la prima legal de servicios, como sí lo hizo para las demás prestaciones sociales.

Así entonces, para encaminar la discusión y dar contexto, debemos entrar a analizar la naturaleza jurídica del contrato de trabajo y profundizar el análisis en los efectos de la suspensión del mismo, teniendo en cuenta que el contrato de trabajo parte de la particularidad jurídica en la que el trabajador es sujeto y objeto del mismo.

De esta forma podremos ahondar en el estudio y entender los fines de la suspensión, comprendiendo la diferencia entre dos figuras jurídicas importantes: la suspensión y la terminación del contrato. Finalmente, en el próximo capítulo se hace un recuento histórico – normativo de la prima de servicios, partiendo de su origen en el reparto de utilidades empresariales, como argumento a favor de la no retribución de la labor prestada sino de la redistribución de la riqueza en la población trabajadora, hecho que impide que esta prestación social dependa para su causación únicamente de la prestación real y efectiva del servicio contratado .

Capítulo II.

El contrato de Trabajo

Dar explicación de los tipos de contratos de trabajo, es dar cuenta de los antecedentes de las transformaciones de las relaciones sociales y económicas, también cómo se va cimentando la base de la redistribución del capital como beneficio a los trabajadores. Es así que, en el siguiente capítulo se manifiesta con detalle los pormenores de la parte normada, -si se quiere-, del mundo del trabajo, o para ser más precisos, la relación de la parte contratante y el contratado. Seguidamente, dos apartados que refieren a las definiciones de reparto de utilidades, naturaleza de la prima y la definición de la suspensión del trabajo y los efectos de éste, con el fin de dar paso con este sustento conceptual a los análisis y fuentes de los capítulos subsiguientes.

Conforme a la cultura romanista, el origen del contrato de trabajo tuvo lugar en la *locatio hominis*, como una variedad del arrendamiento de cosas en la cual una persona prestaba a otra a cambio de una remuneración. Permitía así que mediante el pago de una suma de dinero el esclavo prestara sus servicios a otra persona designada por su amo. Por otra parte, la *locatio operarum* permitía que un hombre libre se arrendara a sí mismo para prestar sus servicios a otro. No obstante, este hecho fue considerado poco decoroso ante la sociedad, pues en principio el hombre libre no trabaja para otro; intercambia los frutos de su trabajo, pero no su trabajo (Supiot, 2008). Esta cultura romanista se caracteriza principalmente por:

“(…) dicha cultura romanista, tal y como se expresa en los derechos europeos del siglo XIX, analiza la relación de trabajo como una operación de intercambio entre sujetos formalmente iguales, es decir, sitúa esta relación en la órbita del derecho de las obligaciones”. (Supiot, 1996, p. 32)

Los orígenes del contrato de trabajo se encuentran ligados a la necesidad del servicio, pues únicamente mediante este, se logra la transformación de cosas o la prestación de servicios, este hecho condujo a equiparar a la persona que presta el servicio con el servicio mismo, evento en el cual el derecho civil estuvo llamado a normar este acto. No obstante, el derecho civil partió de la base de la igualdad formal de las partes, situación que nunca pudo ser aceptada jurídicamente, pues las partes de un contrato en el derecho laboral siempre parten de la base de la desigualdad formal y material que las separa y diferencia.

El ancestro del contrato de trabajo se denominó *locatio operarum* o arrendamiento de cosas y respondiendo a su época, la definición de contrato o arrendamiento de cosas se basaba en la idea de los esclavos, esto es, que el arrendamiento del esclavo se aplicaba al hombre libre que tenía que vender su trabajo como medio de subsistencia (Supiot, 1996, 2008).

La situación de inferioridad social de la que parte el hombre que trabaja, marca su diferenciación y desigualdad en el contrato, pues no tiene más que el trabajo mismo, le da a este su principal característica que se mantendrá hasta nuestro tiempo; no se trata de un contrato celebrado entre partes iguales como pensaron en su momento quienes defendían la cultura jurídica romana.

Por otra parte, se encuentra el derecho germánico, el cual encarna una tradición jurídica distinta a la romanista. En este se conoce el ancestro del contrato de trabajo como un contrato de vasallaje en el cual un hombre libre se pone al servicio de otro, el cual le suministra a cambio protección, ayuda y representación. Esto lleva intrínseco una relación cercana entre quienes prestan su labor y quienes retribuyen a través de otras formas este trabajo recibido. En la cultura germánica es concebido como:

“(…) una situación de pertenencia personal a una comunidad, y sitúa así esta relación en la órbita del estatuto de las personas. Por oposición al análisis contractual, que privilegia la relación de los hombres con las cosas para hacer posible el intercambio de un trabajo así objetivado por salario, la cultura germanista restituye a la relación entre las personas el puesto primero que le correspondía en el análisis jurídico preindustrial de la relación de trabajo”. (Supiot, 1996, p. 34)

El contrato de trabajo en sus orígenes tuvo su génesis en el derecho civil, parte de la idea de asemejar a la persona que trabaja a una cosa, que puede ser objeto de arrendamiento o alquiler, confundiendo al trabajador con su trabajo, discusión que se daría con posterioridad al momento de definirse el derecho laboral y su emancipación definitiva del derecho civil.

2.1. Teorías del Contrato de Trabajo

2.1.1. Teorías civilistas sobre el contrato de trabajo

El derecho civil no consideró necesaria la aparición de una nueva forma de derecho que se basara en las relaciones entre quienes ostentaban el capital y aquellos que se encontraban obligados a alquilar su fuerza de trabajo. En medio de esta resistencia, se elaboraron teorías basadas en los conceptos propios del derecho civil que intentaban, con afán, enmarcar esta realidad en lo hasta ahora conocido. De este modo aparecieron cuatro teorías del derecho civil que buscaron reglar el nascente derecho obrero o de clase, las cuales son: Teoría del **contrato de arrendamiento**, del contrato de **compraventa**, del contrato de **sociedad** y del contrato de **mandato**. Más allá de tratar de reglar una situación nascente, estas teorías trataron y fueron un último esfuerzo por impedir que el derecho laboral se emancipara del derecho civil hasta ese momento conocido.

Teoría del contrato de arrendamiento. Esta teoría fue expuesta por el insigne profesor de derecho Marcel Planiol quien definió rápidamente el contrato de trabajo como:

(...) un contrato de arrendamiento, como lo muestra un rápido análisis; la cosa arrendada es la fuerza de trabajo que reside en cada persona y que puede ser utilizada por otra, como la de una máquina o la de un caballo; dicha fuerza puede ser dada en arrendamiento, y es precisamente lo que ocurre cuando la remuneración del trabajo por medio del salario es proporcional al tiempo, de la misma manera que pasa en el arrendamiento de cosa. (González Charry, 2004, p. 115)

Con esta teoría el derecho civil trata de reducir al hombre trabajador a una simple cosa, objeto del contrato de arrendamiento, mediante el cual dispone su fuerza laboral para la consecución de un fin, limitándose a ser una máquina de carne y hueso. Esta teoría fue ampliamente criticada desde dos puntos de vista:

(...) primero, que mientras en el arrendamiento la cosa arrendada se separa del arrendador, no ocurre lo mismo en el contrato de trabajo, pues en éste lo que se separa del asalariado es el efecto del trabajo y no el trabajo mismo, además de que el esfuerzo personal denominado trabajo no constituye propiamente patrimonio alguno (...). Segundo, que mientras la esencia del contrato de arrendamiento consiste en que la cosa arrendada debe regresar a su dueño una vez vencido el contrato, en el trabajo, una vez producido el trabajo o rendido el esfuerzo, este ya no regresa a la persona del trabajador, puesto que se ha consumido íntegramente. (González Charry, 2004, pp. 115–116)

De esta forma tratar de amoldar la teoría del contrato de arrendamiento en lo que es el contrato de trabajo en sus orígenes, resulta jurídicamente improbable, pues la naturaleza jurídica de la labor realizada, consideraba la fuerza laboral como un bien consumible, dado que una vez realizado el acto para el cual fue contratado esta fuerza dispuesta no puede regresar a su dueño original, esto es, el trabajador.

Esta teoría, a nuestro juicio, parte desde un punto de vista reduccionista de la persona trabajadora al considerarlo un objeto arrendable, hecho que pudo haber sido contraproducente en cualquier debate sobre la dignidad o el respeto a unas condiciones de empleo humanizadoras. Por otra parte desde la teoría del contrato de arrendamiento, el arrendador está obligado a devolver el objeto arrendado en las mismas condiciones en que le fue dado, hecho que resulta un imposible físico al tratar de entregar a una persona en las mismas condiciones en las que fue tomada en arriendo.

Teoría de la compraventa. El principal exponente de esta teoría fue el profesor italiano Francesco Carnelutti quien sustentó su tesis usando una analogía con el contrato de suministro de energía eléctrica. Sostuvo que, mediante el contrato de suministro de energía eléctrica no se vende la fuente que la suministra sino el producto, esto es, la energía producida por esta máquina, en semejanza con lo que ocurre en el contrato de trabajo, pues allí no se compra al sujeto como persona, sino que se compra su energía para destinarla a realizar un trabajo específico.

Sobre esta teoría se elevó su crítica en el sentido de que la energía humana asalariada no es una simple “cosa” en el sentido físico del vocablo, y por tanto, debe ser objeto del tratamiento de que son susceptibles las cosas en el derecho civil (González Charry, 2004), en este sentido resultaba infructuoso tratar de separar la cosa del ser humano que la generaba, teniendo en cuenta que no existiría por sí misma una vez el ser humano desapareciera. Esta teoría conllevaría a una cosificación del ser humano trabajador, hecho que resultaría gravoso desde cualquier punto de vista.

Teoría del contrato de sociedad. Esta teoría denominada contrato de sociedad fue promovida por el tratadista francés Chatelain y el civilista español Valverde, la cual consistía en:

“La tesis reside sobre el concepto de empresa, entendida como una conjunción de intereses de capital de trabajo, lo cual los lleva a sostener que en el fondo el contrato de trabajo, dentro de aquel complejo, no es otra cosa que un contrato de sociedad. Comparan la colaboración que prestan los trabajadores, mediante el contrato de trabajo, en el funcionamiento y la vida de la empresa, con la que en el terreno jurídico se denomina *afectio societatis*, o ánimo deliberado de trabajar en común para fines igualmente comunes”.

(González Charry, 2004, p. 117)

Este tipo de teoría resulta en contra de los principios fundamentales del derecho del trabajo, pues al ser el trabajador un socio de la actividad económica desarrollada, estaría en la condición de soportar las pérdidas generadas en la actividad, hecho que la legislación laboral prohíbe desde cualquier aspecto. El trabajador como parte débil de la relación puede ser partícipe de las ganancias generadas, mas no de las pérdidas que se genere al empleador en el desarrollo de su empresa.

Conforme a Mario de la Cueva, esta teoría condujo a que los trabajadores posteriormente pudieran ser partícipes de las utilidades generadas por la empresa en el desarrollo de su actividad, sin dejar de lado que únicamente en este aspecto sería viable, pues cualquier aplicación en los riesgos que genere el negocio es abiertamente contraria al derecho laboral.

Teoría del contrato de mandato. De acuerdo a González Charry (2004), esta teoría considerando el mandato como un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más de sus negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera, presenta pocas posibilidades de identidad con el contrato de trabajo.

La inexistente posibilidad de aplicación de esta teoría radica en las diferencias entre el contrato de mandato y el contrato de trabajo, debido a que el primero de ellos puede ser oneroso o gratuito mientras el segundo nunca podrá darse a título gratuito, pues todo trabajo lleva consigo una remuneración proporcional a su causa. Por otra parte, distan por la ocasionalidad de la cual puede ser objeto el contrato de mandato y la permanencia intrínseca que conlleva el contrato de trabajo.

Por tanto, no es asimilable el contrato de trabajo a lo que se conoce como contrato de mandato, pues su naturaleza y esencia son diferentes, hecho que generaría un error jurídico al considerarse de forma distinta.

Por otra parte, uno de los elementos constitutivos del contrato de trabajo es la subordinación lo que obliga a que el trabajador esté dispuesto a acatar ordenes e instrucciones sobre la labor a realizar, situación que cambia frente al contrato de mandato, pues si bien es cierto las gestiones se hacen por cuenta y riesgo del mandante, el mandatario no necesariamente está subordinado a las instrucciones u ordenes de este, evento que si sucede al tratarse de un contrato de trabajo.

Para continuar con este estudio, se debe proceder a conocer las definiciones legales que existen en Colombia acerca del trabajo como actividad y del contrato de trabajo, esto con el fin de dar contexto al tema abordado.

2.1.2. Definición legal de trabajo y el contrato de trabajo

El artículo 5° del Código Sustantivo del Trabajo (1951), recogiendo las definiciones de los más importantes maestros del derecho laboral y del trabajo, condensa lo que legalmente se considera trabajo, así:

“El trabajo que regula este código 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.”

El primer requisito legal para determinar si se trata de una actividad considerada como trabajo, es la libertad de la persona que realiza la actividad. De esta forma, podemos apreciar que la libertad individual es uno de los fundamentos del trabajo humano, situación que no podía presentarse en los orígenes del contrato de trabajo, ya que al existir trabajo esclavo, el no reconocimiento del otro como sujeto de derechos, impide que aunque preste un servicio se le fuera considerado como un trabajador.

Al existir un trabajo prestado por hombres libres, nace la necesidad de regularlo mediante una figura jurídica acorde a la realidad, de esta forma el contrato de trabajo se convirtió en la herramienta jurídica con la cual se fijaron las condiciones y obligaciones de las partes frente a la actividad humana denominada trabajo.

Definición legal del contrato de trabajo.

El contrato de trabajo en nuestra legislación se encuentra ampliamente protegido, considerando al trabajador como la parte débil de la relación laboral. De este modo el contrato de trabajo en Colombia tiene los mismos efectos tratándose de un contrato escrito o verbal, basta con que confluían los tres elementos constitutivos del contrato; la prestación del servicio, subordinación y el salario. Adicionalmente, la doctrina del derecho laboral ha considerado blindar las relaciones laborales con principios que buscan la protección del trabajador, de esta forma surge a la vida jurídica principios fundantes como la primacía de la realidad que busca proteger y garantizar los derechos de los trabajadores.

El contrato de trabajo verbal o escrito fue definido conforme al artículo 22° del Código Sustantivo del Trabajo (1951), de la siguiente forma:

“(…) aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración cualquiera sea su forma, salario.”

Conforme a la teoría general de los contratos, se le denomina así a un acuerdo de voluntades entre dos partes, capaces jurídicamente para obligarse. No obstante, tratándose de un contrato de trabajo, debemos partir de la base de la desigualdad existente entre trabajador y aquel que posee los medios de producción. Esta situación es compensada mediante la ley, al proveer al trabajador de ciertas prerrogativas o presunciones, que pueden ser exigidas en la jurisdicción.

Esta definición del contrato de trabajo es válida solamente si existe un tercero fuerte que vele por la obligatoriedad de las normas laborales en determinado país. Lo anterior en palabras de Alain Supiot (2008) es que independiente de la naturaleza, la relación de trabajo tiene fuerza jurídica solamente si se halla instituida bajo la égida de un tercero que garantice su fuerza obligatoria.

El contrato de trabajo es el único de su tipo dentro del cual una persona libre, limita esa libertad de forma consciente e informada, para realizar las labores que le son encomendadas por el contratante, llamado aquí, empleador. Esta generación de riqueza mediante el trabajo humano, lleva a que deba ser, en parte, repartida entre los trabajadores como un acto de justicia social conseguido a través de la lucha obrera organizada.

2.2. Del reparto de Utilidades a la Prima Legal de Servicios

Este acápite pretende hacer un recorrido historico-normativo que muestre la evolución legal de la prima legal de servicios desde sus orígenes como reparto de utilidades, prima de beneficios y finalmente la prima de servicios. Esto nos permitirá identificar que esta prestación social tuvo su origen en la necesidad de hacer partícipes a los trabajadores de las utilidades empresariales y mantuvo su naturaleza y origen en el desarrollo normativo posterior.

2.2.1. Decreto 2474 de 1948

La constante lucha de clases entre empleadores, dueños de empresa, y los trabajadores asociados para defender sus intereses mediante organizaciones sindicales, en la década de 1940 causó el reconocimiento de nuevos derechos laborales de índole económico. González Charry (2004) sustenta que, “(...) la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas ha sido de las más controvertidas en el derecho del trabajo, y los planteamientos teóricos legislativos que de ella se han hecho no han dado ciertamente resultados satisfactorios.” (p. 441) Era previsible que este tipo de reconocimiento económico fuera rechazado por parte del sector empresarial, debido a que en las relaciones laborales se aplican las leyes de la economía en donde, cada parte, buscará a su modo defender sus intereses. El empresario buscará aminorar costos, mientras el trabajador lucha por mejores salarios y condiciones de empleo.

El gobierno nacional agobiado por las constantes manifestaciones por parte de los trabajadores, mediante decreto 2474 (1948), hizo partícipe de las utilidades empresariales a los trabajadores. Archila (1995) comenta que esto representó avances de la clase trabajadora, pues: “En 1948, tal vez para prevenir revueltas como la del 9 de abril, el ejecutivo dictó el decreto 2474 que obligaba a los empresarios a participar las utilidades con sus trabajadores y a darles overoles y calzado.” (p. 66)

Este decreto buscó subsanar las brechas de desigualdad entre quienes ostentan el capital y aquellos que venden su fuerza laboral a través de un contrato de trabajo con una empresa. En este sentido, el decreto consideró que el mejoramiento de las condiciones de vida de las clases trabajadoras y el incremento del nivel de sus ingresos está directamente relacionados con el orden público, económico y social (Presidencia de la República de Colombia, 1948). La motivación gubernamental no estuvo encaminada a saldar la deuda social con la clase trabajadora sino a mantener el orden del establecimiento, situación que llevo a que se otorgara esta prerrogativa a los trabajadores a fin de calmar los ánimos y recuperar la calma.

El correcto reparto de las utilidades en aquellos que con su trabajo coadyuvaron a su generación fue considerado por el gobierno nacional como un tema de orden público que podría incidir en la tranquilidad pública y la cohesión social. Bajo este argumento, la parte considerativa decreto mencionó:

Que para combatir el desequilibrio en los ingresos de los distintos grupos económicos y para establecer fórmulas que armonicen los intereses del capital y del trabajo en las distintas empresas, se deben tomar las medidas tendientes a garantizar una equitativa participación del trabajador en las utilidades de la empresa superiores a determinados límites, a fin de que el trabajador goce de un estímulo por su mayor esfuerzo y eficacia, a la vez que reciba una compensación por el mayor costo de la vida, que guarde relación con el grado de sus obligaciones familiares, (...). (Decreto 2474, 1948)

En el artículo primero, el Decreto 2474 dispuso que aquellas empresas con más de veinte (20) trabajadores permanentes, estaban obligadas a distribuir una parte de las utilidades que excedieren de determinada rata de rendimiento entre los trabajadores que presten servicios personales en forma permanente. Se fijan los porcentajes a liquidar, de lo cual tiene los empleados en la participación de las utilidades, explicadas en el artículo 7°:

“La participación de utilidades se hará de acuerdo con la siguiente tarifa:

- a) Sobre el exceso de utilidades que pase del 12%, sin exceder del 15%, el 5% sobre el exceso;
- b) Sobre un exceso de utilidades que pase del 15%, sin exceder del 18%, el 8% sobre el exceso;
- c) Sobre un exceso de utilidades que pase del 18%, sin excederse del 25%, el 12% sobre el exceso;
- d) Sobre un exceso de utilidades que pase del 25%, sin exceder del 35%, el 15% sobre el exceso;
- e) Sobre un exceso de utilidades que pase del 35%, el 20% sobre el exceso.” (Decreto 2474, 1948)

En su génesis, la prestación social denominada prima de servicios no tuvo una base de liquidación fija, sino que debía su consolidación a la dependencia directa de las utilidades generadas, así como dispuso del pago en cuatro (4) cuotas que debían ser pagadas a través del año, a menos que el mismo fuera inferior a un veinticuatroavo ($1/24$) del salario anual, evento en el cual el pago por reparto de utilidades debería hacerse de un solo contado en el mes de diciembre.

No obstante lo anterior, una gran parte de los trabajadores quedaron sin el derecho a este reconocimiento de la prima de servicios debido a que las empresas para las que laboraban no ocupaban a más de veinte (20) trabajadores permanentes, conforme lo disponía la norma. Esta situación unida a la alta tasa de informalidad en los empleos de la época, conllevaron a que el decreto tuviera una aplicación limitada.

El mismo decreto dispuso que podrían participar en el reparto de utilidades todos los trabajadores que hubieran prestado sus servicios personales a la empresa durante el año, de la siguiente forma:

“Artículo 8°. Tendrán derecho a la participación de utilidades de la empresa únicamente los trabajadores cuyo contrato de trabajo haya comprendido la totalidad del período financiero a que tales utilidades se refieren.

Parágrafo. El trabajador, que se retirase o fuere despedido antes de cerrarse el período financiero, tendrá derecho, siempre que hubiere estado por más de seis (6) meses al servicio de la empresa, a una participación proporcional al tiempo del servicio prestado, salvo si hubiere sido retirado por falta grave o justa causa.”

(Presidencia de la República de Colombia, 1948)

La característica principal de esta prestación social para los trabajadores, es que no se debe reconocer como una bonificación que se genere dependiendo del desempeño laboral, dado que se halla implícita como parte de las compensaciones que derivan de la celebración de un contrato de trabajo, siendo determinada, por el ingreso salarial promedio durante el periodo computado (Marcucci, 2005).

Este decreto extraordinario fue la primera vez que el gobierno nacional emitió reglamentaciones obligatorias sobre el reconocimiento y pago de sumas a los trabajadores como participación en la generación de utilidades, normas que serían desarrolladas con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo al inspirarse en esta figura, para el desarrollo de la prestación social denominada prima legal de servicios.

Con posterioridad y tratando de solucionar las complicaciones que tuvo el sector empresarial con la liquidación y pago del reparto de utilidades, el gobierno nacional expidió el decreto que instituía la prima de beneficios.

2.2.2. Decreto Ley 3871 del 6 de diciembre de 1949

El gobierno nacional mediante la expedición del decreto ley 3871 (1949), como consecuencia de la intrincada situación social del país, en una época de violencia y protestas en busca de la reivindicación de derechos sociales, además de aumentar salarios a un amplio sector de los trabajadores, decretó una ampliación de los beneficiarios del decreto de 1948. Es así como este nuevo decreto en sus artículos cuarto y siguientes dictó:

“Artículo 4º. Las Empresas obligadas a repartir utilidades o beneficios entre sus trabajadores, de acuerdo con el Decreto 2474 de 1948, en los casos en que el monto total de las participaciones no alcance a una suma equivalente a la nómina de personal correspondiente a un mes, quedarán obligadas, a partir del año de 1950, inclusive, a sustituir la participación de utilidades o beneficios por una suma para cada trabajador, correspondiente a un mes de salario pagadero así:

Al personal que hubiere trabajado el primer semestre de 1950, el valor de una quincena el día 30 de junio de dicho año y al personal que hubiere trabajado el segundo semestre, otra quincena pagadera dentro de los primeros veinte días del mes de diciembre y así sucesivamente en los años posteriores.

La misma obligación se establece a cargo de las empresas o patronos que con posterioridad llegaren a encontrarse en el caso del inciso anterior.

Parágrafo. Las empresas cuyo patrimonio corresponda a las escalas fijadas en el artículo primero del decreto 2474 de 1948, podrán, a juicio de ellas, pagar a cada uno de sus trabajadores la prima anual tal como se fija en el presente artículo, como anticipo y a buena cuenta de la participación de los trabajadores en las utilidades o beneficios de la misma empresa.

Artículo 5º. Igualmente, todas las empresas que no queden comprendidas en los casos contemplados en el artículo anterior del presente Decreto, deberán pagar a sus trabajadores, a partir del 1º de enero de 1950, una prima anual computada así:

a) Para aquellas cuyo patrimonio sea de \$ 200.000 o más, un mes de salario, pagadero en la misma forma que se determina en el artículo anterior;

b) Para aquellas cuyo patrimonio sea inferior a \$ 200.000, el valor de una quincena que será cubierto de la siguiente manera:

A quienes hubieren trabajado el primer semestre del año el valor de una semana, el valor de una semana, el día 30 de junio y al personal que hubiere trabajado el segundo semestre, otra semana, pagadera antes del 20 de diciembre.” (Presidencia de la República de Colombia, 1949)

Por primera vez un decreto emitido por el gobierno nacional fijó el pago de la prima legal de servicios con liquidación semestral. Esto significó un avance en el derecho laboral de la época, aunque representó la oposición del sector empresarial. Mediante esta norma se fija la época de pago de esta prestación social, estableciendo hasta el treinta (30) de junio y dentro de los primeros (20) días de diciembre. Esta forma de pago es la que se encuentra contenida en el Código Sustantivo del Trabajo actual.

2.2.3. Decreto Ley 2663 – Código Sustantivo del Trabajo

Tras los sucesos de Pasto (Nariño), el gobierno nacional declaró el Estado de sitio mediante el decreto extraordinario 3518 de 1949, emitiendo a su vez decretos tendientes a normalizar la situación nacional entre los cuales se promulgó el decreto ley 2663 del 5 de agosto de 1950 por medio del cual se dictaba el Código Sustantivo del Trabajo.

Este ordenamiento jurídico sienta las bases sustanciales del derecho laboral por primera vez en la historia de Colombia y permite que el ordenamiento adjetivo o procesal, dictado dos años atrás, contara con la recopilación completa de sus normas en una codificación independiente y autónoma.

En el artículo 306 de este código, se recoge la figura del reparto de utilidades de las empresas a los trabajadores y se convierte en una prima de servicios obligatoria, anual, sin naturaleza salarial y pagadera a todos los trabajadores de las empresas de capital.

Artículo 306. – Principio General. 1. Toda empresa de carácter permanente está obligada a pagar a cada uno de sus trabajadores, excepto a los ocasionales o transitorios, como prestación especial, una prima de servicios, así:

a) Las de capital de doscientos mil pesos (\$ 200.000) o superior, un mes de salario pagadero por semestres calendario, en la siguiente forma: Una quincena el último día de junio y otra quincena en los primeros veinte (20) días de diciembre, a quienes hubieren trabajado o trabajaren todo el respectivo semestre, o proporcionalmente al tiempo trabajado, siempre que hubiere servido por lo menos la mitad del semestre respectivo y no hubieren sido despedidos por justa causa, y

b) Las de capital menor de doscientos mil pesos (\$ 200.000), quince (15) días de salario, pagaderos en la siguiente forma: Una semana el último día de junio y otra semana en los primeros veinte (20) días de diciembre, pagaderos por semestres del calendario, a quienes hubieren trabajado o trabajaren todo el respectivo semestre; o proporcionalmente al tiempo trabajado, siempre que hubieren servido por lo menos la mitad del semestre respectivo y no hubieren sido despedidos por justa causa.

2. Esta prima de servicios sustituye la participación de utilidades y la prima de beneficios que estableció la legislación anterior (CST, 1950).

Esta prestación especial se causa dentro de la ejecución del contrato de trabajo, debido a que es una forma de hacer partícipes a los trabajadores del reparto de las utilidades generadas por la unidad productiva. De igual forma, la prima de servicio es una prestación periódica que se produce, mientras dura la relación laboral, con el simple hecho de que el contrato de trabajo se encuentre vigente, esta prestación económica debe reconocerse y pagarse conforme a lo establecido en la legislación laboral (Obando Garrido, 2015).

Con esta prima de servicio se sustituyó el reparto de utilidades decretado por el gobierno meses antes, debido a que resultó confuso y poco práctica la liquidación de las utilidades como lo ordenaba el decreto 2474 de 1948 posteriormente ampliado mediante decreto ley 3871 de 1949. Como se indica, la prima legal de servicios tiene su origen en el reparto de utilidades de las empresas:

“(...) la legislación estableció que la prima de servicios surgiera de la participación de utilidades de la empresa, origen que resulta relevante entonces como quedó sentado en el postulado legal: un beneficio para el trabajador producto de la actividad económica desplegada por la empresa”. (García Carvajal, 2013, p. 212)

Aunque el nuevo Código Sustantivo del Trabajo define la prima de servicios, su origen y naturaleza se encuentra en el reparto de utilidades, usado antes de la emisión del código. De esta forma la prima legal de servicios que conocemos ahora, hinca su génesis en el reparto de las utilidades generadas por la empresa.

Seguidamente conoceremos la figura jurídica denominada suspensión del contrato de trabajo para con posterioridad abordar de forma individual las posturas frente a los efectos de la suspensión del contrato de trabajo en la prima de servicios, de cada una de las corporaciones e instituciones que abordan el tema.

2.3. La Suspensión del Contrato de Trabajo

Durante la ejecución del contrato de trabajo, esto es, durante el tiempo en que el trabajador se encuentra prestando sus servicios personales para un empleador quien ha contratado sus servicios, el contrato puede ser objeto de suspensión la cual consiste en la imposibilidad legal o voluntaria de ejecutarlo durante un determinado tiempo, en el que trabajador y empresario

quedan relevados de los efectos contractuales (Obando Garrido, 2015). Es necesario precisar que no se relevan todos los efectos del contrato, sino que se trata de los principales como veremos más adelante. Si se tratara de todos, como hace ver el autor, se trataría de la terminación del contrato y no de su mera suspensión.

La suspensión es un estado transitorio dentro de la vida del contrato, una especie de crisis dentro de este, por lo cual se trata de que el trabajador no sea obligado a prestar sus servicios y que el patrono no esté obligado a pagar el salario (González Charry, 2004). De este modo la suspensión del contrato de trabajo es una forma de prolongar el vínculo laboral más allá de la determinada situación que impide que el trabajador preste de forma temporal sus servicios.

El contrato de trabajo debe pervivir en el tiempo, debido a que pueden existir situaciones transitorias que impiden su normal ejecución, eventos en los cuales ha sido establecida la figura de la suspensión del contrato:

“La suspensión de las relaciones individuales de trabajo es una institución que tiene por objeto conservar la vida de las relaciones, suspendiendo la producción de sus efectos, sin responsabilidad para el trabajador y el patrono, cuando adviene alguna circunstancia, distinta de los riesgos de trabajo, que impide al trabajador la prestación de su trabajo”. (Cueva, 1985, p. 235)

En la suspensión se interrumpe temporalmente la ejecución del contrato pero se conserva el vínculo (Cadavid Gómez & Arenas Gallego, 2014), en este sentido toda suspensión del contrato de trabajo debe ser temporal y con causa en alguna de las situaciones taxativamente señalada en la legislación laboral, para Vázquez Vialard (1999), la temporalidad debe ser entendida como un periodo de tiempo corto, cierto, transitorio y proporcional a la causa que lo origina, teniendo en

cuenta que la prolongación ilimitada sería tenida como una terminación del contrato. Por su parte la causa de la suspensión debe estar expresamente consagrada en la legislación laboral.

En este mismo sentido se pronunció el profesor Guillermo Guerrero Figueroa al considerar que:

“Son características fundamentales de la suspensión del contrato de trabajo: que ella sea temporal, que el contrato subsista - puesto que se obliga a las partes a proseguirlo una vez desaparezcan los hechos que originan la suspensión – y que durante ese periodo el trabajador esté protegido contra ciertos riesgos prestacionales”. (Guerrero Figueroa, 1998, p. 157).

Es claro para que exista la suspensión del contrato, además de interrupción temporal del servicio prestado y del pago de salarios, la causal que la motiva debe estar contenida en la ley. Suspendido el contrato cesa transitoriamente las principales obligaciones de las partes, teniendo en cuenta que el contrato de trabajo es sinalagmático, todas aquellas obligaciones distintas a estas, mantendrán su ejecución y no serán afectadas por la suspensión del contrato.

Sin embargo, es necesario conocer cuales son las causas que pueden suspender el contrato de trabajo conforme a la ley.

El contrato de trabajo podrá suspenderse conforme a lo establecido en la legislación laboral, artículo 51, cuando medie alguna de las siguientes causas:

“Artículo 51. – Suspensión. El contrato de trabajo se suspende:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito que impida su ejecución.
2. Por la muerte o inhabilitación del empleador, cuando este sea una persona natural y cuando ello traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del trabajo.

3. Por la suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, hasta por ciento veinte (120) días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador, mediante autorización previa del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social. De la solicitud que se eleve al respecto el empleador deberá informar de forma simultánea, por escrito, a sus trabajadores.

4. Por licencia o permiso temporal concedido por el empleador al trabajador o por suspensión disciplinaria.

5. Por ser llamado el trabajador a prestar servicio militar. En este caso el empleador está obligado a conservar el puesto del trabajador hasta por (treinta (30) días) después de terminado el servicio. Dentro de este término el trabajador puede reincorporarse a sus tareas, cuando lo considere conveniente, y el empleador está obligado a admitirlo tan pronto como este gestione su reincorporación.

6. Por detención preventiva del trabajador o por arresto correccional que no exceda de ocho (8) días y cuya causa no justifique la extinción del contrato.

7. Por huelga declarada en la forma prevista en la ley.” (CST, 1950).

Cabe mencionar, que conforme a lo dispuesto por la doctrina y la ley, únicamente estas causales podrán suspender el contrato de trabajo, hecho que abre una discusión distinta sobre la posibilidad de suspender el contrato basado en causales pactadas dentro del contrato de trabajo o por mutuo acuerdo de las partes..

2.3.1. Efectos de la suspensión del contrato de trabajo

Los efectos principales de la suspensión del contrato de trabajo son a la vez, la supresión temporal de las principales obligaciones surgidas con ocasión del contrato, para el empleador no pagar el salario convenido y para el trabajador no prestar el servicio contratado. Sobre este asunto González Charry (2004) dice que según la ley, durante el periodo de suspensión el empleador no está obligado a pagar salarios ni el trabajador a prestar sus servicios. Lo anterior es

una sencilla relación causa – efecto, pues suspendida la causa, que es el trabajo, se suspende el efecto que es la remuneración (Pasco Cosmópolis, 1997).

De igual forma, existen otros efectos producto de la suspensión contenidos en la ley, sobre el particular se ha dicho:

“(…) la suspensión del contrato de trabajo tiene varios efectos en la relación jurídico-laboral: a) la cesación de la labor prestada por parte del trabajador; b) el cese de la remuneración salarial por parte del empleador; c) la vigencia de la obligación de pago de los aportes a seguridad social en pensión y salud por parte del empleador y; d) la facultad del empleador para descontar estos periodos al momento de liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones”. (Zambrano & Campos, 2015, p. 58)

No obstante, el legislador omitió determinar el efecto de la suspensión del contrato de trabajo a la hora de liquidar la prima legal de servicios, a diferencia de la precisión que hizo respecto del pago de las cesantías como prestación social, permitiendo descontar los periodos en los cuales el contrato se haya suspendido. Sobre este asunto se motiva la realización del presente trabajo y es necesario revisar detalladamente las diferentes posiciones jurídicas como se aprecia a continuación.

Capítulo III.

Efecto de la suspensión del contrato de trabajo en la prima legal de servicios

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia históricamente ha mantenido dos posturas diferenciadas entre sí: la que defiende la aplicación literal de la norma, esto es, el artículo 53 CST y aquella que se basa en la prestación real y efectiva del servicio contratado. Cada una de estas teorías soporta la decisión de reconocer o no, el pago de la prima legal de servicio durante los periodos de suspensión del contrato, como se señala en este capítulo.

3.1. Jurisprudencia que sigue la literalidad en la aplicación de la norma

La Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, mediante sentencia dictada el veintitrés (23) de septiembre (1957), publicada en la gaceta judicial número 2186 – 2187 con ponencia del magistrado Juan Benavides Padrón en la cual casa parcialmente la sentencia del Tribunal de Cali. Esta sentencia es la primera en la cual se hace referencia a los efectos de la suspensión del contrato de trabajo, fijando la postura frente a la incidencia de esta en la prima de servicios. De esta forma consideró el alto tribunal al abordar la suspensión del contrato de trabajo:

“La decisión, pues, no aparece violatoria de la ley por ningún aspecto, debiéndose anotar inclusive que, para la Sala, estuvo bien concebida la aplicación analógica respecto de la prima de servicios (no contemplada expresamente por la frase final del texto 53 ut supra , que solo se refiere a vacaciones, cesantías y jubilaciones) pues si durante la suspensión se interrumpe la obligación de prestar el servicio prometido y la prima, según el mandato del artículo 306 CST., solo se causa a favor de “Quienes hubieren trabajado o trabajasen todo el respectivo semestre, o proporcionalmente al tiempo trabajado, siempre que hubiere servido por lo menos la mitad del semestre respectivo...”, lógicamente no debe producirse si por aquella

interrupción no alcanza a trabajarse el tiempo que el precepto señala.” (Corte Suprema de Justicia-CSJ, 1957).

La Sala en este caso da validez al ejercicio analógico realizado por el Tribunal, al interpretar y extender a la prima legal de servicios los efectos de la suspensión del contrato de trabajo, tenidos en la literalidad de la norma como deducibles en caso de suspensión para la cesantía, vacaciones y jubilaciones. Esta decisión tuvo como fundamento la legislación vigente para la época, pues esta consagraba, que la prima legal de servicio se causaba con la prestación del servicio, por al menos, la mitad del semestre respectivo. Sin duda alguna, esta legislación daba validez para que se descontaran los periodos de tiempo durante los cuales se suspendiera el contrato o no se prestara de forma real el servicio contratado, de esta forma lo preceptuaba la ley vigente.

Mediante sentencia proferida por este alto Tribunal el dieciocho (18) de septiembre de 1980, al abordar el tema de los efectos del artículo 53 CST en el pago de la prima legal de servicios, la Corte acotó:

“(…) esta norma debe interpretarse en el sentido de que el tiempo de suspensión del contrato de trabajo únicamente puede descontarse en los casos taxativamente señalados; liquidación de vacaciones, cesantías y pensión de jubilación, que son pagos laborales que se causan por servicios cumplidos de manera real y efectiva. En consecuencia, no es válidamente descontable el tiempo de la suspensión en otros eventos no contemplados por la Ley, como el reconocimiento de la prima de servicios (...).” (Corte Suprema de Justicia-CSJ, 1980)

Esta sentencia será tenida como un hito en la línea jurisprudencial que mantendría la Corte Suprema de Justicia en sentencias futuras como lo fueron las emitidas el veinticinco (25) de septiembre de 1982 y la emitida el nueve (9) de noviembre de 1990, como veremos a continuación.

Esta será la primera sentencia en donde la Corte Suprema de Justicia aplica de forma literal el contenido del artículo 53 CST y no autoriza descontar los periodos de suspensión del contrato en la prima legal de servicios debido a que no lo dispuso de forma taxativa la ley. Esta forma de apreciación resulta garantista para los trabajadores y defiende, a nuestro juicio, el principio de in dubio pro operario y el carácter imperativo de las normas laborales, al ser estas, únicamente mínimos laborales que deben garantizarse.

Manteniendo esta postura, en el año 1982 la misma Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del veinticinco (25) de noviembre con ponencia del magistrado Juan Hernández Sáenz, número de expediente 8965 al abordar el recurso de casación interpuesto por el trabajador Luis Eduardo Marín Gallo en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, al considerar que los tiempos de suspensión del contrato de trabajo podían ser descontables para los efectos de la acción de reintegro contenida en el decreto 2351 de 1965, como consecuencia de lo anterior, denegó el reintegro al cual este considera tener derecho, en contra de la empresa Industrias Alimenticias Noel S.A.

Sobre el hecho anterior, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia consideró que los tiempos de suspensión del contrato de trabajo no podían afectar el tiempo para ejercer la acción de reintegro, debido a que la naturaleza de la suspensión del contrato conforme al artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo, es mantener el vínculo laboral vigente pese a que, tras circunstancias establecidas en la ley se suspenda la prestación del servicio y el pago de salarios; principales obligaciones de las partes en virtud del contrato de trabajo.

En esta misma providencia, la Sala se refirió a lo contenido en el artículo 53 CST y sus efectos de la siguiente forma:

“(…) el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo prevé que mientras dure suspendido el contrato, subsiste el amparo patronal para los trabajadores en caso de muerte o de enfermedad. Y dispone, asimismo, que el plazo de la suspensión sólo puede descontarlo el patrono para efectos del reconocimiento de vacaciones, de cesantía y de pensión de jubilación, es decir, únicamente en las hipótesis del descanso anual remunerado y de las prestaciones sociales que se causan por un servicio cumplido de manera real y efectiva.” (Corte Suprema de Justicia-CSJ & Sala Laboral, 1982)

En esta misma sentencia, líneas adelante, la corporación reitera sobre el tema que nos ocupa:

“Si, por regla general, el tiempo de suspensión de un contrato sólo es válidamente descontable para el reconocimiento de vacaciones, cesantías o pensión de jubilación, con cuanto mayor motivo no podrá afectar la continuidad de los trabajadores en una empresa (...).” (Corte Suprema de Justicia-CSJ & Sala Laboral, 1982)

Este análisis que hace la Corte Suprema de Justicia frente a los efectos de la suspensión, aunque limitado, fija la posición de la corporación en el contenido literal de la norma, esto es, que sólo podrán descontarse los tiempos de suspensión del contrato para los casos previsto en el final del artículo 53 del CST, análisis que ya había sido tenido en cuenta en la sentencia de septiembre de 1980.

Ratificando esta postura, encontramos las sentencias emitidas el doce (12) de marzo de 1997 con ponencia del doctor Manuel Enrique Daza Álvarez, expediente 591 y la providencia emitida el siete (7) de diciembre de 1988 con ponencia del mismo magistrado, expediente 2626 en donde se sostuvo que sólo se podrán descontar los periodos de suspensión en los tres (3) eventos contenidos en el artículo 53 del ordenamiento laboral.

3.1.1. Sentencia del treinta y uno (31) de enero de 1990, Radicado 2905

En esta sentencia, la sección segunda de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia con ponencia del doctor Jacobo Pérez Escobar al estudiar la providencia emitida por el Tribunal Superior de Bogotá en donde se estudia la litis promovida por Bernardo Piedrahita Giraldo en contra de Flota Mercante Grancolombiana, se pronuncia sobre los efectos de la suspensión del contrato conforme a lo establecido en el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo.

En esta ocasión, la Corporación adujo acerca del tema:

Dado que la Flota al liquidar las prestaciones finales de quien fuera su trabajador, como patrono descontó del tiempo de duración del contrato los lapsos en los que el vínculo estuvo suspendido, no está demás precisar que conforme lo dice textualmente el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo en su parte final, los periodos de suspensión del contrato de trabajo “pueden descontarse por el patrono al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones”; pero únicamente para estos efectos y no para otros eventos en los cuales deba también tomarse en consideración el tiempo de servicios, pues en tales casos la expresión “servicios” no debe entenderse como sinónimo de actividad personal del trabajador sino como equivalente a la antigüedad del contrato (...). (Corte Suprema de Justicia-CSJ & Sala de Casación Laboral, 1990a)

Esta postura, resulta de la posición jurisprudencial de la Corte, la cual parte desde el año 1982 con la sentencia del mes de noviembre, ya citada en este trabajo. De esta forma lo contempla en la misma providencia citada anteriormente:

“Así lo tiene dicho la Corte, en sentencia de ambas secciones de su Sala de Casación Laboral, entre las que cabe destacar la de 25 de noviembre de 1982, dictada dentro del ordinario de Luis Eduardo Marín Gallo contra Industrias Alimenticias Noel S.A., radicación 8965, por ser la primera en la que se hizo esta puntualización; la proferida por la sección primera el 26 de julio de 1989, ordinario de Omar Jesús Quintero Pulgarín contra la Compañía Colombiana de Tejidos S.A. “COLTEJER”, radicación 2892, y la del 26 de julio de 1989, dictada en el proceso que contra la misma Flota Mercante Grancolombiana S.A. adelantó Gerardo Antonio Giraldo Trejos, radicación 2845.” (Corte Suprema de Justicia-CSJ & Sala de Casación Laboral, 1990a)

Precisamente fue en la sentencia del 26 de julio de 1989, radicado 2892, en donde además de ratificar la línea jurisprudencial sobre los efectos de la suspensión, establece la definición sobre el entender de la definición “Servicio continuo” la cual resulta de suma importancia al momento de tomar postura en este debate. Sobre este hecho, la Corte determinó:

“En primer lugar se observa que, conforme a lo dispuesto en el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo, el término de suspensión del contrato laboral por licencia o permiso temporal concedido por el patrono al trabajador sólo puede descontarse para liquidar vacaciones, cesantía y jubilación. Pero además se tiene que interpretando lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 8° del decreto 2351 de 1965, debe entenderse por “servicio continuo” el de la vigencia del contrato de trabajo, ya que si se tuviese en cuenta cualquier suspensión del contrato resultaría que no sería continuo el servicio por el sólo hecho que se le impusiese al trabajador una sanción disciplinaria de suspensión de dos días o se le diese licencia o permiso por un día”. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia del 26 de julio de 1989, radicado 2892

Estudiadas estas sentencias, hallamos un común denominador, siendo este, el hecho de que la Corte aplica la literalidad de la norma al avalar que únicamente en los casos taxativamente contenidos en el artículo 53 CST podrá realizarse el descuento correspondiente como consecuencia de una suspensión del contrato de trabajo.

Podemos evidenciar que el precedente jurisprudencial definido por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral parte de la aplicación literal del artículo 53 CST, situación que causa que los tiempos de suspensión del contrato no puedan ser descontados al momento de liquidar la prima legal de servicios. Por otra parte, la misma corporación aclara que el contrato a pesar de ser suspendido mantiene su ejecución. Este argumento a nuestro criterio resulta apropiado a nuestro trabajo, ya que aunque el contrato se suspenda, este hecho no representa la finalización

del mismo o la interrupción del vínculo, por el contrario, busca mantener el vínculo vivo mientras se supera la situación que impide la normal ejecución del contrato.

3.1.2. Sentencia del nueve (9) de noviembre de 1990, Radicado 3911

La sentencia del nueve (9) de noviembre de 1990 con ponencia del doctor Jorge Iván Palacio Palacio, no solo ratifica la posición de la Sala Laboral en el sentido de reiterar que sólo deben descontarse los tiempos de suspensión en los eventos contenidos en el artículo 53 CST líneas finales, esto es, para vacaciones, cesantías y jubilación. Por otra parte, hace una minuciosa recopilación de sentencias que mantienen esta postura jurídica.

En este caso la Corte resuelve el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Tejidos El Cóndor S.A., en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín que condenó a la empresa a pagar pensión de jubilación a favor de un ex trabajador de esta compañía. La Corte consideró: “Las dos secciones de la Sala, aunque separadamente, han interpretado que la facultad patronal de efectuar los descuentos a que se refiere la última parte del artículo mencionado está limitada a esos tres conceptos.” (Corte Suprema de Justicia-CSJ & Sala de Casación Laboral, 1990b)

De lo anterior es claro que los tres conceptos a los que se refiere la corporación son; cesantías, vacaciones y jubilación.

Además de traer a estudio en este momento la sentencia del veinticinco (25) de noviembre de 1982, la Sala hace un recuento de las providencias anteriores en que se mantuvo esta postura jurisprudencial, demarcando de forma clara el precedente jurisprudencial aplicado para este caso:

“(…) La misma sección, entre otras, en las sentencias del 6 de abril de 1989 (Radicación 2769), de 26 de julio de 1989 (Radicación 2892) y de 31 de enero de este año (Radiación 2905), ha reiterado el aludido punto de vista.” (Corte Suprema de Justicia-CSJ & Sala de Casación Laboral, 1990b).

Profundiza su estudio la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al continuar su elucubración:

“Por su parte la sección primera, en sus sentencias del 12 de marzo de 1987 (Radicado 0591), y de 7 de diciembre de 1988 (Radicación 2606), también entre otras, corroboró aquella interpretación. Y fue así como el primero de los fallos mencionados dijo con énfasis: “Sólo para estas tres situaciones (Liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones) es permitido descontar esos periodos, pues la enumeración de dicho artículo (el 53 del C. S. Del T.) es limitativa y no hay en ninguna otra norma legal en nuestro ordenamiento laboral que los extienda a otras situaciones...” (Subrayas fuera del texto original) (Corte Suprema de Justicia-CSJ & Sala de Casación Laboral, 1990b)

Por primera vez, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no sólo reivindica la importancia de mantener el tenor literal de la norma, artículo 53 CST, sino que establece que la interpretación del mismo debe ser limitativa, especificando que no existe otra norma que permita una interpretación – in extenso- de este precepto legal.

En esta providencia, la corporación aborda un tema motivo de controversia hasta el momento: cual es el alcance de la palabra servicios, si este debe ser tenido como la labor efectivamente prestada o la simple existencia del contrato de trabajo, pues recordemos que la suspensión del contrato suspende la prestación de la labor manteniendo vigente el vínculo laboral existente. En este sentido la Corte consideró que:

“De donde ambas secciones de la Sala Laboral han concluido que para los otros eventos “en los cuales deba también tomarse en consideración el tiempo de servicios (Distinto de los tres anotados) ... la expresión “Servicios” no debe entenderse como sinónimo de actividad personal sino como equivalente a la antigüedad

del contrato... Sentencia del 31 de enero de 1990, aun no publicada; en igual sentido la de esta sección de 7 de diciembre de 1988. Paréntesis fuera del texto original". (Corte Suprema de Justicia-CSJ & Sala de Casación Laboral, 1990b)

En este orden de ideas, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de forma unánime en sus dos salas de decisión, además de reiterar la posición ya conocida, define cómo debe ser tomada la palabra servicios, teniendo en cuenta esta como la vigencia del contrato y no la prestación efectiva del servicio. Esta definición se encuentra en directa consonancia con la posición jurisprudencial mantenida por la Corte al considerar que el artículo 53 CST debe ser interpretado de forma literal, limitada y taxativa a las situaciones en el previstas.

En este orden de ideas, se logra vislumbrar con meridiana certeza que el Juez laboral no debe interpretar el artículo 53 CST, sino que debe su aplicación literal. Sin embargo, con el fin de dar mayores elementos de juicio, la misma Corte decide aclarar que la palabra servicios debe entenderse como la antigüedad del contrato y no como la prestación real y efectiva del servicio. Argumentos que a nuestro entender son válidos, debido a que más allá de la simple aplicación literal de la norma, la prima de servicios no puede depender para su causación del servicio efectivamente prestado, lo que sería dar a esta prestación social una naturaleza salarial al retribuir la labor prestada, desconociendo de tajo su naturaleza y su origen en el reparto de las utilidades de la empresa.

Sin embargo es necesario conocer las jurisprudencias que han considerado lo contrario, esto es, que la prima de servicios depende de la prestación real del servicio contratado para su causación.

3.2. Jurisprudencia que exige la prestación real del servicio

Contrario a la aplicación literal de la norma, la Corte ha desarrollado en algunas de sus providencias una postura que dispone el no reconocimiento de la prima legal de servicios durante los tiempos de suspensión, bajo el argumento que exige de forma imperativa la prestación real del servicio contratado. Por esta razón, durante los tiempos de suspensión del contrato al no existir labor prestada de forma real y efectiva, no se causa la prestación social estudiada. De esta forma lo plantean las providencias que se estudian en seguida.

3.2.1 Sentencia del veinte (20) de octubre de 1998, radicado 11150

Finalizando la década de los noventa la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala Laboral, dicta sentencia en el proceso llevado en contra de la empresa Acerías Paz del Río S.A., en donde de forma efímera y muy limitada afirma que la suspensión del contrato de trabajo puede ser tenida como causal para el no pago de la prima legal de servicios.

Hasta este momento histórico, la Corte Suprema de Justicia había constituido un precedente jurisprudencial concreto al considerar que el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo debe aplicarse de forma literal, esto es, no podrá descontarse los tiempos de suspensión para causar la prima legal de servicios, dado que no estaba definido en la letra del artículo mencionado. Sin embargo, la ponencia presentada por el magistrado José Roberto Herrera Vergara, convertida en sentencia de radicado No. 11150, menciona:

“Las causales de suspensión del contrato son las taxativamente contempladas en el artículo 4° de la Ley 50 de 1990 (51 del estatuto del trabajo), razón por la cual no están facultadas las partes para extenderlas, ni mucho menos el empresario de manera unilateral para imponerlas. La “suspensión” del nexo laboral no extingue el vínculo, ni comporta su modificación per se. Se interrumpen eso sí, por el lapso previsto en la

Ley, las obligaciones principales de las partes de prestación del servicio y de su retribución y se permite al patrono descontar estos períodos para efectos de liquidación de vacaciones, cesantías, jubilaciones y primas de servicios”. (Corte Suprema de Justicia-CSJ & Sala de Casación Laboral, 1998).

No obstante, en esta providencia no se hace un estudio profundo del tema, ni se aborda de forma directa, siendo únicamente este párrafo el que haga mención. Con esta sentencia se cambia la posición de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral al considerar que es permitido descontar los tiempos de suspensión del contrato al liquidar vacaciones, cesantías jubilaciones y prima de servicio, aunque esta última no esté contenida en la literalidad del artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo acerca de los efectos de la suspensión del contrato.

Sin embargo a pesar del cambio en la postura de la Corte Suprema de Justicia, aporta al estudio el hecho de plantear que la suspensión del nexo laboral no extingue el vínculo jurídico existente entre trabajador y el empleado. Esto nos permite deducir que al mantenerse el vínculo se debe conservar el cumplimiento de aquellas obligaciones que no dependen de la prestación del servicio, como la causación de la prima de servicios durante los periodos de suspensión.

3.2.3. Sentencia del treinta (30) de mayo de 2000, radicado 13501

En sentencia posterior, proferida por la misma Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro del juicio seguido en contra de Aerovías Nacionales de Colombia S.A. “AVIANCA S.A.” se reafirma lo contenido acerca de los efectos de la suspensión del contrato de trabajo, conforme a lo establecido en la providencia citada de octubre de 1998, al afirmar que:

“La falta de solución de continuidad, declarada por el *ad quem*, igualmente apareja el pago de prestaciones sociales, pero únicamente las compatibles con el reintegro, mas no de algunas de las previstas en

la Ley que exigen real prestación del servicio, como ocurre con las primas de servicios, por lo que no se condenará al pago de ésta”. (Corte Suprema de Justicia-CSJ & Sala de Casación Laboral, 2000)

En esta ocasión, el magistrado ponente es el mismo quien emite la sentencia de 1998 y mantiene su posición jurídica en esta nueva providencia, al considerar que la prima legal de servicios debe ser contenida dentro de los descuentos permitidos a causa de la suspensión del contrato de trabajo. La razón jurídica para ello tiene que ver con la prestación real del servicio contratado, lo que a juicio de la Corte depende para la causación de la prestación social.

Retoma la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, la vieja teoría que consideró adecuado descontar los valores de la prima legal de servicios pese a no estar contenida en el articulado y en contra del precedente jurisprudencial que considera que la prima de servicios se causa en los periodos de suspensión basándose en la literalidad de la ley, artículo 53 CST.

Sin embargo, mantiene un común denominador en las dos últimas sentencias al tratar el asunto de una forma aislada, sin el estudio jurídico necesario, limitándolo a pocas líneas, sin sustento ni elucubraciones que permitan hallar la certeza necesaria para fijar una posición sólida acerca del tema.

3.2.4 Sentencia del nueve (9) de febrero de 2001, radicado 14461

Nuestra búsqueda de jurisprudencia acerca del tema objeto de investigación, halló como última providencia del tema, la dictada dentro del proceso en contra de Siderúrgica del Pacífico S.A. SIDELPA., con ponencia del doctor Luis Gonzalo Toro Correa, en la cual la Sala Laboral mantiene la posición tomada desde el año 1998 con las ponencias citadas del doctor José Roberto Herrera Vergara.

Para fundar esta providencia, el ponente toma como base la sentencia proferida el treinta (30) de mayo de 2000 en donde se toma que la prima legal de servicios podrá ser descontada de los tiempos de suspensión del contrato debido a que para su causación se exige la prestación real del servicio contratado. De esta forma expuso el ponente en esta ocasión:

“Ahora, el pago de las prestaciones sociales por el termino comprendido entre el reintegro y la reinstalación en el empleo, resulta viable, si se tiene en cuenta que conforme a lo previsto por el artículo 8° numeral 5° del Decreto Legislativo 2351 de 1965, en concordancia con el párrafo transitorio del numeral 4° del artículo 6° de la Ley 50 de 1990, dicha reinstalación debe ser “en las mismas condiciones de empleo de que antes gozaba”; sin embargo el reconocimiento de las prestaciones sociales solo comprenderá el de aquellas compatibles con el reintegro y no el de las que no lo sean.” (Corte Suprema de Justicia-CSJ & Sala de Casación Laboral, 2001)

La anterior es una posición que esta Corte ha venido considerando. En sentencia del 30 de mayo de 2000 que la parte recurrente menciona y que le sirve de apoyo a su alegación, radicación 13501, se sostuvo lo siguiente:

La falta de solución de continuidad, declarada por el *ad quem*, igualmente apareja el pago de prestaciones sociales, pero únicamente las compatibles con el reintegro, mas no de algunas de las previstas en la ley que exigen real prestación del servicio, como ocurre con las primas de servicios, por lo que no se condenará al pago de esta.”

“De suerte que como el Tribunal confirmó el fallo del a-quo que también dispuso el pago “de las prestaciones sociales que se hubiesen causado en el anterior lapso, teniendo en cuenta para ello el tiempo que estuvo cesante”, ha de señalarse que la decisión es procedente siempre y cuando aquellas no exijan una real prestación del servicio, por lo que, desde esta perspectiva, fue desacertada la determinación.

Por ello no son procedentes, en cuanto exigen una real prestación del servicio, las primas extralegal de vacaciones (cláusula 43, folio 30), la legal de servicios y las extralegales de junio y navidad (cláusulas 44 y 45 folio 30)”. (Corte Suprema de Justicia-CSJ & Sala de Casación Laboral, 2001)

En estas tres sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en el periodo comprendido entre 1998 y 2001 nos encontramos ante la posibilidad de descontar los tiempos de suspensión del contrato de trabajo, dando alcance vía interpretación, al artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo pese a que en providencias anteriores se dispuso por parte de la misma corporación que no es viable darle una interpretación extensa a esta norma.

La prestación real del servicio dispone, a juicio de la Corte, que al no prestarse el servicio contratado desaparecen todas aquellas obligaciones que resultaren directamente de la labor prestada, esto es, que al suspenderse el contrato de trabajo no solo se podrá descontar los tiempos para vacaciones, cesantías y jubilaciones, sino que en esta misma dirección se decide acerca de la prestación social denominada prima legal de servicios.

Consideramos un error hermenéutico por parte de la Corte Suprema de Justicia, como se ha dicho anteriormente, la prima de servicios goza de una naturaleza diferente a las demás prestaciones sociales, razón por la cual no depende para su causación de la prestación real del servicio. Por el contrario, se encuentra ligada al reparto de las utilidades generados hecho que únicamente exige que exista un contrato de trabajo en ejecución entre empleador y trabajador, aunque este se encuentre suspendido.

Finalmente no se hallan providencias posteriores en donde la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral aborde el tema a mayor profundidad, siento estas, las últimas providencias que se han proferido en torno al tema debatido.

Por otra parte y con el fin de dar elementos de juicio adicionales, consideramos oportuno conocer la postura sobre el tema que ha tomado la Corte Constitucional. Aunque esta corporación no aborda ni define de forma puntual el tema objeto de estudio, debemos conocer los lineamientos y parámetros dados para la interpretación y aporte a la hipótesis que se propone demostrar.

3.3. Sentencias de Constitucionalidad

3.3.1. Sentencia C – 710 de 1996

Mediante la acción pública de inconstitucionalidad, los actores Claudia Mercedes Penagos y Luis Antonio Vargas acusan de inconstitucional el artículo 307 del Código Sustantivo del trabajo al establecer el carácter jurídico de la prima legal de servicios y disponer que la prima anual no es salario, ni se computará como factor del salario en ningún caso. Los accionantes argumentan que la norma desconoce el derecho del trabajador a recibir remuneración por su servicio, debido a que la prima anual es producto de la relación laboral.

En esta providencia la Corte Constitucional estudia la naturaleza jurídica de la prima de servicios, considerando que no se transgrede la constitución al establecer que esta no es constitutiva de salario. Para sustentar la constitucionalidad de la norma demandada, la Corte Constitucional consideró:

“Lo primero que se advierte, es que la prima de servicios se introdujo en la reforma laboral del año 1950, para sustituir la obligación que tenían los patronos de dar a sus trabajadores una participación en las utilidades de la empresa, así como la prima de beneficios, prevista en el régimen laboral derogado. El pago de utilidades se había convertido en uno de los conflictos constantes entre patronos y trabajadores, de manera que el legislador se ideó una forma alternativa de permitir al trabajador recibir una suma determinada de

dinero, que, en cierta forma, represente su participación en las utilidades de la empresa.” (Corte Constitucional, 1996)

Lo primero que advierte el máximo tribunal constitucional en su análisis es el origen de la prima de servicios, la cual basa su existencia en la prerrogativa llamada reparto de utilidades, la cual generó controversias entre las partes de la relación laboral en torno al pago de este reparto debido a la poca practicidad que conlleva repartir las utilidades generadas por la unidad económica.

Llama la atención el hecho de que la prima legal de servicios en su génesis tuvo el único fin de hacer partícipes a los trabajadores de las utilidades generadas por la empresa producto del desarrollo de su actividad industrial o comercial, siendo precisamente este el argumento por el cual no podrá tenerse como factor salarial las sumas devengadas por prima legal de servicios. La Corte Constitucional acerca de esto, consideró:

Primero, porque no todo patrono está obligado a pagarla. Sólo lo están, aquellos que tenga el carácter de empresa, entendida ésta como " toda unidad de explotación económica o las varias dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica que corresponde a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a sus servicios". Segundo, porque su monto no representa, como lo afirman los demandantes, una retribución directa del servicio del trabajador. El valor de esta prima, está determinado por el capital de la empresa, tal como lo consagra el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo.” (Sentencia C – 710 de 1996)

Salta a la vista que la prima legal de servicios no está destinada a retribuir de forma directa el servicio prestado por el trabajador y que su génesis está en el reparto de las utilidades generadas. Entre los elementos tenidos en cuenta a la hora de determinar el valor de esta prestación se encuentra el capital de la empresa, como factor determinante para la causación de la misma.

Finalmente, la Corporación concluye que la prima legal de servicios no tuvo como finalidad retribuir el servicio prestado por el trabajador, razón por la cual, los valores pagados no pueden ser tenidos como factor salarial. En esta ocasión la Corte adujo:

“(…) el elemento esencial para determinar la naturaleza salarial de ciertas sumas que recibe el trabajador, es si ellas tienen por fin retribuir la labor prestada por el trabajador. Carácter retributivo del que carece la prima anual de servicios, pues su creación por parte del legislador, tuvo una finalidad distinta a la señalada.”

(Sentencia C – 710 de 1996)

Con este argumento la Corte Constitucional declara la constitucionalidad de la norma demandada y fija la condición elemental para determinar si la prima tiene o no como finalidad retribuir la labor prestada por el trabajador. Teniendo en cuenta que jurídicamente la prima legal de servicios no tiene como finalidad retribuir la labor prestada, ya que queda claro su origen en el reparto social de la riqueza, mal haría quien aplique la norma imponer en ella fines que no han sido tenidos al momento de expedir la norma por parte del legislador.

De este modo la prima legal de servicios al no retribuir la labor prestada por el trabajador no puede tener como requisito –sine qua non – la real prestación del servicio contratado para su causación, pues de ser así, estaríamos ante valores que deberían ser tenidos como factor salarial, alcance no dado en la legislación laboral colombiana.

Esta sentencia representa especial relevancia en el estudio planteado al tener efecto erga omnes en la jurisdicción constitucional colombiana, fijando derroteros para el estudio de la prestación social denominada prima legal de servicios y brindando certeza jurídica frente a la naturaleza de este tipo de prestaciones.

3.3.2 Sentencia C – 034 de 2003, Sala Plena

Mediante sentencia dictada en Sala Plena el día veintiocho (28) de enero de 2003 en donde se demandó la constitucionalidad de la expresión “y no hubieren sido despedidos por justa causa” contenida en el artículo 306 del Código Sustantivo del trabajo, la Corte Constitucional determina la naturaleza de la prima legal de servicios y se pronuncia sobre la forma en que esta se causa. Para esta ocasión el máximo órgano de lo constitucional, reunido en Sala Plena dispuso:

En ese orden de ideas, la prima de servicios es un derecho de los trabajadores que se causa con el servicio prestado, es decir, durante la ejecución del contrato. Incluso, la fecha de terminación del mismo marca la del pago de la prima proporcionalmente al tiempo laborado, de conformidad con lo establecido en el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo. Por lo anterior, a pesar de que no tenga carácter salarial, es claro que el requisito de tiempo laborado es suficiente para acceder al pago de la prima de servicios. (Corte Constitucional, 2003)

Conforme a lo citado, la Corte Constitucional fija que la prima legal de servicios se causa con el servicio contratado, es decir, durante la ejecución del contrato. De acuerdo a esta posición, basta con que el contrato de trabajo se suspenda para que no exista prestación real del servicio por parte del trabajador, evento en el cual no se causaría la prima.

Al momento de aclarar y mencionar que es durante la ejecución del contrato, abre la puerta para que interpretaciones sean tenidas al momento de decidir, pues si bien es cierto que durante la suspensión del contrato de trabajo el trabajador deja de prestar el servicio y el empleador cesa el pago de los salarios, no se puede afirmar que durante las épocas en que el contrato de trabajo está suspendido éste deje de ejecutarse, ya que precisamente uno de los fines de la suspensión es que este se mantenga en el tiempo, únicamente cesando las obligaciones principales de las partes pero manteniendo las demás que le perviven a cada uno de los involucrados.

La Corte Constitucional aquí trata sin distingo, aunque habría lugar a ellos, los términos ejecución del contrato y servicio prestado, debido a que les da una connotación semejante a pesar de ser términos con alcances y significados diferentes. La prestación del servicio aunque condiciona la existencia del contrato, no extingue su ejecución, ni el vínculo jurídico existente. El contrato de trabajo mantiene su ejecución aun cuando no existe la prestación del servicio, como en el caso de la suspensión, donde se limitan las principales obligaciones de las partes, pero se mantienen otras por disposición legal.

Este desacierto hermenéutico conlleva a la decisión tomada por la Corte Constitucional, ya que al equiparar los términos antes estudiados, decide que la prima de servicios depende del servicio prestado, esto es, la ejecución del contrato.

3.4. Sentencia de Tutela

3.4.1. Sentencia T – 162 de 2004

La Sala Octava de revisión de la Honorable Corte Constitucional mediante sentencia dictada el veinticinco (25) de febrero de 2004, aborda el estudio de la acción de tutela promovida por Miguel Mariano Martínez en contra de la empresa MyS ASOCIADOS LTDA como consecuencia de las afectaciones a su derecho a la vida, a la seguridad social, al mínimo vital, entre otros.

Mediante esta providencia la Corporación revoca la decisión tomada por el juez constitucional de instancia, tutelando los derechos fundamentales del trabajador. En esta ocasión la Corte Constitucional abordó entre otros, el tema de la suspensión del contrato de trabajo y sus causales. Si bien es cierto, en esta ocasión no estudió los efectos de la suspensión del contrato de trabajo

en la causación de la prima legal de servicios y si estos tiempos de suspensión pueden, o no, ser descontados, la Corte hace aclaraciones útiles para el estudio que nos ocupa.

Dispone que las causales de suspensión del contrato de trabajo, contenidas en el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo deben aplicarse de forma taxativa, estableciendo que la suspensión del contrato sólo se funda en estas, por lo que no le asiste a las partes la capacidad para pactar de mutuo acuerdo nuevas causales para suspender el contrato de trabajo. De esta forma expuso la Sala Octava de revisión su punto de vista sobre el tema:

“El Código Sustantivo del Trabajo en el artículo 51 subrogado por el artículo 4 de la Ley 50 de 1990, establece que el contrato de trabajo se suspenderá por una serie de causales allí previstas de forma taxativa, pues lo pretendido por la norma es evitar que de forma intempestiva el empleador cierre la unidad productiva de la que derivan su subsistencia los trabajadores y su familia, en ese sentido la suspensión de los contratos laborales debe ser entendida como una situación excepcional. Interesa para efectos de la presente tutela la causal prevista en el numeral tercero[13] pues fue la alegada por la sociedad empleadora con el fin de justificar la suspensión de los contratos laborales vigentes a su cargo”. (Corte Constitucional, 2004)

La Corporación considera que pese a que se suspenda el contrato de trabajo, corren a cargo del empleador algunas obligaciones derivadas del contrato de trabajo, como lo es mantener los aportes a salud a fin de cubrir contingencias generadas durante la época de suspensión del contrato. Teniendo en cuenta que la finalidad de la suspensión es la pervivencia del contrato de trabajo, el empleador debe mantener las obligaciones consagradas en la legislación laboral vigente, ya que, a juicio de la Corte, se debe proteger a la parte débil de la relación laboral. De esta forma consideró la Corte en su momento:

“En ese orden de ideas al declararse la suspensión de los contratos laborales, el trabajador deja de prestar los servicios para los que fue contratado y como consecuencia de ello dejar de percibir el salario que le

corresponde, razón más que suficiente para afirmar entonces, que es el patrono quien tiene la obligación de continuar con la prestación del servicio en salud, ya que a consecuencia de la suspensión, el trabajador no se puede ver afectado en sus garantías laborales mínimas que se encuentran reconocidas en las normas laborales vigentes pues este ordenamiento jurídico busca proteger a la parte débil de la relación laboral que puede verse afectada en sus derechos e intereses”. (Corte Constitucional, 2004)

Considerando que el fin del Código Sustantivo del Trabajo y de la jurisdicción laboral es la protección de la parte débil de la relación laboral, entendiéndolo como el trabajador, se ha dispuesto de principios para la interpretación y resolución de dudas e incertidumbres como lo es la primacía de la realidad y el *indubio pro operario*, siendo este último quien establece que ante dudas o diversas interpretaciones de la norma deberá aplicarse la más favorable al trabajador, mal haríamos en extender el alcance del artículo 53 del CST para incluir en este la prima legal de servicios.

Afectaríamos de esta forma la parte débil de la relación laboral, desnaturalizando el ordenamiento laboral colombiano, ya que conforme a la máxima del derecho la cual reza que donde el legislador no hizo distinción mal lo haría el intérprete, erraríamos al dar un alcance no considerado en la ley a un artículo que por su claridad y sencillez de redacción no permite análisis, ni interpretaciones en extenso. Argumentos estos, que han sido tenidos en cuenta por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al referirse al tema y ratificados mediante la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Capítulo IV

Conceptos emitidos por el Ministerio del Trabajo, oficina jurídica y oficina de apoyo legislativo

4.1. Competencia de la Oficina Jurídica

Conforme a las modificaciones dadas en el decreto 4108 de 2011, por medio del cual se modificaron los objetivos y la estructura del Ministerio del Trabajo, la oficina jurídica no ostenta la competencia de dirimir controversias ni declarar derechos, pues, esto le compete a los Honorables Jueces de la República (Ministerio del Trabajo, 2018).

De esta forma, los conceptos emitidos por esta oficina tienen un carácter orientador, máxime cuando son emitidos por el Ministerio encargado de fijar, adoptar y orientar las políticas públicas en materia del trabajo en Colombia. En este sentido los conceptos emitidos, si bien, carecen de obligatoriedad, fijan un derrotero para el cumplimiento de las normas laborales en Colombia, sin dejar de lado que les compete a ministerios la inspección, vigilancia y control para el cabal cumplimiento de la legislación laboral y la protección de los trabajadores.

Estos conceptos emitidos por la oficina jurídica del Ministerio del trabajo, se convierten en criterios de interpretación para la correcta aplicación de las normas laborales, fijando la posición de la entidad que los emite.

3.2 Posición del Ministerio del Trabajo sobre el Tema Analizado

3.2.1 Ministerio de la Protección Social, Concepto 33233 del 11 de febrero de 2008

En el año 2008, el Ministerio de la Protección Social habiendo asumido las funciones del Ministerio del Trabajo como consecuencia de la fusión ministerial decretada por el gobierno nacional, emite el concepto 33233 del 11 de febrero del mismo año, donde se pronuncia sobre si la prima legal de servicios se debe descontar las sanciones disciplinarias y las licencias no remuneradas.

En esta oportunidad el Ministerio, previo a citar el contenido normativo del tema estudiado, esto es, los artículos 51 y 53 del Código Sustantivo del Trabajo, menciona:

“De las normas transcritas se colige, que durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo, el empleador solo está facultado para descontar al trabajador el valor del salario diario por el tiempo que duró la suspensión del contrato de trabajo y la incidencia de este tiempo en la liquidación de las vacaciones, de las cesantías y de la pensión de jubilación.

Es de tener en cuenta que la norma no autoriza descontar el tiempo que duró la suspensión del contrato de trabajo, para efectos de calcular el valor de la prima de servicios ni de los intereses de cesantías, solo vacaciones y cesantías”. (Ministerio de la Protección Social & Oficina Jurídica y Oficina de Apoyo Legislativo, 2008a)

El Ministerio avala la posición que mantuvo la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia hasta el año 1998, que parte de la literalidad de la norma y no permite el descuento de los periodos de suspensión en la liquidación de la prima legal de servicios, al estar excluida de los efectos de la suspensión contenidos en el artículo 53 CST.

La Oficina Jurídica ahonda en la aplicación del artículo estudiado y menciona que la ley únicamente autoriza el descuento de estos periodos para vacaciones y cesantías, sin mencionar la prima de servicios y los intereses de las cesantías, lo cual, a juicio de esta oficina no deben ser

descontados al momento de la liquidación cuando existan periodos de suspensión del contrato en los periodos a liquidarse.

Así entonces para el Ministerio de la Protección Social, no solo no deben descontarse los periodos de suspensión para liquidar la prima legal de servicios, sino que además, igual resultado debe correr los intereses de las cesantías, teniendo en cuenta que la ley no dispuso sobre estos. Este es el resultado de la aplicación literal de la normatividad vigente en donde únicamente se tiene en cuenta la disposición que tiene la ley laboral colombiana.

3.2.2 Ministerio de la Protección Social, Concepto 342859 del 20 de noviembre de 2008

A través de la Oficina Jurídica y Oficina de Apoyo Legislativo, el Ministerio de la Protección Social, se pronuncia sobre los efectos de la suspensión del contrato en la liquidación de la prima legal de servicios, manteniendo la postura del concepto anterior. En este concepto se manifestó de la siguiente forma:

De las normas transcritas se colige, que durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo, el empleador sólo está facultado para descontar al trabajador el valor del salario diario por el tiempo que duró la suspensión del contrato de trabajo y la incidencia de este tiempo en la liquidación de vacaciones, de las cesantías y de la pensión de jubilación. Así las cosas, la norma no autoriza descontar el tiempo que duró la suspensión del contrato de trabajo, para efectos de calcular el valor de la prima de servicios pues solo permite hacerlo de las vacaciones y de las cesantías. (Ministerio de la Protección Social & Oficina Jurídica y Oficina de Apoyo Legislativo, 2008b)

En este concepto se mantiene la línea de aplicación literal del artículo 53 CST, en donde se defiende sus efectos sobre las vacaciones, cesantía y jubilación. Si bien es cierto, este tipo de

conceptos no tiene un efecto vinculante o de obligatorio cumplimiento, su existencia implica parámetros para la interpretación o aplicación de las normas laborales vigentes.

3.2.3 Ministerio de la Protección Social, Concepto 12285 del 19 de noviembre de 2011

La Oficina Jurídica y la Oficina de Apoyo Legislativo, en respuesta a la inquietud elevada por la ciudadana Miryam Ripe Martínez acerca de si un empleador se encuentra facultado para conceder licencias no remuneradas y efectuar descuentos, al momento de abordar los efectos de la suspensión del contrato de trabajo, argumentó manteniendo la posición jurídica conocida de la siguiente forma:

“De las normas transcritas se colige, que las licencias o permisos concedidos por el empleador, en principio, suspenden el contrato de trabajo, razón por la cual, el empleador está facultado para descontar al trabajador el valor del salario diario por el tiempo que duró la suspensión del contrato de trabajo y la incidencia de este tiempo en la liquidación de las vacaciones, de las cesantías y de la pensión de jubilación, por lo cual, las licencias no remuneradas no afectarían la prima semestral de servicios”. (Ministerio de la Protección Social, 2011)

Mantiene su posición de dar aplicación literal a lo contenido en el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo. Si bien es cierto, no hace referencia a lo pertinente sobre los efectos de la suspensión del contrato en los intereses de las cesantías, como lo hizo en el concepto de febrero de 2008, si hace referencia directa al mencionar que la suspensión del contrato no afecta el pago de la prima semestral de servicios.

Ha sido, por tanto, el común denominador al momento de dar aplicación a la norma laboral vigente, que el Ministerio de la Protección social, hoy Ministerio del Trabajo aplique de forma

literal la norma, limitándola únicamente a descontar los tiempos de suspensión para las vacaciones, cesantías y jubilación. Excluyendo de plano que estos periodos afecten la causación y liquidación de la prima de servicios.

3.2.4. Ministerio del Trabajo, Concepto 86039 del 03 de mayo de 2016

Acerca del tema objeto de estudio, el Ministerio del Trabajo en el año 2016 hace referencia al tema de forma indirecta, al responder una solicitud acerca de cuál es la base para liquidar la prima legal de servicios. Aunque en este caso no aborda directamente el tema sobre los efectos de la suspensión del contrato de trabajo en la prima legal de servicios, hace la siguiente alusión que puede ser tenida como un aporte a la posición que ha mantenido este Ministerio:

“Adicionalmente y como quiera que la consultante indica que para el pago de la prima del segundo semestre no fueron tenidos en cuenta 8 días de vacaciones que tomó, es necesario precisar que el artículo 51 CST señala las causales de suspensión de los contratos de trabajo, cuyos efectos se encuentran previstos en el artículo 53 Ibidem, en ese orden de cosas y toda vez que las vacaciones no suspenden el contrato de trabajo, no deben ser descontadas del tiempo para liquidar la prima”. (Ministerio del Trabajo, 2016)

El Ministerio del Trabajo mantiene en este concepto su lineamiento, acerca de limitar los efectos de la suspensión del contrato de trabajo únicamente a lo contenido en el artículo 53 CST, razón por la cual no podrán descontarse los tiempos de suspensión en el pago de la prima legal de servicios.

Finalmente, resulta clara la posición jurídica que ha mantenido a través del tiempo el Ministerio del Trabajo en cada uno de los conceptos encontrados, dando aplicación literal a la norma laboral contenida en el artículo 53 del CST y descartando que los efectos del contrato de trabajo afecten el pago de la prima legal de servicios.

4.2. Aporte realizado a la discusión por la Ley 1788 de 2016

Con la expedición de la ley 1788 del 7 de julio de 2016, por medio de la cual se garantiza el acceso en condiciones de universalidad al derecho prestacional de pago de prima de servicios para los trabajadores y trabajadoras domésticas, el sector empresarial colombiano y los trabajadores mantuvieron la esperanza en que la ley abordara el tema sobre los efectos de la suspensión del contrato en la prima legal de servicio, y así, terminar con la incertidumbre jurídica hasta ahora conocida a causa del silencio legislativo sobre el tema. Por esta razón, analizamos el contenido de la ley mencionada.

La honorable Corte Constitucional ha estudiado en repetidas ocasiones el contenido del artículo 306 del Código Sustantivo del trabajo, el cual contiene la prima legal de servicios. De forma progresiva fue declarando la inconstitucionalidad de su contenido y fijando nuevos alcances. En este sentido hallamos la Sentencia C 051 de 1995 en la cual la corporación excluye a los trabajadores domésticos de la prima legal de servicios, al considerar que esta prestación se basa en el reparto de utilidades generadas, razón por la cual, al no generar utilidades los hogares se encontraban exonerados de pagar esta prestación económica a sus trabajadores.

Entre los estudios realizados por la Corte al artículo 306 CST, encontramos la sentencia C 034 de 2003, en la cual declara inexecutable el contenido que disponía autorizar el no pago de la prima legal de servicios para aquellos trabajadores que su contrato terminara con justa causa imputable a este. En el mismo año, mediante la sentencia C 042, la corporación declara la inconstitucionalidad de la distinción derivada del tiempo de servicios cumplido dentro del semestre respectivo como fundamento para el pago de la prima legal de servicios.

En el mismo sentido nos encontramos con la sentencia C 100 de 2005 en la cual se declara discriminatorio excluir del pago de la prima legal de servicios a los trabajadores ocasionales o transitorios dentro de la empresa, esta posición jurisprudencial fue ratificada por la misma Corte en la sentencia C 825 de 2006.

Evidenciamos hasta este momento el continuo avance en la garantía del pago de la prestación social denominada prima legal de servicios, mediante la actividad constante de la Corte, la cual en defensa del derecho a la igualdad, al trabajo, a los postulados propios de un estado de derecho declara inexecutable muchos de los apartes contenidos en el artículo 306 CST.

En el año 2012, Colombia ratifica el convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo sobre trabajo doméstico adquiriendo como compromiso internacional promover la adopción de una legislación nacional que beneficie a los trabajadores y trabajadoras domésticos.

Con fundamento en lo anterior, la Corte Constitucional aborda el estudio de la norma que excluye a los trabajadores domésticos del derecho a percibir prima legal de servicios, tema ya abordado en la sentencia C 051 de 1995, en la cual se declaró executable el hecho de que este sector de los trabajadores no recibieran esta prestación social. Para esta ocasión, la Corte Constitucional mediante ponencia de la magistrada María Victoria Calle Correa declara executable la expresión “toda empresa” contenida en el artículo 306 CST. A la vez exhorta al congreso de la república y al gobierno nacional a adoptar las medidas legislativas e implementar las políticas públicas necesarias para avanzar hacia la universalidad del derecho prestacional al pago de la prima de servicios en el caso de los trabajadores y trabajadoras domésticas.

De esta forma y atendiendo al llamado realizado por la Corte Constitucional y el impulso dado a través del Ministerio del Trabajo, para el cumplimiento del convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo, el Congreso de la República expide la ley que fue sancionada por el presidente de la república el día siete (7) de julio de 2016, convirtiéndose de esta forma en la ley 1788 del 7 de julio de 2016, por medio de la cual los trabajadores y trabajadoras se les reconoce el derecho al pago de la prima legal de servicios y se crea una mesa de seguimiento a la implementación del convenio 189 OIT con el fin de promover el empleo decente en este sector de los trabajadores.

Sin embargo la ley 1788 de 2016 no aborda el tema objeto de estudio del presente trabajo, por lo que la discusión no se vio modificada ni el debate zanjado de forma definitiva. El legislador omitió aclarar el artículo 53 CST y disponer de forma definitiva si los periodos de suspensión deben o no ser descontados en la liquidación semestral de la prima legal de servicios. Por el contrario al aumentar la población trabajadora con derecho a prima de servicio, focalizó y dio relevancia jurídica a esta discusión al ser mayor el numero de trabajadores que se somete a la incertidumbre planteada cuando se definen los efectos de la suspensión del contrato.

Conclusiones

El artículo 53 CST exige una aplicación literal de su contenido, lo que conlleva a que la prima legal de servicios no pueda afectarse durante los periodos de suspensión del contrato. La legislación no incluyó esta prestación social dentro de los efectos de la suspensión. Este artículo no debe interpretarse de forma extensa, en caso de hacerlo debe ser de forma limitada, pues no contiene retos gramaticales y su claridad permite que se entienda o comprenda de forma directa, sin acudir a métodos interpretativos.

La prima de servicios encuentra su génesis en la participación de las utilidades y la prima de beneficios, tenidas en las anteriores legislaciones como una forma de hacer partícipes a los trabajadores de la riqueza generada mediante la explotación económica de una unidad productiva. Este hecho hace que no dependa de la prestación real y efectiva del servicio, razón por la cual, aunque en la suspensión cesa temporalmente la labor prestada se continua con la generación de las utilidades empresariales. Forzar a que la prima de servicios se cause en la prestación del servicio, conlleva a una discusión sobre su alcance salarial por ser una contraprestación directa del servicio prestado, hecho que nos trasladaría a un debate acerca del impacto salarial de estos valores.

El precedente jurisprudencial valida la hipótesis planteada frente a la cual, quien aplica la ley laboral debe limitarse a darle el alcance literal. Esta posición es reforzada por el Ministerio del Trabajo quien acepta la aplicación literal del artículo 53 CST. De otra parte, la prima de servicios se causa durante la ejecución del contrato de trabajo sin que en ello afecte los periodos de suspensión del contrato de trabajo. Este fenómeno suspensivo afecta únicamente la prestación del servicio y el pago de los salarios devengados, por el contrario las demás obligaciones

reciprocas se mantienen teniendo en cuenta que el contrato de trabajo es sinalagmático.

Adicionalmente el origen de la prima legal de servicios radica en el reparto de las utilidades generadas situación que impide que la mera suspensión del contrato afecte su causación al no depender de la prestación real del servicio sino de la generación de utilidad.

La suspensión del contrato de trabajo no afecta la ejecución del contrato. Al impedir de forma temporal la prestación del servicio, no se extingue la ejecución del contrato, por el contrario el fin de la suspensión es salvaguardar el vínculo jurídico existente. Por esta razón limitar la ejecución del contrato a la simple prestación del servicio es un error hermenéutico que conlleva a un desacierto jurídico. El contrato de trabajo puede mantener su ejecución aun cuando no exista prestación del servicio, como ocurre en los casos previstos en la suspensión del contrato y lo considerado en el artículo 140 CST. Por esta razón al existir el vínculo, debe mantenerse aquellas obligaciones que no se limitan en los periodos de suspensión, como lo es, el pago de la prima de servicios.

La expedición de la ley 1788 de 2016 en la cual se le reconoce la prima de servicios a los empleados y empleadas domésticas, se vio con optimismo como una oportunidad de solucionar la discusión sobre los efectos de la suspensión del contrato de trabajo frente al pago de la prima legal de servicios. Sin embargo, el legislador guardó silencio y no le dio el alcance esperado a la ley en la solución al problema propuesto. Por el contrario aumentó la población laboral que queda sometida a la incertidumbre legal sobre si los periodos de suspensión deben o no, ser descontados al momento de liquidar la prima de servicios.

El sector empresarial deberá reconocer el pago de la prima legal de servicios durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo aplicando de forma literal el artículo 53 CST. Con

esto se consigue la protección jurídica de la empresa frente a posibles reclamaciones por parte de los trabajadores.

Como aporte a la solución definitiva del problema planteado, se deberá promover un proyecto de ley que contenga la adición, aclaración o modificación del artículo 53 CST, donde se disponga de forma clara si la suspensión del contrato de trabajo afecta la causación de la prima. Con esto, se aclara y zanja la discusión de forma definitiva.

Al finalizar esta labor académica se reconoce que el tema objeto de estudio plantea un reto académico y un impulso al desarrollo del problema planteado, considerando el poco avance doctrinario, jurisprudencial o conceptual. Por esta razón futuras investigaciones deben profundizar el análisis de los temas propuestos, con el ánimo de aportar a una solución definitiva sobre el pago de la prima de servicios durante los tiempos de suspensión del contrato de trabajo, así como realizar un estudio de derecho comparado en las legislaciones latinoamericanas para conocer la forma y modo de abordar esta discusión.

Bibliografía

- Archila, M. (1995). Protestas sociales en Colombia 1946 - 1958. *Historia Crítica*, 63–78.
- Cadavid Gómez, I., & Arenas Gallego, E. (2014). *Cartilla del Trabajo* (9a ed.). Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Cardona Martínez, G. (1996). La suspensión del contrato de trabajo frente a su antigüedad y al pago de prestaciones. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (97), 157–163.
- Corte Constitucional. (1996). Sentencia C-710/96. Recuperado el 1 de marzo de 2018, a partir de <http://gestyy.com/wnSCgj>
- Corte Constitucional. (2003). Sentencia C-034/03. Recuperado el 2 de marzo de 2018, a partir de <https://goo.gl/rBNoNA>
- Corte Constitucional. (2004). Sentencia T – 162 de 2004 Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis La Sala Octava 25 de febrero de 2004.
- Corte Suprema de Justicia-CSJ. (1957). Sentencia 23 de septiembre de 1957. *Gaceta judicial número 2186 – 2187. Ponente: magistrado Juan Benavidez Padrón*. Sala Laboral.
- Corte Suprema de Justicia-CSJ. (1980). Casación de septiembre 18/80.
- Corte Suprema de Justicia-CSJ, & Sala de Casación Laboral. (1990a). Sentencia 31 de enero de 1990. Magistrado ponente: Jacobo Pérez Escobar, Expediente 2905. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia-CSJ, & Sala de Casación Laboral. (1990b). Sentencia 9 de noviembre de 1990. Magistrado ponente: Jorge Ivan Palacio, Expediente 3911. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia-CSJ, & Sala de Casación Laboral. (1998). Sentencia del 20 de octubre de 1998. Magistrado ponente: José Roberto Herrera. Radicado No. 11150. Bogotá.

Corte Suprema de Justicia-CSJ, & Sala de Casación Laboral. (2000). Sentencia del 30 de mayo de 2000. Radicado: 13501. Bogotá.

Corte Suprema de Justicia-CSJ, & Sala de Casación Laboral. (2001). Sentencia del 9 de febrero de 2001. Radicado 14461. Bogotá.

Corte Suprema de Justicia-CSJ, & Sala Laboral. (1982). Sentencia del 25 de noviembre de 1982. Expediente 8965.

Cueva, M. de la. (1985). *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. México D.F: Editorial Porrúa S.A.

Gallego, I. C. G. & E. A. (2014). *Cartilla del Trabajo*. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.

García Carvajal, C. E. (2013). *Compendio Teórico Práctico de Derecho del Trabajo*. Bogotá: Colegio de Abogados del Trabajo, Legis.

González Charry, G. (2004). *Derecho Laboral Colombiano*. Bogotá: Legis.

Guerrero Figueroa, G. (1998). *Manual de Derecho del Trabajo*. Bogotá: Grupo Editorial Leyer.

Köhler, H.-D., & Martin Artiles, A. (2007). *Manual de la sociología del trabajo y de las relaciones laborales* (2a ed.). Madrid: Delta Publicaciones.

Marcucci, C. R. (2005). *Panorama Contextualizado del Derecho Laboral Sustancial Colombiano*. Bogotá: Universidad Cooperativa de Colombia.

Ministerio de la Protección Social. (2011). Concepto 12285, 19 de noviembre de 2011.

Ministerio de la Protección Social, & Oficina Jurídica y Oficina de Apoyo Legislativo. (2008a). Concepto 33233 del 11 de febrero de 2008.

Ministerio de la Protección Social, & Oficina Jurídica y Oficina de Apoyo Legislativo. (2008b).

Concepto 342859 del 20 de noviembre de 2008. Bogotá.

Ministerio de Protección Social. (1951). Código Sustantivo del Trabajo - CST. Bogotá.

Recuperado a partir de <http://goo.gl/14uDqq>

Ministerio del Trabajo. (2016). Concepto 86039 del 03 de mayo de 2016.

Ministerio del Trabajo. (2018). Fortalecimiento Institucional de Procesos Legales

Administrativos por el Ministerio del Trabajo - Pago dominicales - Días Compensatorios.

Recuperado el 5 de marzo de 2018, a partir de <https://goo.gl/iQY3TL>

Obando Garrido, J. M. (2015). *Derecho Laboral*. Bogotá: Editorial Temis.

Pasco Cosmópolis, M. (1997). Suspensión del Contrato de Trabajo. En *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social* (pp. 481–499). México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Presidencia de la República de Colombia. (1948). Decreto 2474 de 1948 (julio 19). Por el cual se fija la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas. Recuperado el 3 de marzo de 2018, a partir de <https://goo.gl/hyJeVD>

Presidencia de la República de Colombia. (1949). Decreto 3871 (diciembre 6) Por el cual se fija el salario mínimo, se crea la prima de beneficio, se modifica el Decreto número 2474 de 1948 y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Diario Oficial No 27.186.

Presidencia de la República de Colombia. (1950). Decreto 2663 de 1950 - CST. Recuperado el 5 de marzo de 2018, a partir de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_2663_1950.htm

Supiot, A. (1996). *Crítica del Derecho del Trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos

Sociales.

Supiot, A. (2008). *Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Heliasta.

Vázquez Vialard, A. (1999). *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Zambrano, Ó. E., & Campos, S. A. (2015). Incidencia de la suspensión del contrato de trabajo en el pago de la prima legal de servicios. *Revista Via Iuris*, 19, 51–65.