

Bogotá D.C.,

08SE201812030000026486

Al responder por favor citar esté número de radicado

ASUNTO: O8SI2018714100100000141/ 2018(11EE2018744100100000284/ 2018)
Regimen laboral de los trabajadores de las notarias- Obligaciones del empleador

Respetado señor:

De manera atenta le damos respuesta a su comunicación radicada con el número del asunto, con la que consultó sobre los derechos de los trabajadores de las notarias.

Esta Oficina Asesora Jurídica absuelve de modo general las consultas con relación a las normas y materias que son competencia de este Ministerio, de conformidad con el Artículo 8° del Decreto 4108 de 2011, sin que le sea posible pronunciarse de manera particular y concreta por disposición legal. En tal sentido, el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 41 del Decreto Ley 2351 de 1965, modificado por el artículo 20 de la Ley 584 de 2000, dispone **que los funcionarios de este Ministerio no quedan facultados para declarar derechos individuales, ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces de la República.**

En atención a su consulta, el artículo 131 de la Constitución Política establece que a ley reglamentara el servicio público que prestan los notarios y registradores, así como la definición del régimen laboral para sus empleados.

La Corte Constitucional, con la sentencia T-927 de 2010, consideró lo siguiente:

“(...) en los aspectos del régimen laboral que el legislador no ha definido mediante leyes cuyo objeto exclusivo sea las notarias, no puede afirmarse que exista un vacío de regulación o que los notarios gocen de absoluta discrecionalidad. En estos casos deben aplicarse las normas generales que regulan las relaciones de derecho individual y colectivo, las cuales están consagradas en la Constitución, especialmente en el artículo 53, y en el Código Sustantivo de Trabajo, toda vez que quienes laboran en una notaría son empleados particulares. (...)”

Continúa la citada sentencia indicando que:

“Por otra parte, el artículo 3 de la Ley 29 de 1973 y el artículo 118 del Decreto 2148 de 1983 regulan lo concerniente a la composición de la planta de personal de las notarías (número de cargos y perfiles), así como el mecanismo de ingreso a estos cargos. De acuerdo con estas reglas, es el notario quien puede determinar el número de colaboradores que requiere y sus perfiles, quedando la actuación del Estado restringida al conocimiento posterior de la integración de las plantas de trabajo para una eventual supervisión –en cabeza de la Superintendencia de Notariado y Registro–. Lo anterior, no es otra cosa que una aplicación expresa de la regla general de las relaciones laborales particulares amparadas por la autonomía de la voluntad y la libertad de empresa (Art. 333 C.N), de acuerdo con la cual los empleadores particulares son libres de establecer la extensión y composición de sus plantas de trabajo, teniendo como únicos límites los señalados por las normas de orden público contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo.

Dado que las disposiciones mencionadas se limitan a señalar quién es el empleador directo de los que trabajan en la notaría, el número de cargos que pueden existir en ella, la forma de ingreso, y los recursos con los cuales deben pagarse sus prestaciones, con el propósito de diferenciar totalmente su régimen del que cubre a los empleados del Estado, ninguna conclusión adicional puede sacarse respecto de otros aspectos de la relación entre el notario y sus empleados, tales como el tipo de contrato o las causas de terminación del mismo. En otras palabras, la interpretación restrictiva que se impone respecto de las normas especiales descritas impide que en el actual estado de la legislación quepa considerar que los empleados de las notarías tienen un completo régimen de carácter excepcional y exclusivo.

Así las cosas, en aplicación del régimen laboral general, no es razonable concluir que los empleados adquieren un vínculo laboral con el notario, pero sin ninguna relación con la oficina o el establecimiento en la que prestan sus servicios. Quienes ingresan a trabajar a una notaría son contratados por los notarios, no en su calidad de persona naturales, sino como particulares investidos de la autoridad requerida para el ejercicio de la función fedante. Los empleados a los que se refiere el artículo 131 de la Constitución no son vinculados para el cumplimiento de cualquier servicio personal requerido por el patrono, sino para la realización de las tareas que componen la función notarial. Por esto, laboran en las instalaciones de la notaría y utilizan los implementos requeridos ordinariamente para el cumplimiento de las tareas de este tipo de establecimientos. Además, solo una interpretación de este tipo permite entender que la ley autorice el pago de los trabajadores con los recaudos percibidos por los derechos notariales.

Como estos empleados son contratados por quien es titular de la notaría, pero para el servicio de la persona jurídica y no para su servicio personal, nada impide que cuando ocurre un cambio de notario sobrevenga en la notaría una sustitución patronal (...)” (Subrayado fuera de texto)

Conforme lo expuesto, el servicio notarial constituye un servicio público y función pública ejercido por particulares en el cual su titular para acceder al título de notario debe superar el respectivo concurso público de notarios, quien en nombre del establecimiento notarial realiza la adopción de su planta de personal, trabajadores a quienes les es aplicable las normas del Código Sustantivo del Trabajo frente a los cuales es procedente la configuración de la figura de la sustitución patronal.

Teniendo en cuenta lo anterior se da respuesta a las preguntas planteadas así:

PRIMERA PREGUNTA: “A-) (SIC) SÍ ES LEGAL O NO QUE UN NOTARIO YA HACE DOS (2) AÑOS Y VA PARA EL TERCER (3) AÑO POSIBLEMENTE, NO AUMENTE EL SALARIO DE SUS EMPLEADOS, QUE TENÍAN COMO DERECHOS ADQUIRIDOS ANTES DE LLEGAR EN REEMPLAZO DEL QUE HABIA?”

En atención a su consulta, el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia de 1991 estableció que:

“ARTICULO 53. *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; **remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo**; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”. (Negrita y subrayado fuera de texto)

En relación con lo anterior, el Código Sustantivo del Trabajo señala, en su artículo 148, el reajuste para los salarios mínimos:

“ARTICULO 148. EFECTO JURIDICO. *La fijación del salario mínimo modifica automáticamente los contratos de trabajo en que se haya estipulado un salario inferior”.*

Una vez decretado por el Gobierno Nacional el salario mínimo, el reajuste deberá ser automático para los salarios en que se haya estipulado un salario inferior. **En contraste, para los salarios que superan el mínimo legal, no existe disposición legal que ordene su aumento o reajuste.**

Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-911/12, interpretó el artículo 148 del Código Sustantivo del Trabajo frente a la remuneración mínima vital y móvil en los salarios superiores al mínimo, considerando que:

“(…) se identifica que el deber constitucional específico al que aparentemente hace referencia el actor, se edifica a partir del artículo 53 de la Constitución, el cual al enunciar los principios mínimos fundamentales que deberá contener el estatuto del trabajo que debe expedir el Congreso de la República, incluye dentro de dichos principios la “remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo”. La exégesis de este principio, ha dado lugar a una línea jurisprudencial sostenida que consagra el derecho a mantener la capacidad adquisitiva de los salarios.[7]

3.4.2. Sin embargo, este derecho, como lo ha sostenido esta Corporación no es un derecho absoluto: “El derecho a mantener el poder adquisitivo del salario no es un derecho absoluto, como no lo es ningún derecho en un Estado Social y Democrático. La conceptualización del Derecho a mantener el poder adquisitivo real del salario como Derecho limitable es un desarrollo específico de la doctrina según la cual los Derechos, aún los fundamentales, no son absolutos, de lo que se deriva la posibilidad de armonizarlos para asegurar en la práctica su ejercicio efectivo. Así lo ha reiterado esta Corporación cuando ha interpretado Derechos de diversa naturaleza y contenido”[8]. De este modo, el derecho a la conservación del poder adquisitivo de los salarios, no puede entenderse como un derecho a fijar un porcentaje de incremento igual para todos los salarios, sin excepción. La correcta interpretación de este derecho, implica que la remuneración de los trabajadores debe ser justamente “móvil”, virtualmente variable, mas no se traduce en que el porcentaje de ajuste que refleje dicha movilidad, deba aplicarse por igual a los distintos valores que puede tener la remuneración salarial de los trabajadores.

3.4.3. Como se demostró, no tiene que ser igual, ni fáctica ni jurídicamente, el tratamiento de quienes reciben el salario mínimo de aquél previsto para quienes reciben salarios superiores al mínimo. El mantener el poder adquisitivo de los salarios bajos, ha dicho esta Corporación, tiene el carácter de intangible, en razón a la protección constitucional reforzada que la Constitución les dispensa. Por el contrario, quienes ganan salarios más altos no son necesariamente sujetos de una protección salarial reforzada y su derecho a mantener el poder adquisitivo real del salario puede recibir distinto tratamiento, siempre que sea razonable.

3.4.4. De lo expuesto se infiere que el artículo 53 de la Constitución, cuando habla de salario “móvil”, sí está consagrando el derecho a mantener el poder adquisitivo del salario, pero que este mandato no puede interpretarse, como lo hace el demandante, en el sentido en que todos los salarios superiores al mínimo deben ajustarse anualmente en el mismo porcentaje en que haya sido incrementado aquél. Agréguese por último, que la norma acusada no desconoce el Convenio 111, aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967, como lo alega el demandante, al generar una distinción de trato injustificada entre los trabajadores a quienes se aplica por ley el incremento de su salario de forma automática y aquellos trabajadores que no gozan de la misma condición o beneficio, por las razones que han sido expuestas.

3.4.5. De esta manera, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que no se presentó una omisión legislativa relativa en el artículo 148 del Código Sustantivo del Trabajo, dado que no existe un deber específico y concreto de orden constitucional, que obligue a adoptar una regulación en el

sentido propuesto por el accionante, toda vez que – como se demostró - no es igual la situación de los trabajadores que ganan menos de un salario mínimo de aquellos que ganan más de dicho salario, lo que justifica que exista una regulación jurídica diferente entre unos y otros que no quebranta el principio de igualdad ni implica un tratamiento discriminatorio entre los mismos”.

Con base en lo indicado por la Corte Constitucional, se ha expresado la necesidad de reconocer en aquellos salarios que superan el mínimo legal la pérdida de poder adquisitivo del dinero y efectuar el ajuste con base en el índice de Precios al Consumidor (IPC) del año inmediatamente anterior. En efecto, la Corte Constitucional en la sentencia T-102/95, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, al referirse al salario intrínseco - salario reajuste - remuneración móvil, expresó:

“Si la constante es el aumento del índice de precios al consumidor, donde existe anualmente inflación de dos dígitos, se altera la ecuación económica si se admite un salario nominalmente invariable. Es por ello que el salario tiene que mantener su VALOR INTRÍNSECO, esto es, su poder adquisitivo, luego hay que lograr un valor en equidad. El artículo 53 de la Carta, habla precisamente, de la remuneración MC VIL (sic) no sólo comprende el salario mínimo sino a todos los salarios puesto que ello es una lógica consecuencia de la naturaleza sinalagmática y conmutativa de la relación laboral, prueba de la cual es el reajuste automático de todas las pensiones.

Sería absurdo que al trabajador pasivo se le reajustara su pensión y no se le reajustara su salario al trabajador activo. Por consiguiente si a un trabajador se le fija un salario y se mantiene, el mismo guarismo por más de un año a pesar de que la cantidad y la calidad del trabajo permanecen inmodificables, mientras el valor del bien producido aumenta nominalmente, en razón a la depreciación de la moneda, se estaría enriqueciendo injustamente el empleador en detrimento del derecho que tiene el asalariado a recibir lo justo, y esto no sería correcto en un Estado, una de cuyas finalidades esenciales es garantizar la vigencia de un orden justo”.

Si bien los trabajadores particulares que devenguan **salarios superiores al mínimo legal tienen derecho a los incrementos salariales, no se ha establecido un porcentaje determinado ni las condiciones en que dichos salarios deban ser incrementados (como sí sucede para los salarios mínimos legales), así como tampoco existe ninguna norma que obligue al empleador a realizar tales aumentos. Es necesario remitirse a la forma en que los trabajadores han sido vinculados, así como a los términos de su vinculación,**

Así las cosas, el aumento de los salarios que superan el mínimo dependerá del mutuo acuerdo de los trabajadores y del empleador, según pronunciamiento de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 10 de marzo de 2009, Radicación No. 33387, Magistrado Ponente Dr. Gustavo José Gnecco, en el sentido de que si se persigue un aumento salarial superior al mínimo, sean las partes, quienes de común acuerdo, establezcan el reajuste, sin la presencia del juez, pues, al ser el reajuste salarial un conflicto económico, no es asunto que corresponde al juez dirimir por estar excluido de la jurisdicción laboral por expresa disposición del artículo 3 del Código de Procedimiento Laboral, **salvo que exista un acuerdo pactado con el empleador o una convención colectiva donde se prevean condiciones diferentes a la**

normatividad laboral, evento en el cual se aplicarán las condiciones pactadas siempre que sean más beneficiosas.

Este Ministerio no es competente para establecer la legalidad o no de la falta de aumento salarial, según las competencias asignadas en el Decreto 4108 de 2011, por el cual se modifican los objetivos y la estructura del Ministerio del Trabajo y se integra el Sector Administrativo del Trabajo.

SEGUNDA PREGUNTA: “B)- (SIC) SI ES LEGAL O NO QUE UN NOTARIO NO RECONOZCA EL DERECHO QUE TIENEN LOS EMPLEADOS, A ASISTIR A CITAS MÉDICAS, ODONTOLÓGICAS O ESPECIALIZADAS, CONFORME EL CÓDIGO SUSTANTIVO DE TRABAJO Y A ACEPTAR QUE SE CUMPLAN LOS DÍAS DE INCAPACIDAD EN CASO DE ENFERMEDAD GRAVE?”.

Los artículos 56 y 57 del Código Sustantivo del Trabajo establecen las obligaciones generales y particulares del empleador, así:

“ARTICULO 56. OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN GENERAL. De modo general, incumben al {empleador} obligaciones de protección y de seguridad para con los trabajadores, y a éstos obligaciones de obediencia y fidelidad para con el {empleador}.

ARTICULO 57. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL {EMPLEADOR}. Son obligaciones especiales del {empleador}: (...)

3. Prestar inmediatamente los primeros auxilios en caso de accidente o de enfermedad. A este efecto en todo establecimiento, taller o fábrica que ocupe habitualmente más de diez (10) trabajadores, deberá mantenerse lo necesario, según reglamentación de las autoridades sanitarias.

5. Guardar absoluto respeto a la dignidad personal del trabajador, a sus creencias y sentimientos.

6. <Aparte tachado INEXEQUIBLE, el resto del numeral CONDICIONALMENTE exequible> <Ver Notas del Editor> Conceder al trabajador las licencias necesarias para el ejercicio del sufragio^{*1}; para el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación^{*2}; en caso de grave calamidad doméstica debidamente comprobada^{*3}; para desempeñar comisiones sindicales^{*4} inherentes a la organización o para asistir al entierro de sus compañeros, siempre que avise con la debida oportunidad al {empleador} o a su representante y que, en los dos (2) últimos casos, el número de los que se ausenten no sea tal que perjudique el funcionamiento de la empresa. En el reglamento de trabajo se señalarán las condiciones para las licencias antedichas. ~~Salvo convención en contrario, el tiempo empleado en estas licencias puede descontarse al trabajador o compensarse con tiempo igual de trabajo efectivo en horas distintas de su jornada ordinaria, a opción del {empleador}.~~”.

En relación con lo anterior, el reglamento de trabajo es el conjunto de normas que determinan las condiciones a que deben sujetarse el empleador y sus trabajadores en la prestación del servicio. Constituyéndose este en parte del contrato individual de trabajo de cada uno de los trabajadores, salvo estipulación en contrario,

que, sin embargo, sólo puede ser favorable al trabajador; según lo establecido en los artículos 104 y 107 del Código Sustantivo del Trabajo.

Asimismo, el artículo 110 del Código Sustantivo del Trabajo determino que el reglamento no debe contener normas distintas de las mencionadas en el artículo 108 del mismo código, en donde se establecen las disposiciones normativas que debe contener el reglamento interno de trabajo, entre otros aspectos, sobre los **permisos**, especialmente lo relativo a desempeño de comisiones sindicales, asistencia al entierro de compañeros de trabajo y grave calamidad doméstica.

El Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 109, establece que no producen ningún efecto las cláusulas del reglamento que desmejoren las condiciones del trabajador en relación con lo establecido en las leyes, contratos individuales, pactos, convenciones colectivas o fallos arbitrales, los cuales sustituyen las disposiciones del reglamento en cuanto fueren más favorables al trabajador.

Respecto a las incapacidades, el trabajador no recibe salario durante los períodos de incapacidad temporal; sino un auxilio por incapacidad que, tratándose de riesgo común, se reconocerá a través de la empresa promotora de salud (EPS) a la cual el trabajador se encuentre afiliado.

El auxilio por incapacidad lo paga la EPS a sus afiliados cotizantes no pensionados, por todo el tiempo en que estén inhabilitados física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual.

El Decreto 780 de 2016, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, compilatorio del parágrafo 1 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, modificado por el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013, establece que estarán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado, y su monto no será diferente a las 2/3 partes del salario, esto es, el 66%, toda vez que ni el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, así como ninguna otra disposición, han establecido que los dos (2) primeros días de incapacidad serán pagaderos sobre el 100% del salario del trabajador.

Es oportuno señalar que la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C - 543 de 2007, declaró "EXEQUIBLE el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, por los cargos formulados, y en los apartes demandados, en el entendido que **el auxilio monetario** por enfermedad no profesional no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente.

El auxilio monetario por enfermedad común para los trabajadores corresponderá a las (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por los siguientes noventa días tal como lo establece el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, sin embargo, a partir de la mencionada sentencia, el valor del subsidio por incapacidad temporal no podrá ser en ningún caso inferior al salario mínimo mensual legal vigente.

En el caso de las incapacidades de origen profesional, el artículo 1° de la Ley 776 de 2002 establece que:

“ARTÍCULO 1o. DERECHO A LAS PRESTACIONES. Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, en los términos de la presente ley o del Decreto-ley 1295 de 1994, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto-ley 1295 de 1994 y la presente ley”.

Según lo dispuesto en el artículo 2° de la citada ley, la incapacidad temporal es *“aquella que según el cuadro agudo de la enfermedad o lesión que presente el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales, le impida desempeñar su capacidad laboral por un tiempo determinado”*, respecto de la cual, según el artículo 3° de la referida ley, el afiliado tendrá derecho al pago de *“(…) un subsidio equivalente al 100% de su salario base de cotización, calculado desde el día siguiente del que ocurrió el accidente de trabajo y hasta el momento de su rehabilitación, readaptación o curación, o de la declaración de su incapacidad permanente parcial, invalidez o su muerte (...). Para la enfermedad profesional será el mismo subsidio calculado desde el día siguiente de iniciada la incapacidad correspondiente a una enfermedad diagnosticada como profesional”*.

Dicho pago estará a cargo de la Administradora de Riesgos Laborales, y se reconocerá y pagará hasta por 180 días, prorrogables por un periodo igual, siempre que sea necesario para el tratamiento o rehabilitación del afiliado de conformidad con en el artículo 3° de la Ley 776 de 2002.

De conformidad con lo dispuesto en el Parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 776 de 2002, las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, serán reconocidas y pagadas por la Administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación.

En ese orden de ideas, durante los períodos de incapacidad temporal, el trabajador no recibe salario, sino un auxilio o subsidio por incapacidad, dependiendo su origen, cuya naturaleza no es salarial. La incapacidad es una justa causa para no asistir al trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 173 del Código Sustantivo del Trabajo.

En relación con el descanso dominical remunerado, el artículo 172 del Código Sustantivo del Trabajo establece:

“ARTICULO 172. NORMA GENERAL. <Artículo modificado por el artículo 25 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Salvo la excepción consagrada en el literal c) del artículo 20 <161> de esta ley el empleador está obligado a dar descanso dominical remunerado a todos sus trabajadores. Este descanso tiene duración mínima de veinticuatro (24) horas”.

Si bien es cierto el sábado es considerado en principio como un día hábil, también es cierto que puede considerarse como un día no hábil siempre que el empleador así lo haya establecido. Sobre la remuneración del descanso dominical, el artículo 173 del Código Sustantivo del Trabajo dispone lo siguiente:

“ARTICULO 173. REMUNERACION. <Artículo modificado por el artículo 26 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. El empleador debe remunerar el descanso dominical con el salario ordinario de un día, a los trabajadores que habiéndose obligado a prestar sus servicios en todos los días laborales de la semana, no falten al trabajo, **o que, si faltan, lo hayan hecho por justa causa o por culpa o por disposición del empleador.**

2. **Se entiende por justa causa el accidente, la enfermedad, la calamidad doméstica, la fuerza mayor y el caso fortuito.**

3. No tiene derecho a la remuneración del descanso dominical el trabajador que deba recibir por eso mismo día un auxilio o indemnización en dinero por enfermedad o accidente de trabajo.

4. Para los efectos de este artículo, los días de fiesta no interrumpen la continuidad y se computan como si en ellos se hubiera prestado el servicio por el trabajador.

5. Cuando la jornada de trabajo convenida por las partes, en días u horas, no implique la prestación de servicios en todos los días laborales de la semana, el trabajador tendrá derecho a la remuneración del descanso dominical en proporción al tiempo laborado”. (Negrita y subrayado fuera de texto)

Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia T-147 de 2014, consideró que:

“(…) Acorde con el concepto 10240 - 140206 emitido por el Ministerio de la Protección Social 19 de Mayo de 2011: (...)”

En igual sentido, lo señaló el Artículo 173 del Código Sustantivo del Trabajo, al regular el derecho al pago del día dominical, cuyo texto prevé:

“ARTICULO 173. El empleador debe remunerar el descanso dominical con el salario ordinario de un día, a los trabajadores que habiéndose obligado a prestar sus servicios en todos los días laborales de la semana, no falten al trabajo, o que, si faltan, lo hayan hecho por justa causa o por culpa o disposición del empleador”, (subrayado fuera del texto)

Para tales propósitos, el numeral 2o del Artículo 173 del citado Código define la justa causa en aquellos eventos como el accidente, la enfermedad, la calamidad doméstica, la fuerza mayor y el caso fortuito.

En este orden de ideas, considera la Oficina que si bien la enfermedad constituye una justa causa para ausentarse de las labores, dicha situación deberá ser acreditada a través de la incapacidad que expida el médico tratante de la EPS en la que se encuentre afiliado el trabajador; pues en caso contrario, podría configurarse el incumplimiento de la prohibición establecida en el Artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyo texto señala: “4) faltar al trabajo sin justa causa de impedimento

o sin permiso del empleador, excepto en los casos de huelga, en los cuales deben abandonar el lugar de trabajo”.

Con todo, considera la Sala que la apreciación hecha por el Tribunal accionando, a las pruebas obrantes en el proceso, no es irrazonable, ya que la certificación no tenía la entidad necesaria para considerarse una incapacidad, pues no indicó que la señora María estuviera afectada en su salud para asistir a trabajar. Adicionalmente, de ser urgente la visita al ginecólogo, la accionante debió gestionar de manera urgente dicha cita, pero ella no adujo haber acudido al especialista remitido, justificando de esa manera la ausencia a laborar. Y por último, porque la certificación no fue legalizada ante la EPS correspondiente”.

En ese orden de ideas, el empleador se encuentra obligado a remunerar al trabajador el día de descanso dominical, cuando el trabajador se obligue a trabajar todos los días laborales de la semana y no falle al trabajo. Si el trabajador falta, la remuneración de dicho día solo se dará si existió una justa causa o por disposición del empleador. Se entiende como justa causa para faltar: el accidente, la enfermedad, la calamidad doméstica, la fuerza mayor y el caso fortuito. La citada norma aclara que el trabajador no tendrá derecho a la remuneración del descanso dominical, **si por ese mismo día**, recibió un auxilio o indemnización en dinero por enfermedad o accidente de trabajo.

Conforme a lo expuesto, un trabajador que faltó durante unos días de la semana por justa causa, debido a una incapacidad laboral, tiene derecho al día de descanso obligatorio. Siempre y cuando por ese mismo día no haya recibido un auxilio o indemnización en dinero por enfermedad o accidente de trabajo. Es de aclarar que, el descanso compensatorio se otorga por trabajar un día de descanso obligatorio.

En consecuencia, es obligación del empleador no exigir al empleador trabajar durante los días de incapacidad. Igualmente, el empleador debe aplicar lo dispuesto en el reglamento interno de trabajo respecto a los permisos, en especial para asistir a las citas médicas.

TERCERA PREGUNTA: “C-) SI ES LEGAL O NO QUE UN NOTARIO NO RECONOZCA EL DERECHO QUE TIENEN LOS EMPLEADOS, A LA LICENCIA REMUNERADA DE LUNTO DE CINCO(5) DÍAS HÁBILES, CUALQUIERA SEA SU MODALIDAD DE CONTRATACIÓN O DE VINCULACION LABORAL, DE CONFORMIDAD CON LA LEY 1280 DE 2009”

La licencia por luto se encuentra contemplada en el numeral 10 del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1280 de 2009, en donde se estableció lo siguiente:

“ARTICULO 57. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL {EMPLEADOR}. Son obligaciones especiales del {empleador}:

*10. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> <Numeral adicionado por el artículo 1 de la Ley 1280 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Conceder al trabajador en caso de fallecimiento de su cónyuge, compañero o compañera permanente o de un familiar hasta el grado segundo de consanguinidad, primero de afinidad y primero civil, **una licencia remunerada por luto de cinco (5)***

días hábiles, cualquiera sea su modalidad de contratación o de vinculación laboral. La grave calamidad doméstica no incluye la Licencia por Luto que trata este numeral.

Este hecho deberá demostrarse mediante documento expedido por la autoridad competente, dentro de los treinta (30) días siguientes a su ocurrencia.

PARÁGRAFO. Las EPS tendrán la obligación de prestar la asesoría psicológica a la familia”. (Negrita fuera de texto)

Al respecto, en el proyecto de ley 069 de 2007 Cámara, como justificación de la Ley 1280 de 2009, se consideró lo siguiente:

“(...) El duelo es la pena, el sufrimiento y el desamparo emocional causados por la muerte o la pérdida de un ser querido. El término luto hace referencia al proceso de reacción ante la pérdida y la muerte, a las ceremonias particulares de cada cultura, que se realizan cuando una persona muere en una comunidad. El concepto abarca conmemoraciones, honras fúnebres, velatorios, vestimenta de luto, etc. Esos ritos son importantes cuando se organizan y definen las reacciones de duelo inmediatamente después de la muerte. (...)

Así las cosas, si a un trabajador que por muerte de un familiar cercano se le concedieran cinco (5) días hábiles de luto y duelo, no solo para asistir a los actos respectivos sino que pueda procesar en compañía de sus familiares y amigos la aceptación de la ausencia definitiva y superar la depresión y tristeza que este acontecimiento genera, estaríamos logrando no solo el apoyo al trabajador en un momento de crisis, sino un beneficio a las empresas y empleadores toda vez que recibirían del personal beneficiado, mayor productividad porque contaron con el tiempo mínimo para procesar esta dolorosa situación.

Es evidente que ante al fallecimiento de un familiar directo del trabajador, este atraviesa por un shock psicológico y un desamparo moral del cual deberá recuperarse con el transcurrir del tiempo. Esta situación le impide trabajar con normalidad o desarrollar la actividad laboral dentro de los estándares esperados o deseados. (...)

*Bajo estas consideraciones, el proyecto de ley propone incluir dentro del Código Sustantivo del Trabajo el derecho que tienen los trabajadores en general de tener licencia remunerada en circunstancias de luto familiar **para además de realizar los trámites administrativos que un fallecimiento implica, asistir a los funerales y entierro sobre todo para recuperarse del shock psicológico que implica la pérdida física de un familiar cercano y la obligación moral que tiene hacia su familia en un momento de dolor**”. (Negrita y subrayado fuera de texto)*

En ese orden de ideas, la licencia por luto **es de mínimo cinco (5) días hábiles**, que se causa a partir de la muerte de alguno de los familiares comprendidos dentro de los parentescos señalados en la Ley y en la Sentencia C-892-12 de 31 de octubre de 2012, de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, en el entendido que también incluye a los parientes del trabajador en el segundo grado

La licencia por luto no está incluida en la grave calamidad doméstica. Esta consiste en una **licencia remunerada de cinco (5) días hábiles, a cargo del empleador**, sin importar los días que el trabajador haya laborado para el empleador o el lugar del domicilio del trabajador y del familiar fallecido. Para ello, el trabajador deberá demostrar el fallecimiento de su familiar, con documento expedido por la autoridad competente, que normalmente es el registro civil de defunción, dentro de los 30 días siguientes a la ocurrencia del referido hecho. La respectiva empresa promotora de salud -EPS- tendrá la obligación de prestar la asesoría psicológica al trabajador y a su familia.

Recordando que la licencia por luto tiene como finalidad de que el trabajador pueda gestionar los trámites administrativos que un fallecimiento implica, asistir a los funerales y entierro del familiar; y sobre todo recuperarse del shock psicológico que implica la pérdida física de un familiar cercano y la obligación moral que tiene hacia su familia en un momento de dolor.

En consecuencia, es obligación del empleador conceder la licencia de luto, cuando se cumplan los supuestos anteriormente indicados.

El reglamento interno de trabajo establece la escala de faltas y las causales de terminación del contrato, las cuales deben ser concordantes con los artículos 61 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo. Si la terminación unilateral del contrato por parte del empleador es sin justa causa, la normatividad regula la indemnización prevista en el artículo 64 de dicho código.

CUARTA PREGUNTA: “D-) (SIC) SI ES LEGAL O NO QUE UN NOTARIO NO SUMINISTRE LOS ELEMENTOS DE TRABAJO TALES COMO LAPICEROS, CARPETA, BORRADORES, LAPIZ, ETC Y LOS ELEMENTOS DE ASEO, COMO EL PAPEL HIGIENICO Y QUE SEAN LOS EMPLEADOS QUIENES TIENEN QUE COMPRADOR (SIC) ESTOS?”

Los artículos 56 y 57 del Código Sustantivo del Trabajo establecen las obligaciones generales y particulares del empleador, así:

“ARTICULO 56. OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN GENERAL. *De modo general, incumben al {empleador} obligaciones de protección y de seguridad para con los trabajadores, y a éstos obligaciones de obediencia y fidelidad para con el {empleador}.*

ARTICULO 57. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL {EMPLEADOR}. *Son obligaciones especiales del {empleador}: (...)*

1. Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores”.

Estando prohibido al empleador ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores o que ofenda su dignidad, tal como lo establece el artículo 59, numeral 9, del Código Sustantivo del Trabajo.

El Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 109, establece que no producen ningún efecto las cláusulas del reglamento que desmejoren las condiciones del trabajador en relación con lo establecido en las leyes, contratos individuales, pactos, convenciones colectivas o fallos arbitrales, los cuales sustituyen las disposiciones del reglamento en cuanto fueren más favorables al trabajador.

En consecuencia, el empleador debe poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores.

Si considera se está presentando infracciones a la normatividad laboral, puede acudir ante el Inspector de Trabajo, para que este Ministerio, probadas las mismas, imponga las sanciones administrativas correspondientes. Asimismo, ante el inspector del trabajo, a través del dialogo social, el trabajador y el empleador pueden conciliar el conflicto laboral. Si estima que sus derechos o los de un tercero, de carácter laboral, están siendo vulnerados, puede exponer la situación presentada ante la jurisdicción laboral, por ser el Juez del Trabajo el único funcionario competente para declarar derechos y definir situaciones jurídicas laborales, previo el trámite de un proceso laboral.

La presente respuesta se absuelve en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Finalmente, invitamos a que visite la página web del Ministerio del Trabajo www.mintrabajo.gov.co, en la sección normatividad, en donde pondrá consultar diversos conceptos sobre la normatividad laboral y de seguridad social expedidos por la Oficina Asesora Jurídica.

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

MARISOL PORRAS MENDEZ

Coordinadora

Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia Laboral de la Oficina Jurídica