

**“EMPRESAS FAMILIARES SIN ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL:
¿RIESGO LABORAL?”**



JENNIFER SINISTERA VIDARTE

Código: 15541003

LADY JHOANA LASSO PEÑAFIEL

Código: 15541006

**UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS JURIDICOS
ESPECIALIZACION EN LEGISLACION LABORAL Y DE SEGURIDAD
SOCIAL
SANTIAGO DE CALI
2016**

**“EMPRESAS FAMILIARES SIN ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL:
¿RIESGO LABORAL?”**

**JENNIFER SINISTERA VIDARTE
LADY JHOANA LASSO PEÑAFIEL**

**Trabajo de Grado para optar por el título de Especialista en
LEGISLACIÓN LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

Revisado Por:

NATALIA RODRIGUEZ URIBE

**UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS JURIDICOS
ESPECIALIZACION EN LEGISLACION LABORAL Y DE SEGURIDAD
SOCIAL
SANTIAGO DE CALI
2016**

FICHA TÉCNICA

NOMBRE DEL CASO
Empresas Familiares Sin Estructura Organizacional: ¿Riesgo Laboral?
AUTORES
LADY JHOANA LASSO PEÑAFIEL JENNIFER SINISTERA VIDARTE
DIRECCIÓN ELECTRÓNICA
lady_1030@hotmail.com ; jennifersinisterravidarte@hotmail.com
FECHA ORIGINAL
15 de Diciembre de 2015
FECHA DE REVISIÓN
REVISOR
Natalia Rodriguez Uribe
CURSOS DONDE PODRÍA UTILIZARSE
Especialización en Legislación Laboral y Seguridad Social Para No Abogados
INVESTIGADORES
LADY JHOANA LASSO PEÑAFIEL JENNIFER SINISTERA VIDARTE
NOMBRE REAL DE LA EMPRESA
Empresas Familiares dedicadas a la distribución y mensajería para ciudades como Cali, Eje Cafetero, Cauca y Nariño.
INFORMADORES O CONTACTOS SOBRE EL CASO
LADY JHOANA LASSO PEÑAFIEL JENNIFER SINISTERA VIDARTE

FICHA PEDAGOGICA

NOMBRE DEL CASO
Empresas Familiares Sin Estructura Organizacional: ¿Riesgo Laboral?
ASIGNATURAS DONDE PODRÍA UTILIZARSE
<p>Módulo de Contrato de Trabajo y Contrato de Prestación de Servicios: aplica en este módulo para realizar un debido manejo del contrato, dependiendo de las actividades a ejecutar y el objeto social de la empresa. Identificar las diferencias entre el contrato por prestación de servicios y el contrato laboral y cuáles son las causas que pueden desvirtuar un contrato por prestación de servicios.</p> <p>Módulo de Régimen Disciplinario: El caso aplica en este módulo para ayudar a conocer la importancia de contar con un reglamento interno de trabajo y otras normatividades en las empresas que brinden una guía en el momento de tomar decisiones en caso de faltas graves cometidas por los colaboradores.</p>
RESPUESTA REAL DEL CASO
Actualmente no hay ninguna respuesta a los casos, pues no se ha llevado a cabo ningún tipo de acción por parte de los empleados ni de la empresa. Sin embargo, este caso ayuda a detectar deficiencias en varios procesos realizados por la empresa en temas de contratación, la realización y aplicación de reglamentaciones de las cuales la empresa pueda respaldar sus decisiones, es una manera preventiva de iniciar con cambios que eviten problemas futuros y que brinden bases sólidas para iniciar un proceso de investigación sobre casos delicados de situaciones vividas en este momento por varios colaboradores.
AYUDAS DIDACTICAS
PREGUNTAS PARA MOTIVAR LA DISCUSIÓN
<ol style="list-style-type: none">1. ¿Cómo Gerente General de Mensajería & Distribuciones SAS, usted que decisiones tomaría con respecto a los trabajadores de ambos casos?2. Siendo usted asesor jurídico y conociendo el caso de Mariana Ortega, ¿Qué le recomendaría?3. ¿Cree que Fernanda Morales hizo lo correcto al comentarle al Gerente Financiero y no al Gerente General ciertas irregularidades presentadas por Andrea Benítez?4. ¿La situación de Andrea Benítez aplicaría para abrir un caso de acoso laboral?5. ¿Qué proceso debe iniciar la empresa con respecto al caso de Andrea Benítez teniendo en cuenta las bases con las que cuenta la empresa actualmente?

RESUMEN

De acuerdo a un estudio realizado por docentes e investigadores de la Universidad EAN, en Colombia el 95% de las empresas PYMES son familiares¹. Es el caso de la empresa Mensajería & Distribuciones SAS, empresa familiar fundada en abril del año 2003, lleva en el mercado más de 10 años de servicios, en los cuales ha fortalecido estructuralmente el área comercial, dejando a un lado las otras áreas de apoyo para crecimiento general de la organización. Para finales del año 2013, el Gerente General de Mensajería & Distribuciones SAS y su grupo primario de trabajo, deben tomar una decisión sobre las diferentes situaciones de índole laboral que se han estado presentando en la organización, generadas por dos de sus trabajadoras, si estas decisiones no son tomadas a tiempo, la empresa puede correr un riesgo laboral alto por los incumplimientos y malos manejos en la administración del personal. Como resultado, se puede presentar una demanda para iniciar un proceso ordinario laboral por parte de los trabajadores y la cuantía a pagar sería alta, afectando la economía de la empresa.

¹ Revista Dinero, pagina web: <http://www.dinero.com/economia/articulo/pymes-colombia/212958>

INTRODUCCIÓN

Las empresas familiares como Mensajería & Distribuciones SAS, pueden manejar características comunes, por ejemplo, ser controladas por sus propios familiares, muchos de ellos ocupando cargos Gerenciales en la empresa. El ser una empresa familiar es importante para el manejo de la confidencialidad y el compromiso de cada uno de sus miembros por mantener la empresa; esta es una ventaja que puede en su momento ser perjudicial si no se sabe manejar adecuadamente. Estas empresas, así como tienen características que las fortalecen también tienen debilidades en su estructura organizacional que las pueden llevar a desencadenar situaciones problemáticas.

Según la Asociación Nacional de Instituciones Financieras (ANIF) en el año 2006, el 90% del parque empresarial nacional era constituido por las Pymes, las cuales generaban alrededor del 73% de empleo y 53% de producción bruta². Por tal motivo, es importante tener empresas Pymes con una distribución organizada y directa de la autoridad; eficiencia en la supervisión y control, con el objetivo de mostrar su real importancia y la solidez, evitando no solo situaciones problemáticas financieras sino también situaciones laborales que por una organización deficiente, desconocimiento de procesos y de temas legales por parte de sus directivos, puedan llevarla a enfrentar acciones de tutelas, demandas de procesos ordinarios laborales y multas que desestabilizarían a la empresa.

De acuerdo al artículo de la revista Semana llamado Empresas de Familia: ¿Porque fracasan?, señala que uno de los problemas en las organizaciones familiares, es que en muchas ocasiones se administran más con el instinto y experiencia del fundador que con procedimientos racionales. Este estudio muestra la deficiencia en cuanto al manejo de los problemas en esta clase de empresas y que sin tener una estructura organizacional entran en graves riesgos³.

La empresa Mensajería & Distribuciones SAS así como muchas otras Pymes familiares cuentan con un problema de estructura organizacional, debido a que no evolucionan de

² Gomez, J., Vargas, J.. (2011). Las MIPYMES Familiares Colombianas y Sus Desafíos de Perdurabilidad. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

³ Revista Semana, Pagina web: <http://www.semana.com/economia/articulo/empresas-familiares-por-que-no-sobreviven/441465-3>

acuerdo a las necesidades de crecimiento y exigencias del mercado, lo que impide una adaptación a ciertas condiciones y genera múltiples problemas derivados de su crecimiento y naturaleza familiar. Es mucho más complicado cuando se establece un tipo de estructura organizacional pensando en satisfacer las ansias de poder de los miembros de la familia debido a que aleja los objetivos estratégicos de la empresa.

Otro problema observado en este tipo de empresas son los conflictos internos, los cuales se derivan de la falta de delimitación en cuanto a las dimensiones familia/empresa y de la inadecuada gestión de la propiedad. La ausencia de normas por ejemplo la ausencia o la mala elaboración de un reglamento interno de trabajo, así como la falta de profesionalismo en la gestión, la no retribución del capital y las inequidades en las retribuciones salariales, atentan con la permanencia de estas empresas en el mercado.

Así mismo, es común en las Pymes familiares encontrar un alto grado de informalidad y ausencia de herramientas administrativas y de planeación. Mala elección en cargos directivos por la presencia de miembros de la familia apoltronados en los principales cargos de dirección sin ofrecer una gestión eficaz, presencia notoria de la familia en todos los niveles de la organización, selección inapropiada de externos y esto sumado a la generación de contratos laborales o de prestación de servicio mal utilizados.

En Mensajería & Distribuciones SAS, podemos observar muchos de los temas mencionados anteriormente en dos casos puntuales que se están presentando al interior de la compañía, los cuales serán desarrollados a lo largo del caso. Temas legales y administrativos serán los que observaremos a continuación, permitiendo al Gerente General de Mensajería & Distribuciones SAS tomar una decisión adecuada con respecto a sus trabajadores, tratando de no afectar emocional, física y financieramente su organización.

JUSTIFICACIÓN

El caso de Mensajería & Distribuciones SAS, se realiza con el objetivo de construir una herramienta importante para todas las Pymes familiares que no cuenten con una base sólida en su estructura organizacional y con un área de Gestión Humana, debido a que permitirá al lector realizar un análisis sobre los riesgos laborales en temas jurídicos que podrían correr este tipo de empresas.

Por consiguiente, en este proyecto se evidenciará la importancia de los temas legales en cuanto a materia laboral en las Pymes. Se trabajarán temas como: contrato por prestación de servicio y como la entrega de un uniforme y el auxilio de transporte podría desvirtuarlo y convertirlo en contrato realidad; acoso laboral, un caso atípico de mujer a hombre; derecho al debido proceso para una terminación con justa causa y la importancia de una adecuada estructura organizacional, que ayudaría a prevenir los temas anteriormente mencionados en una compañía.

Para culminar, los profesionales en gestión humana deben obtener conocimientos jurídicos que les ayude a orientar a la empresa, por esta razón es importante nuestro caso de grado, debido a que nos permite poder aplicar todos los conocimientos básicos en temas jurídicos que fueron adquiridos durante todo el proceso de formación, como aporte al valor académico y crecimiento personal, analizando cada una de las situaciones presentadas en la empresa y la importancia de contar con procedimientos y una clara estructura organizacional.

PRESENTACIÓN DEL CASO

La empresa **Mensajería & Distribuciones S.A.S.**, tiene como objeto social correo, servicio de mensajería, venta y distribución de productos terminados. La empresa está ubicada al norte de la ciudad de Cali, y lleva en el mercado más de 10 años de servicio y es direccionada principalmente por familiares y personas con fuertes lazos de amistad.

Los servicios prestados por la empresa son los siguientes:

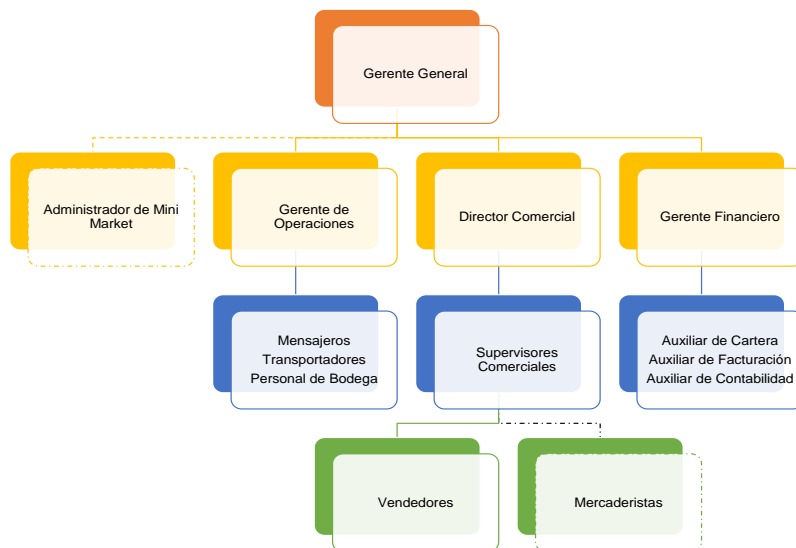
1. Servicio de mensajería puerta a puerta
2. Transporte y mensajería de paquetes y otros artículos
3. Venta y distribución de productos terminados a almacenes de cadena, mini mercados y tiendas de barrio a nivel local y suroccidente del país.

Para el servicio de mensajería puerta a puerta, la empresa dispone de personal que entrega cartas, folletos, volantes, revistas, etc., a las diferentes zonas o direcciones que el cliente solicita.

El transporte y mensajería de paquetes y otros artículos se le presta a la empresa **Seguros Somos Todos Ltda.**, que vende productos de seguridad como alarmas, cámaras, etc., quienes solicitan que estos productos sean entregados a sus diferentes clientes.

La empresa vende y distribuye diferentes productos de la canasta familiar a los almacenes de cadena, mini mercados y tiendas de barrios. Dentro de sus productos principales de venta se encuentra el papel higiénico, jabón de baño, pañales, desodorantes, productos no perecederos, etc.

La estructura organizacional de la empresa es la siguiente:



La empresa cuenta con 110 trabajadores, de los cuales 20 son trabajadores independientes con contrato de prestación de servicios, distribuidos así: 12 realizan labores de mercadeo, 5 de mensajería, 2 de transporte y 1 de Administración de Mini Mercado. Los 90 restantes están con contrato a término indefinido. De acuerdo a los Requisitos Legales Colombianos, la empresa cuenta con un reglamento interno de trabajo el cual es utilizado solo en caso de que se presenten visitas de entidades gubernamentales.

En la empresa se han presentado las siguientes situaciones:

Mariana Ortega ingresó a la empresa el 02 de abril 2013 con amplia experiencia y conocimientos en el área de mercadeo, suscribió un contrato por prestación de servicios, inicialmente por 3 meses para realizar labores como mercaderista en la ciudad de Pereira, atendiendo las 10 sucursales del cliente “**Supermercado Plus SA**”, siendo este el único cliente que la empresa tenía en esta ciudad. El contrato de Mariana se prorrogó en repetidas ocasiones de manera verbal. Sus principales funciones eran la organización y suministro de productos en estantería y revisión de stock en bodega. Mariana debía realizar visitas a las 10 sucursales del cliente en el orden en que a ella estableciera según la necesidad de cada sucursal, en cada visita que ella realizaba, debía diligenciar y sellar una planilla donde la empresa Mensajería & Distribuciones verificaba el cumplimiento de su labor y el cual servía como soporte para el reconocimiento del transporte. Adicionalmente, la empresa **Mensajería & Distribuciones S.A.S.**, después de una solicitud realizada por el grupo de mercaderistas a nivel regional, decide entregarles dotación de 2 pantalones y 2 blusas (con logo de la empresa) con el objetivo de tener una buena presentación personal en las instalaciones de los clientes. Mariana organizaba su plan de trabajo del mes (horarios y días), este era informado al coordinador comercial quien realizaba visitas trimestrales, para validar el cumplimiento de los servicios contratados, este coordinador se reunía con el administrador de cada una de las sucursales, como también observaba las estanterías y en pocas ocasiones se veía con Mariana. Al ser trabajadora independiente, Mariana tenía la obligación de realizar los aportes correspondientes a la seguridad social, estos aportes eran realizados a través de una empresa que administraba dichos pagos.

El 01 de noviembre de 2014, la empresa **Supermercado Plus SA** de la ciudad de Pereira decide no continuar con los servicios prestados por Mensajería & Distribuciones SAS. Al no tener otro cliente y actividades para realizar en la ciudad de Pereira, la empresa le informa a Mariana de la no continuidad con el contrato por prestación de servicios. Sin embargo, la empresa le propone reubicarse en la ciudad de

Cali y continuar prestando sus servicios, propuesta a la cual ella no acepta por motivos personales y decide quedarse en Pereira. Mariana se encuentra inconforme con la decisión tomada por la empresa ya que ella tenía un trato muy cercano con el representante legal de la empresa quien le daba un trato familiar como a los demás empleados, ella refería que la empresa podía realizar otros contratos con otras empresas de la ciudad y aunque la empresa realizo varias propuestas estas no fueron aceptadas por las demás empresas. Al Director Comercial le comentaron que Mariana podría tomar retaliaciones contra la empresa argumentando que su contrato no era por prestación de servicios sino un contrato laboral.

Esta situación le ha generado una gran preocupación al Director Comercial, quien decide hablar con el Gerente Financiero y este a su vez le informa que también tiene una situación delicada con Andrea Benítez, una de sus trabajadoras.

Andrea Benítez suscribió contrato a término indefinido el 18 de octubre de 2009 con la empresa Mensajería & Distribuciones SAS, para el cargo de Auxiliar de Cartera, dentro de sus funciones se encuentra el recaudo de las cuentas por pagar de los clientes de la empresa. Otra de sus funciones es la de incluir las ventas realizadas por los vendedores en el sistema y así se puedan generar las comisiones por ventas correspondientes.

En agosto del año 2014, ingresó a la empresa Fernanda Morales con contrato de prestación servicios para la administración de un mini mercado que ha creado la empresa dentro de sus instalaciones. Fernanda Morales es la esposa del Gerente Financiero de la compañía. Desde su ingreso ha observado que la empresa tiene muchas oportunidades de mejora sobre todo en la parte administrativa y de recursos humanos.

Aprovechando el ingreso de Fernanda, Maria Tamayo la Auxiliar de Servicios Generales, decidió comentarle una serie de situaciones que se presentaron en cuanto al cumplimiento de las funciones de Andrea, como son:

- Para el ingreso de las ventas en el sistema que permiten el cargue de las comisiones de los vendedores, Andrea les pedía regalos o dinero para la gestión correspondiente, aún sin realizar la debida validación de que el cliente pueda o no obtener crédito para la venta.
- El uniforme destinado por la empresa, no fue usado de acuerdo al horario que se estableció al momento de su entrega.

De igual forma, Carlos Gutiérrez Auxiliar de Facturación, decidió comentarle a Fernanda la situación que vivió con Andrea hace un tiempo, donde ella le envió fotos desnuda a su celular y se le insinuó de “manera vulgar”, Carlos se negó a tal solicitud y al día siguiente de haber recibido las fotos, Carlos le informó al Gerente Financiero quien hizo caso omiso de esta situación. Andrea, al ver que Carlos no accedió a su pretensión, lo ha referenciado ante el Gerente Financiero como un mal trabajador. Así mismo, Carlos manifestó que observó varios errores técnicos cometidos por Andrea y que eran corregidos por ella misma de manera inadecuada, lo que pudo llevar a un riesgo financiero a la empresa.

Fernanda al conocer estas irregularidades quedó muy preocupada y se sintió impotente de no poder tomar medidas sobre Andrea, debido a que toda esta información fue notificada de manera verbal y sin pruebas contundentes. Sin embargo, al no tener la empresa un área encargada que pudiera resolver este tipo de conflictos, ella decidió darle a conocer estas situaciones a su esposo, el Gerente Financiero, para que en conjunto con el Gerente General de la compañía se tomen las acciones correspondientes.

RESUMEN DEL CASO

HECHOS:

- Mariana Ortega ingresó como trabajadora independiente a la empresa el 02 de abril 2013 finalizando con el contrato por prestación de servicios el 01 de noviembre de 2014. El contrato suscrito entre Mariana y la empresa inicialmente fue por 3 meses el cual se prorrogó en repetidas ocasiones de manera verbal.
- Dentro de los servicios prestados por Mariana estaban la revisión de stock en bodega, la organización y suministro de productos en estantería. Adicionalmente, Mariana debía realizar visitas a las 10 sucursales que tenía el cliente en la ciudad de Pereira, en cada visita debía diligenciar y sellar una planilla, la cual servía como soporte para validar el cumplimiento en el servicio prestado y como pago del transporte según lo pactado en el contrato. Teniendo en cuenta las visitas que debían realizar, el grupo de mercaderistas solicitaron un uniforme, con el objetivo de mantener una buena presentación personal ante los clientes.
- Mariana organizaba su plan de trabajo y ruta mensual según su disponibilidad de tiempo y necesidad del cliente; este plan de trabajo era informado al director comercial quien realizaba visitas comerciales a las diferentes ciudades cada 3 meses con el fin de evaluar la satisfacción del cliente.
- El único cliente ubicado en la ciudad de Pereira decide finalizar el contrato con la empresa Mensajería & Distribuciones SAS. Por esta razón la empresa le propone a Mariana reubicarse en la ciudad de Cali donde podría continuar prestando sus servicios como mercaderista. Mariana no acepta la propuesta, por lo cual la empresa decide finalizar el contrato, esto le causa inconformidad a Mariana, lo que genera una serie de comentarios en la empresa sobre las retaliaciones que podría tomar Mariana.
- Andrea Benítez suscribió contrato a término indefinido el 18 de octubre de 2009 con la empresa Mensajería & Distribuciones SAS, para el cargo de Auxiliar de Cartera, dentro de sus funciones se encuentra el recaudo de las cuentas por pagar de los clientes de la empresa e incluir las ventas realizadas por los vendedores en el sistema para generar las comisiones por ventas correspondientes.

- En agosto del año 2014, ingresó a la empresa Fernanda Morales, esposa del Gerente Financiero, quien se entera de diversas situaciones relacionadas con Andrea Benítez como: pedir regalos o dinero a los vendedores a cambio de incluir las ventas en el sistema y así se puedan generar las comisiones, sin realizar la debida validación de que el cliente pueda o no obtener crédito para la venta y distribución del producto; el uniforme entregado por la compañía como dotación, no era utilizado debidamente por parte de ella.
- Carlos Gutiérrez Auxiliar de Facturación, decidió comentarle a Fernanda la situación que vivió con Andrea, donde ella le envió fotos desnuda a su celular y se le insinuó de “manera vulgar”. Carlos se negó a tal solicitud por lo tanto Andrea ha realizado comentarios negativos sobre él ante el Gerente Financiero. Carlos le ha compartido al Gerente Financiero la situación que vivió con Andrea quien hizo caso omiso de la situación.
- Carlos ha manifestado que en diversas situaciones ha observado varios errores técnicos cometidos por Andrea, los cuales han sido corregidos por ella misma de manera inadecuada, lo que ha puesto en riesgo financiero a la empresa.
- La empresa no cuenta con un área encargada que pueda manejar las diferentes situaciones presentadas por Andrea de manera legal. Está preocupada en saber cómo proceder con un despido con justa causa.

POSICIÓN DE LA TRABAJADORA – MARIANA ORTEGA

- Mariana se siente inconforme con la decisión tomada por la empresa, al terminarle su contrato y considera que la empresa debió buscar nuevos contratos en la ciudad de Pereira para poder seguir con la labor contratada.
- El contrato por prestación de servicios que ella firmó con la empresa no es válido, debido a que las labores realizadas eran controladas a través de las planillas, la empresa entregaba un subsidio de transporte y solo se firmó un contrato inicial por escrito.
- Mariana considera que se cumplían con los tres elementos esenciales nombrados en el numeral 1 del artículo 23 del código sustantivo del trabajo: Prestación personal del servicio, pues ella misma realizaba la actividad contratada, se encontraba subordinada o dependía del empleador porque debía pasar planillas, programación de horarios, rutas y era observada por el coordinador de manera trimestral, además recibía un salario como retribución del servicio prestado de manera quincenal.
- Mariana cree que la utilización de un uniforme con el Logo de la empresa, hace parte de una dotación que se entrega solo al personal directo de una compañía.

POSICION DE LA EMPRESA – CASO 1 MERCADERISTA

- La empresa decide finalizar el contrato por prestación de servicios porque el único cliente que tenía en la ciudad de Pereira no seguiría con el contrato comercial y la empresa no tenía otra labor que brindarle a Mariana. La empresa propone reubicarla en la ciudad de Cali, pero ella no acepta tal solicitud.
- Mariana siempre realizó y su programación teniendo en cuenta sus horarios y tiempos de disponibilidad, los cuales eran informados a la empresa Mensajería & Distribuciones SAS, con el fin de notificar a su cliente final ***Supermercado Plus SA***. De igual forma la planilla de cumplimiento era un soporte de visitas que entregaría Mariana para validar el pago de transporte y de la prestación del servicio, esta información era utilizada por parte de la empresa para realizar la factura correspondiente a su cliente ***Supermercado Plus SA***. El pago de transporte que realizaba la empresa, no corresponde al auxilio de ley, por el contrario, fue un valor pactado con Mariana al momento de firmar el contrato para que ella pudiera movilizarse y ejercer sus actividades.
- Mariana no se encontraba subordinada ya que no tenía ningún jefe, su trabajo era realizado según sus conocimientos y procedimientos, nadie le indicaba lo que debía hacer cada día, solo había una persona que realizaba visitas cada tres meses para verificar que los puestos del producto se encontraran en buen estado y mantener una comunicación directa con los administradores de cada sucursal de ***Supermercado Plus SA***.
- El uniforme fue entregado a solicitud del grupo de mercaderistas, nunca por iniciativa de la empresa y tampoco se obligó a Mariana a portarlo los días en los que prestaba el servicio, era decisión de cada mercaderista si lo utilizaban o no.

POSICION DE LA EMPRESA CASO 2 – AUXILIAR DE CARTERA

- La empresa considera que Andrea Benítez está violando el numeral 5 del Art. 44 del Reglamento Interno de Trabajo establecido por la empresa, el cual menciona “Ejecutar los trabajos que le confien con honradez, buena voluntad y de la mejor manera posible”. Lo anterior se debe a que Andrea utiliza indebidamente su cargo de Auxiliar de Cartera pues le solicita regalos o dinero a sus compañeros para poder incluir sus ventas en el sistema y que así se le generen las comisiones que se pagan quincenalmente, sin tener en cuenta si el cliente tiene un buen manejo financiero y cuenta con el cupo que se requiere para poder vender y despachar productos.
- La empresa considera que Andrea está violando los numerales 2 y 3 del Art. 44 del Reglamento Interno de Trabajo establecido por la empresa, los cuales mencionan “Respeto a sus compañeros de trabajo” y “procurar completa armonía con sus superiores y compañeros de trabajo en las relaciones personales y en la ejecución de labores” pues está creando una mala imagen de Carlos Gutierrez a través de rumores donde lo muestra como mal trabajador, debido a que este no quiso acceder a sus pretensiones sexuales.
- Basados en el artículo 230 del Código Sustantivo del Trabajo, la empresa le entrega en los tiempos establecidos al personal administrativo una dotación para la buena presentación personal e identificación corporativa, debido a que sus salarios no superan los dos SMLV, por lo tanto, tienen derecho a que el empleador entregue de manera gratuita par de zapatos y vestuario. Sin embargo, Andrea no está acatando el cumplimiento en el horario establecido por la Gerencia General en cuanto al uso del uniforme.

POSICION DE LA TRABAJADORA - ANDREA BENITEZ

- La empresa no tiene un área constituida para realizar los trámites de despido o descargos de manera correcta, por lo tanto, Andrea considera que el procedimiento que se manejaría en su caso podría ser perjudicial para ella, pues las decisiones serian tomadas a criterio personal de los jefes inmediatos sin tener en cuenta que se debe realizar un debido proceso disciplinario antes de tomar una decisión final.
- Andrea considera que Carlos no tiene como comprobar la información sobre el acoso sexual que él dice ha sido víctima por parte de ella, así como no tiene como comprobar los rumores negativos que se han generado sobre él.
- Andrea solicita que la empresa debe realizar el análisis detallado sobre su situación y la de su compañero para validar y entender si realmente ha sido provocada por ella y no por él.
- Andrea considera que el diseño de los uniformes entregados por la compañía no fue socializado con las trabajadoras que los utilizarían y no se tuvo en cuenta la forma de sus cuerpos, por tal motivo, no se siente cómoda al utilizarlo, debido a que se siente apretada y poco presentable.
- Andrea considera que sus compañeros quieren generar una mala imagen de ella frente a sus superiores, pues están inventando el tema de los obsequios y dineros solicitados por ella para el cumplimiento de sus funciones. Ella refiere que de ser cierto lo que afirman, se debería realizar algún tipo de proceso, pues están convirtiéndose en cómplices al permitir que esto suceda con el objetivo de obtener un beneficio propio como es el registro de una venta.

DESARROLLO DEL CASO

Con el objetivo de resolver estos casos de estudio, debemos realizar una valoración de los conceptos más relevantes y algunos argumentos jurídicos que el Estado y sus Leyes han desarrollado para los temas de acoso laboral, contratos por prestación de servicios, auxilio de transporte, dotación, debido proceso disciplinario y falta de estructura organizacional en una compañía.

- **CONTRATO POR PRESTACION DE SERVICIOS**

Existe actualmente jurisprudencia y leyes que hablan del contrato por prestación de servicios, de alguna forma son situaciones demandadas o tuteladas donde este contrato se ha des configurado, sin embargo, la ley que lo regula causa diversas confusiones tanto en trabajadores como empleadores teniendo en cuenta que esta información se encuentra dispersa en uno y otro artículo por ejemplo en el código civil y comercial. El artículo 3 de la ley del 80 de 1993 define el contrato por prestación de servicios como “Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializado. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.

También, el Artículo 968 del decreto 410 de 1971 o también llamado código de comercio lo define como “El suministro, es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios”. Por otro lado, el Artículo 1495 y 2063 del código civil lo define como “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”.

El contrato de prestación de servicios se rige por el código **civil y comercial** y no se encuentra sujeto a la legislación del trabajo es decir que no trae consigo un vínculo laboral ya que no existe una relación directa entre empleador y trabajador por lo que no genera pago de prestaciones sociales, según estas características la empresa Mensajería & Distribuciones SAS cuenta con criterios competentes a su defensa de no des configuración del contrato que se celebró con Mariana.

Esto es validado con el concepto 207209 (Julio 14 del 2011) del Ministerio de la Protección Social donde dice que “En este sentido y para efectos del tema consultado, debemos señalar que el contrato de prestación de servicios forma parte de una amplia variedad de contratos en los cuales las partes podrán, a criterio de los interesados y con base en las disposiciones legales existentes, acordar aspectos como objeto, condiciones y calidad del servicio, sanciones en caso de incumplimiento, remuneración por los servicios prestados y el tiempo de ejecución, toda vez que la legislación laboral no establece procedimientos ni condiciones especiales en un contrato de prestación de servicios. De conformidad con lo anterior, los contratos de prestación de servicios se encuentran regulados en las normas del Código Civil y del Código de Comercio, especialmente cuando se suscribe entre personas de derecho privado, bien sean naturales o jurídicas, motivo por el cual son las partes quienes definirán si aceptan las obligaciones inherentes al contrato y se ciñen a los términos que el acuerdo estipula. Se colige de lo anterior que es el mismo contrato el que estipula las obligaciones y responsabilidades entre las partes, pero bajo este supuesto se entiende que quien presta el servicio solo recibe sus honorarios en las condiciones pactadas sin que pueda reclamar salario, prestaciones o liquidación final al terminar el contrato”.

Los conceptos anteriormente nombrados son utilizados por la empresa a su defensa sin embargo, el haber firmado un contrato sea cual sea lo pactado, si el contrato por prestación de servicios cumple con los requisitos para que se genere una relación de tipo laboral, en las condiciones del Artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, i) actividad personal del trabajador, ii) continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, y iii) salario como retribución del servicio, nace entre las partes un vínculo laboral con las respectivas obligaciones que se derivan de todo contrato de trabajo, esto es, el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, seguridad social e indemnizaciones que se causen, al momento de la terminación del contrato de trabajo. El contrato se des configura y se nombraría un contrato realidad y la primacía de la realidad sobre el contrato escrito sea cual fuere lo pactado y aunque este haya sido firmado por Mariana no tendría validez como lo nombra la sentencia **T-180 del 2000**: *“Ahora bien, lo determinante para que se configure la relación laboral y para que nazcan las correspondientes obligaciones en cabeza del patrono es la concreta y real prestación de servicios remunerados en condiciones de dependencia o subordinación. (...) Por ello, el contrato de trabajo no tiene que constar por escrito, lo cual significa que la existencia jurídica del vínculo laboral no está ligada a documento alguno sino a la relación efectiva. El documento suscrito por las partes solamente sirve para regular con mayor precisión las relaciones recíprocas, laborales y económicas, en un plano de libre y voluntario acuerdo. Pero, si no lo hay, no por ello desaparece ni se desdibuja el*

convenio, ni pierden vigencia los derechos de la parte más débil en el mismo -el trabajador- pues las normas constitucionales y legales, que son de orden público, vienen a suplir las estipulaciones contractuales.”

Existe múltiple jurisprudencia que habla al respecto, son muchas las inconformidades de las personas hacia este contrato y el conocimiento de muchos de los independientes les ha llevado a hacer valer sus derechos y a que sean pagados valores que se dejaron de percibir.

Un elemento que se destaca en la jurisprudencia y conceptos jurídicos que desdibuja el contrato por prestación de servicios y que la empresa tendrá que demostrar que esta no se dio es la subordinación o dependencia del empleador, la sentencia C-154/97 nos habla de este elemento que determina la diferencia entre un contrato laboral y de prestación: *“El elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente. Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo”*

La Sentencia T-761A/13 nombra los tres elementos que son constitutivos del contrato de trabajo y que son nombrados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 1 de la Ley 50 de 1990 donde define que *“Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.”*

Aunque sean 3 los elementos constitutivos del contrato de trabajo los conceptos y jurisprudencia nombrada dan mucho valor a uno de ellos, y es la continua subordinación vista desde las tareas encomendadas, el cumplimiento de horarios e imposición de reglamentos, no se relacionan con la naturaleza del contrato por prestación de servicios donde se podrán celebrar acuerdos, condiciones y calidad de

servicio, las sanciones de las que habla el código civil y de comercio en caso de incumplimiento por cualquiera de las partes, se estipulan obligaciones y responsabilidades, observamos en contrato de trabajo una remuneración del servicio como salario, en el contrato por prestación de servicio solo recibe los honorarios que se pactaron en las condiciones en las que ambos estuvieron de acuerdo, por esta razón el prestador del servicio no podrá hacer reclamo de un salario, prestaciones sociales o liquidación por haber terminado el contrato es decir no habrá una des configuración del contrato por prestación de servicios.

Mariana no se encontraba en continua subordinación, el código sustantivo del trabajo en su artículo 23 nombra la palabra “Continua” para referirse que la subordinación debe estar todo el tiempo mientras la persona se encuentra realizando la labor, se entendería que Mariana cumplía con orientaciones técnicas y si bien es un contrato por prestación de servicio la empresa debía verificar que la labor contratada se estuviera realizando sin imponer ningún tipo de horarios, sin supervisores constantes ni imposición de rutas o programación de trabajo.

- **AUXILIO DE TRANSPORTE**

Mariana hace referencia a dos factores que son importantes y manejados en un contrato laboral como lo es el auxilio de transporte y el Uniforme entregado por la empresa. El auxilio de transporte “es el beneficio, en dinero o en servicio que recibe el trabajador para poder desplazarse de su residencia al sitio de trabajo, y viceversa”⁴. Este beneficio se encuentra regulado por la Ley 15 de 1959, el D.R. 1258 de 1959 y el D. 25 de 1963.

El empleador debe pagar auxilio de transporte a los trabajadores particulares, empleados públicos y trabajadores oficiales que devengan hasta dos veces el salario mínimo legal mensual vigente, siempre que estos laboren en lugares donde se preste el servicio público de transporte (urbano o rural) y deban utilizarlo para desplazarse de su residencia al sitio de trabajo, sin tener en cuenta la distancia ni el número de veces al día que deba pagar pasajes.⁵

Según lo especificado en anteriores párrafos el Auxilio de transporte no aplica al contrato por prestación de servicios y tiene valores fijos entregados de manera anual,

⁴ Victor, J. Diaz. (2011). Administración de personal y liquidación de nómina. Barranquilla: 4a. Edicion.p.157

⁵ Victor, J. Diaz. (2011). Administración de personal y liquidación de nómina. Barranquilla: 4a. Edicion.p.160

este beneficio se encuentra contemplado en la legislación laboral y el contrato por prestación de servicios por el código civil.

Se entiende que es posible que las partes contemplen cubrir los gastos de movilización y este no tiene que ver con lo nombrado en la Ley 15 de 1959 que reglamenta el auxilio de transporte, así que el valor que se pacte puede ser mayor o menor según el criterio de cada uno. Siempre que el contrato se esté manejando de manera real como prestación de servicios.

- **DOTACIÓN**

La entrega de uniforme o dotación sería prueba de subordinación por parte del patrono ya que la entrega de este generaría obligación de utilizar el uniforme en las jornadas en las que se presta el servicio, así el trabajador lo apruebe o no. En el caso de Mariana ella junto a al grupo de mercaderistas solicitan la entrega del uniforme y la empresa no hace alguna clase de control sobre la utilización de este tampoco su uso es obligatorio.

El calzado y overol es una prestación, denomina también “dotación”, busca aliviarles a los trabajadores de bajos ingresos la carga de utilizar sus atuendos personales en la prestación del servicio contratado, así como también proporcionarles a los trabajadores la vestimenta apropiada de acuerdo con la labor desempeñada. ⁶

Encontramos también en la Sentencia C 995/00, “La dotación de calzado y vestido de labor como obligación a cargo del empleador y a favor del trabajador, tiene la naturaleza jurídica de prestación social en cuanto consiste en un pago en especie hecho con el fin de cubrir la necesidad de indumentaria que se origina en la misma relación laboral”

Las sentencias y definiciones que se evidencian nos muestran la obligación por parte del empleador de entregarle a sus trabajadores una dotación y de los trabajadores de utilizarlo, en la lectura no se observa que el hecho de ser entregado un uniforme pueda desvirtuar un contrato por prestación de servicios y si este no cumple con el procedimiento del cual habla en el Artículo 230 del código sustantivo del trabajo donde se obliga al empleador que ocupe (1) o más trabajadores permanentes deberá suministrar cada (4) meses, en forma gratuita, (1) para de zapatos y un (1) vestido de

⁶ Marcucci, C.. (2005). Panorama contextualizado del derecho laboral sustancial Colombiano. Bogotá: Universidad Cooperativa de Colombia.p.159

labor al trabajador que cuya remuneración mensual sea hasta (2) veces el salario mínimo mas alto vigente. El contrato por prestación de servicios manejado por **Mensajería & Distribuciones S.A.S** no ha realizado el procedimiento del cual habla el código sustantivo del trabajo ni tampoco obliga al trabajador a utilizar el uniforme como lo exige el Artículo 233 del mismo código “El trabajador queda obligado a destinar a su uso en las labores contratadas el calzado y vestido que le suministre el patrono”.

- **ACOSO LABORAL**

La Ley 1010 de 2006 en su Art. 2, define al acoso laboral como toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado; trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo.

La investigadora Maria Jose Baguena de España, define el acoso laboral como “boicotear a una persona en su trabajo; por una parte no proporcionarle información suficiente para que desempeñe su trabajo, asignarle tareas insuficientes o incluso dejarle sin trabajo. Por otra parte, aislar al trabajador socialmente, decir mentiras, levantar rumores, acosarle o amenazarle”⁷. Así mismo está definido en el Art. 7 literal C de la Ley 1010 de 2006, donde nos define que los comentarios hostiles y humillantes de descalificación profesional expresados en presencia de los compañeros de trabajo hacen parte de una conducta constituyente de acoso laboral.

La Sentencia T-882/06 habla de cómo el acoso laboral vulnera el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas. La Corte Constitucional ha considerado que la persecución laboral constituye un caso de vulneración del derecho fundamental a gozar de un trabajo en condiciones dignas y justas.

Uno de los precursores en materia de acoso laboral, el señor Leymann, indica que los comportamientos que pueden constituir acoso laboral son, entre otros, los siguientes: ataques verbales, insultos, ridiculización, críticas injustificadas, desacreditación profesional, amenazas constantes de despido, sobrecarga de trabajo, aislamiento social,

⁷ Hemeroteca ABC. Página web: http://www.abc.es/hemeroteca/historico-14-07-2007/abc/Valencia/los-hombres-sufren-casos-mas-graves-de-acoso-laboral-que-las-mujeres_1634230711059.html

falsos rumores, acoso sexual, no tener en cuenta problemas físicos o de salud del trabajador y hasta agresiones físicas⁸.

La Sentencia T-882/06 también señala que “los jueces ordinarios han creado unas líneas jurisprudenciales que pueden ser considerados como criterio auxiliar de interpretación en el presente asunto. En tal sentido, los jueces han entendido que el acoso laboral (i) constituye un atentado contra la integridad moral de las personas a quienes se someten a tratos degradantes, y por ende, configura una violación a la Constitución; (ii) se presenta cuando una persona se ve sometida por otra u otras en su lugar de trabajo a un conjunto de comportamientos hostiles; (iii) comprende diversas formas de maltrato físico o verbal que recibe el trabajador, de forma deliberada, por sus superiores o compañeros, lo cual conduce a su aniquilamiento psicológico, y en últimas, conlleva a su salida de la empresa u organización; (iv) los comportamientos hostiles deben ser examinados en conjunto, pues tomados aisladamente pueden parecer anodinos; (v) normalmente, la parte hostigadora cuenta con todos los recursos, por encontrarse en una posición de superioridad jerárquica; y (vi) no se trata de un simple conflicto laboral, inevitable en cualquier organización, sino de una práctica que causa perjuicios psíquicos y físicos al agredido, usualmente bajo la forma de estrés laboral”.

Por lo anterior, la Sentencia T-882/06 definen que “el acoso laboral constituye una práctica, presente en los sectores público y privado, mediante la cual de manera recurrente o sistemática se ejercen contra un trabajador actos de violencia psicológica, que incluso pueden llegar a ser físicos, encaminados a acabar con su reputación profesional o autoestima, agresiones que pueden generar enfermedades profesionales, en especial, “estrés laboral”, y que en muchos casos inducen al trabajador a renunciar”.

Uno de los objetivos de la Ley 1010 de 2006, es definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión y maltrato desconsiderado y ofensivo que se ejercen contra trabajadores, para esto es de vital importancia que toda empresa cuente con un reglamento interno de trabajo bien estructurado, el cual es divulgado a todos sus trabajadores antes de iniciar labores, donde se prevé los mecanismos de prevención de conductas de acoso laboral y se establece un procedimiento confidencial para superar las conductas que ocurran dentro de la jornada laboral. Es decir que las medidas que trata la Ley 1010 de 2006 son de carácter administrativo y no mecanismos judiciales de protección de los derechos fundamentales del trabajador.

Estudios han evidenciado la existencia de 3 tipos de acoso laboral⁹:

⁸ Sentencia T-882 de 2006

Tipo Ascendente: Es en el que un individuo que manifiesta un rango jerárquico superior en la empresa se ve atacado por uno o varios empleados.

Tipo Horizontal: Es en el que un individuo de mismo nivel es acosado o atacada por otros miembros pares de la empresa.

Tipo Descendente o “Bossing”: Es uno de los tipos de acoso más frecuentes, debido a que se presenta de un jefe a un subalterno, conducta que exhibe el poder a través de ofensas, falsas imputaciones e incluso humillaciones.

En el caso de Andrea Benítez, podemos identificar que ella está ejerciendo acoso laboral de tipo horizontal, pues su compañero Carlos está a su mismo nivel. Adicionalmente, esto también nos indica que nadie está exento a vivir una situación de acoso laboral en la empresa. Tanto jefes como empleados pueden ser objeto de esta circunstancia y no es necesario ser subordinado para vivirla.

Una de las problemáticas laborales análogas al acoso laboral, es el acoso sexual, el cual es definido como toda actuación verbal o física de naturaleza sexual desarrollada en el ámbito de una empresa, por parte de un individuo que sabe o debe saber que es humillante o no deseada por la víctima¹⁰. Este tipo de actos se presentan para inducir al trabajador en un vacío, es decir una degradación y posterior abandono del lugar de trabajo. Acto que podemos observar ha realizado Andrea Benítez con su compañero a través de mensajes de texto por celular.

Estudios indican que para las mujeres es más fácil informar de un acoso laboral o sexual por parte de su empleador o compañeros de trabajo que para un hombre que lo hace solo cuando el acoso ya está consolidado. Se han evidenciado diferencias en el estilo de acoso, según el acosador sea hombre o mujer¹¹. Las principales diferencias son:

Si el acosador es hombre: El estilo de acoso es más directo y suelen ser protagonistas de ese acoso. Algunas de las acciones de acoso que suelen realizar son las siguientes:

- Ignorar a la víctima y no dirigirla la palabra.
- Amenazarla y presionarla.

⁹ Prevención del Acoso Laboral en las Pymes. Pág. 18

¹⁰ Prevención del Acoso Laboral en las Pymes. Pág. 13

¹¹ El Mobbing. Página web: <http://www.elmobbing.com/diferencias-acoso-hombre-mujer-mobbing>

- Atacar su vida personal, sus creencias religiosas y políticas, su estilo de vida y sus características personales.
- Burlarse de la víctima y tomarle el pelo.
- Interrumpirle cada vez que habla.

Si el acosador es mujer: El estilo de acoso es indirecto y más sutil. Normalmente intentan conseguir la colaboración de los demás en el acoso, de manera que aíslan a la víctima sin ser protagonistas del maltrato. Algunas de las acciones de acoso que realizan las mujeres son las siguientes:

- Ridiculizar a la víctima.
- Hablar mal a su espalda y difundir rumores.
- Criticar su trabajo, sus características personales, sus creencias y su estilo de vida, ya sea con datos reales o inventados.
- Hacer alusiones difusas.

Sin embargo, existen tácticas generales que son utilizadas para oprimir a la víctima en un acoso psicológico¹².

- Vociferar, escandalizar, someter o denigrar a la víctima cuando está sola o en compañía de otras personas.
- Despojarle de áreas de competencia clave, dándole a cambio tareas repetitivas, sin utilidad o inclusive ningún trabajo que efectuar (hasta que se disguste y se vaya)
- No hacerle caso o apartarle, hablando solamente a un tercer individuo presente, aparentando su no existencia o su no comparecencia física en la oficina o en las reuniones que presencia (como si no fuera visible).
- Inmovilizar información trascendental para su trabajo o manejarla para incitarle a error en su cometido laboral, y culparle después de abandono o faltas profesionales.
- Criticar permanentemente su trabajo, sus ideas, sus proposiciones, sus remedios, etc., ridiculizándolos o haciendo parodias de ellos y no tener en cuenta sus triunfos.

¹² Prevención del Acoso Laboral en las Pymes. Pág. 16

- Asaltar la intimidad del acosado entrometiéndose en su email, su teléfono, examinando sus escritos, armarios, quitando hábilmente elementos esenciales para su trabajo.

Muchas de estas tácticas son las que se han observado por parte de Andrea hacia su compañero de trabajo, una vez el rechazo su solicitud sexual. Por lo cual se ha empeñado en hablar mal de él y denigrar su trabajo ante los jefes inmediatos.

De acuerdo a un artículo publicado por el periódico El País en el año 2013, Colombia es uno de los pocos países de América Latina que tiene una legislación para denunciar el acoso laboral¹³. Aun teniendo esta legislación, muy pocas personas se atreven a realizar las denuncias respectivas, debido a la cantidad de materiales probatorios que se deben presentar para que sea válida la denuncia.

Aproximadamente el 65% de las denuncias que se instauraron en el año 2013 en el Ministerio del Trabajo, no son válidas por la falta de pruebas, por lo cual los trabajadores se arriesgan a continuar trabajando en estas empresas, aún con las retaliaciones de sus agresores y corriendo el riesgo de ser despedidos.

Beatriz Eugenia Guzman, asesora de AB Consulting, informa que la prevención de acoso laboral, es un terreno en el que apenas las empresas colombianas, están madurando y no hay una experticia en el manejo del tema. Desde el año 2006 al año 2013, solamente se habían registrado en la Procuraduría General de la Nación 444 investigaciones disciplinarias¹⁴.

La Corte Constitucional reitera que la protección contra el acoso laboral debe abarcar a trabajadores tanto de empresas públicas como privadas, pues se trata de una garantía al trabajo digno y justo.

Por tal motivo, es muy importante que toda empresa suministre un ambiente o entorno laboral seguro, donde sus trabajadores puedan desarrollar sus actividades. El acoso en el entorno laboral es un riesgo psicosocial pues hace vulnerable al trabajador el cual

¹³ Periódico El País. Año 2013. Página Web: <http://www.elpais.com.co/elpais/colombia/noticias/colombia-pionero-ley-bullying-o-acoso-laboral>

¹⁴ El Acoso Laboral en Colombia: Conceptualización, Caracterización y Regulación. Pág. 10.

puede empezar a sufrir de riesgos laborales como accidentes, enfermedades, etc. Por lo tanto, se sugiere realizar las prevenciones respectivas las cuales están en 3 fases¹⁵:

Prevención Primaria: Consiste en cambiar los elementos del entorno de trabajo a fin de minimizar las probabilidades de acoso laboral. Para esto se requiere evaluación de riesgos que identifique los rasgos de la empresa y la población más vulnerable. La empresa debe suministrar los medios necesarios y apropiados para tal fin, como:

- Comunicación y capacitación en temas de acoso laboral.
- Manuales o procedimientos que amplíen la información sobre consecuencias del acoso en temas de salud y calidad de vida.
- Normas éticas donde la empresa informe sobre la no tolerancia de conductas poco éticas e improcedentes.
- Clausulas en los contratos donde informe de las sanciones pertinentes en caso de acoso laboral.

Las empresas y en especial las PYMES, deben tomar acciones preventivas las cuales deben orientarse a la solución de los problemas y a impedir una posible enfermedad asociada.

Prevención Secundaria: Cuando ya se presenta el acoso laboral, las empresas pueden recurrir a otro tipo de personas de confianza que sirvan de mediadores, donde las partes se sientan en confianza de contar su situación y se pueda sugerir una solución objetiva.

Prevención Terciaria: Cuando el acoso ha generado una secuela de grandes proporciones en el trabajador en cuanto a la salud, la empresa debe tomar medidas que ayuden a recuperarlas. Esta prevención tiene una mezcla de varias áreas como la sanitaria, recomendación psicológica y rehabilitación; es claro que todo caso grave de salud comprobada de un trabajador debe ser tratado con medicamentos y psicoterapia.

Para nuestro caso, en la empresa Mensajería & Distribuciones SAS, no se evidencian estos tipos de prevenciones, debido a que no existe un área estructurada que pueda trabajar y aplicar estos temas en sus colaboradores.

¹⁵ Prevención del Acoso Laboral en las Pymes. Pág. 32

- **DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO**

El artículo 29 de la Constitución Política enuncia que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas. Sin embargo, el derecho al debido proceso comprende no sólo el cumplimiento de los pasos que la ley impone a los procesos judiciales y a los procesos administrativos, sino también el respeto a las formalidades propias de cada juicio, que se encuentran contenidas en los principios que los inspiran y las calidades de los jueces y funcionarios encargados de resolver los casos.

La sentencia T-075A de 2011, reitera la obligación que se impone al empleador de indicar los motivos por los cuales se dará terminación al contrato de trabajo con justa causa, sin que le sea posible alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial. Lo anterior, es porque tiene dos propósitos, por un lado, garantizar al trabajador el derecho a la defensa y por otro lado impedir a los empleadores que despidan sin justa causa, alegando un motivo sin fundamento, con el objetivo de evitar indemnizarlos.

La sentencia C-593 de 2014 de la Corte Constitucional ha sostenido que es “indispensable que los entes de carácter privado fijen unas formas o parámetros mínimos que delimiten el uso de este poder y que permitan al conglomerado conocer las condiciones en que puede o ha de desarrollarse su relación con éstos. Es aquí donde encuentra justificación la existencia y la exigencia que se hace de los llamados reglamentos, manuales de convivencia, estatutos, etc., en los cuales se fijan esos mínimos que garantizan los derechos al debido proceso y a la defensa de los individuos que hacen parte del ente correspondiente”. De igual forma se especifica que en dichos reglamentos las etapas procesales sean previamente definidas, de lo contrario la imposición de sanciones quedaría sujeta a la voluntad de quienes tiene la función de solucionar conflictos de los implicados. Así mismo, asegura que los procedimientos deben contener al menos lo siguiente: “La comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas posibles de sanción; la formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias; el traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados; la indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular sus descargos, controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos; el pronunciamiento definitivo de las autoridades competentes mediante un acto motivado y congruente; la imposición

de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y la posibilidad de que el encartado pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones”.

De acuerdo a lo establecido en sentencia de la Corte Suprema en mayo de 2005, es importante aclarar que el despido no es una sanción disciplinaria, debido a que esta tiene como objetivo disciplinar y corregir, cosa que no se haría cuando se toma la decisión de despedir al trabajador. Por el contrario, se debe analizar como la facultad que otorga la Ley al empleador para tomar una decisión

Para finalizar, es importante tener en cuenta que la sentencia C-593 de 2014, insiste en los requisitos del procedimiento disciplinario existentes e introduce la obligación a las empresas de establecer y publicar el procedimiento disciplinario, con el fin de garantizar al trabajador los derechos al debido proceso y a su defensa. En la empresa Mensajería & Distribuciones SAS, no se conoce un procedimiento como tal para cuando se va a despedir un trabajador con justa causa.

Teniendo en cuenta las situaciones que se encuentra manejando la empresa **Mensajería & Distribuciones S.A.S** y que de alguna forma se han desprendido de un manejo no apropiado de los temas en legislación laboral que pueden llegar a ser de difícil manejo, por la construcción de bases débiles en cuanto a estructura organizacional y la ausencia de un departamento esencial en toda empresa como es el área de Gestión Humana. Es importante complementar la anterior información jurídica con teoría que no solo aportaría a la organización de esta empresa sino también a la solución y prevención de problemas jurídicos utilizando los debidos procesos.

Teniendo en cuenta lo anterior es necesario conocer el significado de estructura organizacional y de gestión humana para identificar la importancia que tienen dentro una empresa.

- **Estructura Organizacional:** La capacidad de una organización de estructurarse y reestructurarse para adaptarse a condiciones internas y externas cambiantes es importante para aumentar al máximo el desempeño organizacional. A diferencia de otras capacidades la estructuración y reestructuración de una organización no sucede formalmente de manera constante, pero siempre hay adaptaciones de la estructura. Por estructura organizacional se entiende la capacidad de una organización de dividir el trabajo y asignar funciones y responsabilidades a

personas y grupos de la organización, así como el proceso mediante el cual la organización trata de coordinar su labor y sus grupos¹⁶.

- **Recursos Humanos:** La gestión de los recursos humanos comprende la planificación, ejecución y supervisión de la fuerza laboral de la organización. Otra manera de considerar los recursos humanos de la organización es en términos de “capital humano” expresión que se refiere a los conocimientos y las aptitudes de la fuerza de trabajo. Puede verse claramente que los recursos humanos de toda organización constituyen su activo más valioso¹⁷.

- **EMPRESAS FAMILIARES**

De acuerdo a una investigación realizada por el Instituto de la Empresa Familiar de Colombia (IEFAC), una empresa familiar es aquella donde una o más familias tienen la mayoría de la propiedad accionaria y/o el control de las decisiones estratégicas.

Las empresas familiares abarcan el 70% y 96% de todas las empresas del mercado a nivel internacional. La globalización ha incrementado la presencia en el mercado de estas empresas en todos los tamaños y tipos, lo que ha permitido la expansión de las operaciones internacionales, generando ventajas competitivas como la diversificación geográfica y la multiactividad. En este sentido las empresas familiares presentan características que pueden usar de manera efectiva en sus inversiones en el exterior: Mayor flexibilidad, rapidez y visión de largo plazo, que favorecen la toma de decisiones¹⁸.

La particularidad de estas empresas es que están relacionadas con la familia, lo que las hace diferentes a las empresas no familiares, fundamentalmente por el grupo de personas que intervienen en la conformación del tipo de empresa. Entre las diferencias más notorias y evidentes encontramos:

¹⁶ Lusthaus, C., Adrien, M., Anderson, G., Carden, F., & Montalván, G. (2002). Evaluación Organizacional. Ottawa, Canadá: Banco Interamericano de Desarrollo. Pag.53

¹⁷ Lusthaus, C., Adrien, M., Anderson, G., Carden, F., & Montalván, G. (2002). Evaluación Organizacional. Ottawa, Canadá: Banco Interamericano de Desarrollo. Pag.60

¹⁸ Gerardo Jiménez Vallejo. (2009). La Empresa Familiar Su Importancia y Vigencia. Colombia: IEFAC

- La manera en que se exhibe el poder en la primera y segunda generación es más fuerte que en las otras, debido a la duración e intensidad en que se ejerció la labor como cabeza principal del negocio.
- En las empresas familiares los accionistas son personas activas y que se encuentran vinculadas laboralmente con la empresa.
- La evolución en la segunda y tercera generación en cuanto al desarrollo de la empresa.

Por lo anterior se puede afirmar que la naturaleza de una empresa familiar está basada principalmente en:

- La presencia de la familia.
- Que existan los tres subsistemas: familia, propiedad y gerencia.
- La continuidad de generación tras generación, persiguiendo el sueño del propietario fundador.

Según el artículo 2 de la Ley 590 del 10 de Julio del 2000, se entiende por micro, pequeña y mediana empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, que respondan a ciertos parámetros establecidos, para nuestro caso la empresa **Mensajería & Distribuciones S.A.S** cumple con esta definición y con los siguientes parámetros:

1. Mediana Empresa:

- a) Planta de personal entre cincuenta y uno (51) y doscientos (200) trabajadores.
- b) Activos totales por valor entre cinco mil uno (5.001) y quince mil (15.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

De acuerdo a una investigación realizada a las Pymes en la ciudad de Bogotá, se evidencia la importancia de este tipo de empresas en nuestro País y lo significativo que ha sido para su progreso el área de Gestión Humana. “Las MIPYME (micro, pequeñas y medianas empresas) juegan un rol clave en la economía colombiana. “Representan el 96,4% del número de establecimientos en Colombia, aportan con el 63% del empleo nacional; con el 45% de la producción manufacturera, el 40% de los salarios y el 37% del valor agregado. Son más de 650.000 empresarios cotizando en el sistema de seguridad social”. (businesscol.com, 2007). Este estudio empírico en un grupo de pymes Bogotanas, muestra el estado en la gestión direccionada de la cultura y estructura

organizacional y su impacto en otras variables, como innovación y conocimiento, gestión humana, asociatividad, comunicación e información y gerencia estratégica, que son manejadas obligatoriamente por la alta gerencia de las organizaciones, así como su impacto con la utilidad operacional como medida fundamental al aporte de riqueza a los stakeholders de una empresa”¹⁹.

Evidenciamos la necesidad que tiene una empresa de contar con una adecuada estructura organizacional que incluya el área de Gestión Humana para el crecimiento y organización; esta área no solo se encarga de temas motivacionales, una de sus actividades principales es establecer los procesos y funciones que se requieren para su buen funcionamiento. En la empresa Mensajería & Distribuciones SAS no cuentan con varios procesos entre ellos el de selección y contratación lo que ocasiona que no se elija el personal idóneo y se pacten contratos omitiendo información relevante de la Legislación Colombiana. Así mismo el área de Gestión Humana trabaja utilizando mecanismos para prevenir el acoso laboral entre sus trabajadores y en caso de que se presente algún tipo de situación relacionada con este tema pueda brindar la mejor solución, basándose en la legislación laboral.

Como se ha mencionado anteriormente, evidenciamos que existe deficiencia en los diferentes procesos que pueden manejar las Pymes. Se demostró en un estudio realizado en la ciudad de Barranquilla que “En las pymes, el sistema de contratación se basa más en la amistad y la recomendación directa que en un exhaustivo proceso de selección, por lo cual es importante determinar en futuras investigaciones las consecuencias de este tipo de contratación. Este tipo de procedimiento, si así se le puede llamar al sistema de contratación utilizado por las pymes, fue evidenciado en las diferentes empresas encuestadas, y se hace necesario que, ante la perspectiva de la consolidación de los tratados de libre comercio en los próximos años, las pymes se fortalezcan y sigan siendo aún más competitivas”²⁰. Este estudio resalta la necesidad de adoptar procesos internos que le garantice a estas empresas sobrevivir ante mercados fuertemente competitivos y que cada área se encargue de sus procesos fortaleciéndolos.

¹⁹ Pérez, R. (2007, diciembre). Estructura y cultura organizacional en la Pyme Colombiana: análisis en empresas Bogotanas. Cuadernos de administración, 38, 13.

²⁰ Naranjo, R. (2012, marzo). El proceso de selección y contratación del personal en las medianas empresas de la ciudad de Barranquilla (Colombia). Universidad del Norte, 32, 83-114.

SOLUCIÓN DEL CASO

Teniendo en cuenta toda la información en fuentes de teoría mostradas con anterioridad, los análisis de los casos y el conocimiento adquirido en materia laboral, consideramos lo siguiente:

1. Para el caso de Mariana Ortega, consideramos que las acciones que ella pueda tomar contra la empresa no son válidas, debido a que la empresa procedió correctamente en el manejo del contrato por prestación de servicios, pactado inicialmente, pues no existía una subordinación por parte del encargado del área comercial en la ciudad de Pereira, lo que no desvirtuaría el contrato por prestación de servicios a un contrato realidad por parte de Mensajería & Distribuciones SAS.
2. Mariana Ortega infiere que el auxilio de transporte que le entregaba la empresa hacía parte de un contrato laboral, sin embargo, consideramos que la empresa no entregaba un auxilio de transporte como lo especifica la Ley 15 de 1959, sino un auxilio de movilización que había sido pactado entre las partes y no cumple con el valor anual establecido por la Ley, por lo tanto, consideramos que esta declaración no desvirtúa el contrato de prestación de servicios.
3. La empresa Mensajería & Distribuciones SAS, entregó un uniforme a todas las mercaderistas a solicitud de ellas, sin generar algún tipo de obligación en el uso de este. De acuerdo a lo anterior, se considera que la entrega de este uniforme no genera un vínculo laboral entre la empresa y Mariana, debido a que estaba a potestad de Mariana utilizarlo y no se realizaba ningún tipo de seguimiento.
4. Al no tener un área encargada de afiliación y contratación, la empresa cometió un error al omitir un paso requerido para los trabajadores independientes que tengan duración superior a 1 mes en su prestación de servicio. La empresa debió afiliarse a Mariana Ortega ante la ARL como trabajador independiente. Por lo tanto, deberá validar con el área jurídica si debe acarrear con el pago de una multa por la omisión y no afiliación de acuerdo a lo establecido por ley 1562 de 2012, reiterado en el decreto 0723 de 2013.

5. Las conductas ejercidas por Andrea Benitez al no obtener una respuesta positiva de las pretensiones sexuales hacia su compañero Carlos, han sido persistentes, intimidándole y causándole un perjuicio laboral por los constantes comentarios denigrantes que ha realizado ante sus jefes inmediatos, lo que ha generado desmotivación en él. Por esta razón es importante que la empresa Mensajería & Distribuciones SAS, recopile todas las pruebas requeridas en materia de acoso laboral, donde se compruebe lo denunciado por Carlos Gutiérrez ante el Gerente Financiero y Fernanda Morales, sobre las actuaciones que Andrea Benítez ha ejercido sobre él.
6. La empresa Mensajería & Distribuciones SAS, no cuenta con los procedimientos disciplinarios de los que habla la sentencia C-593 de 2014, por lo tanto, no garantiza al trabajador los derechos al debido proceso y a su defensa. Al presentarse este caso de acoso laboral, la empresa debe manejar la situación haciendo una investigación exhaustiva del caso, donde recopile todas las pruebas denunciadas por Carlos, para iniciar con un proceso de descargos donde Andrea Benitez tenga la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa. Una vez recopiladas las pruebas y de haber realizado el debido proceso, la empresa deberá tomar una decisión sobre la continuidad de la trabajadora en la compañía.
7. La empresa deberá realizar una reestructuración organizacional, la cual debe incluir el área de Gestión Humana, la cual regulará a través de procedimientos los temas de nómina, administrativos, legales, bienestar, seguridad y salud en el trabajo y calidad de vida de sus trabajadores. Así mismo se debe definir la división de trabajo, asignación de funciones y responsabilidades a personas y grupos de la organización.
8. La empresa debe fortalecer, modificar y actualizar los procedimientos actualmente establecidos; como es el caso del reglamento interno de trabajo el cual debe incluir cuáles serán las faltas graves, las justas causas para despido, así como el procedimiento disciplinario, el cual permitirá garantizar al trabajador los derechos al debido proceso y a su defensa.

9. La empresa deberá realizar una prevención primaria para cambiar el entorno de trabajo con el fin de minimizar la probabilidad de que se vuelva a presentar otra situación de acoso laboral. Deberá realizar una evaluación de riesgos, identificando los rasgos de la empresa, así como la población más vulnerable.
10. Teniendo en cuenta la situación de acoso laboral que se encuentra en investigación, la empresa deberá acudir a una prevención de tipo secundaria, donde se sirva de mediadores para que las personas implicadas en el caso se sientan en confianza de contar su situación y se pueda sugerir una solución objetiva. Lo anterior, con el fin de evitar una secuela de grandes proporciones en el trabajador.
11. La empresa deberá asignar una persona que se encargue de la gestión de la seguridad y salud en el trabajo, con el objetivo de que se contacte con la ARL y las EPS de sus trabajadores y en conjunto realicen actividades preventivas relacionadas con el riesgo psicosocial.
12. Dentro de las funciones del área de Gestión Humana está la definición de funciones o perfiles de cargo por cada área. La empresa deberá iniciar con un levantamiento de información sobre los cargos existentes en la compañía, para realizar un debido proceso de selección, contratando el personal idóneo para los diferentes cargos y así eliminar la contratación de personal recomendado al cual no se le ha realizado ningún tipo de proceso.
13. La empresa debe establecer qué tipo de contratos pactará con los trabajadores de acuerdo a las funciones o actividades que vayan a realizar. Es importante que tenga en cuenta que los cargos relacionados con la misión de la empresa no deben ser a través de contrato por prestación de servicio, sin embargo, si la empresa decide realizar este tipo de contrato con alguno de sus trabajadores, deberá quedar por escrito y no se podrá presentar ningún tipo de subordinación que lo desvirtúe.

BIBLIOGRAFIA

Legislación Nacional

- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Código Sustantivo del Trabajo (C.S.T)
- Código civil
- Código del comercio
- Ley del 80 de octubre 28 de 1993
- Decreto 410 de marzo 27 de 1971
- Concepto 207209 (Julio 14 del 2011) del Ministerio de la Protección Social
- Ley 15 de abril 30 de 1959
- Ley 1010 de enero 23 del 2006
- Ley 590 del 10 de Julio del 2000
- Ley 1562 del 11 de julio del 2012
- Decreto 0723 del 15 de abril del 2013.

Jurisprudencia

- Corte constitucional, Sentencia **T-180 del 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.**
- Corte constitucional, Sentencia, C-154 de 1997, **M.P. Hernando Herrera Vergara.**
- Corte constitucional, Sentencia T-761A de 1913, **M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.**
- Corte constitucional, Sentencia C 995 del 2000, **M.P. Vladimiro Naranjo Meza.**

- Corte constitucional, La Sentencia T-882 2006, **M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.**
- Corte constitucional, Sentencia T-075A de 2011, **M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.**
- Corte constitucional, Sentencia C-593 de 2014, **M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.**

Otros

- REVISTA DINERO, pagina web: <http://www.dinero.com/economia/articulo/pymes-colombia/212958>.
- GOMEZ, J., VARGAS, J. (2011). Las MIPYMES Familiares Colombianas y Sus Desafíos de Perdurabilidad. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- REVISTA SEMANA, Pagina web: <http://www.semana.com/economia/articulo/empresas-familiares-por-que-no-sobreviven/441465-3>
- VICTOR, J. DIAZ. (2011). Administración de personal y liquidación de nómina. Barranquilla: 4a. Edición.
- VICTOR, J. DIAZ. (2011). Administración de personal y liquidación de nómina. Barranquilla: 4a. Edición.
- MARCUCCI, C. (2005). Panorama contextualizado del derecho laboral sustancial Colombiano. Bogotá: Universidad Cooperativa de Colombia.p.159
- HEMEROTECA ABC. Página web: http://www.abc.es/hemeroteca/historico-14-07-2007/abc/Valencia/los-hombres-sufren-casos-mas-graves-de-acoso-laboral-que-las-mujeres_1634230711059.html
- CAMARA, I. (2013-2014). Prevención del acoso laboral en las Pymes. Universidad pública de Navarra.,86.
- EL MOBBING. Página web: <http://www.elmobbing.com/diferencias-acoso-hombre-mujer-mobbing>

- PERIÓDICO EL PAÍS. AÑO 2013. Página Web:
<http://www.elpais.com.co/elpais/colombia/noticias/colombia-pionero-ley-bullying-o-acoso-laboral>
- MARTINEZ, E., RAMIREZ, J. (2013). El Acoso Laboral en Colombia: Conceptualización, Caracterización y Regulación.
- LUSTHAUS, C., ADRIEN, M., ANDERSON, G., CARDEN, F., & MONTALVÁN, G. (2002). Evaluación Organizacional. Ottawa, Canadá: Banco Interamericano de Desarrollo.
- GERARDO JIMÉNEZ VALLEJO. (2009). La Empresa Familiar Su Importancia y Vigencia. Colombia: IEFAC
- PÉREZ, R. (2007, DICIEMBRE). Estructura y cultura organizacional en la Pyme Colombiana: análisis en empresas Bogotanas. Cuadernos de administración.
- NARANJO, R. (2012, MARZO). El proceso de selección y contratación del personal en las medianas empresas de la ciudad de Barranquilla (Colombia). Universidad del Norte.