

Estrategias laborales para mitigar el impacto de las medidas ante el COVID-19



Felipe Ortega Escovar

Abogado especializado en Derecho Laboral y Seguridad Social

Marzo 30, 2020

Los contratos de aprendizaje en etapa práctica pueden suspenderse si no se asigna trabajo en casa

- El SENA, en la Circular 1 de 2020, estableció que la empresa puede optar por **permitir la continuidad de la ejecución** de su etapa productiva a través del uso de herramientas digitales.
- Si no es posible el trabajo en casa, **se puede suspender el contrato de aprendizaje, caso en el cual deben seguirse haciendo los aportes a la EPS.**
- A los aprendices en **etapa lectiva** no se les suspende el contrato.

Los contratos de aprendizaje en etapa práctica pueden suspenderse por fuerza mayor

El Sena en el **Concepto 4979 de 2016** frente a un cierre de instalaciones, aplicó la causal de fuerza mayor prevista en el **Acuerdo 15 de 2003**. En este concepto el SENA expresó que el cese de actividades derivado de las acciones que conlleven el **cierre de dependencias resulta imposible resistirse, constituyendo una fuerza mayor**, razón por la **deben suspenderse los contratos de aprendizaje** en tanto **subsistan las causas que constituyen la fuerza mayor**, tal como ocurre en la actual situación.

Objeto del Código Laboral

La finalidad de este código es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.

Utilidades y pérdidas

El artículo 28 del C. S. del T. establece que el trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, pero **nunca asumir sus riesgos** o pérdidas.

Permisos pagos por calamidad doméstica

En los términos del numeral 6 del artículo 57 del C. S. del T. y la Corte Constitucional en la Sentencia C -930 de 2009, se presenta una calamidad doméstica cuando **ocurre cualquier suceso familiar cuya gravedad afecte el normal desarrollo de las actividades** del trabajador de importancia significativa en la vida familiar del mismo, como **una grave afectación de la salud** o la integridad física de un familiar cercano **-hijo, hija, padre, madre, hermano, cónyuge o compañero-**.

No pago del auxilio legal de transporte

- Durante el tiempo en que el trabajador labore desde su residencia o esté en vacaciones, no causa el auxilio legal de transporte por cuanto no debe desplazarse a prestar su servicio y este es un auxilio con destinación específica, razón por la cual la diferencia que se deja de pagar de este subsidio puede cubrirse mensualmente con las cesantías de conformidad con el Decreto 488 de 2020.

Opciones del Decreto 488 de 2020

Retiro de Cesantías:

Se prevé que el trabajador que haya presentado una disminución de su ingreso mensual, certificada por su empleador, podrá retirar cada mes de su cuenta del **Fondo Privado de Cesantías** el monto que le permita compensar dicha reducción, con el fin de mantener su ingreso constante. Según esta norma ello **no aplica al Fondo Nacional del Ahorro**.

Derecho a la igualdad

El artículo 13 de la Constitución Política establece que: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, **recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos**, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.”

Por violar el derecho a la igualdad la opción del Decreto 488 de 2020 de **limitar el retiro de cesantías a los Fondos Privados** es inconstitucional

En este sentido el artículo 4 de la Constitución Política dice: “La Constitución es norma de normas. **En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.**”

Los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro pueden proponer la inaplicabilidad por inconstitucionalidad manifiesta de esta restricción para usar sus cesantías

La Corte Constitucional en la Sentencia SU – 132 de 2013, definió “la excepción de inconstitucionalidad” como la facultad de los operadores jurídicos, para omitir la norma legal en los eventos en que se detecte una clara contradicción entre la disposición aplicable a una caso concreto y las normas constitucionales. Esta figura opera sin que tenga que ser alegada o interpuesta como una acción de inconstitucionalidad.

Opciones del Decreto 488 de 2020

Aviso sobre el disfrute de vacaciones:

El empleador podrá otorgar **vacaciones anticipadas, colectivas o acumuladas**, informando al trabajador, con al menos un día de anticipación.

Opciones del Decreto 488 de 2020

Beneficios relacionados con el Mecanismo de Protección al Cesante:

En este sentido se establece una transferencia económica por parte de las cajas de compensación familiar, a favor del cesante, que hubiera estado afiliado a este sistema durante un año, continuo o discontinuo, en el transcurso de los últimos cinco años, por dos salarios mínimos mensuales legales vigentes, divididos en tres mensualidades.

Opciones jurídicas que pueden usarse en la coyuntura del COVID-19 para conservar el empleo y lograr la pervivencia de las empresas

1. Trabajo en casa
2. Teletrabajo
3. Jornada laboral flexible
4. Vacaciones
5. Salario sin prestación del servicio
6. Disminución de la jornada y por ende del salario
7. Disminución del salario por mutuo acuerdo
8. Suspensión del contrato de trabajo
9. Terminación de los contratos de trabajo

Opción 1: Trabajo en casa sin necesidad de reporte a la ARL

- Con base en lo previsto por la Circular 21 de 2020 del Ministerio de Trabajo, esta **figura excepcional consiste en que el empleado preste temporalmente los servicios** para los cuales fue contratado **desde su hogar**, sin que eso lo convierta en teletrabajador, por lo que se exonera la obligación de hacer visita al puesto de trabajo, así como el reporte a la ARL o al Ministerio de Trabajo de tal circunstancia.

Opción 2: Teletrabajo

- Esta opción es la que regula el artículo 2 de la Ley 1221 de 2008.
- La misma implica hacer visita al puesto de trabajo, para verificar las condiciones del mismo, adelantar el reporte a la ARL y al Ministerio de Trabajo de tal circunstancia.

Opción 3: Jornada laboral flexible

- Podrá establecerse la jornada laboral de **mínimo cuatro horas continuas y hasta diez horas diarias** sin pago de recargo por trabajo suplementario o de horas extras, **siempre que el número de horas de trabajo no exceda el promedio de cuarenta y ocho horas semanales** dentro de la jornada ordinaria de **6:00 A.M. a 9:00 P.M.**
- Esta modalidad **no permite bajar el salario, sino flexibilizar la jornada.**

Opción 4: Vacaciones

En los términos del Decreto 488 de 2020, el empleador **podrá otorgar vacaciones anticipadas, colectivas o acumuladas**, informando al trabajador, con al menos **un día de anticipación**. Con **antelación** a este decreto estas **solo eran válidas si se otorgaban con aviso de 15 días** comunes de antelación en los términos del artículo 187 del Código Sustantivo del Trabajo.

Opción 5: Salario sin prestación del servicio

También se puede hacer uso de la potestad prevista por el artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo, en la cual se hace el pago de salario sin exigir la prestación del servicio. Durante este lapso se causan las prestaciones sociales y la seguridad social menos a la ARL por tratarse de un permiso remunerado. **También este lapso se computa para prestaciones sociales, vacaciones y eventual indemnización por despido.**

Jornada semestral del Día de la Familia

- Puede hacer uso de este tiempo para cumplir con la obligación del párrafo único del artículo 3° de la Ley 1857 de 2017, en el sentido de facilitar una jornada semestral en la que los empleados puedan compartir con su familia.
- También pueden “desatrasarse” jornadas de semestres anteriores. Pero **no pueden anticiparse** porque la Ley 1857 de 2017 no prevé esta opción.

Opción 6: Acuerdo disminución de la jornada y por ende del salario

- El empleador y trabajador **pueden convenir** de manera **libre, consciente y deliberada**, la **reducción de la jornada laboral** y por ende **también el monto del salario a pagar**. En este evento, el **déficit del ingreso** para el trabajador **puede compensarse mediante el retiro mensual de las cesantías consignadas**, conforme lo establecido en el Decreto 488 de 2020.

Opción 7: Disminución del salario por mutuo acuerdo

- Las partes podrían convenir **libre y voluntariamente** una **disminución transitoria** en el **monto del salario** percibido por el trabajador hasta que se superen las alteraciones económicas que se están derivando de esta crisis sanitaria, **con la posibilidad para el trabajador también puede solicitar el pago anticipado de cesantías por esta disminución en su ingreso** y de conformidad con el mentado Decreto 488 de 2020.

Revisión del contrato de trabajo en los términos del artículo 50 del Código Laboral

- Todo contrato de trabajo es revisable cuando sobrevengán imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica.
- Cuando no haya acuerdo entre las partes acerca de la existencia de tales alteraciones, corresponde a la justicia del trabajo decidir sobre ella y, mientras tanto, el contrato sigue en todo su vigor.

Opción 8: Suspensión del contrato de trabajo

- Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución.
- Por suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, hasta por 120 días por razones económicas independientes de la voluntad del empleador, **mediante autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social**. De esta solicitud deberá informar en forma simultánea, por escrito.
- Por licencia o permiso temporal concedido por el empleador al trabajador o por suspensión disciplinaria.

Opción 8: Suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor

- Argumentando una **fuerza mayor** (irresistible) o **caso fortuito** (imprevisible) que **impida su ejecución temporalmente**. No basta la afirmación de un hecho para que este se tenga por probado.
- El numeral 2 del artículo 67 de la Ley 50 de 1990, establece que los casos de **suspensión de los contratos**, el empleador **debe dar inmediato aviso al inspector del trabajo del lugar**, a fin de que se compruebe esta circunstancia.
- **Hacer lo contrario deriva en la ineficacia de la medida.**

Los inspectores de trabajo no tienen competencia para resolver de fondo sobre la existencia de la fuerza mayor

- En los términos del artículo 20 de la Ley 584 de 2000, los funcionarios del Ministerio de Trabajo **no están facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias** cuya decisión esté atribuida a los jueces. **La competencia para resolver esta situación** la tienen los **jueces laborales** en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Código de Procedimiento Laboral, son quienes **resuelven los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo.**

Desarrollo jurisprudencial de la fuerza mayor como causal de suspensión del contrato de trabajo

Demostración de un suceso que impida la ejecución del contrato de trabajo

Según la sentencia 48612 de 2017 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el empleador para argumentar la suspensión el empleador debe estar en la posibilidad de demostrar que está frente a un suceso que temporalmente impida la ejecución del contrato de trabajo exponiendo las razones por las que esta circunstancia (la del aislamiento social) le impide continuar la ejecución de la relación laboral.

Desarrollo jurisprudencial de la fuerza mayor como causal de suspensión del contrato de trabajo

Que los hechos de fuerza mayor no sean imputables al empleador

Según la **Sentencia 44201 de 2014** de la **Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia**, el empleador para argumentar la suspensión el empleador debe estar en la posibilidad de **demostrar que los hechos esgrimidos no sean imputables a él**. De lo contrario se aplica el **artículo 140 del C. S. del T.** según el cual vigencia del contrato **el trabajador tiene derecho a percibir el salario** aun cuando **no haya prestación del servicio por disposición o culpa del empleador**.

Desarrollo jurisprudencial de la fuerza mayor como causal de suspensión del contrato de trabajo

Que el empleador haya agotado todos los medios para evitar los hechos

Según la **Sentencia 39668 de 2012** de la **Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia**, determinó que para argumentar la suspensión, el empleador debe estar en la posibilidad de **demostrar** que realizó todas las gestiones posibles para **evitar la configuración de la fuerza mayor**.

Desarrollo de tutela de la suspensión por fuerza mayor

En **Sentencia de Tutela** de primera instancia radicado 2020-00169-00, emitida el **3 de abril de 2020** en la ciudad de Cartagena por el **Juez Trece Civil Municipal**, se deja sin efecto la **suspensión del contrato de trabajo de un bartender (barman) de un hotel, sustentados la fuerza mayor (irresistibilidad) ante el cierre de los bares como una de las medidas de aislamiento social**. El fallo dejó sin efecto, con efectos definitivos, (debieron haber sido transitorios mientras la jurisdicción ordinaria resolvía) la **suspensión**, al considerar que **esta deber ser una de las últimas opciones**, dado que con la medida se trasgrede el **derecho al mínimo vital del trabajador y su familia**.

Marco normativo para autorizar la suspensión de actividades por 120 días o cierre de la empresa

El artículo 67 de la Ley 50 de 1990 prevé que **la autorización podrá concederse** (previo estudio cuya respuesta no debe ser mayor a dos meses) en los casos en que **el empleador se encuentre en una situación financiera que lo coloque en peligro de entrar en estado de cesación de pagos, o que de hecho así haya ocurrido; o por razones de carácter técnico o económico** como la falta de materias primas u otras causas **que se puedan asimilar en cuanto a sus efectos.**

Suspensión de actividades durante de 120 días

Cuando, por razones técnicas o económicas, deba suspenderse actividades **hasta por 120 días**, debe solicitar **autorización previa al Inspector del Trabajo**, mediante escrito que **debe ir acompañado de los medios de prueba de carácter financiero**, contable, técnico, comercial, administrativo, que acrediten debidamente la circunstancia.

Suspensión del contrato de trabajo por mutuo acuerdo

Licencia no remunerada

Sobre este tema el numeral 4 del artículo 51 del C. S. del T., el contrato de trabajo se suspende por “Por licencia o permiso temporal **concedido** por el empleador al trabajador”, esto es, tal circunstancia **debe emanar de una solicitud del trabajador** en este sentido, la cual debe ser **libre y voluntaria**. **No tiene límite de tiempo máximo de duración. Durante este lapso debe pagarse seguridad social sobre el ultimo salario. No se causan vacaciones ni prestaciones sociales.**



CUIDADO CON LAS LICENCIAS NO REMUNERADAS POR “MUTUO ACUERDO”

No existe fundamento legal para los otrosí en los que se acuerden licencias no remuneradas. El trabajador debe solicitarla **libre y voluntariamente** y el empleador concederla. El Ministerio de Trabajo en Circular 27 de 2020, manifestó que no es permitido obligar a los trabajadores a solicitar y acceder a tomar licencias no remuneradas.

Opción 9: Terminación de los contratos laborales

Al respecto el artículo 61 del C. S. del T. establece que el contrato de trabajo termina: a) Por **muerte del trabajador**; b) Por **mutuo consentimiento**; c) Por **expiración del plazo** pactado; d) Por **terminación de la obra** o labor contratada; e) Por **liquidación definitiva** de la empresa; f) Por **suspensión de actividades** durante más de 120 días; g) Por **decisión unilateral**, o, h) Por **no regresar el trabajador a su empleo**, al desaparecer las causas de la suspensión del contrato.

Terminación del contrato por muerte del trabajador

- En esta causal no hay lugar al pago de indemnización por terminación sin justa causa y esta prevista por el literal a) del artículo 61 del C. S. del T. **Implica la pensión de sobrevivientes.**
- Por parte de la empresa da lugar al **pago a la familia del trabajador**, luego de publicar los edictos, **de los salarios, prestaciones sociales y vacaciones causadas** por el empleado fallecido **hasta el momento de su muerte.**

Terminación del contrato por mutuo acuerdo

- Esta causal esta prevista por el literal b) del artículo 61 del C. S. del T. debe tratarse de **un acuerdo libre y voluntario**, exento de vicios, entre el empleador y el trabajador para que **vía un contrato de transacción**, se de por terminada la relación laboral.
- **Implica el pago de un reconocimiento económico al trabajador adicional a sus prestaciones sociales.** No puede ser una “renuncia” sino un “acuerdo”.



CUIDADO CON LAS TERMINACIONES POR “MUTUO ACUERDO”

Es importante resaltar que sólo es válido el acuerdo de retiro si el trabajador emite su consentimiento voluntariamente libre de vicios, esto es, que el mismo no esté afectado por error, fuerza o dolo. Si el trabajador da su aceptación inducido “fuerza” o “error”, condicionamientos éstos de naturaleza psicológica, la manifestación de su voluntad en aceptar el acuerdo de retiro resulta ineficaz, por lo tanto deben ser acuerdos reales.

Sólo es válido el acuerdo de retiro si el trabajador emite su consentimiento voluntariamente libre de vicios

Como antecedente reciente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia 37948 de 2018, declaró ineficaces 29 acuerdos de retiro celebrados hace 17 años y ordenó el reintegro de los demandantes con el pago de los salarios, prestaciones y seguridad social causadas durante este lapso, al considerar que para obtener su aceptación, habían sido inducidos a error.

El caso

La Corte Suprema consideró que los demandantes fueron inducidos a un error en la causa al suscribir las conciliaciones de terminación del contrato de trabajo con su empleador (Comfama), por cuanto lo hacían bajo el convencimiento que serían vinculados laboralmente de manera inmediata con Carulla Vivero S.A., tal como la entidad empleadora (Comfama) les había asegurado. De esta manera, los trabajadores tuvieron una falsa noción frente a la causa para la celebración de las conciliaciones de Comfama.

Terminación de los contratos laborales por expiración del plazo pactado

Al respecto el numeral primero del artículo 46 del C. S. del T., si antes de la fecha de vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare **POR ESCRITO a la otra (INTERPRETAMOS QUE EN LAS ACTUALES CIRCUNSTANCIAS WHATSAPP O EMAIL)** su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta y un días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.

Terminación de los contratos laborales por conclusión de la obra o labor para la que fue contratado el trabajador

- Al respecto el artículo 45 del C. S. del T. el contrato de trabajo puede ser «por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada».
- Esta forma de terminación **no exige preaviso**, solo **basta acreditar la finalización de la obra** contratada.

Terminación de los contratos laborales por liquidación definitiva o suspensión durante más de 120 días

- Esta causal esta prevista por el literal f) del artículo 61 del C. S. del T. y supone que el empleador **obtuvo la autorización previa para suspender las actividades.**
- Deberá pagarse la **indemnización legal**, pero si la empresa tiene un **patrimonio inferior a 1.000 salarios** mínimos mensuales (**\$877.803.000** al valor de 2020), el monto de **la indemnización será equivalente al 50% de la suma antes mencionada**, según lo dispone el numeral 6 del artículo 67 de la Ley 50 de 1990.

Terminación de los contratos laborales por decisión unilateral

Esta causal supone además de las prestaciones y vacaciones, **el pago de la indemnización por despido** según el artículo 64 del C. S. del T. **Hay que tener cuidado en no incurrir en despidos colectivos.**

Despido Colectivo

- Hay despido colectivo cuando en un período de 6 meses son despedidos sin justa causa **un número de empleados equivalentes** a los siguientes porcentajes:
 - El **30%** en las empresas en que tengan **más de 10** y menos de 50.
 - El **20%** que tengan **más de 50** y menos de 100.
 - El **15%** que tengan **más de 100** y menos de 200.
 - El **9%** de las que tengan **más de 200** y menos de 500.
 - El **7%** de las que tengan **más de 500** y menos de 1000.
 - El **5%** del total de los empleados en las empresas tengan **más de 1000**.

Ineficacia de la terminación en los despidos colectivos

- Los despidos colectivos **sin autorización previa** están prohibidos.
- En caso de que se produzcan **se consideran ineficaces y el empleador debe reintegrar a los empleados despedidos** bajo este supuesto, a quienes **deberá pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir**.

Gracias

Presentación y Videos disponibles en:
www.respuestaslaborales.com/conversatorios