

Conversatorio sobre Actualidad Legal Laboral



Felipe Ortega Escovar

Abogado especializado en Derecho Laboral y Seguridad Social

Abril de 2021

Pago de los aportes pendientes a pensiones por los meses de abril y mayo de 2020

El Gobierno Nacional acaba de expedir el Decreto 376 de 2021, el cual implementa las medidas para realizar el pago de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones por los períodos correspondientes a los meses de abril y mayo de 2020, de los que fueron exonerados los empleadores en el 9.75% y los trabajadores en el 3.25%, a través del Decreto 558 de 2020, de la siguiente manera:

Plazo:

Para hacer el pago de los aportes pendientes por los meses de abril y mayo de 2020, los empleadores tendrán un plazo de 36 meses contados a partir del 1 de junio de 2021, sin que durante ese tiempo se causen intereses de mora. Este desembolso podrá hacerse en diferentes meses, esto es, no tiene que ser continuo, siempre que el plazo total no exceda los 36 meses. En todo caso, si la empresa entra en liquidación debe realizarse prioritariamente el pago. De otro lado, si al trabajador le faltan menos de tres años para pensionarse, el plazo para acreditar la totalidad de los respectivos aportes por este trabajador, no podrá exceder del tiempo faltante para cumplir los requisitos de edad para la pensión.

Forma de pago:

Por cada mes el empleador asumirá el 9.75% y el trabajador el 3.25%, sin intereses de mora. El ingreso base de cotización deberá corresponder al reportado al sistema de seguridad social por los meses de abril y mayo de 2020, respectivamente, sin que sea inferior a 1 salario mínimo legal mensual ni superior a 25 salarios mínimos legales mensuales.

Descuento en caso de retiro:

La nueva disposición establece que si el trabajador se retira por cualquier causa el empleador deberá descontar del salario y/o prestaciones el saldo pendiente, con el fin de hacer el respectivo traslado del aporte al sistema de pensiones, dentro de las cuotas elegidas por la empresa, sin que sea necesario obtener autorización para tal efecto por parte del trabajador, convalidando la interpretación que nosotros lo hemos sostenido desde tiempo atrás, con base en la facultad que en este sentido prevé el artículo 150 del Código Sustantivo del Trabajo. No obstante, al trabajador deberá informársele de la retención realizada.

Si el trabajador ya se había retirado y no se hizo el descuento:

Si el trabajador ya se había retirado de la empresa por cualquier causa y no se hizo el respectivo descuento del aporte a pensiones que a éste le correspondía asumir, habiéndose realizado únicamente el aporte del empleador, la entidad administradora de pensiones deberá acreditarle al trabajador las semanas correspondientes al 75% de la cotización (tres por cada mes), sin perjuicio que el trabajador pueda hacer directamente el pago de la proporción del 25% dejado de aportar, sin intereses de mora, siempre que dicho pago se haga antes del 31 de mayo de 2024.

Pago directo y posibilidad de repetición:

El trabajador podrá hacer el pago directo a la respectiva entidad de pensiones de la totalidad del aporte pendiente, caso en el cual podrá repetir contra el empleador para que éste le haga el reintegro del aporte que a éste último le corresponde asumir. También lo puede hacer el empleador quien podrá repetir contra el trabajador por la cuantía que a éste le correspondía asumir.

Aporte al Fondo de Solidaridad Pensional:

Teniendo en cuenta que la Resolución 686 del 28 de abril de 2020, que fijó los parámetros para implementar en la PILA la forma de hacer los aportes por los meses de abril y mayo de 2020 al sistema de pensiones únicamente en el 3% (2.25% empleador y 0.75% trabajador), determinó que por estos meses no se efectuarán los aportes al fondo de solidaridad pensional, dentro de la suma que ahora debe acreditarse, tendrá que incluirse con cargo exclusivo al trabajador, el aporte que a éste le hubiera correspondido asumir por este concepto por dichos períodos.

Actualización de la historia laboral:

Para efecto de la acreditación de las semanas requeridas para la pensión de vejez la entidad administradora de pensiones actualizará la respectiva historia laboral del afiliado, una vez sean pagada la totalidad del valor faltante por cancelar. Lo anterior, sin perjuicio que el 3% del aporte que ya se hizo en los meses de abril y mayo de 2020, valide por este lapso los requisitos requeridos para el cubrimiento de las pensiones de invalidez o de sobrevivencia. En ambos casos debe acreditarse la cotización de por lo menos 50 semanas en los últimos tres años.

Garantía de las prestaciones que se hubieran reconocido:

La nueva disposición garantiza que a quien se le hubiera reconocido alguna prestación por parte del sistema de pensiones en vigencia de lo previsto por el Decreto 558 de 2020, tendrá derecho a continuar disfrutando de la misma.

Efectos tributarios:

Tal como lo habíamos anticipado desde el pasado 30 de marzo, los empleadores podrán deducirse del impuesto de renta y complementarios correspondiente al año 2020 los salarios, prestaciones y pagos a la seguridad social efectivamente realizados por esta anualidad. Adicionalmente por cada vigencia fiscal podrán deducirse los pagos de los aportes a pensiones que se quedaron debiendo por los meses de abril y mayo de 2020, en la medida en que se vayan realizando.

Ley que regula el trabajo en casa

El Congreso de la República acaba de aprobar una Ley que regula la habilitación de trabajo en casa como una forma de prestación del servicio cuando se presenten situaciones ocasionales, excepcionales o especiales, que impidan que el trabajador preste sus servicios en el lugar de trabajo, privilegiando el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones sin que la misma conlleve variación de las condiciones laborales pactadas al inicio de la relación laboral. Esta figura también se extiende a cualquier tipo de trabajo en el que no se requiera la presencia física del trabajador en las instalaciones de la empresa, así no haya uso de herramientas tecnológicas.

Es importante resaltar que durante el tiempo que se preste el servicio bajo la habilitación de trabajo en casa, el trabajador continuará disfrutando de los mismos derechos y garantías que rigen su relación laboral, entre otras, las que regulan la jornada laboral, horas extras, trabajo nocturno, dominicales y festivos y descansos dentro de la jornada laboral, estos últimos son los previstos por el artículo 167 del C. S. del T., según el cual a la mitad de la jornada diaria debe haber un espacio para el descanso y el consumo de alimentos, así como los derechos de asociación y negociación sindical.

Trabajo en casa:

En términos generales la nueva Ley de Trabajo en Casa conserva los lineamientos que en su momento había previsto el Ministerio de Trabajo en la Circular 041 de 2020, con la novedad que debe notificarse por escrito al trabajador de tal circunstancia y que el término de esta habilitación será temporal, mientras duren las circunstancias excepcionales.

Temporalidad:

La habilitación de trabajo en casa será por un período inicial de “hasta tres meses” prorrogables por un término igual por una única vez, sin embargo, si persisten las circunstancias ocasionales, excepcionales o especiales que impidieron que el trabajador pudiera realizar sus funciones en su lugar de trabajo se extenderá la habilitación de trabajo en casa hasta que desaparezcan dichas condiciones, conservando el empleador la facultad para determinar unilateralmente la finalización de esta forma de trabajo. En nuestro criterio el período de tiempo de los tres meses debe contabilizarse a partir de la promulgación de la nueva ley. El tiempo que ya transcurrió no cuenta para este efecto porque es una condición legal nueva.

Subordinación:

Durante la habilitación del trabajo en casa se mantiene la facultad subordinante del empleador, junto con la potestad de supervisión de las labores del trabajador, permaneciendo incólumes todas las obligaciones, derechos y deberes derivados de la prestación personal del servicio, incluida la potestad disciplinaria del empleador. En este sentido el empleador determinará los instrumentos, la frecuencia y el modelo de evaluación del desempeño, cumplimiento de metas, así como el mecanismo para el reporte y/o resultados de éstas.

Jornada de trabajo:

Durante el tiempo que dure el trabajo en casa se mantendrán vigentes las normas relativas al horario y a la jornada laboral, excepto respecto de los empleados que desempeñen cargos de dirección, confianza o manejo, quienes no están sometidos a dichos límites máximos.

Herramientas de trabajo:

Para el desarrollo del trabajo en casa el empleador es el primer responsable de suministrar los equipos necesarios para la ejecución de las actividades. No obstante, el trabajador podrá disponer de sus propios equipos y demás herramientas, siempre que medie acuerdo con el respectivo empleador, si no se llega al mencionado acuerdo, el empleador deberá suministrar los equipos, sistemas de información, software o materiales necesarios para el desarrollo de la función o labor contratada.

Derecho a la desconexión laboral:

Constituye la garantía y el derecho que tiene todo trabajador a disfrutar de su tiempo de descanso, permisos, vacaciones, feriados y licencias con el fin de conciliar su vida personal, familiar y laboral, de manera que el empleador deberá abstenerse de formular órdenes u otros requerimientos al trabajador por fuera de la jornada laboral.

Auxilio de conectividad:

La nueva disposición deja expresamente determinado que el auxilio de conectividad se le reconocerá a todos los trabajadores que tengan asignado trabajo en casa y devenguen hasta dos salarios mínimos legales mensuales. No se le paga a quienes estén en licencias no remuneradas, incapacitados o estén bajo la figura de pago de salario sin prestación del servicio a que se refiere el artículo 140 del C. S. del T. Dicho auxilio no es acumulable con el de transporte y tendrá los mismos efectos prestacionales de este último, lo cual significa que lo pagado por este concepto hará parte para liquidar las cesantías, por defectos sus intereses y la prima legal de servicios según lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley 1 de 1963.

Reporte a la ARL:

El empleador deberá reportar a la ARL la dirección donde el trabajador que labore bajo la modalidad de trabajo en casa desarrollará su actividad. Igualmente, estas entidades deberán promover programas que garanticen la salud física y mental, así como la seguridad en el trabajo.

Para efecto de la notificación del trabajo en casa sugerimos el siguiente modelo:

(Ciudad), (fecha)

Señor (a)

Ciudad

Cordial saludo:

Debido a la situación de emergencia sanitaria ya raíz de la pandemia del COVID-19 y atendiendo las recomendaciones de las autoridades sanitarias, en el sentido de aplicar en la mayor medida el distanciamiento social, como única medida efectiva para evitar el contagio del virus, la empresa ha decidido que sus servicios se presten bajo la modalidad de trabajo en casa, por un período inicial a partir de la promulgación de la Ley _____ hasta el ____ (3 meses), una vez terminado el anterior lapso, se analizará la posibilidad de retomar el trabajo presencial o de prorrogar la medida que se le anuncia en la presente comunicación. Se precisa que durante este lapso usted conservará intactos todos sus derechos laborales. Le recordamos que usted es responsable de cumplir adecuadamente en su hogar con las medidas de auto cuidado.

Atentamente,

Adecuación de las Salas Amigas de la Familia Lactante del Entorno Laboral

Plazo:

Para la adecuación de las Salas Amigas de la Familia Lactante del Entorno Laboral las empresas con más de 50 empleadas con capitales inferiores a 1.500 salarios mínimos tienen hasta el 4 de enero de 2022.

Obligados:

Están obligados a la adecuación de las Salas Amigas de la Familia Lactante del Entorno Laboral las entidades públicas del orden nacional y territorial, del sector central y descentralizado, y las entidades privadas con capitales iguales o superiores a 1.500 salarios mínimos quienes debieron haberlas implementado para a más tardar el 4 de enero de 2019 o aquellas con capitales inferiores a 1.500 salarios mínimos con más de 50 empleadas quienes tienen hasta el 4 de enero de 2022.

La adecuación es por cada centro de trabajo según la necesidad:

Al respecto el artículo segundo de la Ley 1823 de 2017 dispone que las empresas "(...) adecuarán en sus instalaciones un espacio acondicionado y digno para que las mujeres en período de lactancia que laboran allí, puedan extraer la leche materna asegurando su adecuada conservación durante la jornada laboral."

En este sentido la expresión "adecuarán sus instalaciones" es plural y en ese sentido comprende los diversos centros de trabajo, aunque también interpretamos que en dichos centros de trabajo debe haber "mujeres gestantes o en período de lactancia", por cuanto la redacción de la Ley 1823 de 2017 como de la Resolución 2423 de 2018, es reiterativa en que las beneficiarias de la norma son las "mujeres gestantes y madres en lactancia".

Características del espacio físico de las Salas Amigas de la Familia Lactante:

Para tal efecto debe adecuarse un espacio físico privado y exclusivo, bien iluminado y con buena ventilación, que cuente con congelador o nevera con congelador, mesón o mesa de apoyo para soporte de los utensilios y frascos, lavamanos e instalaciones eléctricas seguras, cuyo entorno no presente problemas de polución, ruido, humedad u otras condiciones de inseguridad para la salud. Igualmente, estos espacios deben disponer de sillas con espaldar y apoya brazos de material de fácil limpieza y desinfección. El cumplimiento de estos requisitos debe ser verificado por las secretarías de salud del orden municipal y distrital, para lo cual dichos espacios deberán registrarse ante dichas entidades.

Designación del responsable de las Salas Amigas de la Familia Lactante y cronograma de capacitación:

La empresa debe designar a un responsable de la operación de estos espacios e implementar un cronograma de capacitación dirigido a mujeres gestantes y madres en lactancia, con la opción de participación del padre o la familia, el cual se realizará por lo menos tres veces al año, con diversos mecanismos de difusión, así como los medios de control para registrar a los asistentes a estas charlas.

Causación del auxilio legal de transporte cuando el trabajador devenga por recargos más de dos salarios mínimos

Auxilio legal de transporte cuando el trabajador gana más de dos salarios mínimos

No es conforme a derecho la tesis expuesta por el Ministerio de Trabajo en el Concepto 961 de 2019, según el cual el auxilio legal de transporte se causa aún cuando el trabajador perciba más de dos salarios mínimos legales mensuales por sumas adicionales originadas por el trabajo suplementario o de horas extras, por aplicación del principio de favorabilidad al trabajador. De hecho el artículo 8 del Decreto 1258 de 1959, reglamentario de la Ley 15 de 1959 que fue la creadora del auxilio legal de transporte establece que para efecto de establecer si el trabajador esta en el tope salarial, se determinará por el promedio de lo devengado en el mes inmediatamente anterior, o en todo el tiempo de sus servicios, si éstos no alcanzaren a un mes. En los términos del artículo 1 del Decreto 1786 de 2020 éste se pagará a los trabajadores que devenguen hasta dos salarios mínimos legales, causándose completo independientemente que la jornada sea parcial o inferior a las ocho horas diarias, sin que en dicha disposición se circunscribiera tal beneficio a quienes tuvieran pactado un salario básico en dicha cuantía.

Primera entrega de dotación de vestido y calzado de labor del año 2021

En este punto es importante resaltar que esta obligación no ha sido suspendida a raíz de la pandemia, por lo que la dotación también debe suministrarse a quienes estén bajo la figura de trabajo en casa y devenguen hasta dos salarios mínimos legales mensuales. En este sentido únicamente se excluyen de la dotación quienes tengan licencias no remuneradas, estén incapacitados por más de tres meses o estén bajo la figura de pago de salario sin prestación del servicio a que se refiere el artículo 140 del C. S. del T. Para efecto del cumplimiento de esta prestación se puede utilizar la modalidad de entrega de bonos para la adquisición de vestuario, siempre que el trabajador acredite al empleador factura de las prendas adquiridas dado que está prohibida expresamente su compensación en dinero, según lo dispuesto por el artículo 234 del C. S. del T.

Reiteración de jurisprudencia sobre la estabilidad laboral de los pre pensionados

La Sección Segunda del Consejo de Estado en Sentencia de Tutela 3829 de 2020, reiteró que cuando el único requisito restante para ser beneficiario de la pensión de jubilación es el de la edad por cuanto ya se acredita el número mínimo de semanas de cotización, no se presenta el fuero de estabilidad laboral reforzada de pre-pensionable.

El planteamiento del Consejo de Estado sigue los lineamientos establecidos por la Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación SU - 003 de 2018, la cual fijó su criterio jurisprudencial en relación con la estabilidad laboral de los pre pensionados (específicamente de quienes les falten tres años o menos para adquirir la pensión de vejez), restringiéndola a quienes no hayan cumplido los requisitos mínimos exigidos de semanas cotizadas (1.300 en Colpensiones o 1.150 en los Fondos Privados para la garantía de pensión mínima), por considerar que cuando el único requisito que debe acreditarse es el de la edad, este puede ser cumplido posteriormente, aun cuando el trabajador pre pensionado no esté vinculado laboralmente.

Reiteración de jurisprudencia de la Sala Laboral sobre la no necesidad de autorización al inspector del trabajo, para terminar el contrato de trabajo así haya estabilidad laboral, cuando se invoca una causa de terminación legal

La Sala Laboral de la Corte Superama de Justicia en Sentencia 77031 de 2021, reiteró, lo expresado entre otras, en la sentencia SL1360-2018, en el sentido que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.

En este sentido la providencia arriba citada expone que “Conforme al anterior precedente judicial, el empleador no está obligado a obtener la autorización del Ministerio del Trabajo para dar por terminado unilateralmente el contrato laboral, cuando esa determinación tenga fundamento en la configuración de una razón objetiva como lo es una justa causa de despido. Por el contrario, la intervención de dicha autoridad se exige en los eventos en que la finalización del vínculo laboral se origine en la incompatibilidad de la discapacidad del trabajador con el cabal ejercicio de las funciones asignadas por la empresa.”

Pronunciamiento de la Sala Laboral sobre la pertinencia que el trabajador asista a la diligencia de descargos con un abogado

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 77031 de 2021, reiterando lo ya expuesto en la sentencia CSJ SL2351-2020, manifestó que: “se advierte que la legislación laboral no exige el acompañamiento de abogado para acompañar al trabajador cuando sea llamado a descargos, en razón al uso de las causales de terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador.”

Lo anterior, salvo que en la empresa exista un procedimiento previo pactado en el contrato de trabajo, en convención colectiva o reglamento interno que exigiera la presencia de abogado en los eventos en que el trabajador sea llamado a descargos, de manera que si ello no es así no es pertinente la presencia de un abogado en la diligencia de descargos y no puede alegarse una violación al debido proceso por que el trabajador no esté asistido por un profesional del derecho en la respectiva diligencia de descargos.

Pronunciamiento de la Sala Laboral sobre el respeto del derecho de defensa cuando se le da al trabajador la posibilidad de exponer su versión. Si no hace uso de esta oportunidad, por su voluntad, no hay violación del debido proceso

La Sala Laboral de la Corte Superama de Justicia en Sentencia 77031 de 2021, expuso en el caso analizado que “la trabajadora se le respetó el derecho de defensa en cuanto fue citada a descargos (f.º 48) y se le dio la oportunidad de ser escuchada. No obstante, fue ella quien no hizo uso de la posibilidad de dar su versión de los hechos y explicar lo que consideraba pertinente, por no estar asistida por su abogado.

En este sentido, si el trabajador se niega a dar su versión de los hechos una vez sea llamado a descargos, ello no invalida la diligencia, lo importante es que la empresa acredite que se le dio la respectiva oportunidad. Igual ocurre si el trabajador se niega a firmar, lo importante es que pueda acreditarse con testigos lo afirmado el empleado en la diligencia.

Pronunciamiento del Consejo de Estado que anuló los numerales 2 y 3 de la sección II del Acuerdo 1035 de 2015 de la UGPP

La Sección Segunda del Consejo de Estado en la Sentencia 3235-2016 declaró la nulidad de los numerales dos y tres de la Sección II del Acuerdo 1035 de 2015 de la UGPP, por considerar que la atribución de reglamentar los artículos 30 y 33 de la Ley 1393 de 2010, sobre la incidencia de los pagos no constitutivos de salario en la base de aportes a la seguridad social, es exclusiva del Presidente de la República a través de un Decreto Reglamentario.

La consecuencia jurídica de esta nulidad es que la UGPP deberá respetar los pactos de desalarización que las partes hayan estipulado contractualmente, advirtiéndole, que no se puede acordar como no salariales los pagos que retribuyan directamente la prestación del servicio, por lo que recomendamos prudencia para hacer este tipo de acuerdos.

Gracias

Presentación disponible en:

www.respuestaslaborales.com/conversatorios