

Conversatorio sobre Actualidad Legal Laboral

Enero de 2022

Felipe Ortega Escovar

Abogado especializado en Derecho Laboral y Seguridad Social



Desconexión laboral

La Ley 2191 de 2021 establece el derecho a la desconexión laboral como aquel derecho que tienen todos los trabajadores y servidores públicos, a no tener contacto, por cualquier medio o herramienta, bien sea tecnológica o no, para cuestiones relacionadas con su ámbito o actividad laboral, en horarios por fuera de la jornada ordinaria o jornada máxima legal de trabajo, o convenida, ni en sus vacaciones o descansos. Por su parte el empleador se abstendrá de formular órdenes u otros requerimientos al trabajador por fuera de la jornada laboral.

La inobservancia del derecho a la desconexión laboral podrá constituir una conducta de acoso laboral, en los términos y de conformidad con lo establecido en la Ley 1010 de 2006, siempre que se trate de una conducta que reúna las características de ser persistente y demostrable.

No están sujetos a lo dispuesto en esta nueva ley de desconexión laboral, los trabajadores y servidores públicos que desempeñen cargos de dirección, confianza o manejo, así como quienes por la naturaleza de la actividad o función que desempeñan deban tener una disponibilidad permanente, entre ellos la fuerza pública y organismos de socorro. Tampoco se aplicará en situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, en los que se requiera cumplir deberes extra de colaboración con la empresa o institución, cuando sean necesarios para la continuidad del servicio o para solucionar situaciones difíciles o de urgencia en la operación de la empresa o la institución, siempre que se justifique la inexistencia de otra alternativa viable.

Por último, de acuerdo con la nueva disposición, los empleadores tendrán la obligación de contar con una política de desconexión laboral de reglamentación interna de la empresa, la cual definirá por lo menos:

- **La forma cómo se garantizará y ejercerá el derecho a la desconexión laboral, incluyendo lineamientos frente al uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC).**
- **Un procedimiento que determine los mecanismos y medios para que los trabajadores o servidores públicos puedan presentar quejas frente a la vulneración del derecho, a nombre propio o de manera anónima.**
- **Un procedimiento interno para el trámite de las que garantice el debido proceso e incluya mecanismos de solución del conflicto y verificación del cumplimiento de los acuerdos alcanzados y de la cesación de la conducta.**

Ley Isaac

La Ley 2174 de 2021, está sujeta a reglamentación dentro de los seis meses siguientes a su expedición (Debe reglamentarse máximo al 30 de junio de 2022) por mandato expreso del artículo 6 de dicha disposición.

Esta nueva disposición establece el derecho al reconocimiento y otorgamiento de una licencia remunerada una vez por año para el cuidado de los menores de edad, a uno de los padres trabajadores o a quien detente la custodia y el cuidado personal de un menor de edad que padezca una enfermedad o condición terminal, a fin de que el menor pueda contar con el cuidado de sus padres o de su custodio, en las situaciones referidas.

Se entenderá por enfermedad terminal lo dispuesto para el efecto en el artículo 2 de la Ley 1733 de 2014, el cual define que se define como enfermo en fase terminal a todo aquel que es portador de una enfermedad o condición patológica grave, que haya sido diagnosticada en forma precisa por un médico experto, que demuestre un carácter progresivo e irreversible, con pronóstico fatal próximo o en plazo relativamente breve, que no sea susceptible de un tratamiento curativo y de eficacia comprobada, que permita modificar el pronóstico de muerte próxima; o cuando los recursos terapéuticos utilizados con fines curativos han dejado de ser eficaces.

La licencia para el cuidado de los menores de edad es una licencia remunerada a cargo de la EPS a la cual se encuentre afiliado el trabajador al cual se le otorgue la licencia por una vez al año y por un periodo de 10 días hábiles continuos o discontinuos, de mutuo acuerdo entre empleador y trabajador, a uno de los padres trabajadores cotizantes al sistema general de seguridad social en salud, o a quien detente la custodia y cuidados personales de un menor de edad que padezca una enfermedad o condición terminal. Los diagnósticos médicos de enfermedad o condición terminal quedarán sujetos al criterio del médico tratante de la respectiva institución prestadora del servicio de salud.

Así mismo, el trabajador que ostente la custodia y cuidado del menor de edad, que padezca una enfermedad o condición terminal, de común acuerdo con el empleador, podrá solicitar ejecutar su labor bajo la modalidad de Teletrabajo o en su defecto trabajo en casa, siempre que su labor o funciones puedan ser desempeñadas, bajo alguna de estas modalidades mediante el uso de las tecnologías de la información y telecomunicaciones. Lo anterior sin perjuicio del otorgamiento y reconocimiento de la licencia de que trata dicha ley.

De otro lado, el artículo 4 de la antes citada Ley 2174 de 2021 adiciona el artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo con el siguiente numeral:

12. Conceder la licencia de 10 días hábiles para el cuidado de la niñez, al padre, madre o quien detente la custodia y cuidado personal de los menores de edad que padezcan una enfermedad terminal o cuadro clínico severo derivado de un accidente grave y requieran un cuidado permanente; o requiera cuidados paliativos para el control del dolor y otros síntomas.

Como puede leerse extiende el beneficio a “cuadro clínico severo derivado de un accidente grave y requieran un cuidado permanente”, esto es, dicha obligación va más allá de la enfermedad terminal.

Obligación de vacunación

En la circular 003 del 12 de enero del 2022 El Ministro de Trabajo precisó que los trabajadores deberán adelantar el esquema de vacunación completo y presentar ante su empleador el carnet de vacunación que así lo acredite para estar al servicio de establecimientos abiertos al público tales como: Bares, gastrobares, restaurantes, cines, discotecas, lugares de baile, conciertos, casinos, bingos y actividades de ocio, así como escenarios deportivos, parques de diversiones y temáticos, museos y ferias, notarías, bancos, restaurantes, almacenes y comercio en general.

La convocatoria se realiza en el marco de la responsabilidad social, la obligatoriedad de adoptar las medidas pertinentes para garantizar la vida y la salud, y evitar la propagación del coronavirus Covid-19 y en concordancia con lo señalado en el Decreto 1615 de 2021 y teniendo en cuenta que si los asistentes a dichos sitios deben estar vacunados, con igual razón quienes laboren al servicio de dichos sitios.

No obstante lo anterior, también el Ministerio de Trabajo en el Concepto 244502 de 2021, en el sentido que el empleador no puede obligar al empleado para vacunarse contra el COVID-19, porque prevalece el derecho a la autonomía del trabajador para tomar decisiones que sean relativas a su salud.

En dicho concepto esta entidad manifestó que el Plan Nacional de Vacunación contra el COVID-19 debe interpretarse conforme a lo dispuesto por el ordenamiento constitucional, según el cual prevalece la autonomía de la voluntad de la persona frente a la decisión libre de vacunarse y que el ejercicio del poder subordinante del empleador está sujeto al respeto de la dignidad del trabajador y sus derechos fundamentales, el empleador no puede obligar al empleado para que se vacune contra el COVID-19.

En este sentido, advierte el concepto 244502 de 2021, el hecho que el trabajador no quiera vacunarse contra el COVID-19, no puede representar una justa causa de terminación del contrato de trabajo, ni un trato discriminatorio por esta razón, en cumplimiento del deber que le asigna al empleador el numeral 5 del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, de guardar absoluto respeto a la dignidad personal del trabajador, a sus creencias y sentimientos, debiendo el empleador implementar las respectivas medidas preventivas relativas al protocolo de bio-seguridad, como una vía alterna para impedir el contagio al interior del establecimiento.

De hecho, la ya citada Circular 003 de 2022 expresa que el empleador debe desplegar acciones, mecanismos y establecer protocolos de bioseguridad para la protección de la vida y salud de sus trabajadores, así como las medidas de higiene y seguridad en el trabajo para garantizar el desarrollo de las actividades laborales en los sitios de trabajo en condiciones seguras. Lo anterior significa que el control no solo depende de la vacuna sino de los protocolos y medidas higiénicas al interior de la empresa.

Por su parte, los numerales 1 y 3 de la Circular 003 de 2022 se indica que los trabajadores, no solo de bares y restaurantes sino de cualquier actividad que este abierta al público, deben acreditar su esquema completo de vacunación siguiendo los lineamientos que en este sentido establece el Decreto 1615 de 2021, el cual prohíbe el ingreso a dichos sitios de personas que no tengan su esquema de vacunación.

En este orden de ideas, si un trabajador está en estas circunstancias y la empresa no tiene la posibilidad de asignarle trabajo en casa, constituye una fuerza mayor que da lugar a una suspensión del contrato en los términos del numeral 1 del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, por fuerza mayor, dada la imposibilidad de prestar el servicio, por cuanto por orden de autoridad competente el trabajador no puede ingresar al lugar donde debe prestar los servicios para los cuales se le contrato.

Es importante tener en cuenta que en los términos del numeral segundo del artículo 67 de la Ley 50 de 1990, en los casos de suspensión de los contratos de trabajo por fuerza mayor el empleador debe dar inmediato aviso al inspector del trabajo del lugar o en su defecto a la primera autoridad política, a fin de que se compruebe esa circunstancia. También debe notificarse al trabajador.

Empleados aislados no incapacitados

El empleado que fue aislado por instrucción de la EPS pero que no cuenta con incapacidad por los días del aislamiento constituye una fuerza mayor que da lugar a una suspensión del contrato en los términos del numeral 1 del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, por fuerza mayor, dada la imposibilidad de prestar el servicio, por cuanto por orden de autoridad competente el trabajador no pueden salir de su lugar de residencia ni la empresa tiene una actividad para él que se pueda desarrollar en trabajo en casa.

Se reitera que que en los términos del numeral segundo del artículo 67 de la Ley 50 de 1990, en los casos de suspensión de los contratos de trabajo por fuerza mayor el empleador debe dar inmediato aviso al inspector del trabajo del lugar o en su defecto a la primera autoridad política, a fin de que se compruebe esa circunstancia. También debe notificarse al trabajador.

Liquidación de cesantías e intereses sobre las cesantías

Para liquidar las cesantías, se toma como base el último salario mensual devengado por el empleado, siempre que no haya tenido variación en los tres últimos meses. En el caso contrario y en el de los salarios variables, se tomará como base el promedio de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año.

Adicionalmente, si hubo variabilidad en el último año o se trata de un salario variable, debe tenerse en cuenta el promedio de lo devengado en el último año por otros conceptos constitutivos de salario, (horas extras, recargos, dominicales, comisiones), así como el auxilio legal de transporte, aunque éste último no se promedia para efecto del pago de los aportes parafiscales, ni de las cotizaciones al sistema de seguridad social.

El valor de los intereses a las cesantías es el resultado de multiplicar el saldo de las cesantías, con corte al 31 de diciembre del año anterior, por la tasa de interés del 12% anual, o proporcional por fracción de tiempo laborado, sobre el saldo de las cesantías. El valor de las cesantías comprende el salario correspondiente (30 días de por cada año de servicios, o proporcional por fracción), más el auxilio legal de transporte.

Este interés se liquida a razón del 1% mensual, a la fracción del año en que se liquida, de manera que se liquida al 30 de junio será el 6% y si es el 31 de diciembre el saldo restante será el otro 6%.

Gracias

Presentación disponible en:

www.respuestaslaborales.com/conversatorios