

Conversatorio sobre Actualidad Legal Laboral



Felipe Ortega Escovar

Abogado especializado en Derecho Laboral y Seguridad Social

Julio de 2021

LEY DE EXTENSIÓN DE LA LICENCIA DE PATERNIDAD Y LICENCIA PARENTAL COMPARTIDA

La licencia de paternidad se extiende en dos semanas (14 días hábiles) una vez sea sancionada la Ley y llegará hasta cinco semanas (35 días hábiles). Para tal efecto, dicha licencia se irá ampliando en una semana adicional por cada punto porcentual de disminución de la tasa de desempleo estructural comparada con su nivel al momento de la entrada en vigencia de la presente ley, hasta llegar a las cinco semanas.

La metodología de medición de la tasa de desempleo estructural será definida de manera conjunta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Banco de la República y el Departamento Nacional de Planeación. La tasa de desempleo estructural será publicada en el mes de diciembre de cada año y constituirá la base para definir si se amplía o no la licencia para el año siguiente.

La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera permanente, así como para el padre adoptante. El único soporte válido para el otorgamiento de la licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento. Esta licencia estará a cargo de la EPS y será reconocida proporcionalmente a las semanas cotizadas por el padre durante el periodo de gestación.

Será de una semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos semanas, con dieciséis posparto. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomar la semana previa al parto, podrá disfrutar las dieciocho semanas en el posparto inmediato.

En todo caso de las dieciocho semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce a menos que el médico tratante prescriba algo diferente. La licencia remunerada de la que habla este artículo es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento de un hijo, estos días serán descontados de la misma.

Esta licencia tendrá una duración normal de diecisiete semanas contadas desde la fecha del parto, o de dieciséis o dieciocho semanas por decisión médica, de acuerdo con lo previsto en el literal anterior.

Los padres podrán distribuir libremente entre sí las últimas seis semanas de la licencia de la madre.

1. El tiempo de licencia parental compartida se contará a partir de la fecha del parto. Salvo que el médico tratante haya determinado que la madre deba tomar entre una o dos semanas de licencia previas a la fecha probable del parto o por determinación de la madre.
2. La madre deberá tomar como mínimo las primeras doce semanas después del parto, las cuales serán intransferibles. Las restantes seis semanas podrán ser distribuidas entre la madre y el padre, de común acuerdo entre los dos. El tiempo de licencia del padre no podrá ser recortado en aplicación de esta figura.
3. En ningún caso se podrán fragmentar, intercalar ni tomar de manera simultánea los períodos de licencia salvo por enfermedad postparto de la madre, debidamente certificada por el médico.

Los beneficiarios deberán cumplir los siguientes requisitos:

1. El único soporte válido es el Registro Civil de Nacimiento, dentro de los 30 días siguientes.
2. Debe existir mutuo acuerdo entre los padres acerca de la distribución de las semanas de licencia, en documento firmado explicando la distribución acordada y presentarla ante sus empleadores.
3. El médico tratante debe autorizar por escrito el acuerdo de los padres.
4. Los padres deberán presentar ante el empleador un certificado médico, en el cual debe constar:
 - a) El estado de embarazo de la mujer; o una constancia del nacimiento del menor.
 - b) La indicación del día probable del parto, o la fecha del nacimiento del menor.
 - c) La indicación del día desde el cual empezarán las licencias de cada uno.

No podrán optar por la licencia parental compartida, los padres que hayan sido condenados en los últimos cinco años por los delitos contra la libertad, integridad y formaciones sexuales; violencia intrafamiliar y/o asistencia alimentaria, así como los padres que tengan vigente una medida de protección en su contra.

LEY DE REDUCCIÓN DE LA JORNADA LABORAL

De acuerdo con la nueva Ley la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de 42 horas a la semana, las cuales podrán ser distribuidas, de común acuerdo, entre empleador y trabajador, en 5 o 6 días a la semana, garantizando siempre el día de descanso. La disminución de la jornada laboral ordinaria, podrá ser implementada de manera gradual por el empleador, de la siguiente manera:

- Transcurridos dos años a partir de la entrada en vigencia de la ley, esto es, en 2023, se reducirá una hora de la jornada laboral semanal, quedando en 47 horas semanales.
- Pasados tres años de la entrada en vigencia de la ley, esto es, en 2024, se reducirá otra hora de la jornada laboral semanal, quedando en 46 horas semanales.
- A partir del cuarto año de la entrada en vigencia de la ley, esto es, en 2025, se reducirán dos horas cada año hasta llegar a las 42 horas semanales.

La disminución de la jornada laboral exonera al empleador de dar aplicación al parágrafo del Artículo 3 de la Ley 1857 de 2017 (Día de la familia), así como a lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 50 de 1990 (Dos horas semanales para actividades de capacitación, deporte, recreación y cultura).

Durante el tiempo de la implementación gradual contenido en el artículo 3 de la presente ley, la jornada laboral que se dedique exclusivamente a actividades recreativas, culturales, deportivas o de capacitación será ajustada de forma proporcional de común acuerdo entre empleado y empleador. Una vez terminado el tiempo de implementación gradual regirá la exoneración del inciso primero del presente artículo.

De otro lado, el nuevo texto legal eliminó la limitación que traía el literal d) del artículo 161 del C. S. del T., en el sentido que la distribución de la jornada flexible debía ser entre las 6 A.M. y las 9 P.M., de manera que la misma podrá laborarse en cualquier horario. No obstante, disminuyó de 10 a 9 horas dicha posibilidad. Todo esto cuando el número de horas de trabajo no exceda el promedio de 42 horas semanales dentro de la Jornada Ordinaria.

LEY APROBATORIA DEL CONVENIO IBEAROERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

El Convenio Iberoamericano de Seguridad Social de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), pasó a Sanción Presidencial y a revisión de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.

De acuerdo con el Comunicado de Prensa del Ministerio de Trabajo, este convenio permitirá acumular las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones en los siguientes países: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, para poder acceder a pensiones de vejez, invalidez, sobrevivencia con base en los aportes realizados en cualquiera de ellos, los cuales se podrán sumar como semanas cotizadas.

El Convenio prevé que los períodos de cotización acreditados bajo la legislación de cualquier Estado que haga parte del mismo, antes de la aplicación del tratado, se tomarán en cuenta para la determinación de los derechos pensionales amparados por dicho instrumento normativo.

SUBSIDIO DEL 25% DEL SMLMV PARA LA CREACIÓN DE EMPLEO JOVEN

El Decreto 688 de 2021, establece un subsidio equivalente al 25% de un salario mínimo legal mensual por cada mes y hasta por 12 meses o hasta que el trabajador cumpla 28 años de edad, a favor de quienes vinculen trabajadores adicionales entre los 18 y 28 años de edad (cuando cumpla los 28 se termina el subsidio según lo dispuesto parágrafo 8 del artículo 2.2.6.1.10.2.), durante la vigencia de 2021 y hasta el 31 de diciembre de 2022, evidenciados a partir de la nómina de julio y en adelante.

El artículo 2.2.6.1.10.7. de dicho decreto establece que la primera postulación podrá realizarse a partir de los registros en la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes - PILA del mes de julio o posteriores meses durante la vigencia de 2021, en los términos del manual operativo, el cual aún no ha sido expedido.

Podrán ser beneficiarios del apoyo para la generación de empleo las personas jurídicas, personas naturales, consorcios, uniones temporales, patrimonios autónomos y cooperativas, que demuestren su calidad de empleadores mediante PILA. Las cooperativas de trabajo asociado también serán beneficiarias del apoyo, siempre que demuestren el pago de los aportes de los trabajadores asociados al Sistema de Seguridad Social Integral. Las postulaciones se harán a partir de los registros en la PILA del mes de julio o posteriores meses durante la vigencia de 2021, en los términos del manual operativo, el cual aún no ha sido expedido.

Para contabilizar los trabajadores adicionales, se tomará como referencia el número de empleados por el que cada empleador o la cooperativa de trabajo asociado responsable del pago de los aportes en el caso específico de sus trabajadores asociados, hubiera cotizado para el mes de marzo de 2021, cuyos aportes deberá haber pagado antes de la fecha máxima de cada postulación y se considerará, del número de trabajadores adicionales que se encuentren cotizando en la PILA en el mes del apoyo, los que se encuentren en el rango entre 18 a 28 años de edad, con un IBC de al menos un salario mínimo legal mensual vigente, afiliados al Sistema de Seguridad Social Integral en todos los subsistemas que le correspondan.

Para los trabajadores del mes de marzo de 2021 se verificará que, si se le aplicó la novedad de suspensión temporal de contrato de trabajo o de licencia no remunerada ésta haya sido por un término menor o igual a quince días.

NORMATIVA SOBRE VACUNACIÓN PARA COVID-19 POR LAS EMPRESAS PRIVADAS

El 22 de junio el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 840 de 2021, la cual deroga la Resolución inicial 507 de 2021 y establece que las personas jurídicas de derecho privado o con participación pública podrán importar vacunas para el COVID-19, siempre que sean adquiridas través de la casa matriz de la farmacéutica o con distribuidores autorizados.

Dichas vacunas deben utilizarse para inocular a la totalidad de quienes tengan un vínculo contractual o laboral con la empresa importadora, sin excluir a nadie, además dicho proceso debe ser gratuito para los beneficiarios de cada empresa. Así mismo el importador debe garantizar el esquema completo de vacunación, en caso que se requiera más de una dosis y solo podrán ser aplicadas a través de instalaciones de entidades prestadoras de salud, siempre que no se utilicen los mismos puntos de vacunación, ni los equipos requeridos para la operación del Plan Nacional de Vacunación del Gobierno, esto es, los prestadores de servicios de salud contratados para este efecto, por la empresa importadora, deberán crear puntos adicionales para este propósito.

- Las vacunas deben aplicarse gratuitamente a quienes tengan un vínculo laboral o contractual vigente y directo para la realización de actividades que permitan el desarrollo del objeto social que habiten en Colombia, sin excluir a nadie, salvo que el colaborador decline la vacuna porque manifieste de manera expresa (ojalá escrita) que no está interesado en la vacuna o porque ya está vacunado. Una vez se hayan vacunado las personas con vínculo laboral o contractual, podrán vacunarse con el excedente los familiares de los colaboradores siempre que residan en Colombia.
- Entre los lineamientos técnicos del Ministerio de Salud y Protección Social, está el manejo que debe dársele al consentimiento informado, el cual es libre y voluntario. Este se encuentra previsto en el artículo 15 de la Ley 23 de 1981, el cual establece que el médico pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente. Es deber del vacunador que, aunque la persona se presente con el formato de consentimiento diligenciado y firmado, suministrar la información respectiva y confirmar si quedó comprendida. En caso de ser afirmativa la respuesta, se procede a la vacunación, de lo contrario no.
- Por su parte el artículo 16 de la citada Ley 23 de 1981 la responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto.

PROGRAMA EMPRESARIOS POR LA VACUNACIÓN

Esta es una iniciativa que ha sido liderada por la ANDI, mediante la cual se concretó la compra de 2.500.000 vacunas de Sinovac que, al funcionar en un esquema de doble dosis por persona, servirán para inmunizar a 1.250.000 trabajadores.

Esta primera adjudicación quedó en firme el pasado 23 de junio con base en el principio “primero en el tiempo primero en el derecho”, de manera que este primer proceso ya fue agotado y la ANDI informó directamente a las empresas a las que les fueron asignadas las dosis.

Los empresarios pagaron \$74.359 por cada dosis de la vacuna de Sinovac enviada a Bogotá desde China, por lo que las dos dosis que requiere cada persona vacunada suman \$148.718. A este costo, se deberá sumar lo correspondiente a la logística de transporte y aplicación dentro del país, por lo que se estima que en total se pagarán US\$60 por cada trabajador inmunizado. El sistema de aplicación de estas vacunas, estará en manos de las cajas de compensación familiar y algunas IPS habilitadas, logística que es alterna al Plan Nacional de Vacunación, con el fin de ampliar las capacidades instaladas y no sobrecargarlas, según dijo la Dra. Ana María Vesga, Directora Ejecutiva de la Cámara Farmacéutica de la ANDI.

LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA SOBRE EL EXAMEN DE INGRESO

Al respecto tenemos que la Corte Constitucional, en la Sentencia T-305 de 2020, reiteró, que a los empleadores les está prohibido solicitar exámenes que no tengan relación con las funciones que va a ejercer el candidato, especialmente pruebas de embarazo o exámenes de serología, dado que generalmente se trata de prácticas encaminadas a discriminar a las mujeres gestantes y/o a las personas que tienen alguna enfermedad de transmisión sexual. En dicha providencia esta Alta Corporación indicó que solo en caso de demostrar de manera objetiva que el ejercicio de la labor que se va a encargar resulta claramente incompatible con una determinada enfermedad, o representa un riesgo para la madre gestante o su hijo, se podrían solicitar ese tipo de exámenes.

En este sentido los exámenes de ingreso deben realizarse con respeto a los derechos a la autonomía, a la intimidad y a la información de los trabajadores, de manera que los empleadores e IPS tienen la obligación de garantizar su consentimiento previo, libre e informado, lo cual conlleva: (i) informarles sobre los exámenes médicos que adelantarán y la justificación de ello, y, (ii) proteger la confidencialidad de los resultados, de manera que estos se entreguen a los trabajadores o se busque su autorización para remitirlos a un tercero, explicó la Corte. Recordamos que se puede exigir la prueba del COVID-19, tampoco la del V.I.H, la prueba de embarazo, salvo que la labor que se va a desempeñar la empleada sea de alto riesgo para la madre o para el bebe, tal como lo ya se analizó. Ni la Abreografía Pulmonar.

FACTORES DE DEVENGOS QUE PUEDEN COMPROMETERSE EN LAS LIBRANZAS

Al respecto tenemos que no es permitido descontarle a un trabajador de su prima legal de servicios para abonar a un crédito de libranza, por cuanto la autorización de retención para dichas entidades se circunscribe exclusivamente al salario.

En este sentido se pronunció el Ministerio de Trabajo en el Concepto 4103 de 2019, en el cual dicha entidad precisó que teniendo en cuenta que la Ley 1527 del 2012 (Ley de Libranza) y el Código Sustantivo del Trabajo no regulan los descuentos sobre las prestaciones sociales, la obligación de retener y descontar las sumas de dinero que el beneficiario adeude al operador del crédito no es permitida respecto de las prestaciones sociales, en atención a las objeciones presidenciales formuladas en el trámite legislativo de la Ley 1527 del 2012, según las cuales permitir el descuento sobre este concepto prestacional implicaría desnaturalizar la finalidad para la que fueron creadas las prestaciones sociales.

En este sentido es importante precisar cuáles conceptos comprende el término prestaciones sociales, el cual está integrado por las cesantías, los intereses sobre las cesantías y la prima de servicios, ítems éstos que no pueden comprometerse para efecto de las obligaciones adquiridas bajo el mecanismo de libranza previsto por la nueva disposición legal, pero sí hasta en un 50% para efecto de garantizar obligaciones adquiridas con fondos de empleados y en el mismo porcentaje del 50%, respecto de obligaciones adquiridas con cooperativas financieras.

DOCTRINA SOBRE SALARIO PARA LIQUIDACIÓN DE RECARGOS

Al respecto, el Ministerio de Trabajo, en el Concepto 37057 de 2021, precisó que la liquidación del valor de la hora ordinaria debe realizarse teniendo en cuenta la totalidad de la remuneración recibida como salario, de manera que la liquidación de las horas extras y el recargo nocturno debe hacerse tomando como base la totalidad del salario causado en el periodo correspondiente, de manera que debe tenerse en cuenta en la base para liquidar dichos recargos, todos los factores salariales tales como las comisiones y demás sobresueldos.

Por su parte, el entonces Ministerio de Protección Social en Concepto 3038 de 2003, ya había indicado que en los casos de remuneración variable, es decir, cuando ésta se hace en consideración a la tarea, destajo o unidad de obra, el descanso dominical debe remunerarse con el salario promedio de lo devengado por el empleado durante en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta solamente los días trabajados, al tenor de lo previsto por el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo.

Es importante tener en cuenta que un salario se entiende variable cuando éste se paga por la actividad desplegada por el empleado, como ocurre cuando se pacta en consideración a la tarea, destajo o unidad de obra producida, y que se entiende fijo cuando el factor que se remunera sigue determinado por la unidad de tiempo, es decir, día, semana, década o mes. En este sentido se resalta que, tal como ya lo ha dicho la jurisprudencia, el salario fijo no deja de serlo por el hecho que el empleado cause horas extras o recargo nocturno, esto es, dichos devengados excepcionales no convierten el salario en variable.

Gracias

Presentación disponible en:

www.respuestaslaborales.com/conversatorios