

Conversatorio sobre Actualidad Legal Laboral



Felipe Ortega Escovar

Abogado especializado en Derecho Laboral y Seguridad Social

Mayo de 2021

Cómputo de los meses laborales de 30 días

Meses se entenderán que son de 30 días independientemente de su duración

Al respecto, el Departamento Administrativo de la Función Pública, en el Concepto 79731 de 2020, reiteró la doctrina oficial, sostenida también por el Ministerio de Trabajo en el Concepto 53034 de 2014 y la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la Sentencia 40374 de 2018, en el sentido que para efectos de la nómina de salarios, los meses se entenderán que son de 30 días independientemente de su duración calendario.

Es importante resaltar que pese a que la anterior es la doctrina oficial y que como tal es la usada en la generalidad de los sistemas de nómina, la misma está errada aritméticamente, por cuanto si tomamos todos los meses de 30 días, en el año se dejan de pagar 5 días ó 4 días, teniendo en cuenta que hay siete meses en el año que tienen 31 días y sólo febrero con 28 días ó 29 cuando es bisiesto.

Beneficio tributario de primer empleo

Al respecto fue expedido el Decreto 392 de 2021, reglamentado por la Resolución 0846 de 2021, el cual reglamenta el beneficio tributario que estableció el artículo 88 de la Ley 2010 de 2019, a favor de los empleadores que vinculen por el primer empleo a personas menores de 28 años, que no figuren afiliados anteriormente como trabajador dependiente o independiente al Sistema de Pensiones, respecto de quienes la empresa contribuyente tiene derecho a deducir el 120% de los pagos que realicen por concepto de salario. La deducción máxima por cada empleado no podrá exceder 115 UVT mensuales (\$4.175.000) y procederá en el año gravable en el que el empleado sea contratado por el contribuyente. Para tal efecto no se considerarán aquellos que surjan de una reorganización empresarial ni los reemplazos de personal.

Incapacidades entre el día 181 y el 540

Entre el día 181 y el 540 de la incapacidad su pago corresponde a la Administradora de Pensiones o a la ARL. A las EPS les asiste un deber de acompañamiento al usuario para este trámite.

Al respecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia T - 523 de 2020 reiteró lo expresado, entre otras, en las sentencias T-140 de 2016, T-156 de 2015, y T-920 de 2009, en el sentido que el pago de la incapacidad temporal entre el día 181 y el 540 corresponde a la Administradora de Pensiones o de Riesgos Laborales. Por su parte, el pago de las incapacidades a partir del día 541 corresponde a las EPS, cuando el origen de la patología es común. Si es laboral, la totalidad de la misma está a cargo de la ARL.

Examen y vacunas para COVID.19

Al respecto tenemos que la prueba de COVID-19 no puede ser exigida como requisito dentro de los exámenes médicos de ingreso, porque con tal exigencia se vulneraría el derecho a la intimidad del trabajador, según lo precisó el Ministerio de Trabajo en la Circular 0022 de 2021.

De otro lado, 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, según también lo consideró el Ministerio de Trabajo en el Concepto 244502 de 2021.

Diferencias entre trabajo en casa y teletrabajo

El trabajo en casa es 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. Esta es una modalidad temporal con un término de tres meses. Esta posibilidad se extenderá hasta que desaparezcan dichas condiciones, conservando el empleador la facultad para determinar unilateralmente la finalización de esta forma de trabajo.

El teletrabajo es una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo. El teletrabajador es la persona que desempeña estas actividades laborales en cualquiera de las siguientes formas:

- 1) Autónomos:** Aquellos que utilizan su propio domicilio o un lugar escogido para desarrollar su actividad profesional.
- 2) Móviles:** Aquellos teletrabajadores que no tienen un lugar de trabajo establecido, cuyas herramientas primordiales para desarrollar sus actividades profesionales son dispositivos móviles.
- 3) Suplementarios:** Aquellos teletrabajadores que laboran dos o tres días a la semana en su casa y el resto del tiempo lo hacen en una oficina.

Manejo de comisiones pactadas contra recaudo

No se pueden dejar de pagar las comisiones sobre ventas que se causaron en vigencia de la relación laboral, así el recaudo se produzca luego de haberse terminado el contrato de trabajo. Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia SL1005-2021, precisó que los pactos que sujetan el nacimiento de las comisiones por ventas al recaudo de los dineros, en vigencia de la relación laboral, son contrarios a los derechos mínimos del trabajador por cuanto la obligación del trabajador es la de poner al servicio del empleador toda su capacidad normal de trabajo en el desempeño de las funciones propias del oficio, a cambio de una remuneración que puede incluir el pago de comisiones, y si aquel objeto se cumplió (el de la venta) no existe razón valedera para excluir la comisión, ni siquiera bajo el argumento de las contingencias propias de los negocios ya finiquitados, dado que esa es una discusión que ya no le compete al trabajador.

Causación de recargos cargos de dirección, confianza o manejo

Si bien los empleados que desempeñan cargos de dirección, confianza o manejo no causan horas extras, sí causan recargo nocturno, dominicales, así como descanso compensatorio, salvo que devenguen salario integral.

Sólo pueden considerarse como empleados de dirección, confianza o manejo, quienes ocupan una posición especial de jerarquía con facultades de mando o disciplinarias sobre los demás empleados de la empresa, tengan autonomía suficiente para fijar o liquidar tarifas, recibir o entregar mercancías o dineros, y/o custodien bajo su responsabilidad los valores o bienes de la empresa, de manera que los empleados de especial confianza como es el caso de los cajeros, vigilantes, secretarias, u otros oficios similares.

Horas extras en día domingo

Al respecto tenemos que el trabajo en día domingo sólo causa horas extras si supera la jornada máxima ordinaria de 8 horas diarias, al tratarse de un día de descanso obligatorio, no empieza siendo tiempo extra dado que la jornada laboral se computa entre lunes y sábado, de manera que las horas extras dominicales únicamente son aquellas que en dichos días se laboran en exceso de las primeras ocho horas, según lo ha interpretado de vieja data la Sala de Servicio Civil del Consejo de Estado en el Concepto 1071 de 1998, vigente a la fecha, en el cual expuso que el trabajo realizado en dominicales está sujeto a la jornada ordinaria de 8 horas, por lo que las labores realizadas en dichos días únicamente tendrán el tratamiento de horas extras cuando la actividad laboral de ese día exceda las 8 horas, tesis esta que ha sido compartida por el Ministerio de Trabajo, en el Concepto 122384 de 2013.

Para determinar el trabajo dominical habitual no se tienen en cuenta los festivos

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL3567-2019, precisa que el trabajo dominical es ocasional o excepcional cuando se labora hasta dos domingos y se denomina habitual cuando el trabajador trabaje tres o más domingos en dicho mes, de manera que para determinar el trabajo dominical habitual no se tiene en cuenta el trabajo que se haya ejecutado en otros días festivos distintos al domingo del respectivo mes calendario, al tenor de lo previsto por el párrafo 2 del artículo 179 del C.S.T., interpretación ésta que privilegia lo dispuesto por la norma sustantiva, la cual fue analizada por la Corte Constitucional en las Sentencias C-038/04 y C-257-08, las cuales declararon que esta disposición era constitucional, sin que en estos pronunciamiento se dispusiera una constitucionalidad condicionada.

Diferencia entre el debido proceso y el procedimiento disciplinario

DEBIDO PROCESO

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia SL2351-2020 (53676 de 2020), reiterado en la SL735-2021 (69586 de 2021), determinó que debe agotarse el debido proceso previo al despido con justa causa como garantía del derecho de defensa, el cual será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador, sin que ello implique que el trabajador pueda exigir la presencia de su abogado para que lo asista en dicha diligencia, según lo precisó esta Alta Corporación en la Sentencia 77031 de 2021. En todo caso, en la causal 3 del literal a) del artículo 62 del CST (declarada exequible condicionadamente por la Sentencia C-298 de 1998) deberá escucharse al trabajador y en las del 9 a 15 seguirse el procedimiento establecido dando aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación.

PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

Es el que debe surtirse antes de sancionar a un trabajador según el procedimiento y la escala de faltas del Reglamento Interno de Trabajo. Al respecto la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-593 del 2014, declaró la constitucionalidad o exequibilidad del artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo, relativo al procedimiento para imponer sanciones, estableciendo que para tal efecto deben aplicarse los siguientes postulados: 1) Principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria; 2) Principio de publicidad; 3) Derecho de defensa; 4) Principio de la doble instancia; 5) Presunción de inocencia; 6) Principio de imparcialidad; 7) Principio de non bis in ídem; 7) Principio de cosa juzgada; y, 7) Prohibición de la reformatio in pejus.

Aplazamiento Nómina Electrónica

| Número de Empleados | Fecha Máxima Implementación |
|---------------------|-----------------------------|
| De 251 en adelante | Sep. 1 / 2021 |
| De 101 a 250 | Oct. 1 / 2021 |
| De 11 a 100 | Nov. 1 / 2021 |
| De 1 a 10 | Dic. 1 / 2021 |

Esta nueva Resolución 0037 de 2021 también determina que a más tardar el 1 de agosto de 2021, debe generarse y transmitirse el documento soporte en adquisiciones efectuadas a sujetos no obligados a expedir factura de venta o documento equivalente.

Gracias

Presentación disponible en:

www.respuestaslaborales.com/conversatorios