

CIRCULAR INFORMATIVA

Bucaramanga, 18 de marzo de 2020



Señores,
CLIENTES
THORRENS CONSULTORES

Asunto: Medidas a tomar frente al recurso humano en las empresas a raíz de la posible crisis económica ocasionada por el COVID-19

Fundamento Jurídico:

Artículos 51 y s.s. del C.S.T.; Ley 50 de 1990, artículo 64 del Código Civil; sentencia del 23 de mayo de 1991, magistrado ponente Manuel Enrique Daza Álvarez, Expediente 4246 de la Corte Suprema de Justicia; sentencia 16595 del 28 de noviembre de 2001 de la Corte Suprema de Justicia, artículo 2 y 6 de la Ley 1221 de 2008; Circular 018 del 10 de marzo de 2020 del Ministerio de Trabajo, entre otros.

I. Antecedentes:

Con la llegada del coronavirus COVID-19 a Colombia desde el gobierno central se han emitidos ordenes de salubridad y de prevención; medidas que han afectado directamente la economía del país.

En todo caso, la realidad del COVID-19 esta ocasionando que muchas empresas piensen en reducir o prescindir del capital humano, debido a la posible disminución en las ventas y producción de bienes o servicios, que derivarán una reducción en el flujo de caja.

No obstante, a fin de garantizar una correcta implementación de estrategias jurídicas que permitan mitigar este riesgo, se hace necesario observar las garantías constitucionales frente al derecho al trabajo y lo que ello conlleva, es decir, las decisiones que sean adoptadas por parte de la entidad deberán encuadrarse dentro de los parámetros legales a fin de evitar perjuicios económicos futuros.

II. Problema jurídico:

CIRCULAR INFORMATIVA

Bucaramanga, 18 de marzo de 2020



¿Cómo deben actuar las empresas frente a la actual situación de salubridad que ha ocasionado la llegada del coronavirus COVID-19 a Colombia, frente a su capital de trabajo humano?

III. Nuestros comentarios:

El Ministerio de Trabajo, ha expresado que las empresas en primera instancia deben acatar las normas básicas de prevención y conservación de la salud de sus trabajadores y de su entorno laboral, para ello sugirió poner en práctica lo siguiente:

- Promover el adecuado y permanente lavado de manos y la desinfección de los lugares de trabajo.
- Suministrar tapabocas o mascararas a quienes interactúan con el público abierto o quienes presenten síntomas asociados a esta enfermedad.
- Establecer los canales de información para la prevención y la forma de contingencia del riesgo.

Ahora, hablando sobre el desarrollo de las actividades propias de las labores contratadas, y en aras de no interrumpir abruptamente el normal funcionamiento de las empresas, el Ministerio de Trabajo recordó a los empresarios que nuestro ordenamiento jurídico prevé los siguientes mecanismos para afrontar esta situación, veamos:

- ✓ **Jornada Laboral Flexible:** Mediante la reducción de la jornada laboral, los empresarios pueden someter su operación acorde con el comportamiento de la economía, de modo que los empleados mantengan una fuente de ingreso y se evite la concurrencia masiva de trabajadores en un mismo lugar.

La flexibilización de la jornada se puede dar en los términos señalados en el artículo 161 del C.S.T, el cual señala que esta debe tener un máximo de 8 horas diarias y 48 horas semanales, sin embargo, dicha cantidad horaria puede ser distribuida de forma variable durante la semana, con un mínimo diario de 4 horas y un máximo de 10, se insiste que no puede sobrepasarse el límite de 48 horas a la semana, y que estas deben ser distribuidas dentro del horario ordinario (06:00 am a 09:00 pm), para que no haya lugar a recargos.

Dicha flexibilización conlleva a la modificación de la hora de entrada o salida, la adaptación de una jornada continua, la reducción de la jornada, o sobre el cumplimiento de una tarea o labor determinada, ello depende de la necesidad de cada empresa y de la actividad requerida de cada trabajador.

Por ejemplo, si se tiene una jornada ordinaria de 07:00 am a 12:00 m y de 02:00 pm a 06:00 pm, la cual implica una doble movilización del trabajador, puede ser modificada por una jornada continua de manera que, solo tenga el trabajador que realizar un desplazamiento y pueda terminarla inclusive antes. De esta manera, la

CIRCULAR INFORMATIVA

Bucaramanga, 18 de marzo de 2020



jornada podría modificarse de 06:00 am a 03:00pm con un descanso de una hora para el almuerzo; o reducirla a una jornada continua de 4 horas, con hora de llegada a las 09:00 am hasta la 01:00 pm; no obstante, la misma debe ser determinada según la necesidad de la empresa, lo importante es que se haga bajo los lineamientos mencionados en el artículo 161 C.S.T.

Otro de los aspectos señalados en el artículo en cita, es ordenar el cumplimiento del horario mediante turnos rotativos de 6 horas, máximo 36 horas a la semana, en cualquier hora y sin recargo alguno, es decir, que pueden ser por fuera del horario ordinario de 06:00 am a 09:00 pm, teniendo como única limitación no exceder las 06 horas diarias y las 36 a la semana.

Con relación al descanso dominical remunerado, señala el artículo 172 y 173 del C.S.T. que dicho descanso debe comprender mínimo 24 horas, las cuales deben ser continuas.

De esta manera, para tener derecho al descanso dominical remunerado, es necesario que el trabajador haya laborado la semana completa, excepto si no labora por haberse presentado una justa causa, entendida esta como el accidente, enfermedad, calamidad doméstica, fuerza mayor y el caso fortuito, de manera que, si el trabajador no labora la semana completa por estas razones, aun así, se le debe pagar el descanso dominical completo.

Ahora, de llegarse a presentar que la no asistencia en algunos días de la semana fue consentida por el empleador por concesión de permisos o por alguna otra razón administrativa, el trabajador aún conserva el derecho al descanso, pero esta vez a prorrata, es decir proporcional a lo laborado o al servicio prestado.

- ✓ **Trabajo en casa:** Mediante la implementación del trabajo desde casa, temporalmente los empleadores pueden mitigar el riesgo de contagio de sus trabajadores. Esta modalidad es distinta al teletrabajo, en cuanto no requiere cumplir con las mismas exigencias legales, y resulta ser una opción de fácil aplicación, especialmente con el personal administrativo de la empresa.
- ✓ **Teletrabajo:** A diferencia de la modalidad anterior, este tipo de mecanismo, requiere del cumplimiento de los requisitos previstos por el artículo 2 de la Ley 1221 de 2008 y sus reglamentos, teniendo como requisito esencial, la implementación o uso de tecnologías de la información para el contacto entre el trabajador y la empresa, por lo que no se requiere de presencia física del trabajador. Además, debe mediar acuerdo escrito entre el empleador y el trabajador y mantenerse la misma condición económica que se aplica a los trabajadores presenciales.
- ✓ **Vacaciones anuales, anticipadas y colectivas:** Como medida especial, los empleadores tienen la posibilidad de adelantar las vacaciones de sus empleados,

decisión que puede ser solicitada por cualquiera de las partes, y pueden ser dadas de forma individual o colectivas según lo tenga previsto la empresa, independientemente de que algunos trabajadores no tengan más del año para su disfrute.

- ✓ **Permisos remunerados:** Se pueden otorgar licencias no remuneradas cuando el trabajador así lo consienta y lo solicite. Pero en caso de grave calamidad doméstica, debidamente comprobada, el empleador deberá conceder permisos remunerados (Art. 57 del Código Sustantivo del Trabajo).

Aunado a lo anterior, debemos señalar que nuestro ordenamiento jurídico también prevé otro mecanismo especial que es procedente, única y exclusivamente, cuando se presentan razones técnicas, administrativas, de solvencia, de inoperatividad de la empresa, o por razones de fuerza mayor o caso fortuito que impidan la ejecución del negocio, veamos:

SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.

La figura de la suspensión del contrato se encuentra regulada en los artículos 51, 52 y 53 del C.S.T. y significa, la interrupción temporal de la prestación del servicio laboral contratado, sin que esto conlleve la extinción del contrato, es decir, trae como consecuencia que las obligaciones principales contraídas por el empleador como por el trabajador cesen de forma temporal, verbigracia: la prestación del servicio por parte del trabajador y el pago por parte del empleador; no obstante, se mantiene para el empleador la obligación de seguir cotizando al sistema de seguridad social integral - salud, pues en ese período de tiempo, el empleador debe responder por muerte o enfermedad de los trabajadores y por las obligaciones surgidas con anterioridad.

Ahora bien, la suspensión tiene como finalidad a ciencia cierta y con base al principio de estabilidad, evitar una ruptura definitiva cuando sobreviene una causa suficiente y justificada que impida el cumplimiento normal del contrato.

Al respecto señala el artículo 51 del C.S.T del trabajo lo siguiente:

*“ARTICULO 51. SUSPENSION. <Artículo subrogado por el artículo 4o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>
El contrato de trabajo se suspende:*

1. Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución.

(...) 3. Por suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, hasta por ciento veinte (120) días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador, mediante autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. De la solicitud que se eleve al respecto el empleador deberá informar en forma simultánea, por escrito, a sus trabajadores. (...)”

Del artículo en mención, se extrae que existen varias formas de suspender el contrato laboral, dentro las cuales se evidencian dos en específico, veamos:

1. Fuerza Mayor o caso fortuito que temporalmente impida la ejecución del contrato.

Para poder comprender en qué momento se puede hablar de fuerza mayor o caso fortuito es necesario conocer la naturaleza de ambos conceptos, al respecto, el artículo 64 del Código Civil señala que *“se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a lo que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”*

En sentencia 16595 del 28 de noviembre de 2001 la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que:

“Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.

Consiguientemente, en materia laboral son aplicables los requisitos que en la jurisprudencia y doctrina generales se han exigido para la figura, como que sólo puede calificarse de caso fortuito o fuerza mayor el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible e irresistible e igualmente, que un acontecimiento determinado no puede catalogarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodearon el hecho. (ver Sent. nov. 20/89, S. de Casación Civil, C.S.J., Gaceta Judicial 24351, pág. 83).”

Lo anterior indica que, para alegar fuerza mayor o caso fortuito en lo correspondiente a la suspensión de los contratos, el hecho debe cumplir con los siguientes requisitos:

- ✓ Ser imprevisible.
- ✓ Debe colocar a las partes en absoluta imposibilidad de cumplir con las obligaciones contraídas, pagar el salario y prestar el servicio.
- ✓ Debe ser una situación temporal, para que, una vez cese, se pueda retomar el normal funcionamiento del contrato.

En este caso, la suspensión puede resultar indefinida, hasta tanto se supere la causa que dio origen a la fuerza mayor o caso fortuito.

Por otro lado, el numeral 2 del artículo 67 de la Ley 50 de 1990 señaló que el empleador debe dar aviso inmediato al ministerio de trabajo cuando se vaya a realizar el uso de la figura mencionada, de esta manera, debemos resaltar que de la literalidad de la norma no se evidencia que para efectuar la suspensión deba mediar autorización expresa del ministerio, como ocurre en la figura que analizaremos más adelante; sin embargo, se señala que la situación puede ser verificada por la autoridad competente.

CIRCULAR INFORMATIVA

Bucaramanga, 18 de marzo de 2020



Dicho esto, se insiste en que sí el empleador está en condiciones de reubicar a los trabajadores sin que se vea afectado el normal funcionamiento de la empresa, la fuerza mayor o el caso fortuito resultarían superados y por lo tanto, no se podría suspender el contrato de trabajo, bajo los presupuestos de esta causal, con todo, enfatizamos que en algún momento el contrato debe reanudarse.

2. Por suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, hasta por 120 días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador.

Esta otra modalidad de suspensión del contrato obedece a razones de orden técnico o económico, las cuales se salen de la voluntad misma del empleador. Si bien es cierto, no suponen la imposibilidad de desarrollar la relación de trabajo, como sucede en la causal anterior, si se configura por las dificultades de orden económico y/u operativo, en todo caso, para esta causal, existe el tiempo máximo de suspensión de 120 días (Aproximadamente 4 meses), por lo que, superado este término se configura la terminación de la relación laboral.

Ahora, para que se pueda hacer uso de esta figura, se requiere autorización previa y expresa por parte del MINISTERIO DE TRABAJO, así como la notificación del inicio de dicha solicitud a los trabajadores directamente afectados, adicionalmente, el ministerio de trabajo tiene el plazo de dos meses para emitir autorización o no, según lo considere y solo hasta ese momento puede hacerse efectiva la suspensión del contrato, por ende, cesan las obligaciones entre las partes.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección primera, en sentencia del 23 de mayo de 1991, magistrado ponente Manuel Enrique Daza Álvarez, Expediente 4246 ha dicho:

“Para efectuar la suspensión temporal de actividades, la empresa debe solicitar autorización del Ministerio del Trabajo y avisar a los trabajadores (art. 40, Dto. 2351/65), Lo cual por razones obvias no procede en la hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor”.

Como se evidencia se debe informar con antelación a los trabajadores, porque ellos pueden ser partícipes dentro del trámite que desarrolle el Ministerio de Trabajo en la verificación de la causal de suspensión señalada, en aras de que puedan controvertir lo indicado por el empleador.

De no mediar la autorización por parte del ministerio del trabajo señala el artículo 67 de la Ley 50 de 1990 que la misma no producirá efecto alguno, veamos:

“No producirá ningún efecto el despido colectivo de trabajadores o la suspensión temporal de los contratos de trabajo, sin la previa autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, caso en el cual se dará aplicación al artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo.”

Es decir, que de no pedirse la correspondiente autorización, el empleador deberá pagar a los trabajadores el salario de forma normal como si estos hubieran trabajado.

CIRCULAR INFORMATIVA

Bucaramanga, 18 de marzo de 2020



De esta manera, resulta muy llamativa esta figura de suspensión, toda vez que cuando la causal invocada continúe por un período superior a los 120 días, la misma originará la terminación del contrato laboral sin lugar a indemnización alguna.

Efectos de la suspensión del contrato en las dos causales anteriormente señaladas:

En primera instancia hay que tener claro que con la suspensión de los contratos el trabajador suspenderá la prestación de su servicio, y el empleador, suspenderá su obligación de reconocerle una remuneración.

Con relación a las prestaciones sociales y demás emolumentos laborales señala la norma que es potestativo del empleador descontar el tiempo de la suspensión a la hora de realizar la liquidación, reconocimiento y pago de las mismas.

Para finalizar, una vez desaparecen las causales que dieron origen a la suspensión del contrato, el empleador debe avisar a los trabajadores la fecha en que deben retornar a sus labores, mediante notificación personal o avisos publicados por lo menos dos veces en un periódico de la localidad, veamos:

“ARTICULO 52. REANUDACION DEL TRABAJO. *Desaparecidas las causas de la suspensión temporal del trabajo, el {empleador} debe avisar a los trabajadores, en los casos de que tratan los tres (3) primeros ordinales del artículo anterior, la fecha de la reanudación del trabajo, mediante notificación personal o avisos publicados no menos de dos veces en un periódico de la localidad, y debe admitir a sus ocupaciones anteriores a todos los trabajadores que se presenten dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación o aviso.”*

De forma que, si los trabajadores no se presentan en los términos señalados, es decir, dentro de los tres días siguientes a la notificación por aviso, se puede terminar el vínculo laboral, sin que haya lugar al pago de indemnización alguna, evento que aplica para los causales de suspensión de relación contractual anteriormente referenciadas.

Efectos de la suspensión de la relación contractual en el escenario que tengan trabajadores en estabilidad laboral reforzada bajo la figura de debilidad manifiesta:

Al interior de las empresas se proyectan diversos escenarios laborales, entre los cuales, puede surtir la suspensión del contrato laboral en el marco de un trabajador en estabilidad laboral reforzada, para lo cual requerimos en primera instancia señalar en que escenarios se genera esta figura.

La estabilidad laboral reforzada se entiende como la protección especial que adquiere el trabajador por motivo de la debilidad manifiesta en razón a aquellos eventos en los cuales

CIRCULAR INFORMATIVA

Bucaramanga, 18 de marzo de 2020



presente una afectación a su salud que le impida o afecte sustancialmente el desarrollo de sus labores en condiciones normales, motivo por el cual, el empleador debe garantizar la continuación de la vinculación laboral sin finalizar su relación previa autorización del Ministerio de trabajo.

Al respecto ha reseñado la sentencia T-048-18 de la corte constitucional:

Están en condición de debilidad manifiesta los trabajadores que puedan catalogarse como “(i) inválidos, (ii) en situación de discapacidad, (iii) disminuidos físicos, síquicos o sensoriales, y (iv) en general todos aquellos que tengan una afectación en su salud que les “impid[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”¹³¹, y que, por sus condiciones particulares, puedan ser discriminados por ese solo hecho, están en circunstancias de debilidad manifiesta y, por tanto, tienen derecho a la “estabilidad laboral reforzada”¹⁴¹.

Así mismo, continúa indicando:

Bajo estos parámetros se ha sostenido que (i) una persona con padecimientos de salud que involucren, de forma transitoria o variable, una afectación sustancial en el ejercicio de sus funciones tiene derecho a la estabilidad laboral reforzada; por lo general; se exige también que (ii) el empleador hubiese conocido tal condición en un momento previo al despido; y (iii) que en caso de ser despedido exista una conexión directa e inmediata entre este hecho y la condición de salud.

Es entonces, como de conformidad con lo anterior, un trabajador se considera en estabilidad laboral reforzada en los siguientes eventos:

- Cuando un trabajador tenga padecimientos de salud que involucren transitoriamente o variablemente el ejercicio de sus funciones.
- Cuando exista incapacidad médica.
- Cuando exista recomendaciones médicas.
- Cuando presente grave afectaciones físicas, psíquicas o sensoriales.
- En general todas las afectaciones de salud que le impida o dificulte ejercer el desempeño de sus labores.

De conformidad con lo anterior y atendiendo que las suspensiones de los contratos laborales no configuran terminación de contrato laboral, consideramos que estos en el marco de la estabilidad laboral reforzada, no se verían vulnerados en primera medida. Sin embargo, recomendamos que antes de proceder a finalizar los contratos laborales, se evalúe previamente la posibilidad de reubicación temporal, el teletrabajo o la aplicación de medidas benignas anteriormente referenciadas.

IV. Conclusiones:

Ahora bien, de conformidad con el análisis anteriormente planteado y teniendo en cuenta que al interior de las empresas se plantean dos tipos de perfiles de empleados: Administrativos y Operativos, realizamos los siguientes comentarios:

*Calle 43 No. 29 – 55 Edificio Palmas 42, Oficina 702 - Bucaramanga
Diagonal 48 no 27-42 Edificio Thorrens, Oficina 301 - Barrancabermeja
Thorrensconsultores@gmail.com – (7) 6138078
www.thorrensconsultores.com*

1. Medidas benignas a la relación laboral:

En primer lugar como medida preventiva se sugiere a la empresa considerar el trabajo remoto (en casa), en aquellas actividades laborales en las que sea posible su coordinación y ejecución en condiciones normales desde el lugar de residencia del trabajador, utilizando como medios, las tecnología de la información y comunicaciones, con la finalidad de contribuir con la política pública de prevención y minimización de la exposición al riesgo del contagio del COVID-19.

No significa lo anterior que el trabajador quede desligado de la empresa y de su poder disciplinario, toda vez que, tiene la obligatoriedad de cumplir con sus funciones y las condiciones de su objeto contractual, so pena de verse inmiscuido en un proceso de orden disciplinario según cada reglamento interno y las normas correspondientes, que pueden conllevar suspensiones, sanciones o la terminación del contrato.

De no ser posible lo anterior, se sugiere adoptar los diferentes mecanismos relacionados al interior de este escrito, como son: la flexibilización de las jornadas laborales; adelantar las vacaciones colectivas o individuales; o el otorgamiento de licencias no remuneradas.

Las anteriores sugerencias se encaminan a no interrumpir bruscamente el normal funcionamiento de la empresa, prevenir futuras demandas laborales y evitar perjuicios de índole económica por el no desarrollo de su actividad comercial.

A nuestro parecer, consideramos que estas medidas pueden adoptarse con la planta administrativa de las empresas.

2. Medidas más estrictas frente a la relación laboral:

Ahora bien, de ser imposible operativamente mantener cargos o ejecutar las actividades mediante los medios mencionados, se debe acudir a las figuras de suspensión del contrato de trabajo anteriormente indicadas, bajo las precauciones señaladas para cada una, en aras de no producir efectos contraproducentes y llegar a generar un mayor perjuicio a la empresa, es decir:

- 1. Con relación a la fuerza mayor o caso fortuito:** establecer detenida y previamente si se cumple con las características de la causal, proceder en derecho y atendiendo a las características propias de cada trabajador y avisar al ministerio del trabajo que se adoptará dicha medida.

Es importante, que tengan en cuenta que en este escenario deben seguir cumpliendo con el pago de seguridad social, (Salud) , potestativamente pensión, y en casos especiales, el ARL.

Así mismo, una vez finalizada la situación de fuerza mayor o caso fortuito invocada, debe avisarse a los trabajadores para el reintegro, ante lo cual, si el trabajador no se acerca a cumplir las labores, puede darse por finalizada la relación contractual.

CIRCULAR INFORMATIVA

Bucaramanga, 18 de marzo de 2020



Por otra parte, si cesa el evento de fuerza mayor o caso fortuito, y deciden finalizar el contrato de los trabajadores, deben estar sujetos a justa causa, so pena de incurrir en despido injustificado y afrontar una posible reclamación laboral.

Para este escenario no se solicita permiso previo por parte del Ministerio de Trabajo, sin embargo, se debe enviar comunicación a esta entidad con el fin de que verifique la situación particular de suspensión.

- 2. Con relación a la suspensión hasta por 120 días:** Debe tenerse en cuenta que para proceder a esto, es necesario obtener permiso ante el Ministerio de trabajo, previa desvinculación de los trabajadores, alegando la configuración de las causas establecidas en el artículo 51 del CST.

RECOMENDACIONES: En últimas, consideramos importante que las medidas se tomen con un análisis detenido para cada caso particular y atendiendo a la real situación económica de la empresa, proyectando gastos y costos, con el fin de determinar sensatamente la suspensión de los contratos, dado que la línea de las instituciones, jueces y autoridades administrativas esta dada a procurar la protección del trabajador, por lo tanto, se sugiere minimizar la exposición al riesgo por parte de la empresa mediante la implementación de estas medidas, garantizando, que una vez la medida del COVID-19 se levante, no se surtan efectos negativos a raíz del escenario laboral, dado que todas las decisiones que se tomen, generarán consecuencias futuras.

Recuerden que frente a cualquier duda pueden contactarse con nosotros, estaremos atentos a resolver sus inquietudes.

Cordialmente,

JULIO ANDRES THORRENS

THORRENS CONSULTORES S.A.S

Síguenos en nuestras redes sociales de Facebook: Thorrens consultores

El presente documento es de carácter informativo y contiene nuestro análisis. Sin embargo, no garantiza que las autoridades competentes compartan nuestra posición.