



23 de marzo del año 2020.

Señores:

EMPRESARIOS.

Ciudad

Asunto: Estrategias en materia laboral.

Efectos de la pandemia del Coronavirus.

Atento saludo,

Medios de comunicación han afirmado que el mundo nos cambió para siempre, según estimados la crisis se podrá superar en el mes de abril, pero hay análisis que determinan que podrá durar hasta dos años¹. Incluso, algunas normas expedidas por el Gobierno Nacional determinan que este asunto es temporal, sin determinar tiempo preciso, lo cual genera confusión. (*Resolución 21 de 2020 Mintrabajo*). Las Naciones Unidas manifiestan que la duración y la profundidad de la crisis dependerán de tres variables: cuán lejos y cuán rápido se propagará el virus, cuánto tiempo pasará antes de que se encuentre una vacuna y qué tan efectivos serán los encargados de formular políticas para mitigar el daño a nuestra salud y a nuestro bienestar físico y económico². Por lo tanto, entre las muchas incertidumbres que tenemos, en todos los campos, quiero resaltar lo referido al componente laboral de las empresas, y no hay un dato certero, cuando podamos superar el problema. Entonces el componente laboral, es una preocupación importante, por cuanto, hay organizaciones que podrán tener recursos en reserva para atender esta importante obligación, y otras no, por la realidad económica que ya tenemos. Entonces, allí, el reto para el empresario es tomar decisiones acertadas, y evitar equivocarnos.

Antes de dar los posibles tratamientos jurídicos en lo laboral que se quiere abordar, quiero resaltar por lo delicado del tema, el compromiso social y el principio de solidaridad de rango constitucional, en relación con la especial protección que tienen hoy los trabajadores a nivel jurídico superior. Un empresario en su preocupación hoy tiene una disyuntiva entre evitar el cierre empresarial, la liquidación de la organización, los ingresos que no serán los mismos o nulos, y sus colaboradores. Entonces mi llamado es que el empresario tenga en cuenta estos principios de solidaridad, derecho al trabajo y demás, y en la medida de lo posible, aplicar un sacrificio económico si se permite el término, antes de tomar decisiones drásticas.

Un empresario hoy podría, aún no tomar decisiones complejas, y aguantar un poco, esperando las políticas que el Gobierno Nacional se consoliden. Si comparamos a nivel mundial, hay políticas como por ejemplo³:

Líderes europeos han dicho que están dispuestos a invertir "lo que sea necesario" para salvar a las economías de una catástrofe mayor. "...lo más crucial es que los gobiernos no dejen que las firmas solventes cierren y despidan trabajadores...", le dice a BBC Mundo Vicky Redwood, analista sénior de la consultora británica Capital Economics. "...Los programas de garantías de préstamos son un buen comienzo, pero los gobiernos deben asegurar que todos los negocios

¹ <https://www.semana.com/mundo/articulo/coronavirus-como-cambiara-el-mundo-despues-del-covid-19/658146>

² <https://news.un.org/es/story/2020/03/1470891>

³ <https://es-us.finanzas.yahoo.com/noticias/coronavirus-econom%c3%adas-evitar-bancarrota-empresas-201303783.html>



puedan acceder a la asistencia financiera...". Sin embargo, la gran duda apunta hacia dónde está el límite; es decir, qué tanto pueden resistir los presupuestos fiscales si la pandemia no cede en las próximas semanas y se extiende por meses. Y eso aún sigue siendo un misterio. "...Hay que fortalecer las redes de protección social, mantener los negocios a flote y dar incentivos para que las empresas no despidan trabajadores...".

En otro diario, se resaltan medidas como⁴:

Estados Unidos. El presidente Donald Trump invocó el miércoles una ley de 1950 que permite la intervención de empresas. El objetivo es movilizar la producción privada para luchar contra el coronavirus y podría, por ejemplo, obligar a la industria a producir suministros médicos esenciales. Suspendió las ejecuciones hipotecarias y los desahucios, al menos, hasta finales de abril.

Europa. Reino Unido anunció que garantizará US\$400.000 millones en préstamos respaldados por el gobierno a empresas afectadas por la pandemia. La medida representa en torno al 15% del PIB del país. También suspenderá el pago de hipotecas por tres meses para quienes tienen dificultades financieras e inyectará miles de millones en ayudas directas y subvenciones a empresas pequeñas, además de exenciones tributarias por un año.

España anunció la movilización de casi un 20% del PIB para combatir los efectos económicos del virus, con aportes públicos y privados. El Estado abrirá una línea de avales a disposición de las empresas más golpeadas. Para ayudar a las personas, el gobierno español estableció una moratoria en el pago de hipotecas, ayuda financiera para trabajadores independientes y empresas con pérdidas severas, exoneración de los pagos a la Seguridad Social, suspensión del corte de agua y el servicio de internet para los que no pueden pagar y ayudas directas a las familias con menos recursos financieros.

En **Francia** el plan económico de emergencia incluye la entrega inmediata de recursos a trabajadores y empresas, la implementación de garantías fiscales para préstamos y medidas específicas para proteger a las empresas amenazadas, incluyendo la nacionalización en caso que sea necesario.

En **Argentina** el gobierno anunció esta semana aumentos en los subsidios a la pobreza, los jubilados, los desocupados y las embarazadas en situación vulnerable y dispuso una inversión de US\$1.500 millones para obras públicas, vivienda y turismo, en un intento de afrontar las consecuencias económicas de la pandemia. Las medidas también incluyen la entrega de asistencia financiera y créditos a pequeñas y medianas empresas, además del aplazamiento del pago de créditos de consumo contraídos con el Estado por dos meses.

⁴ https://www.eltiempo.com/economia/empresas/coronavirus-que-estan-haciendo-las-grandes-economias-para-evitar-la-bancarrota-de-las-empresas-474876?utm_source=Miembros+ICDT&utm_campaign=6ac7f15be0-EMAIL_CAMPAIGN_2020_03_20_01_30_COPY_02&utm_medium=email&utm_term=0_b9b9549c02-6ac7f15be0-85641265



VARIABLES DESDE LO JURÍDICO:

1. Instrucciones dadas por el Ministerio de Trabajo, para evitar un impacto negativo en la generación de empleo en el país:

Se han emitido por la cartera de trabajo, circulares y resoluciones, buscando dar una claridad en las posibilidades que tiene un empresario al interior de su organización, que vamos a resumir aquí:

Circular 21 de 2020: “...pueden ser considerados por los empleadores, con el fin de proteger el empleo y la actividad productiva, **considerando que se trata de un fenómeno temporal** y que el trabajo, conforme lo señala el artículo 25 constitucional, “es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado...”. (Subrayas fuera de texto).

1.1. TRABAJO EN CASA: Con autorización del empleador para que autorice al trabajador desde su casa cumpla la función. El numeral 4 del artículo 6 de la Ley 1221 de 2008 define como características del Trabajo en Casa que: “4. Una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará teletrabajador **por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio** o en lugar distinto de los locales de trabajo del empleador, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual.”. Determina la norma en cita que este es ocasional, temporal y excepcional por la situación que vivimos. Aspecto que es posible aplicar para algunas compañías, pero otras no hay tal ventaja. En las profesiones liberales, salvo aquellas que requieran de apoyos de equipos, recurso humano y demás, la situación puede ser distinta, como por ejemplo un ingeniero que tendría que estar en obra. Pero cambia de manera importante, para profesionales como contadores, abogados, maestros y demás, a quienes las tecnologías les puede ser una herramienta útil.

1.2. TELETRABAJO: Afirma el Ministerio que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1221 de 2008, este se define como: “...una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación - TIC para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo...”. A este no se le aplican las disposiciones sobre jornada de trabajo, horas extraordinarias y trabajo nocturno, sin que se puedan imponer tampoco, altas cargas de trabajo. Puede asistir a la empresa de manera esporádica por ciertos días incluso otros en su casa, A este se le conservará la asignación laboral para las que se reconocen para la misma labor. Esta herramienta es muy positiva para compañías donde es posible disponer de secretarías virtuales, apoyos en la contabilidad, coordinación de correspondencia, mercadeo, logística y demás múltiples posibilidades que se apoyan mucho en las tecnologías de la información TIC. Estas empresas deben registrar esta modalidad de trabajo ante los inspectores de trabajo.

Tal y como lo contiene el documento en cita, la regulación operativa del teletrabajo se encuentra contenida en el Capítulo 5 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo, que compiló allí el anterior Decreto 884 de 2012 y que especifica las condiciones laborales que rigen el teletrabajo en relación de dependencia, las relaciones entre empleadores y Teletrabajadores, las obligaciones para entidades públicas y privadas, las administradoras de riesgos laborales y la Red de Fomento para el Teletrabajo.



1.3. JORNADA LABORAL FLEXIBLE: Es un instrumento que permite al empleador fijar el tiempo de trabajo, sin que pase las horas ordinarias de trabajo establecidas por ley. Pero dichos extremos de tiempo, pueden variar a la semana, teniendo como mínimo cuatro (4) horas continuas y como máximo hasta diez (10) horas diarias sin lugar a recargo por trabajo suplementario, cuando el número de horas de trabajo no exceda el promedio de cuarenta y ocho (48) horas semanales dentro de la jornada ordinaria de 6. a.m. a 9 p.m. (Artículo 161 del CST.).

Este instrumento puede ser positivo para una empresa, que en fecha actual, requiera generar producción y para evitar la aglomeración de personal, pueda conjugar tiempo de trabajo para evitar la aglomeración de personal por el contagio, y a su vez, asegurar la producción, en la medida que la empresa este autorizada para desarrollar su actividad económica, en la cuarentena actual.

1.4. VACACIONES ANUALES, ANTICIPADAS Y COLECTIVAS: Cuando el trabajador cumpla 1 año de servicio, tiene derecho a quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. (Art. 186 C.S.T.). En versión del mismo Ministerio de Trabajo, se pueden otorgar vacaciones a los trabajadores antes de causar el derecho, lo cual se conoce como *vacaciones anticipadas* o *vacaciones colectivas* de sus trabajadores. Allí se generan cuando no se haya cumplido el año de servicios. Pero hay una situación que las hace complejas al momento de aplicar, por cuanto el Art. 187 del CST., determina que se debe avisar al trabajador con 15 días antes de iniciar el disfrute, lo que casi podría trascurrir el tiempo de cuarentena actual. Asunto que en términos de análisis que se hace al problema, el tiempo de cuarentena para que sea efectiva la contención debe ser de meses. China lleva muchos meses manejando el problema, y a fecha actual, tiene aún procesos de confinamiento. Lo que nos lleva a la posible conclusión que, es mejor pactar con el trabajador estas, de común acuerdo, así formalizarlo en un documento, poner de presente la situación actual, y darle una base para que la empresa no se vea afectada económicamente a futuro, aún, cuando esta afirmación en muchas compañías, a futuro no podrá ser cierto, y allí la estrategia debe ser otra más agresiva que explicaré en detalle más adelante.

1.5. OTROS. PERMISOS REMUNERADOS - SALARIO SIN PRESTACIÓN DEL SERVICIO: Art. 57 CST. El empleador concede permisos en caso de grave calamidad doméstica, debidamente comprobada. **SALARIO SIN PRESTACIÓN DEL SERVICIO:** Art. 140 del CST. Cuando el empleador de manera voluntaria y generosa determine la posibilidad de pagar el salario y de liberar al trabajador de la prestación del servicio.

Hasta aquí ha estado el Gobierno Nacional generando una política hacia los empresarios, para evitar que tomen decisiones drásticas como la suspensión de los contratos de trabajo, o la terminación de estos. Incluso, hacia la fecha de expedición de la Circular 022 del 19 de marzo de 2020, en sus consideraciones, se hace mención que la cartera de trabajo no había expedido ninguna autorización tanto de suspensión o terminación colectiva de contratos de trabajo. Pero debemos analizar aquellas compañías que no tienen la posibilidad de continuar, aún después que haya un cese de la cuarentena, por cuanto el tiempo de duración de esta es incierto, teniendo en cuenta lo sucedido en otras latitudes, en razón al tiempo que llevan tratando de resolver el problema, lo que lleva a pensar, que podrán existir empresarios que no tendrán más posibilidad de tomar estos caminos.



2. **SUSPENSIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO:** Establece el Art. 51 del CST., que el contrato de trabajo se suspende por: *fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución*. O 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. Hay tesis en los dos sentidos, unas que establecen que estas causas requieren autorización del Ministerio de Trabajo, otros, que solo para la segunda, ya que el primer enunciado el numeral no tiene tal alcance. Aquí lo pertinente sería, en caso de tomar estas iniciativas, recomendaría tomar la primera, y notificar a la vez tanto al trabajador como al Ministerio de Trabajo, adjuntando la información y documental que se requiere para el trámite, invocando la causal, con el fin de cumplir el requisito legal. Lógicamente no será fácil la radicación de la documental y la información, además de la obtención de la misma, incluso la notificación a los trabajadores, por el cese de actividades, en razón a la cuarentena declarada por el Gobierno Nacional. A este punto, debemos explicar en detalle, lo que se considera fuerza mayor o caso fortuito, tanto para la suspensión como para la terminación de los contratos de trabajo, que explicaremos mas adelante.

Es de resaltar que la suspensión del contrato de trabajo (Art. 51 CST.), genera la obligación en el empleador de reconocer el pago de los salarios de esos lapsos, pero durante esta corren a su cargo además de las obligaciones ya surgidas con anterioridad, las que le correspondan por muerte o por enfermedad de los trabajadores (salud – pensión). En todo caso, estos periodos de suspensión pueden descontarse al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones.

3. **TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y DESPIDOS COLECTIVOS.**

La ley laboral, determina en el Art. 61, que los contratos de trabajo terminan por suspensión de actividades por parte del empleador durante más de ciento veinte (120) días, caso en el cual se debe solicitar autorización previa al Ministerio de Trabajo, e informar a los trabajadores tal hecho. El Ministerio debe resolver la solicitud en un plazo no mayor a dos meses, caso en el cual, de omitir este, tendrá responsabilidad disciplinaria por tal incumplimiento. De acuerdo con lo anterior, si el contrato de trabajo es de aquellos pactados a periodo fijo, y el tiempo está próximo a vencer, se puede notificar su terminación con 30 días de anticipación a tal vencimiento. Igual en los contratos de obra o labor, si la actividad se cumple, ya es notificar esta terminación para que cesen las obligaciones por las partes, previendo situaciones claro está, de estabilidad laboral reforzada.

Si la causal de despido colectivo será la liquidación y/o clausura definitiva o parcial de la empresa o establecimiento de comercio, deberá solicitar autorización previa al Ministerio de Trabajo. (Art. 61 Numeral 2). Aquí, ante la situación que tenemos especial, el Ministerio de Trabajo expidió la Circular 022 del 19 de marzo de 2020, donde dispuso la aplicación de la figura ***Fiscalización Laboral Rigurosa***, que impone a los funcionarios de dicha cartera, una revisión especial de las situaciones posibles de aprobación. Debemos resaltar que, la norma general, como lo ha afirmado el Ministerio de Trabajo en actos administrativos expedidos para el efecto⁵, que en nuestra legislación están prohibidos en principio los despidos colectivos. Pero en caso que estos se presenten, debe ser de tal rigurosidad el cumplimiento objeto de los hechos constitutivos ya referidos, cierre definitivo o parcial de la empresa. Tal y como lo ha

⁵ Resolución No. 49 de 2015. Expedida el 16 de febrero del mismo año. Director Territorial de Bolívar. Ministerio de Trabajo.



determinado la jurisprudencia constitucional⁶, el Ministerio de Trabajo debe revisar de manera muy objetiva y rigurosa, que se cumplan las causales para el cierre de la empresa, de manera que no se deje al capricho del empresario, tal determinación. Por lo tanto, aquí debe ser riguroso el empresario a la hora de aplicar esta figura, pues se debe tener en cuenta los elementos que deben ser objetivos para la toma de la decisión, que en el caso del asunto que nos atañe (Coronavirus), en la medida que imposibilite el desarrollo empresarial que motive su cierre, estarían dadas las condiciones para la solicitud al Ministerio de Trabajo.

No obstante, lo anterior, con el fin de aplicar figuras jurídicas tales como la suspensión o la terminación del contrato de trabajo, en los términos ya explicados, deberíamos tener en cuenta la tesis de la fuerza mayor o el caso fortuito, y por lo mismo, es importante su explicación, así:

- FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO QUE TEMPORALMENTE IMPIDA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO:

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, ha determinado⁷:

- a. La **fuerza mayor entonces no puede ser resuelta a través de una clasificación simple o abstracta**, sino que **debe ser vista a trasluz de los acontecimientos**. Lo sucedido con el COVID – 19, hay que analizarlo en cada caso particular, pues existirán empresas que saldrán más perjudicadas que otras, motivo de muchos factores que se deben analizar en cada caso.
- b. Solo podrá predicarse en la medida en que se **presente un obstáculo insuperable en el que el empleador no tenga culpa**. Aquí lo generado con el contagio, no fue una intención del empresario.
- c. Aun cuando no hay tal intención empresarial, se desplegó toda la gestión protectora, siendo por tanto en ese evento imposible comprometer su responsabilidad.
- d. La fuerza mayor debe tener un carácter de imprevisible, es decir que en condiciones normales sea improbable la ocurrencia del hecho en las labores ordinarias que se contraten, al punto que la frecuencia de su realización, de haberse contemplado, sea insular y en ese sentido pueda predicarse sobre su carácter excepcional y por tanto sorpresiva.
- e. Además de tal criterio, es evidente que el hecho debe ser irresistible, pese a que el empleador haya intentado sobreponerse tomando todas las medidas de seguridad en el trabajo, en últimas significa la imposibilidad de eludir sus efectos por lo intempestiva e inesperada, de ahí que no tenga ese carácter cuando aquel ha podido planificarlo, contenerlo, eludir o resolver sobre sus consecuencias, pues la exoneración de la responsabilidad por la fuerza mayor impone que, como carácter excepcional, esta sea de una magnitud y gravedad que no suceda habitualmente ni sea esperable, pero

⁶ Corte Constitucional. Sentencia No. C – 071 de 2010. “...no vulnera la protección constitucional que se brinda al derecho al trabajo (Art. 25, 53 y preámbulo), ni el debido proceso (Art. 29), en razón a que se trata de **una medida que no obedece a la voluntad omnímoda e incontrolada del empleador**. Por el contrario, se encuentra justificada en razones fundadas en la necesidad de proteger el crédito y de propiciar un mejor aprovechamiento de los activos en beneficio de todos los acreedores. (...); y finalmente, se trata de una medida sometida a supervisión judicial y seguimiento por parte del Ministerio de la Protección Social...”. (Resaltado fuera de texto en cita).

⁷ Dr. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ. MP. SL4913-2018. Radicación N.º 58847. Acta 43. Bogotá, D.C., 14 de noviembre de 2018.



además, se insiste, tenga un carácter de inevitable. Por lo tanto, aquí debemos tener especial atención, referente a las medidas que tome el Gobierno Nacional, ya que esta puede incidir de manera importante, en la toma de la decisión.

CONCLUSIONES:

- i. Tener en cuenta antes de cualquier toma de decisión drástica, el principio de solidaridad, y el respeto al derecho al trabajo.
- ii. Se podría aplicar la figura de las vacaciones individuales o colectivas.
- iii. Permisos, licencias, y otras según ya se explicó.
- iv. Suspensión del contrato de trabajo, por las causas ya anotadas.
- v. Tener en cuenta, que si superado el tiempo de suspensión de los contratos de trabajo, si la situación general no ha sido superada, y la empresa no tenga posibilidad de iniciar sus actividades económicas, se tendría que analizar la aplicación de la figura de terminación de los contratos de trabajo por la fuerza mayor o caso fortuito aquí comentado, según lo dispone el literal f del Art. 61 del CST, que en todo caso requerirá autorización del Ministerio de Trabajo.
- vi. Para exonerarse de responsabilidad, el empresario debe tener en cuenta las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional. Que lo sucedido no es posible haberlo prevenido. Que la empresa no puede seguir en el cumplimiento contractual.
- vii. Debe aplicar las cláusulas del contrato, cuando estas determinen alguna formalidad frente al trabajador para poder materializar la causal de terminación. De lo contrario, habría una violación al debido proceso contractual.

Cordialmente,

BLADIMIR LÓPEZ HERNÁNDEZ