

¡¡FLASH LEGAL!!



Actualidad Jurídica al Instante

OCTUBRE - 2021



LEÓN & QUINTERO
ABOGADOS
"Expertos en la aplicación del derecho"

¡¡¡TE PROTEGEMOS Y ASESORAMOS INTEGRALMENTE!!!

 **LEÓN & QUINTERO**
ABOGADOS
Expertos en la Aplicación del Derecho

www.lyqabogados.com  314 2988387

EFFECTOS DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO O TERMINACIÓN SIN JUSTA CAUSA EN MUJERES CON FUERO DE MATERNIDAD AL INICIO DE LAS RESTRICCIONES DEL COVID – 19

La corte constitucional en sentencia T – 279 de 2021, se pronunció frente a varios casos de mujeres trabajadoras que encontrándose en estado de gestación o lactancia sus empleadores les terminaron, suspendieron o modificaron sus contratos laborales.

Como situación particular en los casos analizados, se tiene que las terminaciones, suspensiones y modificaciones laborales ya mencionadas, se presentaron como consecuencia del Covid – 19 y justo en el momento en que el gobierno nacional decreto las medidas restrictivas para afrontar dicha pandemia.

En ese sentido, recordó la corte que el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada es una manifestación del principio de especial protección y asistencia de las mujeres gestantes y lactantes en el ámbito laboral, por lo que ese derecho otorga una protección cualificada que tiene por objeto impedir que el empleador despida, termine o no renueve el contrato laboral de estas trabajadoras en razón de su estado de gestación o lactancia.

No obstante, para los casos analizados se señaló que el contenido del derecho a la estabilidad laboral reforzada varía dependiendo del estado en que se encuentra la mujer y de las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se dieron las terminaciones, suspensiones y modificaciones laborales.

ACTUALIDAD

1. **EFFECTOS DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO O TERMINACIÓN SIN JUSTA CAUSA EN MUJERES CON FUERO DE MATERNIDAD AL INICIO DE LAS RESTRICCIONES DEL COVID – 19**
2. **CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS Vs CONTRATO REALIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO**
3. **¿COMO SE DETERMINA EL ORIGEN DE UN ACCIDENTE LABORAL?**
4. **NATURALEZA Y RAZON DE SER DE LA COTIZACIÓN AL SISTEMA PENSIONAL**
5. **CONTRATO REALIDAD EN UNA TRABAJADORA DE VENTA DE LOTERIA**
6. **REQUISITOS PARA ACCEDER A PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES CUANDO EL HIJO TIENE CONDICIÓN DE INVALIDEZ**
7. **¿SERVIDOR PÚBLICO PUEDE SER REPRESENTANTE LEGAL EN UNA FIRMA DE ABOGADOS?**
8. **LIMITES DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA PATRONAL**
9. **TRABAJO EN CASA – LEY 2088 DE 2021**
10. **SE REGULA EL TRABAJO REMOTO – LEY 2121 DE 2021**
11. **SE REDUCE LA JORNADA LABORAL EN COLOMBIA – LEY 2101 DE 2021**

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Vs CONTRATO REALIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO

La sala de lo contencioso administrativo – sección segunda del consejo de estado, el pasado 9 de septiembre de 2021, profirió una **sentencia de unificación de importancia jurídica**, relacionada con los contratos de prestación de servicios que celebran las entidades públicas para desdibujar relaciones laborales.

Al respecto, al revisar el caso en concreto se estableció que la relación jurídica que unía a las partes era una verdadera relación laboral encubierta o subyacente, en la medida que se logró demostrar los elementos esenciales de esta y que la referida vinculación se extendió en el tiempo a través de diversos contratos sucesivos con un objeto semejante.

En ese sentido, el consejo de estado reiteró que a pesar de las constantes advertencias y recomendaciones de la corte constitucional para que los entes estatales cesen en «**el uso indiscriminado**» de la contratación por prestación de servicios, esta práctica no solo persiste, sino que se ha extendido, desconociendo así las garantías especiales de las relaciones laborales que consagra la constitución política. Sentencia T – 723-2016

Así las cosas, el consejo de estado fue enfático en señalar que, el hecho de que la Corte Constitucional manifieste que «**el uso indiscriminado de los contratos de prestación de servicios constituye una verdadera vulneración sistemática de la Constitución**» debe, cuando menos, llamar la atención, por lo tanto, en el caso objeto de unificación, fijo unas reglas a tener en cuenta en la celebración de este tipo de contratos por parte de las entidades públicas.

No obstante, vale la pena recordar que, si bien el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 establece, que **los contratos de prestación de servicios no son fuente de una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales**, la jurisprudencia del consejo de estado y de la corte constitucional, han admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de una relación laboral, por lo que las entidades públicas deberán ser muy cuidadosas en la elaboración de los estudios previos al momento de contratar, de lo contrario ante alguna controversia se dará aplicación al artículo 53 de la CP que consagra la prevalencia de la realidad frente a las formalidades.

Reglas establecidas por el consejo de estado y a tener en cuenta en la contratación pública:

1. La temporalidad como elemento del contrato estatal de prestación de servicios “término estrictamente indispensable” – revisión de estudios previos.
2. El término de interrupción de los contratos estatales de prestación de servicios: solución de continuidad (30 días hábiles)
3. Devolución de mayores aportes a la Seguridad Social en salud efectuados por el contratista, que demostró la existencia de la relación laboral estatal

¿COMO SE DETERMINA EL ORIGEN DE UN ACCIDENTE LABORAL?

La corte constitucional mediante sentencia T – 181 de 2021, al revisar un caso donde se calificó como de origen común un accidente mortal y se objetó el reconocimiento de la prestación económica por pensión de sobrevivientes, recordó entre otras, el procedimiento que se debe tener en cuenta al momento de calificar el origen de los accidentes laborales.



En ese orden de ideas, señala la corte que los siniestros que se presentan por causa o con ocasión del trabajo, aunque se deben producir mientras la persona desempeña la labor encomendada, **no necesariamente se limita a una hipótesis de una orden dada por el empleador o a una de las actividades normales que se encuentran a su cargo**, pues de ser así, algunas circunstancias quedarían excluidas del Sistema General de Riesgos Laborales.

Así las cosas, para que la muerte por accidente laboral sea cubierta por las ARL, basta con que el trabajador esté afiliado y dicho accidente ocurra por causa o con ocasión del trabajo. En todo caso, si la ARL pretende librarse de la responsabilidad generada por una contingencia de dicha naturaleza, será su obligación probar la falta de causalidad entre el accidente y la actividad laboral que desempeña el empleado.

De acuerdo con lo anterior, la corte recuerda cual es el trámite para calificar el origen de un accidente laboral, así:

1. Reporte del evento por parte del empleador a la ARL.
2. Calificación administrativa del origen por parte de Colpensiones, ARL, compañías de seguros o las EPS.
3. Si se presenta controversia, la calificación la realizan las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez en primera instancia y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en segunda instancia.
4. Si continua la controversia se debe acudir a la justicia ordinaria.

NATURALEZA Y RAZON DE SER DE LA COTIZACIÓN AL SISTEMA PENSIONAL



La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3567-2021, Magistrada Ponente Jimena Isabel Godoy Fajardo, se pronunció sobre la naturaleza y la razón de ser de las cotizaciones al sistema pensional, en los casos de personas con discapacidad derivada de padecimientos de salud crónicos, degenerativos o congénitos, cuyo origen data del momento mismo del nacimiento.

En el caso examinado la corte encontró que se trataba de una persona con una calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 50% del mes de julio de 2012, pero con fecha de estructuración en junio de 1985, fecha de su nacimiento.

Adicionalmente, encontró que el demandante nunca ejerció labor u oficio por la que percibiera ingresos, como también evidencio que con posterioridad al cumplimiento de los 18 años su padre lo afilió al sistema de pensiones encargándose este del pago de las cotizaciones hasta completar aproximadamente 670 semanas de cotización.

Bajo este contexto, la corte recordó que, si bien es cierto que dicho organismo ha procurado la protección de las personas con discapacidad derivada de padecimientos de salud crónicos, degenerativos o congénitos, cuyo origen data del momento mismo del nacimiento dada la imposibilidad jurídica de efectuar cotizaciones con anterioridad a tal evento, también ha enseñado que es necesario el examen minucioso de cada caso con el fin de evitar fraudes al sistema pensional.

En ese sentido, la corte precisó que es necesario examinar si las cotizaciones efectuadas antes y después de la estructuración de la invalidez fueron sufragadas en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual del interesado y no que se hicieron con el único fin de defraudar al sistema de seguridad social.

Entonces, todo lo anterior no quiere decir que una persona con discapacidad para laborar desde su nacimiento no pueda laborar en un futuro, por el contrario, en aras de evitar el fraude al sistema de pensiones y a su vez, garantizar su sostenibilidad fiscal, es necesario, en cada caso, revisar al detalle aspectos como el dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, la patología, su historia laboral, entre otras, pues precisamente en razón a que el afiliado puede trabajar y producto de ello, cotizar al sistema durante el tiempo que su condición se lo permita, es necesario corroborar si los aportes realizados se hacen con la única finalidad de acreditar las semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de dichas semanas resultantes de una actividad laboral efectivamente ejercida.



LEÓN & QUINTERO
ABOGADOS

Expertos en la Aplicación del Derecho

CONTRATO REALIDAD EN UNA TRABAJADORA DE VENTA DE LOTERIA

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3695-2021, Magistrado Ponente Iván Mauricio Lenis Gómez, se pronunció sobre la regulación de la venta de chance y las modalidades de contratación de los trabajadores de colocación de apuestas, venta de lotería y recarga de celulares.



Al respecto, recordó la corte que la colocación de apuestas se encuentra debidamente regulada por la Ley 1 de 1982, que dicha actividad corresponde a un monopolio rentístico en el que la titularidad para su operación la ostentan entre otros terceros denominados operadores y concesionarios de apuestas que ejecuten la venta de chance mediante contratos de concesión, los cuales se encargan de la explotación y comercialización de las apuestas permanentes a través de distintos canales como las agencias, los puntos fijos y los colocadores o vendedores de apuestas.

En el caso en concreto se evidencio que se trataba de una trabajadora que tenía por obligación vender chance y recargar celulares presuntamente de manera autónoma, pero que en el desarrollo de tales actividades se configuró el elemento principal de la relación de trabajo la subordinación.

Al respecto, es oportuno resaltar que, si bien la vinculación autónoma de una persona no prohíbe fijar horarios, solicitar informes o establecer medidas de supervisión y vigilancia o impartir instrucciones en relación a la ejecución del servicio, es cierto que dichas actividades no pueden desbordar su finalidad al punto de convertir la coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo.

En ese sentido, se resaltó que la teoría del contrato realidad se sustenta en el principio de la primacía de la realidad y que en aquellos casos en los que exista discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos debe preferirse lo que sucede en el terreno de los hechos, en tanto son estos los que determinan la naturaleza jurídica de la situación producida

REQUISITOS PARA ACCEDER A PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES CUANDO EL HIJO TIENE CONDICIÓN DE INVALIDEZ

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3446-2021, Magistrada Ponente Jimena Isabel Godoy Fajardo, se refirió a la condición establecida en el literal c) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, relacionado con el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a hijos en condición de invalidez.



De acuerdo con lo anterior, recordó la corte que esa institución ha dispuesto que *la regla es que los requisitos para la sustitución pensional se encuentren satisfechos al momento del fallecimiento del causante, pero que «en casos excepcionales y por razones de justicia material», ha ordenado su otorgamiento «a favor de hijos que, por causas ajenas a su voluntad, no acreditaron estos requerimientos al morir el progenitor, pero sí los reunían para aquella época», situación que corresponde a «casos extremos en los que la Corte se ha visto obligada a inaplicar parte de la normativa vigente y dar aplicación directa a la Constitución, con el fin de evitar la consumación de un perjuicio irremediable».*

En ese sentido, es cierto que la Corte ha considerado al analizar situaciones particulares, que el surgimiento del estado de invalidez del hijo con posterioridad a la muerte del causante, no le impide mantener el derecho a la pensión de sobrevivientes. Pero ese criterio jurídico se ha expuesto en casos en los que antes de darse la invalidez el hijo tenía otra condición, vigente a la fecha del deceso del causante, que le impedía procurarse por sus propios medios los recursos económicos suficientes para su congrua subsistencia.

En consecuencia, los requisitos de invalidez y dependencia económica frente al padre o madre fallecidos deben estar acreditados al momento del deceso, pues es en ese momento en que se causa la prestación económica y no con posterioridad, por lo que en el caso de hijos inválidos que dependían económicamente del causante, la invalidez debe estar acreditada en el momento del fallecimiento de sus progenitores.

¿SERVIDOR PÚBLICO PUEDE SER REPRESENTANTE LEGAL EN UNA FIRMA DE ABOGADOS?



El departamento administrativo de la función pública, mediante concepto 222111 del 23 de junio de 2021 recordó que las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas, por lo tanto el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

En consecuencia, si bien es cierto no existe inhabilidad alguna para que un servidor público ejerza como representante legal o sea socio mayoritario de una firma de abogados, se considera que el servidor público deberá tener en cuenta que no podrá litigar, y los servicios que preste su firma no se relacionen con las funciones propias de su empleo y que en todo caso, los servicios los preste el empleado fuera de su jornada laboral, en caso contrario se violaría el deber legal de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario al desempeño de las labores encomendadas, como empleado público.

LIMITES DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA PATRONAL

La sala laboral de la corte suprema de justicia, en sentencia SL 2418-2021, reitera su línea jurisprudencial respecto de la indemnización contenida en el artículo 216 del CST, llamada responsabilidad o culpa patronal.

Al respecto, en la citada sentencia se debatió el problema jurídico en relación con la posibilidad de descontar de la indemnización contenida en el art. 216 del CST, las prestaciones económicas que reconocen las ARL.

Sobre el particular, el corte precisó que las prestaciones económicas (pensión de invalidez) reconocidas por las ARL, no puede asimilarse o compensarse con las obligaciones a cargo del empleador toda vez que ambas prestaciones no son excluyentes, en tanto tienen un origen diferente y responden a diferentes obligaciones esto es, la pensión de invalidez cubre las contingencias aseguradas por el sistema de seguridad social se financia con los aportes efectuados por el empleador y corresponde a una responsabilidad objetiva del sistema y por la otra, la indemnización del ART. 216 del CST tiene como fuente el desconocimiento de las obligaciones del empleador, una sanción frente a su negligencia y por tanto corresponde a una sanción subjetiva.

En ese sentido, es claro que la condena derivada del artículo 216 del CST, tiene carácter sancionatorio para el empleador, razón por la cual las entidades de seguridad social no asumen las indemnizaciones originadas en enfermedades profesionales o accidentes de trabajo que ocurran por culpa suficientemente comprobada del empleador y por tanto, no es dable que se disminuya del monto de la indemnización plena de perjuicios a su cargo, las sumas dinerarias sufragadas por aquellas.

En consecuencia, al demostrarse claramente la responsabilidad del empleador en un ATEL, este deberá responder y compensar al trabajador en los términos del artículo 216 del CST, independientemente de que la ARL por su parte, reconozca la prestación económica a que haya lugar.

TRABAJO EN CASA

LEY 2088 2021



El pasado 12 de mayo de 2021, se promulgo la Ley 2088 través de la cual se regula el trabajo en casa. Con esta disposición se regula la habilitación de trabajo en casa como una forma de prestación del servicio en situaciones ocasionales, excepcionales o especiales, que se presenten en el marco de una relación laboral, legal y reglamentaria con el Estado o con el sector privado, sin que conlleve variación de las condiciones laborales establecidas o pactadas al inicio de la relación laboral.

Se define trabajo en casa como la habilitación al servidor público o trabajador del sector privado para desempeñar transitoriamente sus funciones o actividades laborales por fuera del sitio donde habitualmente las realiza, sin modificar la naturaleza del contrato o relación laboral, o legal y reglamentaria respectiva, ni tampoco desmejorar las condiciones del contrato laboral, cuando se presenten circunstancias ocasionales, excepcionales o especiales que impidan que el trabajador pueda realizar sus funciones en su lugar de trabajo, privilegiando el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Uno de los puntos más trascendentales de la norma, sin que sea el único, es la obligación de desconexión laboral, lo que se traduce como la garantía y el derecho que tiene todo trabajador y servidor público a disfrutar de su tiempo de descanso, permisos, vacaciones, feriados, licencias con el fin de conciliar su vida personal, familiar y laboral. Por su parte el empleador se abstendrá de formular órdenes u otros requerimientos al trabajador por fuera de la jornada laboral.

La habilitación de trabajo en casa originada por circunstancias excepcionales, ocasionales o especiales se extenderá hasta por un término de tres meses prorrogables por un término igual por una única vez, sin embargo, si persisten las circunstancias ocasionales, excepcionales o especiales que impidieron que el trabajador pudiera realizar sus funciones en su lugar de trabajo se extenderá la habilitación de trabajo en casa hasta que desaparezcan dichas condiciones.

Para dar inicio a esta habilitación, el empleador deberá notificar por escrito a sus trabajadores acerca de la habilitación de trabajo en casa, y en dicha comunicación, se indicará el periodo de tiempo que el trabajador estará laborando bajo esta habilitación.

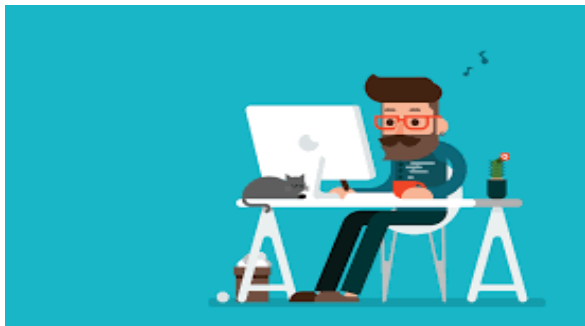
La ARL a la que se encuentre afiliado el empleador, deberá promover programas que permitan garantizar condiciones de salud física y mental, así como la seguridad en el trabajo.

Algunos aspectos relevantes son:

- Se mantiene la facultad subordinante del empleador y la potestad de supervisión de las labores
- Permanecen todas las obligaciones, derechos y deberes derivados de la prestación personal del servicio
- El empleador tiene la obligación de determinar el modelo de evaluación de desempeño del trabajador
- El seguimiento a objetivos y actividades en servidores públicos y sector privado obedecerá a criterios establecidos con anterioridad
- Se precisa que esta modalidad de trabajo, se extiende a cualquier forma de trabajo que no requiera presencia física.

SE REGULA EL TRABAJO REMOTO EN COLOMBIA

El congreso de la república expidió la Ley 2121 del 3 de agosto de la misma anualidad, a través de la cual regula **EL TRABAJO REMOTO** como una nueva forma de ejecución del contrato de trabajo.



Sobre el particular, es importante tener en cuenta que esta nueva forma de ejecución contractual, debe ser pactada de manera voluntaria entre las partes, sin ningún costo para el trabajador y respetando los derechos y garantías laborales ya establecidas en el código sustantivo del trabajo.

La nueva forma de ejecución del contrato de trabajo que trae la Ley 2121, establece no se requiere de un lugar físico determinado para la prestación de los servicios, el trabajador podrá prestar los servicios desde el lugar que considere adecuado, de común acuerdo con el empleador, previo visto bueno de la Administradora de Riesgos Laborales presente en el contrato.

Igualmente, vale la pena destacar que el trabajo remoto tiene como principio la flexibilidad en todas las etapas precontractuales y contractuales, incluso el perfeccionamiento del contrato de trabajo deberá darse de manera remota, haciendo uso de las tecnologías existentes y nuevas u otro medio o mecanismo, completando su perfección con la firma electrónica o digital.

Finalmente, la ley 2121 trae consigo nuevas obligaciones para los trabajadores, empleadores y entidades de la seguridad social, por lo que todas las partes intervinientes deben atender cada una de las nuevas disposiciones y ajustarse a las nuevas realidades, con el fin de dar aplicabilidad al nuevo ordenamiento.

SE REDUCE LA JORNADA LABORAL EN COLOMBIA

El pasado 15 de julio, se expidió la Ley 2101, a través de la cual se reduce la jornada laboral de manera gradual.

El objeto de la ley es, reducir la jornada laboral semanal de manera gradual, sin disminuir el salario ni afectar los derechos adquiridos y garantías de los trabajadores.

Esta Ley modifica el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo, en el sentido de señalar que la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo en Colombia será de 42 horas a la semana, que podrán ser distribuidas, de común acuerdo, entre empleador y trabajador, en 5 o 6 días, a la semana, garantizando siempre el día de descanso.



Señala también la norma que el número de horas de trabajo diario podrá distribuirse de manera variable durante la semana, teniendo como mínimo 4 horas continuas y máximo hasta 9 horas diarias sin lugar a ningún recargo por trabajo suplementario, cuando el número de horas de trabajo no exceda el promedio de 42 horas semanales dentro de la jornada ordinaria.

La disminución de esta norma podrá ser implementada de manera gradual, así:

DESDE	HASTA	REDUCCIÓN JORNADA LABORAL
15/07/2023	14/07/2024	47 HORAS
15/07/2024	14/07/2025	46 HORAS
15/07/2025	14/07/2026	44 HORAS
15/07/2026	EN ADELANTE	42 HORAS



www.lygabogados.com



314 2988387



servicioalcliente@lygabogados.com
dleon@lygabogados.com