

Bogotá,

ASUNTO: Respuesta Radicado N° 05EE2020120300000043465
Alternativas laborales por la emergencia generada por el COVID-19 - Retiro de Cesantías parcial por emergencia económica por covid-19

Respetada Señora, reciba un cordial saludo:

En respuesta a su solicitud mediante la cual requiere concepto Jurídico respecto a las “Alternativas laborales por la emergencia generada por el COVID-19 – Retiro de Cesantías parcial por emergencia económica por covid-19, esta oficina se permite informarle lo siguiente:

Alcance de los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica:

De Acuerdo a lo dispuesto por el Decreto 4108 de 2011, “*Por el cual se modifican los objetivos y la Estructura del Ministerio de Trabajo y se integra el sector Administrativo de Trabajo*”, esta Oficina Asesora Jurídica no ostenta la competencia de dirimir controversias ni declarar derechos, pues, esto le compete a los Honorables Jueces de la República, es así, como los conceptos emitidos tendrán carácter meramente orientador mas no de obligatorio cumplimiento, sus pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta, por mandato expreso del Artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, los funcionarios no estamos facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias.

De igual manera, es importante dejar claro al consultante, que el derecho de petición de rango constitucional supone para el Estado la obligación de responder las peticiones que se formulen, pero no obliga a hacerlo en el sentido que quiera el interesado, por lo que el derecho de petición no supone que la Administración deba acceder a pedido, tal y como lo ha mencionado reiteradamente la Corte Constitucional en extensa jurisprudencia la respuesta a las consultas están al margen de que la respuesta sea favorable o no al consultante, pues no necesariamente se debe acceder a lo pedido. (Sentencia T-139/17).

Así las cosas, este Despacho no se pronuncia sobre casos puntuales, sino que se manifiesta respecto del asunto jurídico consultado en abstracto, fundamentándose en la legislación laboral vigente de derecho del trabajo individual – trabajadores particulares - y colectivo – trabajadores particulares / oficiales y empleados públicos, según aplique en el evento.

■ Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX

(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención

Bogotá (57-1) 3779999
Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co

Frente al caso en concreto:

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, esta oficina haciendo uso de la función orientadora en materia de relaciones laborales, procederá a emitir el concepto conforme a la posición que tiene este Ministerio respecto de los temas planteados en su consulta en los siguientes términos generales:

Sea lo primero en resaltar la obligación Constitucional de protección del Trabajo, establecida en el artículo 25, que consagra que en cualquiera de las modalidades el trabajo tiene protección del Estado y que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, disposición que la letra dice:

“Artículo 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”

El artículo 53 de la Constitución en su parte pertinente establece principios tales como la estabilidad en el empleo y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales y la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, norma que a la letra dice en su parte pertinente:

*“Artículo 53 El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; **estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales**; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales**; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.”*

Así las cosas, si bien la propia Constitución en el artículo 333, establece que la economía y la iniciativa privada son libres, también establece límites como el bien común, estableciendo que las empresas tienen una función social que implica obligaciones, resaltando la facultad de delimitar el alcance de dicha libertad económica, cuando así lo exija el interés social, norma que en su parte pertinente a la letra dice:

■ Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33

Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX

(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano

Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención

Bogotá (57-1) 3779999

Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co

“Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

(...)

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

(...)

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”

En reflejo de los principios Constitucionales, el Código Sustantivo del Trabajo, también prevé que el fin primordial de la normatividad laboral es lograr justicia en las relaciones entre empleadores y trabajadores, pero dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social, cuando a la letra dice en su artículo 1, relativo al objeto de la norma:

*“Artículo 1o. OBJETO. La finalidad primordial de este Código es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre {empleadores} y trabajadores, **dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.**” (resaltado fuera de texto)*

El artículo 9 del C.S. del T., por su parte, establece la protección del Estado al trabajo, en la forma prevista en la Constitución y Las Leyes, norma que a la letra dice:

*“Artículo 9o. **PROTECCION AL TRABAJO. El trabajo goza de la protección del Estado, en la forma prevista en la Constitución Nacional y las leyes.** Los funcionarios públicos están obligados a prestar a los trabajadores una debida y oportuna protección para la garantía y eficacia de sus derechos, de acuerdo con sus atribuciones.” (Resaltado fuera de texto)*

Ahora bien con la expedición del **Decreto 488 del 27 de Marzo de 2020 “Por el cual se dictan medidas de orden laboral, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica” a causa de la emergencia sanitaria ante el COVID-19.**, El Gobierno Nacional busca en materia laboral a través del El Ministerio de Trabajo tomar medidas y brindar alternativas, con el objetivo de proteger el empleo, y mitigar el impacto económico que pueda llegar a presentarse, en este sentido ha instado a los empleadores a usar otro tipo de mecanismos tales como el trabajo en casa, los permisos remunerados, las jornadas flexibles, el teletrabajo y el otorgamiento de vacaciones acumuladas, anticipadas y colectivas. En así como en el artículo primero el citado Decreto se tiene por objeto:

■ Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33

Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX

(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano

Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención

Bogotá (57-1) 3779999

Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co

“Artículo 1. Objeto. El presente Decreto tiene como objeto adoptar medidas en el ámbito laboral con el fin de promover la conservación del empleo y brindar alternativas a trabajadores y empleadores dentro de la Emergencia Económica, Social y Ecológica, declarada por el Gobierno nacional por medio del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020”.

Por su parte esta cartera Ministerial través de la **Circular 0021 del 17 de Marzo de 2020**, hace referencia a las medidas de protección de empleo con ocasión a la fase de contención de COVID- 19 y la declaración de medidas de emergencia sanitaria, motivo por el cual a través de la misma presento las siguientes alternativas que pueden ser considerados por los empleadores, con el fin de proteger el empleo:

1. Trabajo En Casa:

Tratándose De una situación ocasional, temporal y excepcional es posible que el empleador autorice el trabajo en casa, en cualquier sector de la economía, esta modalidad ocasional de trabajo es diferente al Teletrabajo y no exige el lleno de los requisitos establecidos para este. En el numeral 4 del Artículo 6 de la Ley 1221 de 2008 define como características de trabajo en casa que: “4. Una persona que tenga la condición de asalariado no se considerara 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 realizarlos en su lugar de trabajo habitual”, para optar por esta modalidad debe existir acuerdo entre el empleador y el trabajador.

De tal manera, el trabajo en casa, como situación ocasional temporal y excepcional no presenta los requerimientos necesarios para el teletrabajo y se constituye como una alternativa viable y enmarcada en el ordenamiento legal para el desarrollo de las actividades en el marco de la actual emergencia sanitaria.

2. Teletrabajo:

Por su parte el teletrabajo se encuentra definido en el artículo 2 de la Ley 1221 de 2008 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 comunicación – TIC para el contacto entre el trabajador y la empresa sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo”. Al teletrabajo conforme a lo señalado en la norma en mención, no le serán aplicables las disposiciones sobre jornada de trabajo, horas extraordinarias y trabajo nocturno, sin que pueda imponer tampoco, altas cargas de trabajo.

De igual manera se debe tener en cuenta que el salario del teletrabajador, no podrá ser inferior al que se pague por la misma labor, en la misma localidad y por igual rendimiento, al trabajador que preste sus servicios en el centro de trabajo.

3. Jornada Laboral Flexible:

■ Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33

Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX

(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano

Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención

Bogotá (57-1) 3779999

Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co

Como regla general se indica que la jornada laboral puede ser establecida por el empleador o fijarse con los límites establecidos por la Ley, la cual señala un máximo de (8) horas diarias y (48) a la semana, no obstante, el mencionado límite puede ser repartido de manera variable durante la respectiva semana teniendo como mínimo (4) horas continuas y como máximo hasta (10) hora diarias sin lugar a recargo por trabajo suplementario, cuando el número de horas de trabajo no exceda el promedio de (48) horas semanales dentro de la jornada ordinaria de 6:00 a.m. a 9:00 p.m., lo anterior con base en lo dispuesto en el literal d) del artículo 161 del C. S. del T.

En las anteriores condiciones, el empleador tiene la facultad de reducir o ampliar la jornada laboral establecida dependiendo de las necesidades del servicio o necesidades especiales sin que este término sea contabilizado como horas extras.

De igual manera el empleador puede optar por realizar turnos de trabajo con duración no superior a (6) horas diarias y (36) a la semana los cuales se pueden realizar en cualquier horario días de la semana sin que esta situación genere recargo alguno Literal c) Artículo 161 del C. S. del T.

Así las cosas, por los acontecimientos de salud pública señalada, los empleadores pueden modificar su jornada laboral con la intención de proteger a sus trabajadores acordando sus jornadas laborales o disponiendo de turnos sucesivos que eviten la aglomeración de los trabajadores en sus instalaciones en una misma jornada o en los sistemas de transporte masivo., anterior con el fin de poder precisamente proteger la salud de sus empleados.

4. Vacaciones anuales, anticipadas y colectivas:

El trabajador tiene derecho a un descanso remunerado por haber prestado sus servicios durante un (1) año de servicio, consistente en (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas de conformidad con lo señalado en el artículo 186 del C. S del. T.

Así mismo, se puede otorgar vacaciones a los trabajadores antes de causar el derecho lo cual se conoce como vacaciones anticipadas. De otra parte, los empleadores pueden fijar vacaciones colectivas a sus trabajadores inclusive sin que ellos hayan cumplido el año para lo cual se pueden tener en cuenta las siguientes consideraciones:

1. Las vacaciones deben ser remuneradas al trabajador con el salario que este devengando en el momento de disfrute.
2. El trabajador no puede exigir que se le asigne un nuevo periodo de vacaciones luego de cumplir el año de trabajo.

En cuanto a las vacaciones colectivas, el empleador puede dar aviso de ellas con el fin de contrarrestar bajas de producción o ingresos, como situaciones derivadas de la emergencia sanitaria o en caso

■ Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33

Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX

(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano

Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención

Bogotá (57-1) 3779999

Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co

de que se ordenen medidas de aislamiento obligatorio por parte del Gobierno Nacional, como estrategia de mitigación ante el COVID- 19.

De acuerdo con lo anterior y debido a la situación actual aquí descrita los trabajadores y empleadores podrán acordar en cualquier momento el inicio del disfrute de las vacaciones acumuladas, anticipadas o colectivas para enfrentar adecuadamente la etapa de la contingencia COVID- 19.

5.1 Salario Sin Prestación de Servicios:

Esta posibilidad se indica en el artículo 140 del C. S del T el cual señala: “Durante la vigencia del contrato el trabajador tiene derecho a percibir el salario aun cuando no haya prestación del servicio por disposición o culpa del empleador”. Conforme a la norma anterior es posible que por disposición del empleador de manera voluntaria y generosa determine la posibilidad de pagar el salario y de liberar al trabajador de la prestación del servicio.

El Trabajo en casa, los permisos, las jornadas flexibles, el teletrabajo y en general todas las medidas enunciadas en la cita circular, no exoneran al empleador de cumplir con sus obligaciones, en particular el pago de salarios los aportes al Sistema General de Seguridad Social y todos aquellos derivados de la relación laboral.

Igualmente, mediante **Circular No. 27 del 29 de marzo de 2020**, dirigida a empleadores y trabajadores del sector privado, se reitera la importancia de proteger el empleo y promueve para que a los empleadores a tener en cuenta lo siguiente:

1. El Artículo 25 de la Constitución Política señala que el trabajo “es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.”
2. **Como derechos conexos al trabajo se encuentran conceptos como el “mínimo vital y móvil” y la seguridad social, derechos que están conexos a la vida y salud de los trabajadores y sus familias.**
3. **En este momento de crisis mundial, la Organización Internacional del Trabajo ha hecho un llamado a proteger los trabajadores, estimular la economía y el empleo y sostener los puestos de trabajo y los ingresos del trabajador, por lo que se hace nuevamente un llamado a los empleadores para que actúen bajo el principio protector y de solidaridad, en virtud de los cuales, prima la parte más débil de la relación laboral.**
4. Conforme a lo anterior, no es permitido obligar a los trabajadores a solicitar y acceder a tomar licencias no remuneradas, so pretexto de mantener el empleo, pues dicha práctica, además de ser ilegal, afecta dolorosamente la vida del trabajador y su familia, al no poder contar con ingresos suficientes para atender la crisis.

■ Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33

Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX

(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano

Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención

Bogotá (57-1) 3779999

Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co

5. Conforme lo señalado en el Artículo 333 de la Constitución Política, la empresa tiene una función social que implica obligaciones, una de ellas, propender por el bienestar de sus trabajadores.

6. Así las cosas, la opción de solicitar una licencia no remunerada debe provenir libre y voluntariamente del trabajador. El empleador determinará la procedencia de concederla o no, de acuerdo con lo señalado en el numeral 4 del artículo 51 del Código Sustantivo de Trabajo.

Con todo lo anteriormente expuesto, es claro que el empleador debe procurar agotar todas las alternativas indicadas, con el fin de proteger no solo el empleo si no también proporcionar la protección a sus trabajadores en esta emergencia de salud pública por el Covid-19, dependiendo de la actividad a realizar en la empresa.

Así mismo debemos aclarar que la circular No 27 del 29 de marzo de 2020 expedida por esta cartera ministerial, fue dirigida a empleadores y trabajadores del sector privado, en la cual se prohíbe a los empleadores coaccionar a los trabajadores a tomar licencias no remuneradas. Sin embargo esta misma no impide precisamente que los mismos trabajadores, bajo su propia voluntad puedan solicitar este tipo de licencias, por lo que le exhortamos que de conformidad con lo dispuesto en los artículo inicialmente citados del C. S. del T respecto de la regulación de los permiso no remunerado, licencia o permiso temporal, puedan llegar de común acuerdo para que no se vea afectado el curso normal de las actividades de su empresa y así mismo los trabajadores puedan tener la opción de tener este tipo de permisos con el fin de proteger su salud.

Ahora bien, es importante aclarar que, de llegar a generarse alguna controversia sometida ante la Jurisdicción ordinaria laboral, solo un Juez de la república sería el competente para definir el conflicto, toda vez que en los términos del Artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, los funcionarios de esta Oficina no están facultados para declarar derechos u obligaciones ni para dirimir controversias.

No obstante, finalmente, se indica que el Numeral 2º del Artículo 486 del C.S.T. indica que los funcionarios del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social que indique el Gobierno, tendrán el carácter de autoridades de policía para lo relacionado con la vigilancia y control de las normas laborales y están facultados para imponer las sanciones pecuniarias según la gravedad de la infracción y mientras esta subsista, sin perjuicio de las demás sanciones contempladas en la normatividad vigente.

Así mismo, es importante aclarar que con base con base en las alternativas establecidas en la Circular No. 021 de 2020, el Ministerio del Trabajo mediante la Circular 033 del 17 de abril de 2020, pone de presente medidas adicionales de protección al empleo en la fase de mitigación del COVID-19, como mecanismos alternativos que poseen los empleadores para proteger el empleo, de cara a la situación actual, las cuales se describen de la siguiente manera:

■ Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33

Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX

(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano

Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención

Bogotá (57-1) 3779999

Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co

1. **Licencia remunerada compensable:** Si bien las licencias remuneradas comúnmente conocidas, previstas en el Código Sustantivo del Trabajo, son la licencia de maternidad y paternidad, licencia por luto y licencia por grave calamidad doméstica, la legislación permite al empleador conceder licencias remuneradas cuando así lo considere, razón por la cual las partes de la relación laboral podrían concertar el otorgamiento de dichas licencias, pudiendo incluso acordar un sistema de compensación, que le permita al trabajador disfrutar del descanso durante el término de la licencia, para que con posterioridad labore en jornadas adicionales a las inicialmente pactadas, con el propósito de compensar el tiempo concedido mediante dicha licencia remunerada (De manera similar a la que se acostumbra para otorgar permisos en épocas festivas, como los días hábiles de semana santa o fin de año).

2. **Modificación de la jornada laboral y concertación de salario.** De conformidad con lo señalado en el artículo 158 del Código Sustantivo del Trabajo, los trabajadores y los empleadores pueden, de manera concertada, variar las condiciones del contrato trabajo, entre ellas, la jornada laboral mediante la cual se realiza la labor prometida, dependiendo de las necesidades del servicio, en atención a la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Gobierno nacional.

Dado que se trata de una situación ocasional, transitoria y excepcional, con incidencia directa en la economía nacional, los trabajadores y los empleadores de manera concertada, solo mientras dure la emergencia sanitaria y por escrito, podrán buscar alternativas que garanticen la estabilidad del empleo, por medio del acuerdo consensuado de una fórmula adecuada para modificar las condiciones contractuales, entre las que se encuentra, el salario, la jornada laboral y la modificación de las funciones o la carga laboral asignada.

Conforme con lo anterior, con base en el artículo 50 del Código Sustantivo del Trabajo, en el cual se consagra que las partes pueden revisar el contrato de trabajo cuando "sobrevengan imprevistos y graves alteraciones de la normalidad económica", es posible que empleadores, trabajadores y organizaciones sindicales acuerden una remuneración inferior a la pactada originalmente, siempre y cuando se garantice el salario mínimo legal mensual vigente y los demás derechos derivados de este.

Es importante indicar que los trabajadores no podrán renunciar a ninguno de los derechos laborales que se encuentran contenidos en el Código Sustantivo del Trabajo, tales como la prima de servicios, cesantías, intereses de estas, dotación, como tampoco a los descansos remunerados como vacaciones y descansos en dominicales y días feriados; de igual manera tampoco a sus horas extras y demás recargos.

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33

Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX

(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano

Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención

Bogotá (57-1) 3779999

Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co

3. **Modificación o suspensión de beneficios extralegales:** Los beneficios extralegales son aquellos que el empleador entrega a sus trabajadores por mera liberalidad y no son constitutivos de salario, entre los cuales se destacan primas extralegales e incentivos ocasionales ya sea en salario o en especie, por lo cual, es factible que el empleador de manera temporal acuerde con el trabajador no otorgar dichos beneficios con la finalidad de realizar previsiones adecuadas a la estabilidad del empleo y los derechos laborales. En tal sentido, el artículo 15 de del Código Sustantivo del Trabajo señala que es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles.

4. **Concertación de beneficios convencionales.** Ante la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19 y el impacto que ocasiona en la normalidad económica en materia laboral, es posible que las organizaciones sindicales o los trabajadores no sindicalizados y los empleadores, busquen escenarios de diálogo social con el fin de generar soluciones concertadas entre trabajador v empleador, que faciliten el manejo de la crisis económica, la restauración de la normalidad y la protección al empleo.

Los acuerdos alcanzados no deben afectar derechos de índole legal, deben garantizar el libre consentimiento, y pueden plasmarse en acuerdos "extra convencionales" o "extra pacto". Estos acuerdos deben respetar la voluntad de las partes y aplican durante la vigencia de la emergencia sanitaria o durante el tiempo que las medidas tomadas afecten de manera directa la normalidad económica en materia laboral, conforme lo convengan las partes. Los acuerdos no podrán afectar el pago oportuno del salario, con independencia que se esté prestando o no el servicio por teletrabajo o trabajo en casa.

Es preciso indicar que esta figura no podrá eliminar los acuerdos de la convención colectiva de trabajo.

Sobre este respecto, el artículo 480 del Código Sustantivo del Trabajo dispone: "Las convenciones colectivas son revisables cuando quiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica. Cuando no haya acuerdo entre las partes acerca de la revisión fundada en tales alteraciones, corresponde a la justicia del Trabajo decidir sobre ellas; y entretanto estas convenciones siguen en todo su vigor".

Así mismo, la Corte Constitucional en sentencia de 27 de septiembre de 2000 (C1319/00), al referirse a este mismo tema, expresó:

"Aclarado así que las convenciones colectivas no son inmodificables, es preciso definir, de cara a la Constitución, cuándo pueden serlo y sobre qué objeto puede recaer la modificación. Sobre la primera de estas cuestiones, está visto como según la jurisprudencia las convenciones son esencialmente

■ Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33

Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX

(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano

Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención

Bogotá (57-1) 3779999

Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co

modificables "para adaptarlas a las necesidades e intereses, tanto de los patronos como de los trabajadores." Pero además, también son revisables "cuando por circunstancias imprevisibles varíen sustancialmente las circunstancias económicas que se tuvieron en cuenta al momento de su celebración". Así las cosas, podría concluirse que tales convenciones deben modificarse en dos circunstancias: ordinariamente y en forma periódica en tiempos de normalidad económica, pues ello es lo que realmente se ajusta al derecho de negociación colectiva, y lo que permite adaptarlas a las necesidades cambiantes tanto de los patronos como de los trabajadores; y, además, extraordinaria o excepcionalmente cuando por razones no previstas han variado las circunstancias económicas presentes al momento de su celebración, lo que impone su revisión para no alterar el equilibrio económico de las relaciones laborales".

En conclusión, tal como rezan las Circulares 027 y 033 de 2020 sobre los mecanismos antes descritos, aunados a las medidas planteadas en la Circular 21 del 17 de marzo de 2020 tales como el trabajo en casa, el teletrabajo, las jornadas de trabajo flexibles, el **otorgamiento de vacaciones colectivas, anticipadas o acumuladas**, los permisos remunerados y el salario sin prestación del servicio, son mecanismos que favorecen la aplicación del principio protector del trabajo consagrado en el artículo 25 de la Constitución Política y en el artículo 9 del Código Sustantivo del Trabajo, durante esta emergencia.

Con todo lo anteriormente expuesto, es claro que el empleador debe procurar agotar todas las alternativas indicadas, con el fin de proteger y mantener el empleo a sus trabajadores en esta emergencia de salud pública por el Covid-19.

Cade destacar que el Ministerio del Trabajo, carece de competencia para establecer la legalidad de las actuaciones del empleador, de competencia exclusiva y excluyente de los Jueces de la República, debido a que durante la emergencia económica causada por pandemia por covid-19, el Gobierno ha expedido normas para proteger el empleo y ha dado alternativas tales como las mencionadas con antelación para proteger el ingreso del trabajador, el cual en la mayoría de los casos constituye el mínimo vital del trabajador y su núcleo de familia, derechos protegidos Constitucionalmente.

Las Cesantías

Las cesantías son una prestación social a cargo del empleador y a favor del trabajador que corresponde en un mes de salario por cada año de servicios prestados o proporcionalmente al tiempo

■ Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33

Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX

(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano

Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención

Bogotá (57-1) 3779999

Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co

de servicio. Tiene como objetivo principal dar un auxilio monetario cuando la persona termine su relación laboral.

Debe informarse que las cesantías no se pagan por liberalidad o capricho del empleador, sino que son una construcción legal y un derecho del trabajador contempladas Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y se liquidan definitivamente el 31 de diciembre, por el año o por la fracción de año transcurrida desde la fecha de vinculación del empleado hasta el 31 de diciembre, a la letra:

Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características: Ver Oficio de fecha 25.11.98. Secretaría Distrital de Salud. Fondo Nacional del Ahorro. CJA09751998

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo. Ver Oficio de fecha 25.11.98. Secretaría Distrital de Salud. Fondo Nacional del Ahorro. CJA09751998

4ª. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

5ª. Todo trabajador podrá trasladar su saldo de un fondo de cesantía a otro de la misma naturaleza. El Gobierno fijará el procedimiento que deba seguirse para el efecto.

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33

Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX

(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano

Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención

Bogotá (57-1) 3779999

Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co

6ª. Los Fondos de Cesantía serán administrados por las sociedades cuya creación se autoriza, y cuyas características serán precisadas en los decretos que dicta el Gobierno Nacional, en orden a:

Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional;
Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.

7ª. Todos los aspectos que no se modifiquen específicamente por esta Ley, continuarán regulados por las normas vigentes del régimen tradicional relativas al auxilio de cesantía.

Parágrafo. - En el evento que los empleadores deban efectuar la liquidación y consignación de la cesantía a que se refiere este artículo y no existan suficientes Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantías autorizadas para funcionar, el Gobierno Nacional podrá transitoriamente autorizar a otras entidades u ordenar a las instituciones financieras con participación estatal mayoritaria para que cumplan las funciones de Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía.

Las cesantías se deben liquidar por el Empleador al final de año con destino al fondo de cesantías que el empleado haya elegido, **y en el caso de liquidar las cesantías por terminación del contrato de trabajo, el valor liquidado se paga directamente al trabajador en este caso, el día en que se le haga la liquidación de contrato, se le deben pagar las cesantías y demás conceptos originados en la relación laboral.**

La obligación de la empresa es consignar cada año las cesantías a los fondos, nada más. Cualquier trámite relacionado con las cesantías, debe ser realizado por el empleado ante el fondo de cesantías, quien es el que le administra sus cesantías.

En Colombia existen dos tipos de regímenes para las cesantías a saber: las **cesantías retroactivas o tradicionales** (trabajadores vinculados por contrato de trabajo antes del 1º de enero de 1991) y **cesantías anualizadas** (los trabajadores vinculados por contrato de trabajo a partir del 1º de enero de 1991).

Cesantías Retroactivas

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13
Teléfonos PBX
(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63
Puntos de atención
Bogotá (57-1) 3779999
Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518
Celular
120
www.mintrabajo.gov.co

Las cesantías retroactivas (régimen tradicional) son aquellas que se encuentran en poder del empleador durante toda la vigencia de la relación laboral, y aplican únicamente a todos los trabajadores vinculados por contrato de trabajo antes del 1º de enero de 1991.

Se llaman retroactivas debido a que se reconocen una vez se termine el contrato laboral y equivale a un mes de salario por cada año de servicios prestados o proporcional al tiempo de servicios.

Por ejemplo, un trabajador ingreso a la compañía el 01 de enero de 1987 y se retiró de la empresa el 31 de diciembre del 2010, en este caso se liquidarían con el último salario.

Valor de las cesantías retroactivas = Último salario del trabajador X El tiempo del servicio

Cesantías Anualizadas

Las cesantías anualizadas son un sistema de liquidación definitiva anual que se maneja a través de los denominados `fondos de cesantías` creado por la Ley 50 de 1990, el cual aplica a los trabajadores vinculados por contrato de trabajo a partir del 1º de enero de 1991, **y a los trabajadores antiguos que se acojan a este sistema.**

A diferencia de las cesantías retroactivas, únicamente permanecen en poder del empleador durante máximo un año, debido a que **a más tardar el 14 de febrero de cada año deberán ser depositadas en la administradora de fondo de cesantías que elija el trabajador.** (Valor causado en el año inmediatamente anterior)

Liquidación de las Cesantías

Para liquidar las cesantías se toma como base el último salario mensual devengado por el trabajador, siempre que no haya tenido variación en los últimos tres meses. En caso contrario se calcula el promedio de los salarios obtenidos en el último año. Cuando el trabajador lleva menos de un año, se promediará el salario devengado durante todo el tiempo de servicios, si este varía en los últimos tres meses calendario del año.

Fórmula General

■ Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13
Teléfonos PBX
(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63
Puntos de atención
Bogotá (57-1) 3779999
Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518
Celular
120
www.mintrabajo.gov.co

$$\text{Cesantías} = \frac{\text{Salario mensual} \times \text{Total de días trabajados}}{360 \text{ días}}$$

Pago de las Cesantías

Hay plazo para el depósito hasta el 14 de febrero para pagar las Cesantías, si pasada esta fecha no se ha hecho el pago se generará una sanción por mora, que veremos a continuación.

Si un empleador no consigna oportunamente las cesantías al fondo de cesantías, deberá asumir una sanción de un día de salario por cada día de retraso. (Artículo 99 de la Ley 50 de 1990)

Y cuando un trabajador termina su relación laboral antes del 31 de diciembre, el empleador deberá pagar directamente las cesantías causadas por el tiempo trabajado.

Con lo anteriormente expuesto se concluye que, las cesantías deben ser liquidadas por el empleador al final de año con destino al fondo de cesantías que el empleado haya elegido, y en el caso de liquidar las cesantías por terminación del contrato de trabajo, el valor liquidado se paga directamente al trabajador el día en que se le haga la liquidación de contrato, se le deben pagar las cesantías y demás conceptos originados en la relación laboral.

Retiro Parcial de Cesantías durante pandemia por covid-19

Frente a este aspecto y como excepción temporal a la regla general de prohibición de reconocimiento de pagos parciales del Auxilio de Cesantía antes de la terminación del Contrato de Trabajo establecida en el artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo, se expidió el Decreto Ley 488 del 27 de marzo de 2020 “Por el cual se dictan medidas de orden laboral, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.”, para que el trabajador previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la referida disposición normativa, puedan retirar de sus cuentas en los Fondos de Cesantías el monto que garantice su ingreso constante, la norma a la letra dice:

“Artículo 3. Retiro de Cesantías. *Hasta tanto permanezcan los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica, el trabajador que haya presentado una disminución de su ingreso mensual, certificada por su empleador, podrá retirar cada mes de su cuenta de*

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33

Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX

(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano

Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención

Bogotá (57-1) 3779999

Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co

cesantías el monto que le permita compensar dicha reducción, con el fin de mantener su ingreso constante. Esta disposición aplica únicamente para retiros de los fondos administrados por Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías de carácter privado.

La Superintendencia Financiera impartirá instrucciones inmediatas a las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías de carácter privado, para que la solicitud, aprobación y pago de las cesantías a los trabajadores se realice por medios virtuales, en razón a la emergencia declarada.

Parágrafo. Para el retiro de las cesantías de que trata este artículo las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías de carácter privado, no podrán imponer requisitos adicionales que limiten la aplicación del presente artículo.”

Frente a esta medida el Ministerio del Trabajo a través de la Circular 34 del 23 de abril de 2020, dispuso que la misma continuará vigente hasta tanto permanezcan los hechos que dieron origen a la Declaratoria por parte del Ministerio de Salud y Protección de la Emergencia Sanitaria y por el Gobierno Nacional de la Emergencia Económica, Social y Ecológica ocasionada por el COVID - 19.

Por su parte la Superintendencia Financiera de Colombia expidió la Circular Externa No. 13 del 30 de marzo de 2020, en la cual establece unos lineamientos a cumplir por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías para la solicitud, aprobación y pago de las cesantías en la coyuntura actual, entre ellas cabe transcribir la siguiente, que a la letra dice:

“QUINTA. El pago por retiro parcial de cesantías se abonará de forma mensual por el monto solicitado por el afiliado, siempre que no exceda el valor de la disminución del ingreso mensual certificado por el empleador.

El pago por retiro parcial de cesantías en todo caso estará limitado al saldo disponible en la cuenta de ahorro de cesantías.” (subrayado y negrilla fuera de texto)

Debe mencionarse además que conforme a las competencias de Inspección, Vigilancia y Control IVC que como autoridad laboral administrativa tiene el Ministerio del Trabajo de acuerdo a lo establecido en los artículos 485 y 486 del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas pertinentes, la Circular 22 del 19 de marzo de 2020, adoptó “... la figura de la **Fiscalización Laboral Rigurosa**, mediante la cual se tomarán estrictas medidas de inspección, vigilancia y control sobre las decisiones que adopten los empleadores en relación con los contratos de trabajo durante la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 y la declaratoria de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada, por el señor Presidente de la República mediante el Decreto 417 de 2020.”

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33

Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX

(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano

Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención

Bogotá (57-1) 3779999

Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co

Para más información, se invita a consultar nuestra página web www.mintrabajo.gov.co, en donde entre otros aspectos de interés, se encuentra tanto la normatividad laboral como los conceptos institucionales, los cuales servirán de guía para solventar sus dudas en esta materia.

La presente consulta se absuelve en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el Artículo 1° de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

(original firmado)

ADRIANA CALVACHI ARCINIEGAS

Coordinadora

Grupo de Atención de Consultas en Materia Laboral.

Oficina Asesora Jurídica

19-08-2020

Elaboró: Carolina M.S. 26/06/2020

Revisó y Aprobó: Adriana C.

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33

Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX

(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano

Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención

Bogotá (57-1) 3779999

Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co