

RJT

REVISTA JURÍDICA DEL TRABAJO

DIRECTOR

JORGE ROSENBAUM

COORDINADOR

FEDERICO ROSENBAUM

Número especial

Junio
2020

EL PRINCIPIO DE (IN) ESTABILIDAD PANDÉMICA EN COLOMBIA

THE PRINCIPLE OF PANDEMIC (IN) STABILITY IN COLOMBIA

Iván Daniel JARAMILLO JASSIR

Abogado, Profesor de carrera académica de la Universidad del Rosario, Colombia. Magíster en Derecho del Trabajo de la Universidad de Bolonia, Italia, y doctor cum laude en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha, España

ivan.jaramillo@urosario.edu.co

Fecha de envío: 25/05/2020

Fecha de aceptación: 01/06/2020

EL PRINCIPIO DE (IN) ESTABILIDAD PANDÉMICA EN COLOMBIA

Iván Daniel JARAMILLO JASSIR

Universidad del Rosario (Colombia)

Resumen: El presente artículo analiza el contenido y alcance del principio de estabilidad en el empleo, en el contexto de la crisis sanitaria y económica que deriva del COVID-19, así como el encuadramiento jurídico de la fuerza mayor y el caso fortuito en la suspensión y terminación del contrato de trabajo.

Las respuestas frente a los contextos de crisis y la (des) conexión con los mandatos universales de protección del empleo y el salario se analizan en forma crítica en el presente análisis para identificar los principales desafíos del sistema laboral colombiano en tiempos del coronavirus.

Palabras clave: Estabilidad - Terminación del contrato de trabajo - Suspensión del contrato de trabajo - Fuerza mayor - Caso fortuito

Sumario: Introducción. 1. Esquema de protección especial en relación a la estabilidad “reforzada” en el empleo en Colombia. 2. Terminación del contrato por fuerza mayor o caso fortuito en Colombia y COVID-19. 3. Consecuencias del despido motivado por COVID-19. Consideraciones conclusivas.

Abstract: This article analyzes the content and scope of the principle of job stability, in the context of the health and economic crisis resulting from COVID-19, as well as the legal framework of force majeure and the fortuitous event of suspension and termination of the employment contract.

The responses to the crisis and the (dis) connection with the universal mandates for the protection of employment and wages are critically analyzed in this analysis

to identify the main challenges of the Colombian labor system in times of the coronavirus.

Key words: Stability - Termination of employment contract - Suspension of employment contract - Force majeure - Fortuitous event

Summary: Introduction. 1. Special protection scheme in relation to “reinforced” stability in employment in Colombia. 2. Termination of the contract due to force majeure or fortuitous event in Colombia and COVID-19. 3. Consequences of the dismissal motivated by COVID-19. Conclusive considerations.

Introducción

En el contexto de la pandemia que deriva del COVID-19 el derecho del trabajo en Colombia ha revelado las evidentes falencias en materia de realización de la promesa de estabilidad laboral prevista en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991.

En efecto, el ordenamiento jurídico laboral colombiano caracterizado por (i) la libertad de despido como regla general a cambio de una *indemnización a forfait*, (ii) la libertad de pacto del término fijo como modalidad de vinculación laboral sin vinculación a causas objetivas y (iii) la ausencia de seguros de desempleo contrastan con el principio constitucional de estabilidad en el empleo.

En este sentido, el sistema jurídico laboral no se adscribe a los estándares incluidos en el Convenio 158¹ y la Recomendación 166 de la Organización del Trabajo, que contempla como principio orientador de la arquitectura jurídica sobre terminación de la relación de trabajo, el postulado según el cual: “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.²

1. Esquema de protección especial en relación a la estabilidad “reforzada” en el empleo en Colombia

La debilidad del desarrollo legal del principio constitucional de estabilidad en el empleo³ que en Colombia se adscribe a la libertad de despido incorporando un esquema de indemnizaciones reducido progresivamente en las reformas de

¹ El Convenio 158 de la OIT no ha sido ratificado por Colombia.

² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Las normas de la OIT y el COVID-19 (coronavirus)”, disposiciones fundamentales de las normas internacionales del trabajo pertinentes en el contexto del brote de COVID-19, NORMAS, 23 de marzo de 2020.

³ El artículo 53 de la Constitución Política colombiana de 1991 establece en el artículo 53: “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...) estabilidad en el empleo (...)”.

la Ley 50 de 1990 y la Ley 789 de 2002⁴ ha determinado la construcción de la jurisprudencia constitucional de esquemas de realización del principio de continuidad para grupos especialmente vulnerables a partir del postulado fundamental de igualdad que fundamenta las acciones afirmativas que soportan el elenco de supuestos de la denominada “estabilidad laboral reforzada en Colombia”.

En este sentido, se ha articulado como *acción afirmativa* un esquema de estabilidad reforzada para grupos de trabajadores especialmente vulnerables para quienes la eficacia del despido está condicionada a autorizaciones de autoridades judiciales/administrativas así:

- i) Trabajadores amparados con fuero sindical: se condiciona el despido a autorización judicial previa (artículo 406 C.S.T.).
- ii) Trabajadores amparados por fuero circunstancial (desde la iniciación hasta la terminación de un conflicto colectivo, artículo 25 decreto 2351 de 1965).
- iii) Trabajadoras amparadas con fuero de maternidad: se condiciona el despido a autorización previa del Ministerio del Trabajo. (artículos 239 y 241 C.S.T.).
- iv) Trabajadores amparados por “fuero por discapacidad”: se condiciona el despido a autorización previa del Ministerio del Trabajo. (artículo 26 Ley 361 de 1997).
- v) Trabajadores amparados por fuero por haber promovido una querrela por acoso laboral: se condiciona el despido a autorización previa del Ministerio del Trabajo. (artículo 11 Ley 1010 de 2006).
- vi) Trabajadores amparados por fuero de pre-pensionados (artículo 12 Ley 790 de 2002).
- vii) Trabajadores amparados por fuero por regresar de un secuestro. (artículo 15 Ley 986 de 2005).

⁴ En el mismo sentido, sobre la protección contra el despido y la derogatoria del artículo 18 del estatuto de los trabajadores en Italia, ver: ROMAGNOLI, Umberto, “El irresistible ascenso de la licencia para despedir” en: Revista Derecho Social, Editorial Bomarzo, Albacete, España, Número 71, 2015.

2. Terminación del contrato por fuerza mayor o caso fortuito en Colombia y COVID-19

La fuerza mayor o caso fortuito en Colombia está incluida como causal de suspensión del contrato de trabajo, que debe ser autorizada previamente por el Ministerio del Trabajo,⁵ al tiempo que se excluye del listado de las causales taxativas de terminación de la relación laboral.

Las características específicas que encuadran la fuerza mayor o caso fortuito⁶: imprevisibilidad, irresistibilidad, inimputabilidad para el deudor⁷, que tenga la virtualidad de imposibilitar el cumplimiento de la obligación debida⁸ y la existencia de una relación causal entre el incumplimiento de la obligación y el hecho obstativo⁹, descartan su aplicación en el contexto del COVID-19 en Colombia como fórmula de suspensión del contrato que comporta la ausencia de pago del salario por las siguientes razones:

- (i) El Ministerio del Trabajo profirió la circular 021 de 2020, que incluye alternativas que excluyen el carácter irresistible de la pandemia para suspender el pago de salarios: trabajo en casa, teletrabajo, jornada laboral flexible, vacaciones anuales, anticipadas y colectivas, permisos remunerados, salarios sin prestación del servicio.
- (ii) El Decreto Legislativo 639 de 2020 estructuró el Programa de apoyo al empleo formal (PAEF), por el cual se estableció el aporte monetario mensual de naturaleza estatal por tres meses del 40% del salario mínimo de todos los trabajadores de la nómina que descarta la imposibilidad de cumplir con la prestación debida que informa la fuerza mayor o el caso fortuito.

⁵ Artículo 67, Ley 50 de 1990.

⁶ BONNECASE, Julien, Tratado Elemental de Derecho Civil, Editorial Harla, Mexico, 1993

⁷ Corte Suprema de Justicia, rad. 50954, 9 de Agosto de 2017

⁸ Corte Suprema de Justicia, rad. 39668, 30 de Octubre de 2012, Corte Suprema de Justicia SL3478-17, 1 de marzo de 2017, Corte Suprema de Justicia SL 4948 -2018, 17 de octubre de 2018.

⁹ BELTRAN, Ignasi, "RD Ley 18/2020 y ERTE: ¿la fuerza mayor puede ser parcial?; y ¿puede exigirse el reingreso?", 18 de mayo de 2020.

- (iii) Desde el inicio de la política de aislamiento preventivo obligatorio se establecieron actividades exceptuadas han ido ampliándose progresivamente en el proceso de reactivación económica sobre los que debe excluirse *ope legis* la fuerza mayor o caso fortuito.

Dada la ausencia de fundamento jurídico para suspender los contratos de trabajo, se ha transitado la vía de la *revisión* del contrato que habilita (sin reserva sindical) la desregulación condicionada a acuerdo entre las partes sin la cual debe ser habilitada por la justicia del trabajo.

3. Consecuencias del despido motivado por COVID-19

Como se aclaró en precedente, en el marco del ordenamiento jurídico-laboral colombiano, la fuerza mayor y el caso fortuito no constituyen causas legales de terminación de la relación de trabajo¹⁰, de forma que el despido por COVID-19 debe considerarse sin justa causa y como tal derivar la indemnización por despido prevista en el Código Sustantivo del Trabajo en función de la modalidad contractual pactada.

En el caso de los trabajadores amparados por la “estabilidad laboral reforzada”, la ineficacia como consecuencia jurídica determina el reintegro con los correspondientes salarios de tramitación (salarios y prestaciones dejados de percibir desde el despido hasta el reintegro).

De la misma manera, en caso de afectación de algún derecho fundamental (mínimo vital, igualdad, vida, salud, intimidad, etc.) procede la solicitud de reintegro por vía de acción de tutela (amparo constitucional) dada las circunstancias: (i) imposibilidad de encontrar otra fuente de empleo que deriva de la política de aislamiento preventivo obligatorio, (ii) ausencia de un mecanismo alternativo de defensa judicial dada la suspensión de términos de la jurisdicción ordinaria laboral y (iii) afectación del mínimo vital como consecuencia de confinamiento para afrontar la pandemia.

Consideraciones conclusivas

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Rad. 26775, 4 de abril de 2006.

La crisis sanitaria y económica relevó la vulnerabilidad del sistema laboral colombiano caracterizado por la prevalencia de la informalidad que afecta al 66,3%¹¹ (14 millones de trabajadores) de la población ocupada que desarrolla actividades personales sin reconocimiento de derechos, protección social ni diálogo social.

Las carencias en materia de inspección, vigilancia y control ha determinado situaciones de acuerdos de licencia no remuneradas y revisión de contratos, que carecen de la expresión de voluntad libre y espontánea de los trabajadores, como consecuencia de la asimetría de la relación individual sustancial, que demanda la inclusión de cláusulas de reserva sindical para la suscripción de este tipo de acuerdos de desregulación.

La debilidad del esquema de protección del principio constitucional de estabilidad deriva en la inversión del principio de ajenidad de los riesgos aunado a la ausencia de cobertura de las situaciones de crisis por parte del Sistema Integral de Seguridad Social que ha recargado sobre los derechos laborales el costo de la crisis sanitaria y económica en Colombia.

¹¹ Observatorio Laboral Universidad del Rosario, “La vulnerabilidad del mercado laboral colombiano al COVID-19”, 20 de marzo de 2020.

Bibliografía

BELTRAN, I. (2020), “RD Ley 18/2020 y ERTE: ¿la fuerza mayor puede ser parcial?; y ¿puede exigirse el reingreso?”, 18 de mayo de 2020.

BONNECASE, J. (1993). *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Editorial Harla, Mexico.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2020). “Las normas de la OIT y el COVID-19 (coronavirus)”, disposiciones fundamentales de las normas internacionales del trabajo pertinentes en el contexto del brote de COVID-19, NORMAS, 23 de marzo de 2020.

ROMAGNOLI, U. (2015). “El irresistible ascenso de la licencia para despedir” en: *Revista Derecho Social*, Editorial Bomarzo, Albacete, España, Número 71, 2015.