

Bogotá, D.C.

08SE2017120300000027085

Al responder por favor citar este número de radicado

URGENTE

ASUNTO: Respuesta Radicado No. 11EE201710000000049068 - 17
Jornada Laboral dedicada a la Familia aplicación Ley 1857 de 2017

Respetado(a) Señor(a)

Con respecto a sus diferentes inquietudes relativas a la jornada laboral dedicada a la Familia, en aplicación de la Ley 1857 de 2017, esta oficina se pronuncia dentro del marco de su competencia previas las siguientes consideraciones:

Alcance de los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica

Antes de dar trámite a su consulta es de aclararle que esta Oficina Asesora Jurídica solo estaría habilitada para **emitir conceptos generales y abstractos** en relación con las normas y materias que son competencia de este Ministerio, de conformidad con el Artículo 8° del Decreto 4108 de 2011 y por ende **no le es posible realizar declaraciones de carácter particular y concreto**. De igual manera, el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el art. 41 del D.L. 2351 de 1965, modificado por el art. 20 de la ley 584 de 2000, dispone que los funcionarios de este Ministerio **no quedan facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces**.

Con respecto a sus inquietudes cabe manifestar que la familia es considerada como célula de la sociedad amparada constitucionalmente en el artículo 42, norma de normas que preconiza la protección de la misma en forma integral, norma que a la letra dice en su parte pertinente:

“Artículo 42- La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley ...”

Esta definición de familia preconizada constitucionalmente, como también en la Jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, a la que por mandato del artículo 241 de la Constitución Nacional, se le ha confiado *la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos* de la disposición, la describe como una *institución sociológica* que tiene como fines esenciales entre otros la ayuda mutua, el sostenimiento de sus miembros, de donde deviene la especial protección del Estado a este núcleo social.

Esta es la razón por la cual el Congreso de la República expidió la Ley 1857 de 2017 *“Por medio de la cual se Modifica la Ley 1361 de 2009 para adicionar y complementar las medidas de protección de la familia y se dictan otras disposiciones”*, norma dentro de la cual, se establecen algunas obligaciones para los Empleadores como la normada en el artículo 3 el cual adicionó un artículo a la Ley 1361 de 2009, *“Por medio de la cual se crea la Ley de Protección Integral a la Familia”*, artículo que a la letra dice:

“Artículo 3 Adiciónese un artículo nuevo a la Ley 1361 de 2009 el cual quedará así:

Artículo 5A. Los empleadores podrán adecuar los horarios laborales para facilitar el acercamiento del trabajador con los miembros de su familia, para atender sus deberes de protección y acompañamiento de su cónyuge o compañera(o) permanente, a sus hijos menores, a las personas de la tercera edad de su grupo familiar o a sus familiares dentro del 3er grado de consanguinidad que requiera del mismo; como también a quienes de su familia se encuentren en situación de discapacidad o dependencia.

El trabajador y el empleador podrán convenir un horario flexible sobre el horario y las condiciones de trabajo para facilitar el cumplimiento de los deberes familiares mencionados en este artículo.

Parágrafo. Los empleadores deberán facilitar, promover y gestionar una jornada semestral en la que sus empleados puedan compartir con su familia en un espacio suministrado por el empleador o en uno gestionado ante la caja de compensación familiar con la que cuentan los empleados. Si el empleador no logra gestionar esta jornada deberá permitir que los trabajadores tengan este espacio de tiempo con sus familias sin afectar los días de descanso, esto sin perjuicio de acordar el horario laboral complementario.”

Cabe destacar que la H. Corte Constitucional, en Sentencia T 606 de 2013, Referencia: expediente T-3873716 Magistrado Ponente Doctor Alberto Rojas Rios, establece lo relativo al núcleo familiar al definirlo, cuando en uno de sus apartes la Providencia a la letra dice:

“NUCLEO FAMILIAR-Protección por el Estado

FAMILIA DE CRIANZA-Protección constitucional/FAMILIA DE HECHO-La crianza como un hecho a partir del cual surge el parentesco

La protección constitucional a la familia no se restringe a aquellas conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad exclusivamente, sino también a las que surgen de facto o llamadas familias de crianza, atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia, en donde la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando núcleos familiares de hecho, que el derecho no puede desconocer ni discriminar cuando se trata del reconocimiento de derechos y prerrogativas a quienes integran tales familias. La protección constitucional de la familia también se proyecta a las conformadas por padres e hijos de crianza, esto es, las que surgen no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos, sino por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección. La evolución y dinámica de las relaciones humanas en la actualidad hace imperioso reconocer que existen núcleos y relaciones familiares en donde las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o naturales, sino por situaciones de facto, caracterizadas y conformadas a partir de la convivencia y en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia, y en las cuales pueden identificarse como padres o abuelos de crianza a los cuidadores que ejercen la autoridad parental, relaciones familiares de crianza que también son destinatarias de las medidas de protección a la familia fijadas en la Constitución Política y la ley”

Cabe destacar que la obligación que señala el primer inciso de la norma que antecede, referente a la concesión del tiempo remunerado para que el trabajador proteja a miembros de su familia, entendida esta como la *acción de impedir que una persona o una cosa reciba daño o que llegue hasta ella algo que lo produzca*, o el de acompañar, teniendo en cuenta su acepción más simple, que es *estar [una persona] con otra o ir junto a ella*, es potestativo para el Empleador, es decir, no es obligante, pues la disposición señala que el Empleador podría conceder permiso al trabajador para que realice las labores de acompañamiento y protección a los miembros de su grupo familiar que lo requieran, incluidos hasta el tercer grado de consanguinidad; para ello podría acordar con el trabajador la flexibilización del horario de trabajo con esos fines, cuestiones que también podrían estar incluidas en el Reglamento de Trabajo, el que señala la forma de realización de la labor cuando en el artículo 104 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que a la letra dice:

“Artículo 104- DEFINICION. Reglamento de trabajo es el conjunto de normas que determinan las condiciones a que deben sujetarse el {empleador} y sus trabajadores en la prestación del servicio “

La flexibilización del horario de trabajo con estos fines, debe diferenciarse de las estipulaciones de la jornada flexible la misma que por disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, tiene otras connotaciones diferentes, establecidas en el artículo 161 literal d del Código Sustantivo del Trabajo, jornada dentro de la cual se labora todos los días seis días a la semana por espacio de cuatro horas continuas hasta diez horas discontinuas, sin sobrepasar de cuarenta y ocho horas a la semana, norma que a la letra dice en su parte pertinente:

“Artículo 161 Duración

La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana, salvo las siguientes excepciones:

a)
(...)

d) <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 1846 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> El empleador y el trabajador podrán acordar que la jornada semanal de cuarenta y ocho (48) horas se realice **mediante jornadas diarias flexibles de trabajo**, distribuidas en máximo seis días a la semana con un día de descanso obligatorio, que podrá coincidir con el domingo. Así, **el número de horas de trabajo diario podrá repartirse de manera variable durante la respectiva semana teniendo como mínimo cuatro (4) horas continuas y como máximo hasta diez (10) horas diarias sin lugar a ningún 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.” (resaltado fuera de texto)

Cabe mencionar igualmente, que para que los miembros del núcleo de familia, entendido éste en la concepción establecida por la H. Corte Constitucional cuyos apartes se transcribieron con antelación, requieran de protección o acompañamiento, no se refiere a quienes se encuentren en situación de discapacidad únicamente sino aquellos que por sus condiciones de edad u otras situaciones, requerirían de asistencia personal del trabajador, por tanto, no solamente incluye al personal en discapacidad, sino de la tercera edad, por ejemplo, niños, menores de edad también incluidos en la norma, debido a que en muchas ocasiones la persona que se requiere protección y acompañamiento, estando en situación de discapacidad, se puede valer por si misma sin requerir de otro, pues la discapacidad según la H. Corte Constitucional, es diversidad funcional, no significa persona impedida. Al respecto en Sentencia T-098/15, Referencia: Expedientes T-4579271, T-4599253, T-4598573, T-4597713 y T-4579776, Magistrado ponente, Doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, al respecto manifestó:

*“En el sentido de los artículos superiores antes citados, a través de la sentencia T-217 de 2014^[44], la Corte ha desarrollado el concepto de igualdad en las relaciones laborales de la siguiente manera:
(...)
al respecto, ha dicho la Corte lo siguiente:*

“se encuentra establecido que se presenta una clara diferencia entre los conceptos de discapacidad e invalidez. En efecto, podría afirmarse que la discapacidad es el género, mientras que la invalidez es la especie, y en consecuencia no siempre que existe discapacidad necesariamente nos encontramos frente a una persona invalida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa”.^[45] Agrega que la discapacidad “implica una restricción debida a la deficiencia de la facultad de realizar una actividad en la forma y dentro del margen que se considera normal para el ser humano en su contexto social. En este sentido, discapacidad no puede asimilarse, necesariamente a pérdida de capacidad laboral. Así, personas con un algún grado discapacidad pueden desarrollarse plenamente en el campo laboral...”^[46] (Negrilla fuera del texto)

Por tanto, no sería necesario que el trabajador presente ante su Empleador el certificado de discapacidad del miembro de su núcleo de familiar que se encuentre en esta situación debido a que la disposición no exige la presentación de la prueba documental, ni para quien se encuentra en situación de discapacidad, como tampoco

lo exige para otras situaciones tales como que el familiar que pertenece al núcleo de familia, sea menor o pertenezca a la tercera edad, o para quienes requieren protección y acompañamiento, debido a que los contratos de trabajo, se entienden ejecutados de buena fe, en atención a lo normado por el artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que a la letra dice:

“Artículo 55 EJECUCION DE BUENA FE. El contrato de trabajo, como todos los contratos, deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obliga no sólo a lo que en él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la ley pertenecen a ella.”

Por otra parte, lo normado en el Parágrafo del artículo tercero de la Ley 1857 de 2017, establece una obligación para el Empleador no potestativa sino como su nombre lo indica de estricto cumplimiento, por cuanto como se aprecia en la transcripción normativa del parágrafo en mención, existe la obligación del Empleador de disponer una jornada de trabajo cada semestre, para que el trabajador a su servicio comparta con su familia, situación que puede cumplirse de tres maneras:

- 1- El Empleador puede disponer a su criterio el sitio y la forma de realización de la jornada para que el trabajador comparta con su familia.
- 2- El Empleador podrá realizar gestiones necesarias para que dicha jornada se coordine con la Caja de Compensación Familiar a la cual se encuentra vinculado por disposición legal, Ley 21 de 12982 y ,
- 3- En la eventualidad de que las dos primeras opciones no hayan podido cristalizarse, se conceda al trabajador una jornada libre remunerada para el cumplimiento de dichos fines.

Así mismo, la disposición en comento, establece que esta jornada remunerada libre para el objetivo antes planteado, el trabajador debe compensarla en tiempo de trabajo, situación que el Empleador y trabajador deben coordinar para el efecto; esta compensación para algunos considerada una carga adicional al trabajador, no lo sería, pues en las relaciones labores se busca el equilibrio de las partes y se debe tener en cuenta que si bien es cierto al compensar el tiempo de trabajo del día concedido para el fin perseguido por la norma, el Empleador no perdería la remuneración que le paga al trabajador por el día “laborado”, pero también se debe considerar los gastos que el Empleador sufragaría no solo para el trabajador, sino para los miembros de la familia del trabajador en cumplimiento de los fines antedichos, por tanto, sería una situación que al cumplir los objetivos normados en la Ley 1857 de 2017, no se vulneraría con ello el equilibrio contractual.

En este orden de ideas, la compensación de esta jornada familiar que sería en igual proporción a la establecida por acuerdo entre las partes o la máxima legal, en la eventualidad de que no hay acuerdo previo, en atención a lo normado por el artículo 158 del Código Sustantivo del Trabajo, no podría darse en los días de descanso del trabajador, pues la misma disposición señala que el cumplimiento de esa norma se hace sin perjuicio del descanso del trabajador, es decir, no podría hacerse en días sábados si no es laborable o domingos que es día de descanso remunerado, en la mayoría de las jornadas establecidas.

Sin embargo, si el Empleador solicita la compensación de la jornada en mención en horario nocturno, es decir, el trabajo realizado entre las 9 p.m. y las 6 a.m., en atención a lo establecido por la Ley 1846 de 2017 “Por medio de la cual se modifican los artículos 160 y 161 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”, el Empleador debe cancelar el valor del recargo únicamente, pues la disposición del Código Sustantivo del Trabajo así lo establece cuando el Empleador obliga a que su trabajador labore en dicho horario, más no la base de las horas nocturnas, por efecto de la compensación. La norma a la letra dice:

“ Artículo 168. TASAS Y LIQUIDACION DE RECARGOS. <Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. El trabajo nocturno por el solo hecho de ser nocturno se remunera con un recargo del treinta y cinco por ciento (35%) sobre el valor del trabajo diurno, con excepción del caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales previstas en el artículo 20 <161> literal c) de esta ley.” (resaltado fuera de texto)

Es decir, el Empleador cancelaría el recargo, más no la remuneración de las horas trabajadas por efecto de la compensación de la jornada familiar.

Con respecto a que si el Empleador puede considerarse exonerado del cumplimiento de esa norma, cuando celebra festividades tales como día de “Halloween” cuyo significado es una *contracción del inglés All Hallows' Eve, en español: «Vispera de Todos los Santos»*), también conocido como *Noche de Brujas, Noche de Muertos o Noche de Vispera de Difuntos, es una celebración moderna resultado del sincretismo originado por la cristianización de las fiestas del fin de verano de origen celta*”, o con las festividades de Navidad, o con las festividades de que disfruta como beneficios extralegales tales como día del cumpleaños, Año Nuevo, cabe mencionar que no es compatible el beneficio extralegal concedido por el Empleador por mera liberalidad o como fruto de negociaciones colectivas, con la obligación reglada en la norma en mención, pues son situaciones diferentes, pues los beneficios extralegales son concedidos por generosidad del Empleador u obligatorios como fruto de negociaciones con las organizaciones sindicales existentes, que no son compatibles, pues persiguen fines diversos a los mencionados en la norma en mención Ley 1857 de 2017, que es la de fortalecer y garantizar el desarrollo integral de la familia como núcleo esencial de la Sociedad, en atención a lo normado por el artículo 1 de la disposición, norma que a la letra dice:

“Artículo 1 - Modifíquese el artículo 1° de la Ley 1361 de 2009, el cual quedará así
Artículo 1- Objeto. La presente ley tiene por objeto fortalecer y garantizar el desarrollo integral de la familia, como núcleo fundamental de la sociedad. En desarrollo del objeto se contempla como deber del Estado proveer a las familias y a sus integrantes, herramientas para potenciar sus recursos afectivos, económicos, culturales, de solidaridad y criterios de autoridad democrática, de manera que los programas de atención a la familia y a sus miembros prioricen su unidad y la activación de recursos para que funcione como el instrumento protector por excelencia de sus integrantes”

Como se observa, el objetivo perseguido por la disposición en comento, es totalmente diferente al que perseguiría el Empleador al concede por generosidad algún beneficio extralegal como las celebraciones de las festividades que la costumbre social ha impuesto a la largo de la historia o las que por cultura o idiosincrasia se

celebran en determinados lugares; como también las que concede a los trabajadores como fruto de negociaciones colectivas, por ello el cumplimiento de lo normado en el artículo 3 y su parágrafo de la Ley 1857 de 2017, no se puede compaginar con los beneficios antedichos, sino que es una obligación diferente de las antes mencionadas.

Cabe destacar que la forma de cumplir con la obligación normada en la Ley 1857 de 2017, es muy amplia, por ello concede al Empleador plena libertad de la forma de su realización, de tal manera que la concesión del permiso remunerado para que el trabajador asista con su familia a un restaurante o eventos culturales con bonos entregados por el Empleador, con el caso del ejemplo planteado, podría considerarse una de las muchas formas en las que el Empleador cumpliría el objetivo de la norma antes descrito, como podrían haber muchas otras a elección del Empleador.

Con respecto a que si el sábado siendo jornada laboral, aun cuando se labore medio día, podría destinarse a los fines antes descritos, cabe resaltar que si las partes han acordado el sábado como un día más de la jornada laboral, o así se encuentra establecido por el Empleador, el sábado como cualquier otro día de trabajo, podría destinarse para el cumplimiento de los fines antedichos.

Cabe destacar que si el trabajador no cumple con lo solicitado por el Empleador habiendo él realizado las gestiones pertinentes de las cuales da cuenta el inciso primero del artículo 3 de la Ley 1857 de 2017, sería una falta que para efectos legales, debe estar contemplada como tal en el reglamento interno y, para efectos del descuento del salario, considerado éste como una sanción al trabajador, deberá para ello surtir el proceso disciplinario, en atención a lo normado por el artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo y a los parámetros que para el efecto ha establecido la H. Corte Constitucional en Sentencia C 530 de 2015, de la cual se destacan los aspectos más relevantes, resumidos así.

Tanto Empleadores y Trabajadores, deben estar a lo interpretado por la Corte Constitucional en la materia, plasmado en Sentencia C- 593 de 2014, en donde se estipuló que todo proceso incluyendo el disciplinario del sector privado, debe ser vivo reflejo de lo contemplado en la Constitución Nacional, por ello en la sentencia en mención, estableció claramente los parámetros mínimos que debe contemplar un reglamento en materia disciplinaria, incluyendo la doble instancia, para que el trabajador conozca tanto las faltas, como las sanciones, así como el procedimiento y ante quien debe acudir para ejercitar su derecho defensa, pilar del debido proceso, así como la posibilidad de acudir ante la Justicia ordinaria, para controvertir la decisión final tomada.

Por ello, a pesar del tamaño de la empresa, aun cuando la misma fuera muy pequeña, el empleador estaría obligado, en cumplimiento de los principios constitucionales y a la interpretación obligante que da la H. Corte Constitucional respecto del artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo, a disponer quien al interior de la misma, decidirá cada una de las instancias, cuestión que en nada obstaculiza la libertad del Empleador de tener a su disposición órganos consultivos externos o de asesoría legal.

El Reglamento Interno de Trabajo, debe implementarlo el Empleador cuando ocupe más de cinco trabajadores permanentes, las mismas instrucciones del proceso disciplinario deben ser consagradas y conocidas por el trabajador en documento mencionado, el mismo que se debe implementar de inmediato, pues sino está

consagrado en el mismo el procedimiento disciplinario a seguir, no podrá el empleador hacer uso de la facultad que le asiste como jerárquico superior del trabajador subordinado.

De la mencionada Sentencia en donde la H. Corte Constitucional se explaya sobre la materia se extracta un aparte fundamental en donde se consagra lo mencionado, así:

“(…)

Adicionalmente, la facultad sancionatoria en cabeza del empleador debe ser ejercida en forma razonable y proporcional a la falta que se comete y, estar plenamente probados los hechos que se imputan.

En este orden de ideas, la jurisprudencia constitucional ha establecido el conjunto de elementos mínimos que debe contemplar el Reglamento Interno de Trabajo al regular el procedimiento para la imposición de las sanciones disciplinarias que en él se contemplan, entre los que se encuentran (i) la comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas posibles de sanción, (ii) la formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias. Acá debe recordarse que el mismo Código Sustantivo del Trabajo dispone que tanto la conducta como su respectiva sanción debe encontrarse previamente consagradas en el Reglamento Interno del Trabajo, (iii) el traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados, (iv) la indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular sus descargos, controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos, (v) el pronunciamiento definitivo del patrono mediante un acto motivado y congruente, (vi) la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y (vii) la posibilidad que el trabajador pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones ya sea ante el superior jerárquico de aquél que impone la sanción como la posibilidad de acudir a la jurisdicción laboral ordinaria^[57].

En este orden de ideas, la Sala Plena de esta Corporación entiende que la interpretación acorde con los postulados constitucionales del artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo, es aquella que impone al empleador que, en forma previa a la imposición de cualquier sanción contenida en el Reglamento del Trabajo, debe garantizarse el respeto de las garantías propias del debido proceso, de conformidad con lo dispuesto en la presente providencia.”

Con respecto a las situaciones en las cuales el Empleador haga caso omiso a esta obligación, como en cualquier otra de violación a las normas, estará sometido a las sanciones que el Ministerio de Trabajo, a través de sus Autoridades administrativas, pueden imponer por incumplimiento de lo normado en una ley, que se encuentra vigente, quienes realizan la correspondiente, inspección, vigilancia y control del cumplimiento de normas laborales como las planteadas en la disposición en comento.

Para mayor 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 Ley 1437 de 2011, 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]

MARISOL PORRAS MENDEZ

Coordinadora

Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia Laboral de la Oficina Jurídica

Elaboró: Adriana C. 26/10/2017

Revisó : Maria G.

Aprobó : Dra. Marisol P.

Ruta Electrónica:/C:\Users\acalvachi\Documents\2017 CONSULTAS\26-10-2017 PLAN DE CONTINGENCIA\11EE2017100000000049068 Angie Segura- Ley 1857 de 2017 Jornada familia.docx