

ANALISIS Y APLICACIÓN EN LA TERMINACION Y SUSPENSION DEL CONTRATO LABORAL POR CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR.

Dedicado a, Jairo Antonio Saldarriaga Tobón y a la eterna memoria de José Ignacio “Tato” Lema Botero, quién partió y no podrá ver este y muchos más logros; dos hombres que han dado todo por sus familias y quienes sirvieron de inspiración para este trabajo de grados y dedicado a mi hermano Camilo Andrés Salgado Lema y a mi tía Luisa Lema Botero, quiénes a lo largo de toda mi vida me han apoyado y ayudado a alcanzar muchas de mis metas.

Jairo Antonio Saldarriaga López y Luis Eduardo Salgado Lema*

RESUMEN

El objetivo de este estudio es analizar la aplicación de la suspensión y la terminación del contrato laboral por caso fortuito o la fuerza mayor para los contratos laborales en el contexto legal, que son el pilar formal de la relación laboral entre empleadores y empleados, lo cual constituye esa alianza entre organizaciones y personas naturales, dirigido a generar relaciones estables, duraderas, legales y lícitas, entendiendo que es posible surgir momentos donde esa relación puede ser terminada o suspendida desde la perspectiva del gerente y legal normativa. La fundamentación teórica de la fuerza mayor y caso fortuito se da en la Ley 95 de 1980 en su artículo primero y el concepto de contratos de las ponencias de la Corte Suprema de Justicia colombiana y el Código Sustantivo del Trabajo. Los resultados indican que esta causal tiene un trato legal igualitario y que el efecto jurídico es el mismo, lo que quiere decir que tienen una denotación de causal de eximente de responsabilidad en las diferentes áreas normativa. Se concluye que el caso fortuito y la fuerza mayor son causales formales, demostrables, que deben ser bien argumentadas y justificadas; que las organizaciones deben tener un proceso más ajustado a lo legal para alegarla, ya que se presentan muchos vacíos e irregularidades en las suspensiones y terminaciones de contratos laborales por parte del empleador, además que se requiere una planificación frente a los posibles periodos ilíquidos o malos que podría presentar una empresa. Una buena implementación de las normatividades laborales y de la fuerza mayor y caso fortuito, permitirá a la empresa evitar procesos legales desfavorables, además fomenta la estabilidad y dignidad de los trabajadores.

Palabras clave: Caso Fortuito y fuerza Mayor, Terminación y Suspensión de Contratos, Contrato Laboral, Reserva Legal.

APPLICATION OF THE SUSPENSION AND TERMINATION OF THE LABOR CONTRACT BY FORTUIT CASE AND FORCE MAJEURE

ABSTRACT

* Jairo Antonio Saldarriaga López

Luis Eduardo Salgado Lema

Abogados de la Universidad Católica Luis Amigó. Aspirantes al título de abogados especialistas en Derecho Empresarial de la Universidad Católica Luis Amigó. Correos electrónicos:

Jairo.salfarriagalo@amigo.edu.co y Luis.salgadole@amigo.edu.co

The objective of this study is to analyze the application of the suspension and the termination of the labor contract by chance and the force majeure of the labor contracts in the legal context, are the formal pillar of the labor relationship between the employees and the contracts, what which constitutes this alliance between organizations and natural persons, the direction to generate stable, long-lasting, legal and legal relationships, understanding that it is possible to have surgical moments where that relationship can be terminated or suspended from the perspective of the manager and legal regulations. The theoretical foundation of force majeure and fortuitous event is given by Law 95, article 1, 1890 and the concept of contracts for the presentations of the Colombian Supreme Court of Justice and the Substantive Labor Code. The results indicated that this cause has equal legal treatment and the legal effect is the same, which means that they have a causal denotation of exemption from liability in the different regulatory areas. It is concluded that the fortuitous event and force majeure are demonstrable, formal causes that must be well argued and justified; that organizations should have a more legal-based process to allege it, since there are many gaps and irregularities in the suspension and termination of employment contracts by the employer, in addition to planning for possible illiquid or bad periods that a company could present. A good implementation of labor regulations and force majeure and fortuitous event, avoid the company avoid unfavorable legal processes, also promote stability and dignity of workers.

Key words: Fortuitous case and Force Majeure, Termination and Suspension of Contracts, Labor Contract, Legal Reserve.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. - PROLOGO. - 1. LA FUERZA MAYOR Y EL CASO FORTUITO. - 1.1 CONCEPTO. - 1.2 CARACTERISTICAS. - 1.3 EFECTOS EN LA RELACION LABORAL HOY. - 2. DESPIDO MASIVO UNILATERAL. - 3. CONCEPTO DE SUSPENSIÓN Y TERMINACION. 3.1 SUSPENSIÓN EN LOS CONTRATOS LABORALES. - 4. FONDO DE RIESGOS O FONDOS DE CAPITAL DE RIESGO Y FONDOS DE AMORTIZACIÓN. - 4.1 CONCEPTO DE FONDO DE RIESGOS. - 4.1 FONDO DE RIESGOS EN LAS SOCIEDADES EN COLOMBIA. - 4.2. FONDO DE RIESGOS EN LAS SOCIEDADES EN COLOMBIA. - 4.3. FONDO DE RIESGOS EN LAS EMPRESAS EN COLOMBIA. - 4.3.1. Seguro de Lucro Cesante o Seguro Multirriesgo Corporativo. - 4.4. FONDOS DE AMORTIZACIÓN. - CONCLUSIONES. – Referencias Bibliográficas.

INTRODUCCION

Con esta investigación se busca abordar el tema de la terminación unilateral del contrato laboral y como se da lugar a su suspensión, avocadas por las causales de fuerza mayor y caso fortuito en la legislación colombiana. Esto se puede definir como la terminación de la relación laboral en el primer caso y en el segundo se da como la interrupción de obligaciones laborales

contractuales de manera unilateral, utilizando como causal las establecidas en el artículo 51 numeral primero del Código Sustantivo de Trabajo.

Para poder dar un análisis a esta problemática es de alta importancia nombrar las causas por las cuales se puede dar origen a las siguientes modalidades, una de ellas es la imprevisibilidad de los mercados; esta se entiende como aquello que en la planeación y organización de algo es imposible de anticipar que podría pasar, sea por su azar o esencia fortuita. Esta imprevisibilidad es vivida por los mercados internacionales situados en el fenómeno de la globalización, los cuales depende de ese mercado bursátil conocido como la bolsa de valores, donde sus acciones se cotizan al alza o a la baja por actuaciones que en su gran mayoría no pueden ser controladas o anticipadas.

La investigación de este problema nace por la necesidad y el interés de conocer por qué en Colombia se está viviendo de gran manera los efectos de ese azar y bursatilidad del mercado, llevando a lo que es foco de investigación como la terminación unilateral y suspensión de contratos laborales en las causales de caso fortuito y fuerza mayor.

Por otra parte, identificar la legislación y protección brindada por el Estado colombiano a las empresas y empleados, los cuales son los afectados principales en la relación laboral, ya que son los que se verán principalmente afectados en la situación planteada como terminación unilateral del contrato y la suspensión del contrato laboral.

Además, se buscará indagar en el campo académico, desde la perspectiva planteada por la doctrina en el derecho colombiano y de la región de Latinoamérica. Así mismo nos interesamos por aportar datos presentes sobre esta problemática jurídica y social.

En el ámbito profesional, como abogados, nuestro interés giro en torno en la necesidad de conocer los mecanismos legales que brinda la normatividad colombiana, sus instituciones jurídicas y sus instituciones de control y vigilancia frente a las situaciones como terminación unilateral del contrato y la suspensión del contrato laboral en las causales de caso fortuito y fuerza mayor. Notar su actuar, sus procedimientos, sus derechos y obligaciones, además de como el azar convive con el derecho, siendo este instrumento de normalización y organización.

Con el presente artículo se realiza un rastreo de las diferentes leyes, decretos, jurisprudencia y doctrina, entendiendo que la doctrina utilizada varía entre autores colombianos y de

Latinoamérica. Todas relacionadas en el tema de terminación unilateral del contrato laboral y suspensión del contrato laboral frente a las causales de caso fortuito y fuerza mayor.

Se utilizó un método descriptivo, ya que se pretende es dar a conocer un panorama desde las diferentes perspectivas frente a la problemática investigada, de la terminación unilateral del contrato laboral y la suspensión del contrato laboral, mostrando los resultados procedentes de los procesos judiciales en Colombia, como lo es su jurisprudencia, además de las normatividades provenientes de leyes, resoluciones, decretos y circulares del Ministerio del Trabajo; además de la doctrina relacionada al tema en el campo colombiano y regional como lo es Latinoamérica.

Frente al rastreo de documentos e información se utilizó como criterio de selección las siguientes pautas: primero, que fuera información de actual legislación interna del país referente al año 2020 y que esta siguiera vigente y que no pasara por el efecto de estar derogada o ser inexecutable; segundo, debería ser documentos que su tema principal fuera la suspensión del contrato laboral, terminación unilateral del contrato laboral, mecanismos de ahorro, mitigación de imprevistos o caso fortuito y fuerza mayor; tercero, en el caso de la jurisprudencia debía provenir de los órganos judiciales de cierre de la república Colombiana; cuarto, la doctrina o libros de referencia que no fueran colombianos, deberían ser con relación, tengan similitud a nuestras leyes o propongan lineamientos beneficiosos para las partes para quienes va dirigida esta investigación, ya que debería ser aplicable y entendible a nuestro contexto colombiano actual.

El objetivo principal de la investigación es identificar los diferentes métodos y variables que se aplican por las empresas para ejecutar la terminación unilateral y suspensiones de contrato laborales basados en la causal de fuerza mayor y caso fortuito, además, como complemento para poder lograr este se pretende describir detalladamente las causales de fuerza mayor y caso fortuito aplicable a la terminación unilateral de un contrato laboral o su suspensión, proyectar el panorama jurídico real de la aplicación de las causales de fuerza mayor y caso fortuito por parte de las empresas colombianas en época de calamidad pública y estado de crisis en los eventos de terminación unilateral del contrato laboral y suspensión de contratos, además, se busca modelar un mecanismo a nivel empresarial para la mitigación de los despidos masivos y ofrecer una protección para el empleador y los empleados en las causales de casos fortuitos y de fuerza mayor.

De primera mano tendremos un prólogo, dando una descripción breve sobre los diferentes antecedentes históricos en Colombia donde se vieron reflejados los casos fortuitos y la fuerza

mayor, afectando las relaciones laborales; en el primer capítulo trataremos el tema de caso fortuito y fuerza mayor, desde definiciones, características y los antecedentes más relevantes; en el segundo capítulo trataremos el tema de despidos masivos unilateral; en el tercer capítulo hablaremos de la suspensión y terminación, esto relacionado desde los contratos en general y luego introduciéndonos de manera más específica en los contratos laborales, por último trataremos el tema de fondos de riesgos y mitigación, desde la definición, el régimen societario colombiano y fondos de riesgo en las empresas colombianas. Consiguiente a estos se presentarán las conclusiones a las cuales llegamos como investigadores sobre el contexto actual y el análisis detallado que brindan la descripción del rastreo de documentos.

PROLOGO

En Colombia se han visto en varias épocas de la historia crisis que han afectado la economía como la que hoy vemos decretada a través del Decreto 417 del 17 de marzo del 2020 que decreta la crisis económica o el Decreto 538 del 12 de abril del 2020 como la crisis sanitaria, a raíz de estas muchas empresas se han visto en la necesidad de declarar que no pueden pagar por un caso fortuito y fuerza mayor, incluso varios empresarios han alegado que al entrar en quiebra no pueden pagar sus obligaciones contractuales como se alega en la sentencia del 2014 bajo el radicación No. 16539 de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, estos incluso son hechos recientes, pero se han visto casos que han afectado a la economía mundial como la crisis internacional del 2008 reconocida en el Decreto 417 del 17 de marzo del 2020 donde muchas pequeñas y medianas empresas se vieron obligadas a cerrar, incluso las grandes empresas se vieron obligadas a fusionarse entre sí para poder seguir funcionando, el desempleo en el país aumento en gran medida y así podríamos nombrar varios acontecimientos históricos que afectaron la economía y por lo tanto las relaciones laborales; lo que nos lleva a esta investigación, dirigida más que a contar como las crisis han afectado el sector económico y laboral produciendo despidos masivos y cierre de empresas se busca es dar claridad al momento procedimental cuando se puede alegar la terminación de un contrato laboral por un caso fortuito o una fuerza mayor, adicionalmente se busca modelar una ayuda para ambas partes tanto como para el empresario para estos imprevistos como para el trabajador y sus garantías del mínimo vital y de esta manera buscar una estabilidad también para las empresas que muchas veces se han visto obligadas a cumplir obligaciones más allá de su velo corporativo.

1. LA FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO

1.1. CONCEPTO

El mundo del derecho siempre se ha enfrentado a diferentes fenómenos jurídicos, dos de los más relevantes son la fuerza mayor y caso fortuito; dos conceptos que se pueden vislumbrar desde diferentes ámbitos aplicativos, siendo los dos de uso como causales de eximentes de responsabilidad o como ítems propios para evitar o eximir de una obligación en un acto, negocio o hecho jurídico.

Así mismo se puede ver como la misma ley colombiana da una explicación sobre esta y como se debe entender: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” (Ley 95, artículo 1, 1890).

Igualmente, la ley colombiana, a través de sus órganos judiciales a expresado mediante sentencia que los hechos deben ponderar y analizarse individualmente, ya que solo será el juez quien podrá dar el concepto de si o no el hecho esta permeado por la figura de fuerza mayor o caso fortuito, no decidiéndolo de mero derecho la persona solo por seguir parámetros literarios (Gaceta Judicial, 2435 Pág. 83).

En esta misma línea, la Corte Suprema de Justicia se expresa sobre la fuerza mayor y caso fortuito ante auto proferido por autoridad judicial de la siguiente manera:

En efecto, en primer lugar debe aclararse que no todo acto de autoridad que impida la ejecución del contrato de trabajo, debe clasificarse automáticamente de caso fortuito o fuerza mayor que comporte su suspensión en los términos del artículo 51-1 del Código Sustantivo del Trabajo, pues habrá que examinar las circunstancias de cada caso y podría darse, por ejemplo, que la decisión de autoridad sea consecuencia directa de una conducta culposa del empleador, evento en el cual mal podría entenderse suspendido el nexo, sino más bien ubicado en la situación del artículo 140 ibídem. De otra parte, no podría descartarse que la crisis económica de la empresa pueda generar la suspensión contractual por constituir caso fortuito, pero ello dependerá de que, conforme a las circunstancias del caso, se den los supuestos indispensables, y no pocas veces resultaría preferible que para éstas hipótesis en caso de duda el empresario que lo requiera acuda a la autoridad administrativa para obtener el permiso de clausura temporal o definitiva, desde luego, si se dan los requisitos de procedencia de estas figuras alternativas. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia 18174 de 2002)

Se puede notar que la ley colombiana expresa en sus textos como la imprevisibilidad e irresistibilidad son características fundamentales y que su falta no configuraría estas, además de la fuerza mayor y caso fortuito no puede ser definida como la negligencia de la persona, como lo expreso en el párrafo anterior: “una conducta culposa del empleador”.

Ante estos casos se remite a la jurisdicción laboral, donde se da un concepto adicional sobre la fuerza mayor y caso fortuito en las relaciones laborales:

Por lo anterior, la Sala no comparte la apreciación de la censura, porque es evidente que la citada pieza probatoria simplemente informa la ocurrencia de la aludida suspensión del contrato de obra que la accionada tenía con la empresa usuaria, sin que se indiquen las circunstancias en las que se dio tal determinación para extraer la ocurrencia de una fuerza mayor o un caso fortuito, máxime si se tiene en cuenta que esta causal, en los precisos términos del numeral primero del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo no restringe el motivo a la simple ocurrencia de un suceso con tal calificativo, sino que agrega «que temporalmente impida su ejecución» (del vínculo laboral). (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 48612 de 2017).

De esta manera se puede ver como se desliga de los diferentes conceptos de la ley colombiana y su jurisprudencia, que además de ser un fenómeno jurídico, es un hecho propio que sea de la imprevisibilidad y de la irresistibilidad, no solo de hechos de la naturaleza o el clima, como meramente se expone en modo de ejemplo.

1.2 CARACTERISTICAS

Como ya se tuvo un acercamiento al concepto de fuerza mayor y caso fortuito, es importante recalcar que la legislación colombiana no hace una distinción entre estos dos conceptos, donde normalmente son usados en conjunto para dar a entender una causal; ejemplo de esto se tiene en el Código Sustantivo del Trabajo colombiano en adelante denominado por sus siglas C.S.T. en el artículo 51: El contrato de trabajo se suspende: 1. Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución.

Teniendo ya más claro esta apreciación, se puede exponer acerca de las características principales que tienen la fuerza mayor y el caso fortuito como causal y modo de aplicación en nuestra legislación colombiana, se puede notar en la definición dada por la ley de caso fortuito y fuerza mayor, las dos características fundamentales a la hora de intentar probar o demostrar este fenómeno, como se hizo referencia con la Ley 95 de 1890 en su artículo primero al inicio de este artículo.

Primero se debe la característica de que es imprevista y segundo que no es posible resistirse a esta, algo que ha dejado muy claro la ley y las altas Cortes al día de hoy ese concepto continuo inmutable en Colombia.

La Corte Suprema de Justicia en Sala Laboral en adelante denominada C.S.J. SL, en reiteradas ocasiones manifiesta su línea de pensamiento, en el entendido que el auto derivado de la función pública obedece a su actuar público y no al mercado y su bursatilidad, pronunciándose de la siguiente manera:

la Sala, con referencia en las aclaraciones y explicaciones que dio la demandada sobre el porqué incurrió en mora de pagar salarios y prestaciones sociales, encontraría que no es manifiestamente desacertada la conclusión del Tribunal respecto a que no se daba la justa causa aducida para despedir a los demandantes, ya que los actos de gobierno sobre apertura económica, y más concretamente sus repercusiones negativas en la actividad mercantil de las empresas, no pueden calificarse como configurativas de fuerza mayor o caso fortuito para los efectos que persigue la demandada; máxime cuando no se puede olvidar que el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo permite que el trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su patrono, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas.(Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral 44201 de 2014).

De la anterior manifestación se consigue analizar la característica del imprevisto de la fuerza mayor y caso fortuito, además, se puede evidenciar que con anterioridad la ley ya prevé que los negocios económicos o en mercados de inversión son arriesgados y por estos azares del mercado el trabajador no pagará las consecuencias negativas.

Se puede de esta misma manera acercarnos al derecho civil, propiamente a la responsabilidad contractual y extracontractual, donde la C.S.J. deja un precedente como ningún otro sobre una característica principal de la fuerza mayor y caso fortuito:

Igualmente se ha explicado que entre los elementos constitutivos de la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual figura la inimputabilidad, esto es que el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito, no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho. Es decir que la existencia o no del hecho alegado como fuerza mayor, depende necesariamente de la circunstancia de si el deudor empleó o no la diligencia y cuidado debidos para prever ese hecho o para evitarlo, si fuere previsto y es menester, entonces, que en él no se encuentre relación alguna de causa a efecto con la conducta culpable del deudor. (Gaceta Judicial 2261, 2262, 2263 y 2264 Págs. 163,1962).

Así se puede evidenciar como la diligencia y el nexo causal, son dos características para poder atribuir al hecho jurídico, si está o no permeado del fenómeno eximente de responsabilidad de caso fortuito y fuerza mayor.

Así mismo es de reiterada mención, como la Corte Suprema De Justicia recalca esos hechos de origen personal, se desdibujan de lo que es la fuerza mayor, como sería un buen ejemplo de esto:

...la orden de captura emitida por la autoridad competente, así como la mera detención preventiva jurídica, no son causales de suspensión de la relación laboral, como parece entenderlo el recurrente, pues lo que efectivamente la suspende es la detención preventiva física que conlleva a la imposibilidad material de cumplir con una de las obligaciones del trabajador, cual es, la de prestar personalmente su servicio. Por manera que, una orden de captura, por si sola, no es dable considerarla como una causal de fuerza mayor que le impida al trabajador ejecutar la actividad a la que se comprometió con el dador del laborío, toda vez que mientras no se haga efectiva la detención, la persona goza de libertad, situación que le permite, se itera, cumplir con el contrato de trabajo. (CSJ SL, 9 nov. 2011, rad. 40249).

De esta manera se puede ver como los hechos generados por negligencia propia o situaciones previsibles, no pueden ser imputados por si solos como fuerza mayor o caso fortuito, la jurisprudencia es clara definiendo situaciones específicas donde encuadran el caso fortuito y la fuerza mayor.

1.3. EFECTOS EN LA RELACION LABORAL HOY.

En la actualidad es muy importante resaltar que Colombia en su legislación laboral cuenta con un Código Sustantivo del Trabajo y de procedimientos laborales, que es el C.S.T., ordenado por el artículo 46 del Decreto Ley 3743 de 1950, la cual fue publicada en el Diario Oficial No 27.622, del 7 de junio de 1951, compilando los Decretos 2663 y 3743 de 1950 y 905 de 1951.

La C.S.J. ha interpretado en varios de sus pronunciamientos, la posibilidad de enmarcar en las relaciones laborales el efecto jurídico del fenómeno conocido como caso fortuito y fuerza mayor, teniendo unos efectos de carácter suspensivo o de terminación, aspecto que se tratara y específicamente se desarrollara frente a la figura de la suspensión del contrato laboral.

Es bueno traer a colación que el martes 17 de marzo del 2020, amparado en el artículo 215 de la constitución política colombiana el Presidente de la Republica colombiana, decretó el estado de emergencia sanitaria por medio de la firma de todos sus ministros y se da como resultado el

Decreto 417 de 2020, donde se declara el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional; este decreto trae consigo el estado de cuarentena, donde solo las empresas de primera necesidad podían operar o estar abiertas al público, trayendo consigo la suspensión de contratos laborales y terminación unilateral de los contratos, por las causales de caso fortuito y fuerza mayor.

El C.S.T. trae en su artículo 51 la suspensión del contrato laboral, donde su numeral primero resalta: el caso fortuito y fuerza mayor. Ante este tema es bueno resaltar el pronunciamiento realizado por el Ministerio de Trabajo (Circular 00022 de 2020) aclara que la configuración o no de la fuerza mayor corresponde de manera funcional al juez de la república, quien determinara o no su existencia, con base en los hechos puestos en su consideración.

La circular aclara que la fuerza mayor no puede ser auto proclamada por las empresas o algún sector comercial, que esa función es menester de los jueces de la república, además recuerda que ellos estarán fiscalizando cualquier actuar indebido en el ámbito laboral como Ministerio de Trabajo.

Ante los efectos más relevantes es que alegada la suspensión se puede optar por el no pago de salarios y otras acreencias laborales, como lo menciona su artículo 53 del C.S.T.:

Durante el período de las suspensiones contempladas en el artículo 51 se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el {empleador} la de pagar los salarios de esos lapsos, pero durante la suspensión corren a cargo del {empleador}, además de las obligaciones ya surgidas con anterioridad, las que le correspondan por muerte o por enfermedad de los trabajadores. Estos períodos de suspensión pueden descontarse por el {empleador} al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones.

Se debe entender como ya se ha dicho por parte del Ministerio de Trabajo, el único capaz de dar por suspendido y alegado la fuerza mayor es un juez de la república, no es un efecto auto proclamado, se debe llevar a proceso, ante este caso es necesario traer como ejemplo:

De acuerdo con el anterior criterio jurisprudencial, estima la Sala que se equivocó el ad quem al considerar que podían las partes válidamente acordar que la relación laboral se había suspendido desde el 15 de abril de 2003 y, en ese orden, concluir que los (sic) causados entre esta data y la fecha en que finalizaron los contratos de trabajo, eran derechos inciertos y discutibles. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral 38639, 2015).

La suspensión del contrato laboral y sus causales, en este caso fortuito y fuerza mayor, no se pueden decretar por un acuerdo entre partes, como lo sería la conciliación, ya que ante el azar

de la interpretación que permite una conciliación, se podría ver inmiscuido en el error que plantea la C.S.J. SL, al decir que se concilió derechos ciertos e indiscutibles, puesto como anteriormente se relata, el artículo 53 del C.S.T., permite el no pago de salarios, por ende suspender por caso fortuito y fuerza mayor el contrato laboral, función que solo podrá ser legalmente efectivo si es abalado por un juez de la república.

Recordando que esto solo puede ser objeto de estudio de los procesos legales que lleguen a su jurisdicción, si no hay demanda de casación o no hay ningún tipo de acercamiento al aparato judicial, no podrá evaluarse su efecto, en este caso de la C.S.J. SL 16372, donde el juez al conocer este atropello, no permitió ni la conciliación, ni la suspensión y obligando al pago de salarios.

Ante el tema de los efectos que puede causar el caso fortuito y fuerza mayor en los contratos, siendo uno de esos la suspensión del contrato, no es malo traer un cuestionamiento sobre el tema, donde la C.S.J. da un criterio de lo difícil que es interpretar esos efectos, ya que en Colombia la ley cambia mucho y sus efectos también, en este entendido la retroactividad no es posible, ejemplo de esto:

También dijo el ad quem, que en lo que respecta al pago de aportes a la seguridad social en pensiones, que el Decreto 1824 de 1965, norma vigente para la época de los hechos, establecía en su artículo 16, que las cotizaciones se causan en el caso de las licencias o permisos remunerados, situación totalmente disímil a la del actor que disfrutó de una licencia sin remuneración; que del examen de las normas referidas se deduce que no es posible radicar en cabeza del demandado la obligación legal de cotizar para cubrir la prestación pensional deprecada en el caso. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral 45859, 2018).

Así se puede notar como la C.S.J. siendo el año 2018, aún debe resolver problemas causados por la indebida interpretación a ese artículo 51 del C.S.T. en su numeral primero, ya que, con la llegada de la Constitución Política de 1991, la fuerza mayor y caso fortuito será probada por un juez de la república, además se modifican artículos, como el 53 del C.S.T., donde aunque se alegue la fuerza mayor y caso fortuito, nunca podrá ser un efecto de esto, el no pago de la seguridad social.

2. DESPIDO MASIVO UNILATERAL O DESPIDO COLECTIVO

En vista de la crisis económica vivida a raíz de la emergencia sanitaria y de salud pública decretada por la presidencia de la república a través del Decreto 417 del 17 de marzo del 2020 muchos empleadores se han visto obligados a consultar a la entidad estatal encargada para el

manejo de estos temas lo que hoy es conocido como el Ministerio del Trabajo, en su concepto emitido bajo el nombre de Respuesta Radicado No. 05EE2020120300000020307 establece que:

El Artículo 67 de la Ley 50 de 1990 que subrogó el Art. 40 del Decreto-Ley 2351 de 1965, consagra cuándo se configura el despido colectivo. Es así, que cuando se hace uso de esta figura bajo causales diferentes a la finalización del contrato por terminación de la obra o labor contratada, regulada en el Artículos 61 del Código Sustantivo del Trabajo o en las justas causas de terminación del contrato señaladas en el Art. 62 del mismo código, deberá solicitar, de manera motivada y justificada, la autorización previa al Ministerio de Trabajo, adjuntando las pruebas de carácter financiero, contable, técnico, comercial, administrativo, según el caso, que acredite debidamente la situación que motiva los despidos. De dicha solicitud deberá comunicar simultáneamente y por escrito a sus trabajadores. (Ministerio del trabajo, 2020)

De este modo y establecido por el Ministerio del Trabajo, se puede instaurar que el despido masivo o también denominado despido colectivo es una autorización que da el ministerio, siempre y cuando sea probado ante este su necesidad para despedir de este modo la respuesta del ministerio también establece que:

La norma, más específicamente Decreto 2351 de 1965 en su artículo 40, regula las situaciones en las que puede encontrarse el empleador y que justifiquen los despidos masivos, tales situaciones son:

- La necesidad de adecuarse a la modernización de procesos, equipos y sistemas de trabajo que tengan por objeto incrementar la productividad o calidad de sus productos;
- La supresión de procesos, equipos, o sistemas de trabajo y unidades de producción;
- Cuando éstos sean obsoletos o ineficientes, o que hayan arrojado pérdidas sistemáticas, o los coloquen en desventaja desde el punto de vista competitivo con empresas o productos similares que se comercialicen en el país o con los que deba competir en el exterior;
- Cuando se encuentre en una situación financiera que lo coloque en peligro de entrar en estado de cesación de pagos, o que de hecho así haya ocurrido;
- Por razones de carácter técnico o económico como la falta de materias primas u otras causas que se puedan asimilar en cuanto a sus efectos;
- Y en general los que tengan como causa la consecución de objetivos similares a los mencionados.

Viendo los requisitos planteados por la normatividad colombiana, preciso ajustar, como lo menciona el autor: Leonardo Parra, en su escrito “despidos masivos de trabajadores petroleros”; los despidos masivos vienen acompañados de unas conductas previas al despido masivo y más si es afectado por el caso fortuito y fuerza mayor.

Ante esto Leonardo Parra, plantea:

El país quedó a la merced de los precios en el mercado internacional de minerales como el carbón, el gas, el oro y el petróleo. Para el Gobierno esto no ha sido un problema, simplemente lo ha tomado como una condición más para perpetuar la reprimarización de la economía del país, y, de esta manera, cumplir con las exigencias de la banca internacional. (Parra, 2015).

Aquí se puede notar el primer ítem, el cual radica en el objeto impredecible e inoponible como es el precio establecido por un mercado global, en este caso el precio del petróleo, así mismo más adelante expone el segundo ítem previo a la solicitud de los despidos masivos.

El autor Leonardo Parra, nos menciona:

No obstante, esta situación comenzó a cambiar en octubre de 2014, cuando el precio del barril descendió a 85 dólares. Los efectos se comenzaron a observar al inicio del 2015. En enero, el barril ya estaba por debajo de los 50 dólares y la industria petrolera buscaba la autorización del Ministerio del Trabajo para despedir al 25 % de los 110.000 trabajadores que albergaba. (Parra, 2015).

Se vislumbra como en este escrito se nota la devaluación del objeto del contrato o razón social de una sociedad, donde no se le da buen manejo o se busca otra alternativa, dando como fruto la solicitud ante el ministerio del trabajo para un despido masivo a causa de un caso fortuito y fuerza mayor, labrando esto en los dos momentos planteados: un mercado globalizado con precios estándar y una posterior devaluación del mercado afectando a los pequeños comerciantes.

Estas conductas dan como dato final, plasmado por la Unión Sindical Obrera (USO), un saldo de 10.000 trabajadores despedidos, de los cuales 7.000 pertenencia a la petrolera Pacific Rubiales; es de anotar por la unión sindical que los despidos masivos en Colombia radican en un postulado y más en las empresas comerciales: un mercado globalizado y estandarizado.

Un efecto posterior a la solicitud de despidos masivos, es la conocida: reorganización empresarial, provocando 3 aspectos clave: 1. Se declare insolvente; 2. Se retrasarán en sus pagos de nómina y de proveedores por parte de la sociedad; y 3. Comenzarán a realizar despidos masivos de trabajadores, todo con previa aceptación y ratificación del ministerio del trabajo y la Superintendencia de Sociedades.

Paralelo a la situación en marcada en nuestra legislación, se traerá a colación un apartado de la investigación presentada por la Universidad Javeriana, donde se muestra el modelo de los despidos por necesidad, los cuales en caminan al desarrollo de nuestra legislación y jurisprudencia sobre despidos masivos.

Zúñiga Romero, plantea la siguiente definición sobre despidos por necesidad: “los despidos por necesidades de la empresa son todos aquellos que se realizan no por la voluntad del trabajador, sino por casusas económicas, técnicas, organizativas o de producción.” (Zúñiga, 2012).

Así mismo trae como apartado, dos conceptos, de los cuales uno es el derivado a la construcción de nuestra legislación sobre despidos masivos:

Para entender esta figura, hay que tener claro que el despido por necesidades de la empresa está compuesto por dos instituciones jurídicas, la primera es el despido colectivo, que solo es aplicable cuando el número de trabajadores a los que se les desea terminar el contrato de trabajo supera los porcentajes estipulados en el artículo 51.1 del estatuto de trabajadores; y el despido objetivo, que consiste en la terminación de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción pero aplicada a un solo trabajador o a un porcentaje menor del estipulado en el artículo ibídem (Estatuto de Trabajadores, 1980).

Aunque el concepto data posterior a nuestra legislación laboral, es por las diferentes reformas que el Código Laboral Español ha sufrido en su nombre, pero estas escuelas datan del siglo XVIII, donde ya en Europa se hablaba de empresas y despidos colectivos, tema que llega a Latinoamérica a ser desarrollado y adecuado a nuestro reglamento laboral.

Así mismo, Zúñiga Romero, nos plantea un desarrollo en nuestra legislación laboral sobre el tema de despidos masivos:

Centrando aún más el objeto de estudio, en cuanto al despido objetivo es de aclarar que en Colombia no existe dentro del ordenamiento jurídico tal figura y solo se permite el despido por razones de crisis económica como se mencionó anteriormente, en el caso de los despidos colectivos, situación que se encuentra estipulada en el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo disponiendo que cuando un empleador decida liquidar o clausurar definitivamente la empresa o en el evento que haya suspendido los contratos de trabajo y hayan pasado más de 120 días, deberá solicitar el correspondiente permiso al ministerio del trabajo e informar por escrito a sus trabajadores de este hecho. La entidad resolverá lo relacionado con el permiso en un plazo de dos (2) meses, buscando con esto brindar seguridad al trabajador. (Zúñiga, 2012).

De lo anterior es de notar un desarrollo más objetivo sobre la figura del despido masivo o colectivo en nuestra legislación colombiana, de esta forma ya la jurisprudencia va emitiendo conceptos y líneas claras de interpretación sobre el tema, la cual es de precisar, para su mejor entendimiento:

El despido colectivo implica la desvinculación de un conjunto significativo de trabajadores de una determinada empresa en virtud de la decisión unilateral del patrono, fundada en razones de índole económica como las que señala el ordinal 3 del referido precepto. La terminación parcial de labores comporta que el empresario se vea impedido también por razones económicas a clausurar las actividades de una de las unidades de explotación o todo un frente de trabajo o uno de los respectivos establecimientos de la empresa, sin que se requiera el cierre total de esta. Por último, la terminación total de labores sí supone la clausura definitiva de la empresa. (Corte Suprema de Justicia, 2001).

De esta manera es consecuente la legislación laboral en determinar unos procedimientos claros y específicos para la solicitud y ejecución de los despidos masivos en Colombia, además, de ser clara en las instituciones y requisitos para acceder a esta solicitud.

Es menester recordar, que la corte ratifico en sus fallos, que el Ministerio De Trabajo deberá proferir el comprobante (resolución) donde se de fe que se avaló el despido masivo y por cual causal taxativa del código sustantivo del trabajo, además deberá certificar la empresa solicitante que se notificó personalmente y por escrito a los empleados afectados, siendo la característica de personal la más importante y de relevancia, para no caer el presupuesto de despido ilegal (C.S.J. S.L. 42220-2016).

3. CONCEPTO DE SUSPENSIÓN Y TERMINACION

Se puede comenzar definiendo la suspensión como aquel acto por el cual una persona decreta un cese temporal de una actividad, se puede hablar de la suspensión en muchas áreas del derecho, la más habitual es la suspensión de términos donde se decreta por parte de un juez que se frena o se pone un alto a la fecha donde prescribe una acción, o se decreta la caducidad de un derechos; lo anterior es con el fin de ilustrar que solo hay un pequeño freno en una cuenta que se hace antes de una verdadera terminación o una reanudación del tiempo legal.

En cuanto a la terminación se puede definir como culminar o dar una exención de un procedimiento, la terminación la se puede encontrar en un amplio espectro de lo que es el derecho más que nada en los contratos y las acciones que se ejercen.

Cuando se habla más específicamente de la suspensión y terminación en los contratos, se tiene que hacer un alto, ya que se tiende a confundir con la terminación de algo genérico, en este caso del contrato laboral de manera unilateral y bilateral, entendiendo como se relata en el capítulo anterior que el efecto de la terminación unilateral es de tratamiento diferente y sus efectos aún más, como lo es la terminación de toda relación laboral que puede generar la creación de unos derechos y obligaciones si no se termina en debida forma, por eso tiende a confundirse su utilización y aplicación jurídica.

Hablando de la suspensión de los contratos se puede decir que nuestro sistema normativo colombiano lo permite en varios aspectos, esto siempre y cuando siga unos protocolos establecidos dependiendo de la jurisdicción a la que pertenezca el contrato, pero siempre como lo expresa el Consejo de Estado que se debe:

Justificar que su ocurrencia obedece a razones de fuerza mayor, caso fortuito o en procura del interés público. De igual manera, se establece que en cualquiera de los contratos estatales previstos en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. (Consejo de Estado, 2016).

Ante esto se resalta la necesidad de que la suspensión debe ser argumentada, no mera mente invocada, este símil se halla que sin importar la especialidad los contratos al versar una voluntad de partes no pueden ser de fácil suspensión o terminación.

En la doctrina, se hace especial referencia al concepto de los elementos que versan en un contrato, ya que sin ellos no tendría sentido tener una relación jurídica, así cabe mencionar: “la suspensión del contrato es: la paralización de los elementos más importantes de la relación empleaticia, persistiendo, no obstante, la vinculación contractual”. (Guerrero Figueroa, Guillermo, 2011).

Bien es de resaltar que sin estos elementos no tiene sentido tener una relación activa, sería una relación pasiva que versa en los derechos mínimos a garantizar mientras la relación aun siga, que sería en este caso la vinculación laboral.

3.1. SUSPENSIÓN EN LOS CONTRATOS LABORALES

Los artículos 51 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo traen las causales de la suspensión del contrato de trabajo, pero si se desea precisar a qué se refiere el concepto de suspensión se debe direccionar a la sentencia tutelar de la Corte Constitucional:

(...) establece que el contrato de trabajo se suspenderá por una serie de causales allí previstas de forma taxativa, pues lo pretendido por la norma es evitar que de forma intempestiva el empleador cierre la unidad productiva de la que derivan su subsistencia los trabajadores y su familia, en ese sentido la suspensión de los contratos laborales debe ser entendida como una situación excepcional (Corte Constitucional, Sentencia T-048 de 2018).

En este orden de idea cabe aclarar que la suspensión no es una terminación anticipada del contrato laboral, en cambio es una ayuda para el empleador con el fin de recuperarse de las pérdidas ocasionadas por los eventos taxativos del artículo 51 del C.S.T. y una ayuda para el trabajador y su familia como se menciona en la sentencia, así se puede establecer las obligaciones que derivan de establecer esta actividad vienen unos efectos legales los cuales se encuentran expresos en el artículo 53 del mismo código:

Se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el {empleador} la de pagar los salarios de esos lapsos, pero durante la suspensión corren a cargo del {empleador}, además de las obligaciones ya surgidas con anterioridad, las que le correspondan por muerte o por enfermedad de los trabajadores. Estos períodos de suspensión pueden descontarse por el {empleador} al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones.

En palabras más simples las obligaciones de seguridad social como lo son la salud y la pensión siguen vigentes en cabeza del empleador garantizando a los trabajadores sus derechos constitucionales.

En esta misma corriente, está el autor Guerrero Figueroa:

La interpretación de ciertas interrupciones como simples suspensiones de algunos efectos del contrato”, según la cual, cuando exista una causa que imposibilite la prestación del servicio, debe entenderse que hay una suspensión del contrato mas no una cesación de él. (Figueroa, Guillermo, 1999).

Aquí se resalta de nuevo y trae unos preceptos vanguardistas, de que la suspensión del contrato laboral no es una terminación ni cesación, pero que se suele confundir, generando litigios y entramados jurídicos sobre que realidad contractual se afronta.

Así confrontando un concepto más moderno, pero que dicta la misma tendencia: “La suspensión tiene por objeto evitar una ruptura definitiva cuando sobreviene una causa suficiente y justificada que impide transitoriamente su cumplimiento, permitiendo que el contrato sufra pasajeraamente sin afectar su subsistencia esencial”. (Henríquez, Fabián, 2011).

De igual modo se establece que cuando una empresa suspende los contratos laborales se presume que se reanudarán en algún punto las labores solo en los tres primeros numerales del artículo 51 y cuando estas cesen, el artículo 53 establece que se debe seguir un procedimiento para anunciar la reanudación de las funciones laborales la cual debe ser comunicada a los trabajadores “mediante notificación personal o avisos publicados no menos de dos veces en un periódico de la localidad, y debe admitir a sus ocupaciones anteriores a todos los trabajadores que se presenten dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación o aviso.”

La doctrina en varios aspectos concuerda con la jurisprudencia, así se puede allegar dos conceptos claves, como lo sería para Carro Igeldo, es el “cese temporal de la obligación del trabajador de ejecutar una obra o prestar un servicio, así como de otros derechos o deberes propios de la relación laboral, ante la presencia de ciertas causas (...)”. (Carro, Alberto. 1959).

Se aprecia algo en el concepto anterior y es que la figura de suspensión de contratos laborales en Europa es clásica, pero con una vigencia absoluta, ya que su redacción fue pensada para encajar en cualquier época y legislación.

Es de resaltar que la Corte Suprema de Justicia ha establecido, que, si bien el contrato laboral se fundamenta en la voluntad de las partes, su terminación o suspensión no, ya que hay unos requisitos taxativos y en ese orden de días establece como debe ser solicitada, ante esto expresa:

De acuerdo con el anterior criterio jurisprudencial, estima la Sala que se equivocó el ad quem al considerar que podían las partes válidamente acordar que la relación laboral se había suspendido desde el 15 de abril de 2003 y, en ese orden, concluir que los (sic) causados entre esta data y la fecha en que finalizaron los contratos de trabajo, eran derechos inciertos y discutibles. (C.S.J. SL-1185-2015).

Aquí se vuelve a recordar que para la suspensión de contratos ya hay un procedimiento establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, que es la solicitud ante el Ministerio del Trabajo y dependiendo la causal invocada, será su aprobación o mera muestra, pero no se podrá conciliar sobre hechos o data, en el caso concreto relatado anteriormente, fechas de la suspensión del contrato laboral, más no sobre derechos ciertos e indiscutibles.

En esta misma sentencia se menciona:

Del razonamiento del tribunal, en concordancia con el historial del proceso, se desprende que, en el acta de conciliación cuya validez total fue puesta en entredicho por la parte actora desde los albores del proceso, se distinguen, claramente, dos temas: el primero, donde los litigantes terminaron el vínculo laboral por mutuo acuerdo, con las respectivas consecuencias; y el segundo que tiene que ver con la suspensión de los contratos de trabajo, desde el 15 de abril de 2003, en virtud de la cual se acordó que, en la liquidación definitiva del respectivo contrato, se tomaría como extremo final dicha calenda. (CSL SL-1185-2015).

Se recalca que la conciliación no es un medio idóneo y que las consecuencias de estos es el desconocimiento de derechos ciertos e indiscutibles, por lo que tomaron la decisión de casar la sentencia y cobrar los salarios adeudados y las acreencias que de están se desligan por una mala praxis administrativa.

Es de recordar que los derechos fundamentales son el principio del fortalecimiento de otras acreencias, como el salario, la seguridad social y prestaciones sociales, por ende, aunque allá una falla técnica, la casación procede cuando en temas como la suspensión y vernación unilateral versan derechos ciertos e indiscutibles. (C.S.J. SL16372-2015).

Es inverosímil y regla hiperactiva para la Corte Suprema de Justicia, recordar el precepto taxativo de las normas, siendo pertinente traer a colación el siguiente pronunciamiento: "...que las causales de suspensión de la relación laboral son taxativas y, además, que sus efectos estriban, para el trabajador en la no prestación del servicio, en tanto que para el empleador en la no cancelación del salario." (CSJ SL, 9 nov. 2011, rad. 40249).

Esto permite recordar ese carácter principal de respetar las leyes sobre procedimientos cotidianos o manuales de trabajo, que de alguna u otra manera van en contra vía de lo ya establecido legalmente por el aparato legislativo.

El mismo grupo colegiado, ratifica sobre el impacto de una suspensión de contrato laboral, ya que como todo hecho referente a temas laborales, tiene ritualidades especiales, donde una simple falla técnica o una mala presentación de pretensiones no es excusa para no tenerlas en cuenta, ante esto se dice: "no es posible examinarlas [las pretensiones] de forma insular sino que deben armonizarse con sus razones fácticas a fin de auscultar su causa y verdadero alcance, más allá de su redacción y literalidad". (SL5482-2014).

Así reitera en varias providencias que los derechos derivados de acreencias laborales y más si toca temas de suspensión de contratos y terminación unilateral, se ve inmersa en temas de índole de derecho fundamental por eso recuerda:

Bajo la anterior perspectiva, se aborda el estudio de las críticas endilgadas al sentenciador de alzada, tendientes a desvirtuar que no es cierto lo afirmado en punto a que las pretensiones referidas a los salarios causados entre el mes de octubre de 2006 y la fecha de terminación del vínculo laboral; las bonificaciones generadas desde el mes de octubre de 2003 y la sanción moratoria prevista por el art. 65 del CST, son «genéricas» y por tanto imposibilitaban su estudio, como lo concluye el ad quem. (SL 14455-2014).

Estudiar los efectos unilaterales de las malas decisiones o auto proclamaciones como hechos y sucesos, da pie a desproteger acreencias muy esenciales, por eso la corte suprema de justicia se pronuncia siempre al apego a la ley:

Le corresponde al juez al resolver el litigio a partir de los hechos acreditados en el plenario, subsumirlos en la norma que consagra el derecho en discusión, dado que conforme al mandato superior del artículo 230 constitucional «Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.» (SL 21517, 2005).

4. FONDO DE RIESGOS O FONDOS DE CAPITAL DE RIESGO Y FONDOS DE AMORTIZACIÓN.

4.1. CONCEPTO DE FONDO DE RIESGOS O FONDOS DE CAPITAL DE RIESGO

Como su nombre lo indica un fondo de riesgos o fondo de capital de riesgos son inversiones de gestión donde se inyecta capital para asumir unos riesgos, con estos fondos se busca una salida económica en los casos de alto riesgo donde los inversionistas que aportan un gran capital a una sociedad o compañía, deciden crear un “colchón” financiero para enfrentar unos imprevistos a futuros, esta figura se puede equiparar a lo que es conocido en seguros como siniestro, en el cual un siniestro es una calamidad eventual que puede o no ocurrir pero se desea prever y tener un capital que pueda solventar alguna crisis que pueda existir de esa eventualidad que puede o no suceder y que puede ser indemnizado.

4.2. FONDO DE RIESGOS EN LAS SOCIEDADES EN COLOMBIA

En la actual legislación colombiana se tiene el fondo de riesgos laborales establecido en el Decreto 1295 de 1994 donde se define como “una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio del Trabajo, y sus recursos son administrados en fiducia.” Cabe anotar que este es solo un fondo para los trabajadores activos, es un fondo de riesgos laborales con unos objetivos específicos que establecido en el artículo 22 de la Ley 776 de 2002.

Así entonces la reserva legal se puede definir como un ahorro de carácter obligatorio pero que solo determinadas sociedades deben realizar con el objetivo de soportar pérdidas, o también para inyectarse mayor capital en un futuro y refinanciarse con recursos internos esto lo se puede encontrar en los siguientes artículos:

El primer artículo que se puede encontrar es el 350 del Código de Comercio de Colombia indica la reserva legal para las comanditas por acciones rezando lo siguiente:

RESERVA LEGAL EN LA SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES La sociedad en comandita por acciones creará una reserva legal que ascenderá por lo menos al cincuenta por ciento del capital suscrito, formada con el diez por ciento de las utilidades líquidas de cada ejercicio

Posteriormente se halla el artículo 371 del Código de Comercio de Colombia indica los lineamientos de la reserva legal para la sociedad limitada: “**APLICACIÓN DE REGLAS DE LAS ANÓNIMAS EN RELACIÓN CON LA RESERVA LEGAL, BALANCES Y REPARTO DE UTILIDADES.** La sociedad formará una reserva legal, con sujeción a las reglas establecidas para la anónima.”

Pasando así al artículo 452 Código de Comercio de Colombia indica: “**RESERVA LEGAL EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA.** Las sociedades anónimas constituirán una reserva legal que ascenderá por lo menos al cincuenta por ciento del capital suscrito, formada con el diez por ciento de las utilidades líquidas de cada ejercicio.”

Por último el artículo 476 Código de Comercio de Colombia indica: “**RESERVA Y PROVISIONES DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS.** Las sociedades extranjeras con negocios permanentes en Colombia constituirán las reservas y provisiones que la ley exige a las anónimas nacionales y cumplirán los demás requisitos establecidos para su control y vigilancia.”

Cabe anotar que las sociedades por acciones simplificadas o denominadas S.A.S. no están obligadas a constituir dicho fondo y se deja a su voluntad establecerla en sus estatutos y aunque si bien existe estos fondos de riesgos, no son obligatorios para ciertas sociedades.

De este modo se hace una continuación con las Ley 675 de 2001 denominada Ley de Propiedad Horizontal en la cual en su artículo 35 establece el fondo de riesgos el cual dicta:

La persona jurídica constituirá un fondo para atender obligaciones o expensas imprevistas, el cual se formará e incrementará con un porcentaje de recargo no inferior al uno por ciento (1 %) sobre el presupuesto anual de gastos comunes y con los demás ingresos que la asamblea general considere pertinentes.

Estableciendo así los diferentes fondos de riesgos que se tienen y sus fines los cuales están dirigidos para los gastos para los cuales son objeto como los son los trabajos activos en el caso de fondos de riesgos laborales, los gastos comunes o lo que determine la asamblea general para la propiedad horizontal o para la inyección de capital para las sociedades.

4.3. FONDO DE RIESGOS EN LAS EMPRESAS EN COLOMBIA

En la actual legislación no hay una norma que obligue a los empleadores a constituir un fondo de riesgos para los trabajadores cuando ocurra un siniestro como la eventualidad vivida en la actualidad por el COVID-19 donde varias empresas se han visto obligadas a terminar de manera unilateral y masiva o suspender los contratos laborales de sus empleados, lo cual no es un tema nuevo pues si bien el Decreto 417 del 17 de marzo del 2020 decreta la emergencia de salud pública y sanitaria por este virus, también reconoce la crisis financiera del 2009 donde varias empresas más que todo las Pequeñas y Medianas Empresas denominadas PYMES y al no poder generar ingresos suficientes para cumplir sus obligaciones, dejaron así a la deriva a muchos empleados y familias, cerrando empresas y dando un golpe a la economía nacional.

También cabe anotar que en el medio de las aseguradoras actualmente no se ofrece una ayuda empresarial como un seguro de nómina para las empresas en esos tiempos de crisis, lo cual ayudaría a que las empresas se mantuvieran en estos tiempos de crisis, lo cual generaría un salvavidas no solo para trabajadores, sino para empleadores y para la economía, pues si se revisan las asegurados que más renombre tienen en el medio se puede encontrar que los seguros de nómina son para personas naturales que se queden sin empleo mas no los empleadores que deben cumplir su obligación contractual con los trabajadores.

Uno de los seguros que más podría aplicarse y términos de la analogía de manera más aproxima al seguro de nómina para un empleadores el seguro de lucro cesante, que brinda una estabilidad en el suceso que la empresa, evento o persona entre en estado cesante; aunque en general los seguros en Colombia tiene unos altos costos y su efectividad que se creía es absoluta como el seguro todo riesgos, pero la realidad es diferente pues si se hace un análisis de las condiciones y restricciones de los contratos de seguro en Colombia no son al 100% sino que solo se cubre una parte del total asegurado, creando desconfianza en estas compañías y evitando crear una cultura del seguro.

4.3.1. Seguro de Lucro Cesante o Seguro Multirriesgo Corporativo.

Estos son seguros que las empresas adquieren a través de múltiples entidades aseguradoras como Liberty, Sura, ZLS (Zurich), Seguros del Estado, entre otras, con el fin de crear un valor asegurable y unas coberturas para unos siniestros, hechos que son imprevisibles que tienen una probabilidad de suceder.

Pero el detalle está en que pese a ser de múltiples riesgos pocas de estas compañías aseguran el verdadero componente del lucro cesante, el trabajador, pues muchas veces una mala decisión en las prioridades financieras es que el empleador prefiere pagar primero a proveedores que a los mismos trabajadores, lo que lleva al desarrollo de un seguro acorde a estas necesidades.

Por ejemplo si se analiza el seguro Multirriesgo Corporativo de la compañía Seguros Sura este no cubre nomina dejando de lado a los empleados si la compañía sufre un siniestro tal como se menciona en la presentación de este seguros “Faltantes de inventario, riesgos financieros o actos deshonestos de cualquiera de los funcionarios o trabajadores del asegurado. Responsabilidad Civil.”

El seguro de Lucro Cesante de la compañía ZLS (Zurich) cubre a los trabajadores, pero solo los bienes perdidos con ocasión de un siniestro tal y como se menciona en su numeral 1.3.13.

Bienes de propiedad de directores y empleados. las pérdidas o daños materiales que sufran los bienes de propiedad de los empleados y directores al servicio del asegurado, por cualquiera de los eventos cubiertos por la póliza, mientras se encuentren dentro de los predios asegurados y que sean diferentes a vehículos automotores y/o motocicletas, joyas, dinero en efectivo, cheques, bonos, acciones o cualquier título valor.

El seguro de Lucro Cesante por parte de la compañía Liberty Seguros estipula que cubre la nómina de los trabajadores que propone en la presentación de su seguro ciertas formulas tales como amparo adicional de nómina por semanas, amparo adicional nómina (base dual) y la parte del amparo en del anexo tercero “igualmente continúan amparados los gastos normales, incluyendo la nómina, hasta la cuantía necesaria para reanudar las operaciones del negocio, en las condiciones que existían inmediatamente antes del “daño”.”

En este orden de ideas se puede mencionar muchos seguros de lucro cesante, pero el problema radica en que ninguno es obligatorio por ley para las compañías además de que una elección por malas políticas internas, donde prime algún aspecto más de producción como lo son los materiales o los proveedores pueden ser determinantes para escoger un seguro, además del factor de solvencia económico donde prima más el que cubra la mayor cantidad por el menor precio o no necesaria el que cubra más por menos, sino el que cueste menos contratar.

Otro factor clave de que estos seguros no sean tan comunes en las empresas es que si en dado caso se presenta ese siniestro que da causa al pago por parte del seguro, en Colombia las compañías aseguradores retrasan el pago retraso que puede durar meses, pues deben investigar los hechos que den lugar a la reclamación y que no exista un fraude de fondo y cuando se llega al final de las investigaciones el seguro puede decir que solo cubrirá cierto porcentaje del valor asegurado y no la totalidad contratada, creando desconfianza en estas compañías dando lugar a un impedimento moral por la desconfianza en estas entidades por parte de las empresas de contratar algo que podría ayudarlos tanto al empleador como a los empleados.

4.4. FONDOS DE AMORTIZACIÓN

Para definir este tema es bueno traer a colación la definición que se dicta en el módulo de Matemáticas Financieras de la Universidad Interamericana para el Desarrollo en su sesión número nueve la cual dicta que un fondo de riesgos es:

Un fondo de amortización es la cantidad que se va acumulando mediante pagos periódicos que generan interés y que se utilizan principalmente para pagar una deuda a su vencimiento o para hacer frente a compromisos futuros. Se crean fondos de amortización para retirar emisiones de obligaciones a su vencimiento, para cancelar hipotecas, para proveer dinero para pensiones a la vejez o también para reemplazar activo desgastado.

Después de haber traído esta definición vale aclarar que estos son fondos utilizados en México y es bueno traerlo a colación con este tema debido que como se dice en su definición es un

fondo creado para pago de obligaciones futuras, las cuales también pueden ser interpretadas como obligaciones que pueden o no darse como los hechos bursátiles de la economía que pese a ser inciertos pueden generar obligaciones futuras, adicionalmente se trae este fondo por la experiencia de la matemática financiera manejado en el país de México pues si se remite por completo a este texto se pueden incluso encontrar fórmulas que ayuden a un óptimo desarrollo del fondo y así gestionar de una mejor manera las utilidades obtenidas por una compañía, calculando el valor de renta, los intereses, el valor de renta, numero de pagos, entre otros.

Si se analiza el en caso contrato a Colombia que no se tiene fondos sino métodos de amortización de créditos por ejemplo lo menciona la Universidad de Sucre en el texto 5 análisis de los métodos de amortización del autor Buelvas Parra “En Colombia el método más usado para amortizar los créditos, es el método francés, pero también existen otros como el alemán y el americano que pueden ser usados en otros países.”

De este modo se puede traer a colación lo expresado por la Universidad Internacional de Valencia que establece los fines y objetivos de un fondo de amortización para las empresas:

Cada elemento amortizable, según el tipo que sea, tendrá una amortización concreta, aplicada anualmente a través de un porcentaje de su valor. De ahí se obtienen unas cuotas de amortización que se contabilizan al final del ejercicio económico. La amortización acumulada de un bien no es más que la suma de las cuotas o dotaciones de amortización de cada ejercicio.

Cabe concluir que estos fondos en un tiempo de crisis sería un colchón de salvavidas para las empresas muy cómodo pues se hace en base a las utilidades percibidas cada mes, que en caso de llegar a necesitar adelantar un proceso de suspensión o terminación masiva de contratos laborales, procesos que requieren ser demostrados que el empleador tenia voluntad de pago pero le fue imposible, dará un gran peso probatorio para ser decretado pues el empleador en verdad estaba tratando por todos los medios cumplir con sus obligaciones con sus trabajadores.

CONCLUSIONES

A partir de la evidencia normativa y de la crisis económica vivida en Colombia, no solo en la actualidad, sino también de las crisis anteriores, se pueden vislumbrar que el sistema económico y empresarial no está gestionando una verdadera política de innovación interna para estos hechos que se podría catalogar como unos siniestros, pues si vamos a los antecedentes históricos este tema no es nuevo, pues ya se ha dado en muchos momentos de la historia del país y aun con los antecedentes se continua sin una planeación estratégica.

Queda entonces proponer al sistema económico y al sistema de seguros unas políticas internas semejantes al seguro de nómina que este destinado para las empresas, el cual no es solo beneficioso para las compañías, si no también poder tener un salvavidas al momento de presentarse las crisis económicas o un momento de insolvencia y en caso de ser necesario recurrir a las figuras de caso fortuito y fuerza mayor para la solicitud de suspensión de contratos o el despido masivo, se tenga una prueba de gran peso de que se trató por todos los medios cumplir sus obligaciones.

Los empresarios están decretando de manera unilateral la fuerza mayor en su cese de actividades para así poder afirmar que está justificado el despido masivo o la suspensión de los contratos, cuando el mismo Ministerio del Trabajo indico que esto primero debe ser puesto en conocimiento y aprobado por el mismo y después de ser aprobado puede proceder, sino la empresa caería en un despido injusto y llegar a ser sancionada más adelante.

Las diferentes organizaciones y empresas del país, deberán reformular la metodología y planificación que tienen para afrontar los actuare judiciales frente a procesos que involucren la terminación de un contrato laboral y suspensión de un contrato laboral, ya que generan un declive en los derechos del trabajador y esto a su misma vez a la economía colombiana, ya que generaría desempleos sin justa causa.

De la misma manera resaltar que las empresas no piensan en un panorama futuro, todas las acciones tienen una consecuencia, siendo una de esas un mal despido, consiguiente, una indemnización por este despido injustificado, lo cual afecta los planes y solvencia de la empresa, por una decisión tomada apresuradamente, debiendo así proponerles a las empresas fortalecer su área jurídica o en el caso de algunas organización, crearlo; una asesoría externa no siempre es oportuna, ya que el acompañamiento diario y constante será más objetivo, ante decisiones diarias y coyunturales, tener un abogado constante es un beneficio futuro.

Desde otro punto, no se puede solo dejar una buena asesoría pues influyen aún más factores en la ecuación de un contrato laboral, pues si bien puede existir una buena asesoría jurídica, queda en manos del empleador tomar una decisión y frente a la previsión contable y cuáles son los gastos a los cuales les dará prioridad, dependiendo así de la solvencia que se tenga al momento de dichas decisiones.

Es imperativo analizar la relación y control que hay sobre la información, ya que se puede inferir en los diferentes comportamientos institucionales, que los diferentes entes administrativos y judiciales realizan, no están teniendo una co-relación y los órganos de vigilancia y control no están al tanto o actualizados de los hechos u ocurrencias que versan sobre temas laborales y de derechos fundamentales en estas instituciones, por eso se puede ver como irregularidades ocurridas en un ente administrativo como el Ministerio de Trabajo, no es de conocimiento de las personerías o procuradurías y la rama judicial solo obtiene la información de manera posterior al daño causado o cuando lo único que quede sea una indemnización económica, pero dejando como consecuencia un vago, lento y denigrante resarcimiento de los derechos laborales del trabajador, cuando ya esté queda con una secuela social y cultural en él, determinado como una revictimización del empleado.

Así, es menester y obligación del ente legislativo, en nuestro caso el Congreso de la Republica de Colombia, legislar sobre el protocolo debido que se debe seguir cuando un empleado acuda a las instalaciones del Ministerio de Trabajo, con el fin de que se determine, entre otros: asignación del caso, categorización del caso, derechos presuntamente vulnerados, derechos fundamentales donde no se es procedente la conciliación, manejo de información del caso, traslado y conocimiento sobre casos a entes de control y vigilancia como también si amerita, entes judiciales; todo con el fin de evitar seguir viendo hechos como: conciliaciones sobre hechos y derechos ciertos e indiscutibles conciliados, conciliaciones sobre aritméticas legalmente establecidas, conciliaciones por debajo de los límites legales establecidos; ejemplos como estos vistos en diferentes providencias judiciales donde los magistrados como veedores del derecho quedan atónitos ante semejantes yerros judiciales y prácticos por parte de entes administrativos con poderes judiciales especiales.

Como anteriormente se menciona, es claro que existe los códigos, las leyes, los decretos y diferentes regulaciones frente a temas de derechos laborales, en este caso que nos trae a indagar, que sería la suspensión de contratos laborales y la terminación unilateral del contrato laboral de manera colectiva, aunque la normativa expresa competencia, jurisdicción, entre otros temas, es importante regular como se decía en el párrafo anterior, la tramitología y los procesos internos, ya que no solo se ve esos yerros jurídicos, sino también la indiferencia frente al letargo y demora de lo que es un trámite laboral, ya que se puede promediar que un proceso laboral desde la presentación ante Ministerio de Trabajo, posterior conciliación o sanción en esta, de ahí a un

proceso laboral ordinario, pasando a un proceso laboral ejecutivo, entendiendo como se vio en los insumos de la investigación, que es posible seguir a una instancia de tutela, así, un proceso podría durar entre 5 a 6 años, revictimizando nuevamente al empleado y empleador, tema que se solucionaría dando tramites más expeditos, claros y concisos de que se puede o no hacer en estos entes administrativos.

Es importante resaltar que la conciliación es por excelencia el mecanismo alternativo de solución de conflicto en los sistemas civilizados judiciales, es de aclarar que se está malversando su objeto o fin de ser; la conciliación busca resolver de manera equitativa un problema que aqueja a dos o varios individuos, donde este problema merece y debe solucionarse, pero que entre ellos versa la autonomía de la voluntad, obvio sin que en ello este presente vicios en el consentimiento (error, fuerza y dolo), trayendo en nosotros como ciudadanos, la obligación de utilizar bien este mecanismo para solucionar conflictos y problemas, no para taparlos, maquillarlos o utilizarlo como método de presión legal, bajo estándares de estabilidad laboral o como fundamento para desmejorar económicamente a alguien desde una perspectiva coercitiva y no desde el corazón y libre decisión de lo que es verdaderamente utilizar la autonomía de mi voluntad, trayendo como ejemplo, este trabajo, donde ese bello mecanismo de solución de conflictos se usa como medio de presión para renovar o no un contrato laboral, apaciguando las acreencias laborales y derechos propios que fueron vulnerados.

No menos importante para tratarse como el final, a manera de reflexión más que una misma conclusión, se trae a tema de debate, la necesidad de ver nuestra historia, revisarla, ojearla, hacer un análisis, realizarse preguntas, ya que esta situación problemática que como grupo investigador observamos en el ámbito empresarial, laboral, administrativo, civil y comercial, con alto impacto en los derechos fundamentales de las personas, se debe notar su acontecer cíclico, ya que cada año vemos, vimos y veremos cómo estas figuras del caso fortuito y fuerza mayor, no solo serán, sino que son y fueron mal utilizadas para dañar mecanismo legales de protección como lo es la suspensión de contratos laborales y la terminación unilateral de contrato de manera colectiva, sino que podrían permear otras áreas del derecho, por su mala comprensión, su escasa regulación y su poca relatoría y conexión con el entorno cultural, social y económico de nuestra nación por falta de estudio histórico de Colombia como país que sufre crisis de manera cotidiana en su día a día como economía inestable y apenas en surgimiento.

Referencias Bibliográfica

- Buelvas Parra, John Arturo (2016). 5 Análisis de los métodos de amortización. Pensamiento Gerencial. Edición 4.
- Carro Igelmo, Alberto, La suspensión del contrato de trabajo, Bosch, Barcelona, 1959, p. 17
- Consejo de Estado, Sección Tercera (2016). Concepto 2278 Radicado 11001-03-06-000-2016-00001-00, 05 de Julio del 2015. C.P. Germán Bula Escobar.
- Corte Constitucional de Colombia (2018), Sentencia T-048 de 2018. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, (2011). Sentencia radicado 40248, 21 de junio de 2011. M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2002). Sentencia radicado 18174, 22 de agosto de 2002. M.P. Fernando Vásquez Botero.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2014). Sentencia radicado 5482, 30 de abril de 2014. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2014). Sentencia radicado 14555, 26 de septiembre de 2000. M.P. German Gonzalo Valdés Sánchez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2014). Sentencia Radicado 45612, 15 de octubre de 2014. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2014). Sentencia radicado 44201, 30 de diciembre de 2014. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2014). Sentencia radicado 38639, 30 de diciembre de 2014. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2015). Sentencia radicado 1185, 11 de febrero de 2015. M.P. Rigoberto Echeverri Bueno.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2015). Sentencia radicado 16372, 4 de noviembre de 2015, M.P. Luis Gabriel Miranda Buelva.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2016). Sentencia radicado 50752, 9 de marzo de 2016, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2017). Sentencia radicado 48612, 01 de marzo de 2017. M.P. Carla Cecilia Dueñas Quevedo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2018). Sentencia radicado 45859, 14 de marzo de 2018. M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (2005). Sentencia Radicado 21517, 27 de julio de 2005. M.P. Isaura Vargas Díaz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (2011). Sentencia radicado 40249, 9 de noviembre de 2011. M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Guerrero Figueroa, Guillermo, Manual de derecho del trabajo. Parte general individual y colectivo, 7ª edición, Leyer, Bogotá, 2011, p. 451.

Guerrero Figueroa, Guillermo, Principios Fundamentales del Derecho del Trabajo, Leyer, Bogotá, 1999, p. 82.

Ministerio del Trabajo. Circular 22 de 2020 FISCALIZACION LABORAL RIGUROSA A LAS DECISIONES LABORALES DE EMPLEADORES DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA (2020). Bogotá, DC: Centrales DT oficina asesora jurídica. Recuperado de: <http://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/0/0022.PDF/a44423aa-94d3-03eb-8706-1553868ec009?t=1584654572292> (30/03/2020).

Ministerio del Trabajo. RADICADO 05EE2020120300000020307 PRESERVACION FUENTES DE EMPLEO (2020). Bogotá, DC: Centrales DT oficina asesora jurídica. Recuperado de: https://www.mintrabajo.gov.co/webdav/guest/document_library/Documentos/Mintrabajo/Normatividad/Conceptos%20Institucionales/Conceptos%20Institucionales%20-%20Oficina%20Asesora%20Jur%C3%ADdica/Abril%202020/Radicado%2005EE2020120300000020307 (03/06/2020).

Ospina Botero, Alberto (1989). FUERZA MAYOR. Gaceta Judicial, volumen (2435), pp. 83.

Parra, Leonardo (2015). Despidos masivos de trabajadores petroleros, Movimiento Sociales, Vol. 85. Páginas 20-24.

Póliza de Seguro de Lucro Cesante. Liberty Seguros S.A. (Colombia) Recuperado de: https://www.libertycolombia.com.co/sites/default/files/2019-05/7054%206017085%20Poliza%20de%20Seguro%20de%20lucro%20cesante_DIC19_30012017.pdf (8/10/2020).

Póliza de Seguro Todo Riesgo Daños Materiales y Lucro Cesante. Zls Aseguradora de Colombia S.A (Colombia) Recuperado de: <https://www.zurichseguros.com.co/-/media/project/zwp/colombia/docs/clausulados-zurich/clausulado-trdm-y-lucro-cesante-01072019.pdf?la=es-co&hash=97BAD6733B5A70EE2D7A70911342152A77AD4651> (8/10/2020).

Posada, Arturo (1989). FUERZA MAYOR. Gaceta Judicial, volumen (2261, 2262, 2263 y 2264), pp. 163.

Seguro Multirriesgo Corporativo. Seguros Sura. (Colombia) Recuperado de: <https://www.sura.com/estrategiasComerciales/documentos/presentacion/multi-riesgo-empresarial/presentacion.pdf> (8/10/2020).

Universidad Interamericana para el Desarrollo. Matemáticas Financieras. Sesión 9. (México) Recuperado de: https://mimateriaenlinea.unid.edu.mx/dts_cursos_md/ejec/AE/MF/S09/MF09_Lectura.pdf (09/09/2020).

Universidad Internacional de Valencia. ¿Cómo y para qué se aplica la amortización acumulada? (España) Recuperado de: <https://www.universidadviu.com/como-y-para-que-se-aplica-la-amortizacion-acumulada/> (8/10/2020).

Zúñiga Romero, Marjorie, Despidos por necesidades de la empresa y respuesta del mercado asegurador. Paralelo entre la legislación colombiana y la legislación española, 125 Vniversitas, 377-395 (2012).