

ALERTA LABORAL

DERECHOS Y OBLIGACIONES BAJO EL *FAMILIES FIRST CORONAVIRUS* RESPONSE ACT: GUÍA INTEGRADA PARA LOS PATRONOS EN PUERTO RICO

(EDICIÓN REVISADA DEL 30 DE MARZO DE 2020)

Lcdo. Reynaldo A. Quintana Latorre
BAERGA & QUINTANA, LLC
787.753.7455

El pasado 23 de marzo de 2020 remitimos a todos nuestros clientes y amigos nuestra ALERTA LABORAL sobre la aprobación del *Families First CoronaVirus Response Act (FFCRA)*, ley federal que fue aprobada el pasado 18 de marzo de 2020. Como indicamos, con la misma se crearon nuevos escenarios bajo los cuales los empleados de empresas con menos de 500 empleados, con algunas excepciones que se discutirán más adelante, podrían tener derecho a dos (2) diferentes licencias con paga por circunstancias relacionadas a la pandemia de COVID-19. Es importante mencionar, además, que las empresas cubiertas tienen un requisito de notificación a los empleados mediante un aviso que deben colocar en el área donde colocan los otros avisos o *posters* que por requisito legal deben publicar. Los avisos están disponibles en la página de internet del Departamento del Trabajo de los EEUU¹, tanto en español como en inglés².

La ley entra en vigor el 1 de abril de 2020, dejando claro que no tiene efecto retroactivo alguno, por lo que cualquier situación previa a dicha fecha no tiene cubierta bajo la misma. Desde nuestro primer escrito sobre el tema, la interpretación del Departamento del Trabajo de los EEUU ha cambiado sustancialmente. Sigue siendo fundamental mantenerse revisando las publicaciones del Departamento del Trabajo de los EEUU sobre la ley, pues luego de su aprobación dicha agencia ha emitido y revisado varias hojas informativas, así como guías revisadas en forma de preguntas y respuestas que contienen la interpretación de la agencia sobre el alcance de los derechos contenidos en la ley y su aplicación a

¹ <https://www.dol.gov/agencies/whd/pandemic>

² Versión en inglés:

https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/WHD/posters/FFCRA_Poster_WH1422_Non-Federal.pdf

Versión en español: <https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/WHD/Pandemic/1423-spanish.pdf>)

diferentes escenarios. En una de las revisiones que el Departamento del Trabajo de los EEUU realizó a sus preguntas y respuestas, específicamente la publicada el jueves 26 de marzo de 2020 en la tarde/noche, incluyó una restrictiva interpretación de la ley que básicamente permite su aplicación a muy pocas circunstancias y que **no** permite la utilización de las licencias que crea el *FFCRA* en escenarios en que la empresa cierra operaciones, independientemente de que el cierre de la empresa hubiese ocurrido antes del 1 de abril de 2020 o luego del 1 de abril de 2020. Es esencial que cada persona que tenga interés en este campo lea y se mantenga buscando contenido actualizado, específicamente las preguntas y respuestas sobre el tema y, eventualmente, el reglamento sobre estas licencias, que aún no ha sido publicado, y que debe ser emitido esta semana por el Departamento del Trabajo de los EEUU³.

La interpretación de la agencia, que de paso es cónsona con la letra de la ley, parece no permitir que aquellos empleados que laboran en empresas cuyas operaciones debieron estar cerradas por la orden de la Gobernadora desde antes del 1 de abril de 2020 o que fueron cesanteados permanente o temporeramente, puedan usar las licencias creadas por el *FFCRA*. Ello es consistente con nuestra posición y consejo desde la aprobación de la ley: que, si el patrono está cerrado, o cesantea su personal permanente o temporeramente, en una fecha anterior a la vigencia de esta, las licencias creadas por *FFCRA* no le son de aplicación a sus empleados. Esto sería así independientemente de que el cierre de la empresa se haya dado por falta de trabajo o bajo una orden de cierre de comercios emitida por un ente gubernamental como ocurrió en Puerto Rico.

Lo significativo y revelador de las preguntas y respuestas emitidas por el Departamento del Trabajo de los EEUU es que los empleados tampoco parecerían tener derecho a las licencias creadas por el *FFCRA* en aquellos casos en que el patrono estaba cerrado antes y se mantenga cerrado luego del 1 de abril de 2020 o aun cuando estaba operando antes del 1 de abril de 2020 y se vea obligado a cerrar el 1 de abril de 2020 o en una fecha posterior. Igualmente, esto sería así, indistintamente de que el cierre de la empresa se haya dado por falta de trabajo o bajo una orden de cierre de comercios emitida por un ente gubernamental como la que ha estado vigente en Puerto Rico del 15 de marzo de 2020 y la que estará

³ <https://www.dol.gov/agencies/whd/pandemic/ffcra-questions>

vigente desde mañana, 31 de marzo de 2020, hasta el 12 de abril de 2020.

Así las cosas, parece ser que un cierre de operaciones ya sea por razones operacionales o bajo una orden gubernamental de cierre de comercios o toque de queda, no activa la protección de *FFCRA*. Esta interpretación deja desprovistos del beneficio de las licencias creadas bajo *FFCRA* a cientos de miles de empleados tanto en Puerto Rico como en todo el territorio norteamericano afectados por órdenes de cierre de comercios y/o toques de queda. Debe quedar claro, por tanto, que empleados afectados por cesantías temporeras o permanentes o cierres de negocios no tienen derecho a las licencias creadas por *FFCRA*. La interpretación del Departamento del Trabajo de los EEUU parece ser que la empresa tiene que estar abierta y operando para que aquel empleado que esté activo y trabajando presencial o remotamente, que le surja alguno de los eventos cualificatorios establecidos en la ley, pueda tener derecho a las licencias bajo el *FFCRA*. De hecho, el pasado 27 de marzo de 2020, la Secretaria del Trabajo de Puerto Rico le remitió una carta al Secretario del Trabajo de los EEUU denunciando esa interpretación.

Integrando con la legislación local, recuerden que bajo la Ley 80-1976, una cesantía o suspensión temporera es aquella que no se extiende por más de noventa (90) días y es importante notificar al empleado, por escrito o electrónicamente, de la duración de la misma y de su fecha de regreso. Esto es necesario para evitar que se alegue que la cesantía representa una suspensión indefinida lo que configura un despido. Es de notar, además, que una cesantía temporera adecuadamente notificada y cuando no se excede de noventa (90) días no es un despido, por lo que dentro de ese término se puede cesantear sin seguir los criterios de retención establecidos en la Ley 80-1976 y no requiere que se liquide el balance de vacaciones no utilizado en los casos de empleados con derecho a ello.

En esa misma línea y en referencia al pago a los empleados por los días del cierre de comercios ordenado por la Gobernadora bajo la legislación local en su Opinión 2020-02⁴, la Secretaria del Trabajo expresa que dichos días **pueden** ser cargados a los empleados no exentos de la Ley 180-1998, tanto a la licencia por vacaciones o

⁴[https://www.trabajo.pr.gov/docs/Opiniones de la Secretaria/Opinión Secretaria 202002, Disposiciones Aplicables al Toque de Queda y Nuevas Licencias con Pa ga.pdf](https://www.trabajo.pr.gov/docs/Opiniones%20de%20la%20Secretaria/Opinion%20Secretaria%20202002,%20Disposiciones%20Aplicables%20al%20Toque%20de%20Queda%20y%20Nuevas%20Licencias%20con%20Pa%20ga.pdf)

enfermedad disponible, siempre que el empleado no exento consienta a ello. En aquellos casos en que el empleado no exento no desee cargar esos días a ninguna de esas licencias expresa la Secretaria del Trabajo que el patrono debe atender y conceder tal solicitud. Entendemos que la Secretaria del Trabajo falla en reconocer, sin embargo, que cuando el empleado no exento puede disfrutar de la totalidad de su balance de vacaciones disponible y no hay un fraccionamiento del balance de vacaciones, el patrono puede designar unilateralmente esos días como vacaciones sin necesidad de consentimiento, pero esto solo cuando el empleado no exento de la Ley 180-1998 va a disfrutar de **TODOS** los días de vacaciones que tiene en balance.

En cuanto a los empleados exentos (ejecutivos, administradores y profesionales)⁵, la Secretaria del Trabajo expone una regla más sencilla: el patrono **puede** discrecionalmente pagar dichos días de cierre de los balances de vacaciones o enfermedad que tenga el empleado exento, salvo exista alguna prohibición o limitación en ese sentido en las políticas de la empresa o en un acuerdo individual de trabajo.

Por lo tanto, no existe obligación legal de pagar del balance de vacaciones o enfermedad los días de cierre en que el empleado no realiza labor alguna, eso solo sucederá si la empresa **voluntariamente** concede, a su discreción, una solicitud del empleado a tales fines en el caso de los empleados no exentos de la Ley 180-1998. Como indicamos, en el caso de los ejecutivos, administradores y profesionales la determinación del patrono de así hacerlo no requiere, en cambio, consentimiento del empleado. El pago de la licencia por enfermedad bajo la Ley 180-1998 solo podría ser **exigido** por el empleado no exento si este se encuentra activamente trabajando, presencial o remotamente, en una empresa que no le aplica la orden ejecutiva de cierre de comercios emitida por la Gobernadora y el empleado se enferma, es un empleado no exento que cuida o atiende a un familiar, custodiado o tutelado enfermo (Ley 251-2015) y/o tiene sospecha de contagio de COVID-19, esto bajo la opinión emitida por la Secretaria del Trabajo de conformidad con esta emergencia.

Los patronos de Puerto Rico deben recordar que los empleados no exentos de la aplicación de la Ley 180-1998 tienen un derecho

⁵ Tengan presente que existen empleados que están exentos de la Ley 379-1948, pero que le es de aplicación la Ley 180-1998, como lo son por ejemplo los vendedores de auto y los vendedores externos.

estatutario a la acumulación de licencia de vacaciones y enfermedad, y que el disfrute y pago de dicho derecho debe ser compatible con las condiciones establecidas por ley, que incluyen que el disfrute fraccionado de la licencia por vacaciones requiere el consentimiento de ambas partes y que dicho disfrute fraccionado debe asegurar que el empleado disfrute de al menos cinco (5) días laborables consecutivos de vacaciones. De conformidad con las Guías para la Interpretación de la Legislación Laboral de Puerto Rico, publicadas por el Departamento del Trabajo el pasado el 8 de mayo de 2019, el consentimiento del empleado no-exento para el disfrute fraccionado de su balance de vacaciones no requiere de formalidad alguna, pero recomendamos que ello se acredite o consigne por escrito aunque sea con una solicitud escrita o electrónica con su correspondiente aprobación. Asimismo, de conformidad los cambios traídos por la Ley Núm. 4-2017 y lo sugerido en las citadas Guías, nuestra legislación debe interpretarse de forma compatible con la legislación análoga federal, por lo que tenemos herramientas y defensas en caso de que algún empleado traiga algún planteamiento de violación a la Ley 180-1998. La Secretaria del Trabajo ha indicado que el patrono podría cargar el tiempo no trabajado por un empleado no exento a su licencia por vacaciones y/o enfermedad siempre que consienta a ello. En cuanto a empleados exentos, el patrono puede, a su discreción, cargar estos días de cierre a sus licencias de vacaciones y/o enfermedad.

Aunque de limitada utilización luego de la interpretación del Departamento del Trabajo de los EEUU, repasamos las disposiciones de las dos (2) licencias creadas por el *FFCRA*.

Emergency Paid Sick Leave

La primera licencia creada por esta nueva ley federal es el *Emergency Paid Sick Leave* y la misma es de aplicación a **todo** empleado, sin requisito alguno de tiempo de trabajo u horas de trabajo que cumpla con alguna de las circunstancias de la ley, recordando que esta licencia es de aplicación a patronos con menos de 500 empleados. Esta licencia provee para el pago de dos (2) semanas (hasta ochenta (80) horas de trabajo) de paga por enfermedad para empleados que no pueden trabajar, ni trabajar desde la casa, por algunas de las circunstancias a continuación expuestas. Empleados a jornada parcial serán elegibles para recibir paga por las horas de trabajo que promedian y la fórmula para realizar dicho pago está establecida en las preguntas y respuestas emitidas por el Departamento del Trabajo de los EEUU. Se aclara, que esta licencia no se acumula para años futuros si no se disfruta

y no se paga o liquida en forma alguna al terminar la relación de empleo.

Esta licencia está sujeta a las siguientes circunstancias, condiciones y topes:

1. **El empleado** está en una cuarentena ordenada por el gobierno federal, estatal o municipal, lo que le brinda derecho a recibir su paga regular por dos (2) semanas, hasta un máximo de ochenta (80) horas y con un tope de \$511.00 diarios (\$5,110.00 como cantidad máxima). Es de notar que esta eventualidad no tiene nada que ver con responsabilidades de cuidado del empleado sobre persona alguna. Nótese que, de conformidad con la antes expuesta interpretación del Departamento del Trabajo de los EEUU, el cierre de comercios y/o toque de queda no brinda protección bajo el *FFCRA*. Parece ser que la orden de cuarentena que requiere este evento debe afectar al empleado directamente y puede ser, por ejemplo, cuando su residencia o el área donde reside es **puesto en cuarentena** por una autoridad federal, estatal o municipal, pues como expresamos, el cierre temporero o permanente del negocio, ya sea por falta de trabajo o por una orden de cierre de negocios no brinda protección bajo el *FFCRA*. Resulta evidente que el Departamento del Trabajo de los EEUU entiende que las circunstancias por las cuales se pueden disfrutar las licencias bajo el *FFCRA* están vinculadas **al empleado** y a su disponibilidad o inhabilidad para trabajar.
2. **El empleado** está ya en una cuarentena ordenada por un proveedor de servicios de salud, lo que le brinda derecho a recibir su paga regular por dos (2) semanas, hasta un máximo de ochenta (80) horas y con un tope de \$511.00 diarios (\$5,110.00 como cantidad máxima). Este caso se relaciona a circunstancias atribuibles al empleado, específicamente situaciones de salud de este relacionadas al COVID-19 y no está vinculada a responsabilidades de cuidado del empleado sobre persona alguna.
3. **El empleado** está experimentando síntomas del COVID-19 y está en búsqueda de un diagnóstico médico, lo que le brinda derecho a recibir su paga regular por dos (2) semanas, hasta un máximo de ochenta (80) horas y con un tope de \$511.00 diarios (\$5,110.00 como cantidad máxima). Nuevamente, en este caso el uso de la licencia se relaciona a circunstancias atribuibles al empleado, específicamente situaciones de salud de este vinculadas al COVID-19 y tampoco tiene nada que ver con responsabilidades de cuidado del empleado sobre persona alguna.

4. El empleado no puede trabajar por una necesidad *bonafide* de **cuidar** a un individuo sujeto a una cuarentena ordenada por el gobierno federal, estatal o municipal o por orden de un facultativo médico. En estos casos, el empleado tiene derecho a recibir dos terceras partes (66.6% o $\frac{2}{3}$) de su paga regular por dos (2) semanas, hasta un máximo de ochenta (80) horas y con un tope de \$200.00 diarios (\$2,000.00 como cantidad máxima).
5. El empleado tiene que **cuidar** a un menor de dieciocho (18) años cuya escuela o cuidado está cerrado por situaciones relacionadas al COVID-19. En estos casos el empleado también tiene derecho a recibir dos terceras partes (66.6% o $\frac{2}{3}$) de su paga regular por dos (2) semanas, hasta un máximo de ochenta (80) horas y con un tope de \$200.00 diarios (\$2,000.00 como cantidad máxima).
6. **El empleado** está experimentando una condición sustancialmente similar al COVID-19, según definida o determinada por el Secretario de Salud y Servicios Humanos de los EU, en consulta con el Secretario del Tesoro Federal y el Secretario del Trabajo Federal. Igualmente, en esta instancia el empleado tiene derecho a recibir dos terceras partes (66.6% o $\frac{2}{3}$) de su paga regular por dos (2) semanas, hasta un máximo de ochenta (80) horas y con un tope de \$200.00 diarios (\$2,000.00 como cantidad máxima).

Es de notar, que los patronos que paguen cualquiera de estas licencias a los empleados que cualifiquen, podrán recuperar dicho costo tomando créditos por la cantidad que pagan en la porción patronal del seguro social.⁶ Exhortamos a los patronos a tomar decisiones informadas, pues realizar pagos a los empleados en circunstancias que no aplica el *FFCRA* no permitirá tomar el referido crédito.

Es sumamente importante que se tenga presente que, para efectos del pago de esta licencia, la definición de "*paga regular*" o "*regular rate of pay*" no necesariamente se limita a la tarifa por hora que recibe el empleado, pues la definición de la Ley Federal de Normas Razonables del Trabajo (FLSA por sus siglas en inglés) puede incluir comisiones o incentivos que el empleado recibe regularmente y que forman parte de su compensación bajo la reglamentación del Departamento del Trabajo de los EEUU.

⁶ Para más información sobre este tema, pueden acceder los siguientes enlaces:
<https://www.irs.gov/coronavirus> o
<https://www.dol.gov/newsroom/releases/osec/osec20200320>

Se aclara que la legislación aprobada dispone que patronos que provean servicios médicos o de respuesta a emergencias pueden solicitar que algunos de sus empleados sean excluidos de la aplicación de esta licencia. Adviértase, que esta exención no aplica a la institución o negocio completo, sino a ciertas clasificaciones ocupacionales dentro del mismo, esto de conformidad con las preguntas y respuestas emitidas por el Departamento del Trabajo de los EEUU. En esa misma línea, según dispone la ley y de conformidad con la legislación aplicable, aquellas empresas que cuenten con menos de cincuenta (50) empleados pueden solicitar ser excluidas de la aplicación de esta licencia, pero solo en aquellos casos en que conceder la misma ponga en riesgo la viabilidad del negocio de conformidad con los criterios que ha expuesto el Departamento del Trabajo de los EEUU.

Asimismo, los empleados que hacen uso de esta nueva licencia creada por esta ley federal, o reclaman sus derechos bajo ésta, están protegidos de represalias en su contra. El incumplimiento de las disposiciones estatutarias en cuanto a estalicensia será tramitado como una violación a la Ley Federal de Normas Razonables del Trabajo (FLSA por sus siglas en inglés).

Emergency Family and Medical Leave Expansion Act

La segunda licencia que crea esta Ley es una ampliación temporera, hasta el 31 de diciembre de 2020, a la Ley Federal de Licencia Médico-Familiar (FMLA por sus siglas en inglés). En este caso se flexibiliza el FMLA para permitir que empleados con solo treinta (30) días en el empleo accedan a una licencia de hasta doce (12) semanas en casos de una necesidad relacionada a una emergencia pública, concepto que queda definido como situaciones en que el empleado no puede trabajar para cuidar a su hijo o hija menor de dieciocho (18) años cuando no puede asistir a la escuela o centro de cuidado debido a su cierre por consecuencia del COVID-19.

Esta licencia es inicialmente sin paga, pues durante las primeras dos (2) semanas de la misma, el empleado no tiene derecho a recibir compensación bajo esta licencia específica, pero tiene la opción de utilizar su balance de vacaciones o enfermedad. Decimos, "tiene la opción", pues la empresa no puede obligar al empleado a utilizar los balances disponibles en esas licencias.⁷ Luego de esas primeras

⁷ Más adelante expondremos como interacciona esta licencia con el *Emergency Paid Sick Leave* y como el uso de ambas de forma consecutiva podría brindarle al empleado hasta doce (12) semanas con la paga equivalente a dos terceras partes (66.6% o $\frac{2}{3}$) de su paga regular.

dos (2) semanas, el empleado tiene derecho a ser compensado por la empresa con el equivalente a dos terceras partes (66.6% o $\frac{2}{3}$) de su paga regular por las restantes diez (10) semanas, con un tope de \$200.00 diarios (\$10,000.00 como cantidad máxima). Empleados a jornada parcial son elegibles para paga por el número de horas que están normalmente programados para trabajar en el periodo en que disfrutará de la licencia. El incumplimiento con el derecho a licencia bajo esta enmienda al FMLA se tratará como una violación a dicha ley y estará sujeto las disposiciones del FMLA para hacer cumplir la misma.

¿Cómo interaccionan estas dos nuevas licencias federales?

Aunque ambos beneficios son distintos y separados, pueden funcionar de forma consecutiva, es decir una después de la otra. Como vemos, el *Emergency Paid Sick Leave* puede ser utilizado para cuidar a un menor de dieciocho (18) años cuya escuela o cuidado está cerrado por situaciones relacionadas al COVID-19, escenario prácticamente idéntico a la necesidad que activa la licencia bajo el *Emergency Family and Medical Leave Expansion Act*, que el empleado no puede trabajar para cuidar a su hijo o hija menor de dieciocho (18) años cuando no puede asistir a la escuela o centro de cuidado debido a su cierre por consecuencia del COVID-19. Claro, ambas licencias no pueden concederse concurrentemente o a la vez. Aclarando que si están presentes las circunstancias para que el empleado cualifique para el *Emergency Family and Medical Leave Expansion Act* y este tomó la licencia con paga por dos terceras partes (66.6% o $\frac{2}{3}$) de su salario mencionada arriba en el inciso cinco (5) bajo el *Emergency Paid Sick Leave*, este podría acogerse luego a la licencia bajo el *Emergency Family and Medical Leave Expansion*, recibiendo también dos terceras partes (66.6% o $\frac{2}{3}$) de su salario, de conformidad con esta última licencia y lo haría por las diez (10) semanas siguientes a las dos (2) primeras semanas que ya recibieron. Nótese que, si las hubiera tomado bajo el *Emergency Family and Medical Leave Expansion*, hubieran sido sin paga, pero bajo el *Emergency Paid Sick Leave* son con paga y son básicamente las mismas circunstancias. Es decir, en estos casos primero tomaría dos (2) semanas de licencia con paga de dos terceras partes (66.6% o $\frac{2}{3}$) de su salario bajo el *Emergency Paid Sick Leave*, bajo el fundamento de que su hijo no puede ir a la escuela o cuidado y luego tomaría la licencia bajo el *Emergency Family and Medical Leave Expansion*, también recibiendo dos terceras partes (66.6% o $\frac{2}{3}$) de su salario por hasta diez (10) semanas. Nótese que las instancias de paga al 100% por dos semanas bajo el *Emergency Paid Sick Leave*, incisos 1, 2 y 3 de los arriba mencionados, no incluyen responsabilidades de cuidado a individuos o hijos y solo responden a circunstancias relacionadas al empleado como tal.

Esta interacción entre ambas licencias se atiende en la publicación del Departamento del Trabajo de los EEUU, *Families First Corona Virus Response Act: Employer Paid Leave Requirements*, cuando indica:

"employees taking leave shall be paid at 2/3 their regular rate or 2/3 the applicable minimum wage, whichever is higher, up to \$200.00 a day and \$12,000.00 in the aggregate (over a 12-week period - two weeks of paid sick leave followed by up to 10 weeks of paid expanded family and medical leave".
<https://www.dol.gov/agencies/whd/pandemic/ffcra-employer-paid-leave>

Existen circunstancias específicas y fundamentales relacionadas en cuanto a aplicación y utilización de las licencias bajo el FFCRA que las preguntas y respuestas emitidas por el Departamento del Trabajo de los EEUU atienden, a saber: documentación requerida al empleado para el disfrute de las licencias, el uso fraccionado o intermitente, uso conjunto con otras licencias legales, requisitos para solicitar que el patrono o los empleados que son proveedores de salud o de respuesta a emergencias sean eximidos de la aplicación de la ley, entre otros conceptos importantes. Los exhortamos a estar pendientes a los cambios en las guías y reglamentación que continuamente emite el Departamento del Trabajo de los EEUU y a consultar cualquier duda o pregunta, pues los cambios traídos por esta legislación federal tienen un impacto sobre las determinaciones que estamos llamados a tomar en estos días y en futuras semanas.

Esta comunicación no constituye una opinión legal y se hace con fines de orientación general. Recomendamos que cualquier pregunta o situación específica sea consultada con profesional con experiencia en el campo.

En Baerga & Quintana, LLC, estamos para asistirle y contestar sus preguntas sobre la interpretación de esta complicada ley y su interacción con la legislación local.