

Ministerio de la Protección Social
Concepto 0003440

06-01-2011

Asunto: No. Rad. 328726, rehabilitación y fuero de discapacidad.

Respetado señor:

Frente a su consulta es de manifestar que el permiso o autorización de despido de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se debe solicitar ante el inspector de trabajo de la jurisdicción donde ocurrieron los hechos, el inspector de trabajo es el funcionario competente en primera instancia para autorizar la terminación de los contratos de trabajo en razón de la limitación física del trabajador, según el artículo 26 de la ley en mención:

- El Inspector de Trabajo del Ministerio de la Protección Social, en primera instancia.
- En las capitales de departamento la segunda instancia o trámite del recurso de apelación lo adelanta el Coordinador del Grupo de Inspección y Vigilancia Preventiva, conforme al artículo 12 de la Resolución 951 de 2003.

Los inspectores de Trabajo del Ministerio de la Protección Social, en el trámite de autorización del trabajador limitado o discapacitado del artículo 26 de la ley 361 de 1997, se deben ceñir a unos lineamientos jurídicos trazados por el Código Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Laboral y el Código de Procedimiento Civil.

El término de la investigación administrativa para autorizar el despido de una persona limitada o discapacitada es de tres (3) meses conforme al artículo 40 del Código Contencioso Administrativo.

Para que una autorización del Inspector de Trabajo, sea viable los soportes documentales son los siguientes:

- a) Concepto, certificación o dictamen mediante el cual el tratamiento de rehabilitación culminó, no existe posibilidad de culminarse o no es procedente.
- b) Estudios de puesto de trabajo con el objeto de determinar si efectivamente en la

empresa existe o no un cargo acorde a la salud del trabajador.

- c) La discriminación de cargos en la empresa.
- d) Un documento que describa las competencias o funciones de cada cargo o puesto de trabajo relacionado en la nómina, versus el perfil, aptitudes físicas, psicológicas y técnicas con las que debe contar el trabajador que va a desempeñar el cargo.
- e) Cualquier tipo de documento mediante el cual el empleador pruebe haber agotado todas las posibilidades de reincorporación o reubicación laboral mencionados y que en los puestos existentes en la empresa, empeorarían la condición de salud del trabajador ó que definitivamente con base en las capacidades residuales del trabajador, no existe un puesto de trabajo para ofrecerle conforme a su estado de salud.

PROTECCIÓN AL TRABAJADOR DISCAPACITADO O LIMITADO:

En relación a la protección del trabajador discapacitado o limitado, la empresa no puede dar por terminado el vínculo laboral de un trabajador por el hecho de estar incapacitado, limitado o discapacitado, y al respecto se aplica el artículo 26 de la ley 361 de 1997, la Convención Interamericana para la eliminación de todas formas de discriminación contra las personas con discapacidad, aprobada por la Ley 762 de 2002 y la Sentencia C-531 del 10 de mayo de 2000 de la Corte Constitucional, consagran el fuero de discapacidad.

Al respecto el artículo 26 de la Ley 361/97, determina:

"En ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo. No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo de Trabajo y demás normas que modifiquen, adicionen, complementen o aclaren". (Subrayado del Despacho).

La Ley 361 de 1997, se aplica igualmente al trabajador incapacitado temporalmente, quien es un limitado o disminuido físico, sensorial y síquico, el cual esta enmarcado en el concepto de discapacitado, conforme al literal b) del artículo 7 del Decreto 917 de 1999, el cual señala:

" b) DISCAPACIDAD: Se entiende por discapacidad toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producida por una deficiencia, y se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño y comportamiento en una actividad normal o rutinaria, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, y progresivos o regresivos. Representa la objetivación de la deficiencia y por tanto, refleja alteraciones al nivel de la persona."

Mediante las sentencias T-309 de 2005, T-661 de 2006 y T-687 de 2006, se ordena el reintegro de trabajadores vinculados mediante contratos a término fijo, que vieron disminuida su capacidad laboral como consecuencia de accidentes de trabajo y que fueron desvinculados por razón de su estado de salud La Corte en la sentencia T-687 de 2006, consagra:

"... en ciertas circunstancias muy especiales el derecho a la estabilidad laboral reforzada puede oponerse, incluso, a la terminación del contrato a término fijo por el vencimiento del plazo. En efecto, en aquellos contratos que materialmente corresponden a contratos a término indefinido, cuyas obligaciones han sido plenamente satisfechas por el trabajador, que han sido sucesivamente renovados y que satisfacen necesidades permanentes de la empresa, el trabajador tiene derecho a que el patrono no adopte la decisión de no renovar el contrato fundado en razones discriminatorias o con la intención de lesionar o impedir el ejercicio de derechos fundamentales como el derecho a la asociación sindical. En estos casos, como se verá adelante, e/ derecho a la estabilidad en conexidad con el derecho a la no discriminación o con el derecho de asociación sindical, resulta plenamente aplicable. Sobre la garantía a la estabilidad laboral reforzada en los contratos a término fijo, la Corte ha señalado lo siguiente:

"(...) el sólo vencimiento del plazo inicialmente pactado, producto del acuerdo de voluntades, no basta para legitimar la decisión del patrono de no renovar e/

contrato, sólo así se garantizará, de una parte la efectividad del principio de estabilidad, en cuanto "expectativa cierta y fundada" del trabajador de mantener su empleo, si de su parte ha observado las condiciones fijadas por el contrato y la ley, y de otra la realización del principio, también consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, que señala la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

Dicho principio, ha dicho esta Corporación, implica que "más que las palabras usadas por los contratantes para definir el tipo de relación que contraen, o de la forma que pretendan dar a la misma, importa. a los ojos de/juez y por mandato expreso de la Constitución, e/ contenido material de dicha relación, sus características y los hechos que en verdad la determinen."

En caso de discriminación por el estado de salud del trabajador, la Corte Constitucional mediante sentencia T-519 de 2003, señala la eventualidad del reintegro al trabajador despedido por su estado de salud, limitación o incapacitado temporalmente de la siguiente manera:

"En conclusión se puede afirmar que (i) en principio no existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral: sin embargo, (ii) frente a ciertas personas se presenta una estabilidad laboral reforzada en virtud de su especial condición física o laboral. No obstante, (iii) si se ha presentado una desvinculación laboral de una persona que reúna las calidades de especial protección la tutela no prosperará por la simple presencia de esta característica, sino que (iv) será necesario probar la conexidad entre la condición de debilidad manifiesta y la desvinculación laboral, constitutiva de un acto discriminatorio y un abuso del derecho. Por último, (y) la tutela sí puede ser mecanismo para el reintegro laboral de las personas que por su estado de salud ameriten la protección laboral reforzada, no olvidando que de presentarse una justa causa podrán desvincularse, con el respeto del debido proceso correspondiente "

ALTERNATIVAS EMPRESARIALES CON EL TRABAJADOR LIMITADO:

El contrato de trabajo puede terminar por mutuo consentimiento o acuerdo, por expiración del plazo pactado como en el caso de los contratos a término fijo, por terminación de la obra o labor contratada, por liquidación o cláusula de la empresa,

por suspensión de actividades por parte del empleador por más de 120 días, por período de prueba o por las diferentes causales de retiro que trate la ley para empleados públicos o privados.

En relación con las personas incapacitadas o limitadas el empleador no puede despedirla por el hecho de estar incapacitado o limitado para trabajar, y si lo hace (despide) debe pagar una indemnización equivalente a 180 días, sin perjuicio de las demás prestaciones a que hubiera lugar conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Si el trabajador tiene una incapacidad prolongada o en el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral no es declarado inválido, la empresa tiene las siguientes opciones:

a) Si el vínculo laboral continua vigente y se supera los 540 días de incapacidad temporal por enfermedad común, o 720 días de incapacidad temporal por accidente de trabajo o enfermedad profesional y al trabajador solo le es calificada una incapacidad permanente parcial (5% a 49.9%), el empleador está en la obligación conforme al artículo 10° de la Resolución 1016 de 1989, a realizar la reubicación del trabajador o readaptación del puesto de trabajo acorde con sus capacidades residuales. Y en el evento que el empleador pueda documentar que de acuerdo con las funciones y condiciones de trabajo en todos los puestos existentes en la empresa, la condición de salud del trabajador puede empeorar, se debe solicitar al Inspector de Trabajo, la autorización para terminar el vínculo, conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

b) Si el trabajador es declarado invalido, la empresa debe esperar al desembolso efectivo de la pensión o que el trabajador sea incluido en nomina de pensionados, conforme lo establece la sentencia de la Corte Suprema de Justicia radicado 7034 del 15 de abril de 1980, y no se aplica el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, por cuanto la norma es para la pensión de vejez, y la pensión de invalidez requiere un trato diferente, por estar el trabajador en un estado de indefensión, a quien se le debe garantizar el mínimo vital.

c) La empresa no puede dar por terminado el vínculo laboral por estar el trabajador incapacitado o limitado, al respecto se aplica el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la

Sentencia C-531 del 10 de mayo de 2000 y la Sentencia T-519 de 2003, que da la posibilidad de reintegro del trabajador.

d) Si la empresa resuelve despedir al trabajador, deberá solicitar a la Inspección de Trabajo del Ministerio de la Protección Social, el permiso para que autorice con los soportes documentales que justifiquen el despido argumentando que los puestos de trabajo existentes en la empresa, pueden empeorar las condiciones de salud del trabajador y que no existen opciones de trabajo disponibles, acordes a las capacidades residuales de éste (aptitud física, psicológica y técnica), demostrando que se afecta el estado de salud del trabajador, y las finanzas de la empresa.

Aún cuando exista autorización del Inspector de Trabajo del Ministerio de la Protección Social para despedir a un trabajador por el hecho de tener discapacidad o padecer problemas de salud, el empleador debe indemnizar al trabajador con el pago de ciento ochenta días de salario.

La indemnización de los 180 días cuando existe permiso del Inspector de Trabajo, está consagrada en la sentencia T-519 de 2003, que señala, que todo despido por razón de la limitación de la persona deberían concurrir dos factores: la autorización de la oficina del trabajo y el pago de ciento ochenta días de trabajo, y estas dos cargas para el empleador son instrumentos previstos por el legislador para evitar que se presente de manera arbitraria el despido de la persona limitada.

e) La empresa debe liquidar sus prestaciones sociales por todo el tiempo durante el cual el vínculo laboral del trabajador limitado o incapacitado se encontraba vigente, y el tiempo de incapacidad se le debe tener en cuenta para efectos de dicha liquidación de prestaciones sociales.

LA REHABILITACIÓN INTEGRAL COMO REQUISITO PREVIO A LA SOLICITUD DE AUTORIZACION DE DESPIDO.

Si el trabajador, asociado o trabajador independiente con limitaciones, independientemente de su origen profesional o común o la condición de discapacidad temporal o permanente recupera su capacidad de trabajo; los empleadores, empresas, entidades o instituciones están obligados, a ubicarlo en el cargo que desempeñaba, o a reubicarlo en cualquier otro para el cual esté capacitado, de la misma categoría, compatible con sus capacidades y aptitudes,

para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios conforme al numeral 14 de la Resolución 1016 de 1989, los 4 y 8 de la Ley 776 de 2002.

Si luego de realizar el procedimiento de rehabilitación integral, el empleador desea realizar el trámite o autorización de despido del trabajador en razón a su discapacidad o problemas de salud ante el Inspector de Trabajo, debe soportar con documentos que se ha cumplido, adelantado y culminado el proceso de rehabilitación integral, o por el contrario que dicho proceso no es posible o viable, conforme lo determina el Decreto 2177 de 1989, el Convenio 159 de la OIT, y el artículo 21 del Decreto 1295 de 1994 y la Resolución 1016 de 1989.

Conforme al Manual Guía de Rehabilitación y Reincorporación Laboral (Ministerio de la Protección Social), establece que las posibilidades de reincorporación o reubicación laboral pueden ser:

- Reintegro laboral sin modificaciones.
- Reintegro laboral con modificaciones.
- Reubicación laboral temporal.
- Reubicación laboral definitiva.
- Reconversión de mano de obra.

El responsable de la reincorporación o reubicación laboral por contingencias comunes o profesionales es el empleador, quien puede asesorarse de los médicos que contrate para atender los servicios de salud de los trabajadores, o de la entidad administradora de riesgos profesionales correspondiente, con el fin de prevenir agravamientos y para evitar accidentes de trabajo o enfermedades profesionales derivadas de reincorporación o reubicación laboral.

FACULTAD DEL EMPLEADOR DE TERMINAR CONTRATO DE TRABAJO A EMPLEADO CON INCAPACIDAD LABORAL SUPERIORA 180 DÍAS.

La Honorable Corte Constitucional en sentencias T- 1040 de 2001, T- 504 y T 518 del año 2008, determinó que la estabilidad laboral reforzada no es solamente para

el discapacitado o limitado a la luz de la Ley 361 de 1997, o la persona calificada como inválida por una Junta de Calificación de Invalidez, sino también el trabajador que en desarrollo de la prestación de sus servicios ve menguados tanto su estado de salud como su capacidad de trabajo, por cualquier patologías, de tal forma que deba ser considerado el trabajador como una persona puesta en condiciones de debilidad manifiesta.

El trabajador incapacitado temporalmente por más de 180 días, se encuentra amparado por la estabilidad reforzada, y en relación a la aplicación del numeral 15 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo la Corte Constitucional determina que la justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por enfermedad o lesión que incapacite al empleado para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante 180 días, se debe observar al tenor del artículo 16 del Decreto 2351 de 1965, el cual consagra que al terminar el período de incapacidad temporal, el empleador se encuentra obligado a reinstalar a los trabajadores en los cargos que ocupaban si recuperan su capacidad laboral o a otorgar a los empleados incapacitados parcialmente un trabajo compatible con sus aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios.

Luego, la facultad del empleador consagrada en el numeral 15 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, debe entenderse sin perjuicio de la obligación prevista en el artículo 16 del Decreto 2351 de 1965 y las normas que desarrollan el derecho a la reincorporación laboral.

En Sentencia T-279 de 2006, la Corte Constitucional, retorna el concepto No. 3853 del 23 de agosto de 2005 de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social, que señala, lo siguiente:

"a) El caso del trabajador incapacitado por enfermedad general que supere los 180 días de incapacidad:

‘En el evento en que el trabajador incapacitado por enfermedad general supere los 180 días de incapacidad por enfermedad general que reconoce el SGSS a través de las EPS, al término de los 180 [días] de incapacidad temporal, el empleador deberá proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que desempeñaba si recupera su capacidad de trabajo, y si los dictámenes médicos

determinan que el trabajador puede continuar desempeñando el trabajo, de la misma forma deberá proporcionar al trabajador un trabajo compatible con sus [aptitudes], para lo cual deberá efectuar los movimientos de personal que sean necesarios, asignándole funciones acordes con el tipo de limitación o trasladándolo a un cargo que tenga la misma remuneración, siempre y cuando la incapacidad no impida el cumplimiento de las nuevas funciones ni impliquen riesgo para su integridad’.

b) En el evento en que el trabajador no recupere su capacidad de trabajo:

‘En el caso en que el trabajador no recupere su capacidad de trabajo y los dictámenes médicos determinen que el trabajador no puede continuar desempeñando el trabajo, y que aún así el empleador proporcione al trabajador un trabajo compatible con sus [aptitudes] efectuando los movimientos de personal necesarios, asignándole funciones acordes con el tipo de limitación, [pero] la [incapacidad] impida el cumplimiento de sus nuevas funciones e impliquen un riesgo para su integridad, el empleador podrá dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por justa causa conforme a /o dispuesto en el numeral 15 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el numeral 15 del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965’.

En la sentencia T- 504 de 2008, la Honorable Corte Constitucional, señala que la facultad de dar por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral en los casos en que el trabajador padezca una enfermedad por término superior a los 180 días, no es absoluta ni puede ejercerse de manera indiscriminada, como quiera que el empleador, para darle aplicación tiene que, previamente, dar cumplimiento a las normas sobre reintegro laboral. De igual forma, la Corte ha establecido que:

"el empleador y las entidades responsables del Sistema de Seguridad Social Integral deben obrar armónicamente entre sí, y, a su vez, con el trabajador, con el fin de que el empleado incapacitado no interrumpa ni el tratamiento ni el acceso a la atención médica, ni deje de percibir los medios de subsistencia, bien sea a través del salario, o de la pensión de invalidez, si a ella tiene derecho".

En relación al alcance del derecho a la reubicación la sentencia T-1040 de 2001, determina la Corte Constitucional tres aspectos:

- El tipo de función que desempeña el trabajador
- La naturaleza jurídica de la empresa.
- La capacidad del empleador.

Si la reubicación desborda la capacidad del empleador, o si impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador. Sin embargo, éste tiene la obligación de poner tal hecho en conocimiento del trabajador, dándole además la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación, debe solicitar autorización al Inspector de Trabajo, e indemnizar al trabajador con el pago de ciento 180 días de salario conforme a la Sentencia T-519 de 2003.

AUTORIZACION PARA LA TERMINACION DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA.

Si bien es clara la obligación y deber de todo empleador de reubicar a sus trabajadores y acatar las recomendaciones médicas cuando por el estado de salud así se determine, no es menos cierto que todo, trabajador, se encuentra en el deber de cumplir con sus obligaciones laborales, tal como lo establece el Artículo 58 del Código Sustantivo de Trabajo, el Reglamento Interno de Trabajo o estatutos de la empresa.

En el sector privado el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, establece las justas causas para la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador, y si el trabajador viola dicha norma y/o el reglamento interno de trabajo, comete un acto ilícito (robo), revela secretos técnicos, agrede al empleador o sus familiares, etc, y se encuentra incapacitado o en proceso de rehabilitación por enfermedad o accidente de origen común o profesional, para la terminación del contrato de trabajo, debe la empresa observar lo establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, solicitando previamente ante el inspector de trabajo del lugar de su domicilio, el permiso para el despido, anexar los soportes documentales que justifiquen el mismo, a fin de que se constate que obedece a una justa causa y no a la condición de salud del trabajador.

Se debe recordar que previo a la solicitud de despido del trabajador ante el inspector de trabajo, se debe verificar previamente el agotamiento del procedimiento interno (trámite disciplinario) por parte del empleador, establecido en el reglamento de trabajo artículo 104 y S.S. del Código Sustantivo de Trabajo y que en este se halla seguido el derecho fundamental al debido proceso artículo 29 de la Constitución Política.

Oído el trabajador, y establecida la justa causa de despido según la investigación que adelante el Inspector de Trabajo, y no estando en controversia el estado de salud del trabajador, se procederá a autorizar el despido, se deja en libertad a las partes de acudir a la justicia laboral ordinaria sobre la discusión del despido e indemnización correspondiente, por cuanto determinar o concretar dicho derecho es la competencia de los jueces.

En la autorización cuando el Inspector establece una justa causa en materia administrativa, no obliga al pago de la indemnización de los 180 días que determina la sentencia T-519 de 2003, por no estar en discusión el estado de salud del trabajador.

La consulta anterior, se atiende en los precisos términos del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, en virtud del cual las respuestas dadas no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

ANA
Directora General de Riesgos Profesionales

MARÍA

CABRERA

VIDELA