

Bogotá, D. C.

08SE201812030000023084

Al responder por favor citar este número de radicado

ASUNTO: Radicado 02EE201841060000024244
Trabajadores en misión de las Empresas de Servicios Temporales – Estabilidad laboral reforzada – Permiso del Ministerio de Trabajo – Causal objetiva de terminación del contrato

Respetado Señor,

Hemos recibido la comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual Usted se refiere a una consulta acerca de los trabajadores en misión de las Empresas de Servicios Temporales – Estabilidad laboral reforzada – Permiso del Ministerio de Trabajo – Causal objetiva de terminación del contrato, para cuyos fines, esta Oficina se permite de manera atenta, atender sus interrogantes, mediante las siguientes consideraciones generales:

Inicialmente, se observa oportuno señalar que de acuerdo con la naturaleza y funciones asignadas en el Decreto 4108 de 2011 a la Oficina Asesora Jurídica de este Ministerio, sus pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta debido a que sus funcionarios no están facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias.

Con respecto a sus inquietudes, cabe manifestar:

- EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES

Las Empresas de Servicios Temporales, se encuentran regladas por la Ley 50 de 1990 y el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo 1072 de 2015, que compiló lo normado en el Decreto 4369 de 2006, normas en las cuales se establece el objetivo de las Empresas de Servicios Temporales, su constitución, la autorización del Ministerio de Trabajo par asu funcionamiento y la clase de trabajadores que las mismas poseen.

El artículo 71 de la Ley 50 de 1990, establece la naturaleza de dichas empresas norma que a la letra dice:

“Artículo 71. Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador”.

Las Empresas de Servicios Temporales, son las únicas que por disposición legal pueden realizar las labores de intermediación laboral, pero únicamente en los eventos detallados en el artículo 2.2.6 .5.6 del Decreto Unico Reglamentario del Sector Trabajo 1072 de 2015, que compiló lo normado por el Decreto 4369 de 2006 “Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales y se dictan otras disposiciones” y, dependerá de la clase de contrato con el cual el trabajador es vinculado a la Empresa pues por obvias razones, no será la misma cuando ha sido contratado por su perfil o por las necesidades de las empresas usuarias, a través de un contrato laboral a término indefinido o por obra o labor contratada por ejemplo, pues en el primero habrá estabilidad mientras que en el segundo la misma estaría supeditada a la duración de la obra o labor en cada una de las empresas usuarias del servicio; teniendo en cuenta eso sí, el límite consagrado para las labores en misión que es de seis meses prorrogables por otros seis más, prescrito en el Parágrafo del artículo 2.2.6.5.6 del Decreto 1072 de 2015 que compiló lo normado en el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006, no significando con ello que frente a la empresa de servicios temporales, el último de los mencionados no pueda laborar por contratos consecutivos bajo esta modalidad; sin embargo, por la misma esencia de la modalidad contractual autorizada por el Código Sustantivo del Trabajo, se tendría que cuando termine la obra o labor con determinada usuaria, teniendo como límite un año, el trabajador culminaría igualmente su contrato, sin que le impida la posibilidad al mismo de ser contratado bajo esta modalidad contractual en forma consecutiva para laborar al servicio de la Empresa de Servicios Temporales, aunque la labor con la usuaria del servicio haya culminado.

Sin embargo, lo que el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006, compilado en el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, preceptúa, es que el mismo trabajador en misión vinculado a la Empresa de Servicios Temporales, que trabaja para la misma empresa usuaria del servicio, no lo pueda hacer por espacio mayor de un año, pues se entiende que la labor por él desarrollada es temporal y por eso la norma autoriza su labor únicamente por seis meses prorrogables por otros seis como tiempo límite; pues si el Empleador requiere la labor desarrollada por el trabajador en misión por más tiempo, se entendería que la misma forma parte de la actividad misional de la Empresa usuaria contratante, la que debería vincular al trabajador en forma directa en su nómina de trabajadores por así decirlo, pues las Empresas de Servicios Temporales, como su nombre lo indica, fueron creadas por la Ley 50 de 1990, justamente para que ellas envíen a los trabajadores en misión por un tiempo determinado a realizar aquellas laborales que no son misionales o que siendo misionales deben atenderse temporalmente por alguna novedad de personal y, que por lo tanto, no tienen duración en el tiempo, de ahí que la norma restrinja su servicio a un año como término máximo, situaciones expresamente previstas para el efecto, en la Ley 50 de 1990, “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”, a través de las Empresas de Servicios Temporales, cuando en su artículo 77, las describe cuando a la letra dice:

“Artículo 77- Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

- 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo.*
- 2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.*

3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.”

El artículo 2.2.6.5.6 del Decreto 1072 de 2015, que compiló lo normado por el Decreto 4369 de 2006, establece los casos en los cuales las Empresas usuarias del servicio pueden contratar temporalmente con las Empresas Temporales de Empleo, de ahí su nombre, resaltando que tan solo lo pueden hacer en situaciones particulares exceptivas, señalando puntualmente lo siguiente:

“Artículo 2.2.6.5.6- Casos en los cuales las empresas usuarias pueden contratar servicios con las Empresas de Servicios Temporales. Los usuarios de las Empresas de Servicios Temporales sólo podrán contratar con estas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.

Parágrafo- Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio.” (resaltado fuera de texto).

La norma transcrita consagra en el numeral primero, que tan solo las actividades ocasionales, accidentales o transitorias son a las que se debe dedicar exclusivamente las Temporales de Empleo, descartando por ello, que las actividades misionales de cualquier empresa puedan ser desarrolladas por este tipo de empresas, so pena de sanciones por presuntas conductas enmarcadas dentro de la intermediación laboral.

La H. Corte Constitucional ha resaltado la prohibición de la intermediación a través de cualquier modalidad contractual, que no se ajuste a los parámetros legales sobre la materia, de la cual se resalta lo expuesto en la Sentencia C-690/11.- Referencia: expediente D-8393; Magistrado Ponente, Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en el estudio de la constitucionalidad de algunos aspectos de la Ley 1429 de 2010, cuando a la letra en uno de sus apartes manifiesta:

“En este inciso lo que el legislador hizo no fue otra cosa que llevar a prohibición legal lo que la jurisprudencia de las Altas Cortes ha venido **reiterando en relación con la primacía del contrato realidad**, al señalar que

ni los entes públicos ni las personas privadas pueden encubrir las relaciones laborales caracterizadas por la subordinación, a través de distintas modalidades de contratación o de figuras como las cooperativas de trabajo asociado.”

En Sentencia T 503 de 2015, Referencia: expediente T-4838844, Magistrada Ponente Doctora Maria Victoria Calle Correa, la H. Corte ha resaltado los aspectos fundamentales con respecto al contrato laboral en empresas de servicios temporales, cuando a la letra dice:

*“CONTRATO LABORAL EN EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES-Regulación legal
La relación laboral entre el trabajador y la empresa de servicios temporales subsiste mientras el usuario necesite de los servicios del trabajador o se haya finalizado la obra para la cual fue contratado. Sin embargo, es claro que de acuerdo con la ley, este tipo de relación laboral no puede exceder de un año, porque indudablemente se debe evitar que los contratos con las empresas de servicios temporales en la práctica se conviertan en permanentes ya que de este modo se desconocerían los derechos prestacionales de los trabajadores. Así las cosas, en el evento de que la necesidad del usuario por el servicio de los trabajadores en misión sea permanente, debe acudir a otra forma de contratación distinta a la que se cumple a través de las empresas de servicios temporales. Es claro que en este caso no debería tratarse de un trabajador en misión, sino de uno que desarrolla una labor permanente, por lo que su vinculación no debió corresponder a una contratación temporal. Así las cosas, presuntamente, podemos estar en presencia de una relación laboral permanente encubierta, que no le permite al trabajador tener derecho a una estabilidad en el empleo. Cabe recordar que se debe evitar que persista la tendencia de sustituir trabajadores permanentes por temporales, pues como se señaló, siempre que subsistan las causas y la materia que dieron origen a la relación laboral, la misma no se puede dar por terminada y se debe propender por la estabilidad laboral de aquellos trabajadores que han cumplido a cabalidad con las labores encomendadas”.*

En Sentencia T-1058/07, Referencia Expediente T-1678585, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández, al respecto manifestó:

“CONTRATOS LABORALES EN EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES-El trabajador lleva laborando más de once años, encubriéndose una relación laboral que se debió desarrollar a través de otro tipo de contrato

De acuerdo con las manifestaciones hechas por el actor, las que además no fueron desvirtuadas por la parte accionada, se extrae que el señor laboró por once años al servicio de la empresa Aseo Capital S.A., lapso de tiempo durante el cual, dicha sociedad, se limitó a rotar las empresas de servicios temporales, situación esta que desnaturaliza los contratos celebrados entre el trabajador, la empresa de servicios temporales y la empresa usuaria, pues como se dijo, los mismos fueron concebidos a fin de ser desarrollados de manera temporal y como se evidencia en el presente asunto, esta figura a perdurado a través de un número considerable de años, disfrazando de esta manera una relación laboral que se debió desarrollar a través de

otro tipo de contrato laboral, máxime si se tiene en cuenta que la materia y las causas que dieron origen al respectivo contrato aún subsisten. En consecuencia, es claro que en este caso no se trata de un trabajador en misión, sino de uno que desarrolla una labor permanente, por lo que su vinculación no debió corresponder a uno de aquellos temporales, pues es evidente que puede tratarse de una relación laboral permanente encubierta, lo que no permite al trabajador tener derecho a una estabilidad en el empleo”.

Por tanto, para efectos de que una trabajadora en misión vinculada con una Empresa de Servicios Temporales, pueda prestar el servicio a la Empresa usuaria en forma legal, se requiere que lo haga dentro de los parámetros establecidos en las normas cuya transcripción antecede, es decir, que su servicio tan solo sea de seis meses prorrogables por otros seis, indistintamente de que frente a la Empresa de Servicios Temporales se encuentre vinculada en forma indefinida o mediante cualquiera de las modalidades de celebración de los contratos de trabajo, cumpliendo las condiciones antes señaladas en los eventos descritos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, norma transcrita al inicio, pues de lo contrario, tanto la Empresa de Servicios Temporales como la usuaria del servicio, estarían incurriendo en prácticas de intermediación no consentidas, pues tan solo en los términos establecidos puede realizarse la intermediación laboral entre las Empresas usuarias de los servicios y las Empresas de Servicios Temporales.

Por las razones expuestas con antelación, quien tiene la obligación de pagar el salario y las prestaciones sociales, así como los aportes al Sistema de Seguridad Social de la Trabajadora en misión, es la Empresa Empleadora, no la Empresa usuaria del servicio, que siendo una Entidad del Estado, cuenta con el presupuesto adecuado para el pago de los emolumentos que el Contrato administrativo celebrado con la Empresa de Servicios Temporales implica y por ende, en cumplimiento de sus obligaciones como contratante, debe desembolsar los respectivos valores que el contrato connota en los términos y valores que el contrato determine, de tal manera que no existiría ningún motivo por el cual la Empleadora se retrase en el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes al Sistema de Seguridad Social, además de todos los emolumentos laborales en tiempo oportuno, sin que ello afecte el mínimo vital del trabajador y el núcleo de personas que dependen de él.

- FUERO DE ESTABILIDAD LABORAL Y OCUPACIONAL REFORZADA

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es la norma que refleja la protección constitucional al derecho a trabajar, debida a las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad la cual a la letra dice:

“Artículo 26 – No discriminación a persona en situación de discapacidad- En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

La H. Corte Constitucional, en Sentencia SU 049 de 2017, Referencia: expediente T-4632398, Magistrada Ponente, Doctora María Victoria Calle Correa, destaca los alcances y similitudes de la estabilidad laboral reforzada y la estabilidad ocupacional reforzada, esta última en la cual, extiende la protección Constitucional, no solo a los trabajadores que se encuentran en situación de vulnerabilidad por sus condiciones de salud aun cuando no se encuentren calificados, sino a otras modalidades de contratación como el contrato de prestación de servicios y otras formas de ejecución de la labor, en el amplio mundo del trabajo. En uno de sus apartes, la H. Corte manifestó:

“5. Segunda cuestión: la estabilidad ocupacional reforzada en los contratos de prestación de servicios, y la aplicación de las prestaciones de la Ley 361 de 1997, interpretada conforme a la Constitución

5.1. La jurisprudencia constitucional ha usado de forma dominante la expresión “estabilidad laboral reforzada” para hacer alusión al derecho fundamental antes caracterizado. En nuestro medio jurídico, la locución ‘laboral’ se asocia legislativamente a las relaciones de trabajo dependiente, caracterizadas por la prestación de servicios personales bajo subordinación jerárquica. No obstante, esta Corte ha señalado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada aplica no solo a quienes tienen un vínculo de trabajo dependiente estrictamente subordinado y sujeto al derecho laboral, sino también a quienes están insertos en relaciones ocupacionales divergentes, originadas por ejemplo en un contrato de prestación de servicios o en un contrato de aprendizaje. En efecto, desde la sentencia T-1210 de 2008 la Corte ha sostenido que “aún en el seno del contrato de prestación de servicios, puede predicarse ciertas garantías de la que gozan las relaciones laborales, al cobrar importancia los principios de estabilidad laboral a ciertos sujetos”. [67] Luego esta posición se ha reiterado en distintas ocasiones, como por ejemplo en las sentencias T-490 de 2010, [68] T-988 de 2012, [69] T-144 de 2014 [70] y T-310 de 2015. [71] En la sentencia T-040 de 2016, la Sala Tercera de Revisión de la Corte tuteló el derecho a la estabilidad reforzada de una persona a quien se le terminó sin causa justificable y sin autorización de la oficina del Trabajo su contrato de prestación de servicios, mientras estaba en condiciones de debilidad manifiesta. Sostuvo entonces que “la estabilidad laboral reforzada para personas en situación de debilidad manifiesta por su estado de salud aplica a todas las alternativas productivas, incluyendo al contrato de prestación de servicios”. [72]

Agrega el Alto Tribunal,

5.2. En las relaciones de prestación de servicios independientes no desaparecen los derechos a “la estabilidad” (CP art 53), a una protección especial de quienes “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” (CP arts. 13 y 93), a un trabajo que “en todas sus modalidades” esté rodeado de “condiciones dignas y justas” (CP art 25) y a gozar de un mínimo vital (CP arts. 1, 53, 93 y 94). Tampoco pierden sentido

los deberes que tienen el Estado y la sociedad de adelantar una política de “integración social” a favor de aquellos que pueden considerarse “disminuidos físicos, sensoriales y síquicos” (CP art 47), o de “obrar conforme al principio de solidaridad social” (CP arts. 1, 48 y 95). Por este motivo, más que hablar de un principio de estabilidad laboral reforzada, que remite nominalmente por regla a las relaciones de trabajo dependiente, debe hablarse del derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada, por ser una denominación más amplia y comprehensiva.[73] Esta garantía tiene, como se dijo, arraigo constitucional directo y aplica a quienes estén en condiciones de debilidad manifiesta, incluso si no cuentan con una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Este proceso, sin embargo, provoca una pregunta: (i) por una parte, si en el contexto de relaciones originadas en contratos de prestación de servicios la vulneración de la estabilidad ocupacional reforzada activa las prestaciones de la Ley 361 de 1997; y, en caso afirmativo, (ii) si aplica, en tales hipótesis, incluso a quienes sin tener calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda están en circunstancias de debilidad manifiesta por sus problemas acreditados de salud. Sobre estas materias hay diferencias jurisprudenciales, que la Corte en primer lugar (a) identificará, y luego (b) resolverá.

La protección preconizada en la norma transcrita ut supra, se predicaría para todo Trabajador que se encuentra en estado de vulnerabilidad con respecto a la Empresa o Entidad Empleadora que pretende la desvinculación en forma abusiva.

- EXISTENCIA DE UNA JUSTA CAUSAL DE DESPIDO

Sin embargo, cuando exista una causal objetiva para la terminación del contrato de trabajo, la situación es diferente, pues el Empleador, debe demostrar ante la Autoridad administrativa del Ministerio de Trabajo, que la razón de la desvinculación, no es el estado de salud de la trabajadora, sino la existencia de una causal objetiva de despido, que puede ser una de las justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, establecidas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, cuya estructuración no tiene nada que ver con el estado de salud de la Trabajadora.

La H Corte Constitucional, en Sentencia T-320/16, Referencia: expediente T-5.187.233, Magistrado Ponente, Doctor Alberto Rojas Rios, al respecto de la significación de la estabiidad laboral reforzada, manifestó:

“ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-Concepto

El derecho a la estabilidad laboral reforzada consiste en: “ (i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismos y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz ...”
(resaltado fuera de texto)

En otro de sus apartes, la Alta Corporación manifestó:

Carrera 14 N° 99 - 33 Bogotá D.C., Colombia
PBX: 5186868 - FAX: 4893100
www.mintrabajo.gov.co

“DERECHO FUNDAMENTAL A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE QUIENES SE ENCUENTRAN EN CIRCUNSTANCIAS DE DEBILIDAD MANIFIESTA O INDEFENSIÓN-Reglas jurisprudenciales

*Cuando un trabajador sufra de una afectación grave a su salud y por causa de ello se encuentre en una situación de debilidad manifiesta, no podrá ser despedido ni su contrato terminado hasta que no se constituya una justa causa, **mientras persistan las condiciones que originaron la relación laboral y mientras que no se solicite la autorización de la autoridad laboral competente.** La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la estabilidad laboral reforzada también es aplicable a las relaciones laborales surgidas a partir de la suscripción de un contrato a término definido, motivo por el cual, el vencimiento de su término de duración no es razón suficiente para darlo por terminado cuando el empleado se encuentra en estado de debilidad manifiesta. En este sentido, si el trabajador es un sujeto de especial protección constitucional, en los contratos a término fijo también es imperativo que el empleador acuda ante la oficina del Trabajo con el fin de obtener la autorización correspondiente para dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo pactado.” (resaltado fuera de texto)*

Esta situación se presenta debido a que lo que protege el fuero de estabilidad laboral esencialmente es el Derecho fundamental al trabajo de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad debido a su estado de salud o su discapacidad.

Cuando el trabajador se encuentra inmerso en una causal objetiva para dar por terminado el contrato de trabajo, igualmente debe solicitar la autorización del Ministerio de Trabajo para la desvinculación del trabajador, caso en el cual el Empleador debe probar ante el Inspector de Trabajo, que la causal objetiva de terminación unilateral del contrato de trabajo, es una causa distinta al del padecimiento de salud del trabajador.

En otro de los apartes de la Sentencia mencionada con antelación, la Alta Corporación manifestó:

“4. Precedente judicial sobre estabilidad laboral reforzada. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 53 de la Constitución Política consagra el derecho a la estabilidad laboral como principio que rige todas las relaciones laborales y que se manifiesta en “la conservación del cargo por parte del empleado, sin perjuicio de que el empleador pueda dar por terminada la relación laboral al verificar que se ha configurado alguna de las causales contempladas en la ley como “justa” para proceder de tal manera o, que descrito cumplimiento a un procedimiento previo”[24]

*Teniendo en cuenta el estado de debilidad manifiesta en que se pueden encontrar aquellos trabajadores discapacitados o con afecciones en su salud, y con el objeto de brindarles una protección especial que les garantice la permanencia en su trabajo, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado a partir del principio de estabilidad en el empleo, el derecho a la estabilidad laboral reforzada; conforme al cual, **el empleador sólo podrá desvincular al trabajador que presente disminución física o psíquica, cuando medie autorización del inspector del trabajo y por causa distinta a la de su padecimiento.**” (resaltado fuera de texto)*

En otro de sus apartes la H. Corte Constitucional manifestó:

*“De conformidad con lo anterior, y en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación **ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato, tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador.**” (resaltado fuera de texto)*

Por ello, cuando el Empleador tiene a su servicio un trabajador aforado debido al estado de vulnerabilidad por cuestiones de salud y haya una causa objetiva que es la terminación del contrato de trabajo, distinta al estado de salud del trabajador, el Empleador debe solicitar autorización ante el Ministerio de Trabajo para su desvinculación, casos en el cual la carga de la prueba es para el Empleador, quien debe demostrar ante la Autoridad administrativa del Ministerio de Trabajo, que la causal por la cual se solicita el permiso para desvincular al trabajador es una causal objetiva diferente a la del padecimiento del trabajador.

Cabe destacar que cuando el Empleador decide dar por terminado el contrato de trabajo en forma unilateral, antes de que la obra culmine, debe dar aplicación a lo normado por el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, referente a la condición resolutoria tácita del contrato con indemnización de perjuicios, establecida en el artículo 64, norma que a la letra dice en su parte pertinente:

“Artículo 64. TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA

En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.

En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:

*En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; **o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.**” (resaltado fuera de texto)*

En aplicación de la condición resolutoria tácita del contrato de trabajo, la Empleadora pueda dar por terminado el contrato de trabajo, sin que medie una justa causa de despido, razón por la cual deberá cancelar la indemnización del daño emergente y el lucro cesante, teniendo en cuenta la clase de contrato que vincula al trabajador con la Empleadora, cancelando la indemnización respectiva en la manera antes indicada en la norma transcrita ut supra, previo la solicitud de permiso del Ministerio de Trabajo, por tratarse de trabajador aforado con estabilidad laboral por vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud.

Sin embargo de ello, se considera necesario colocar a consideración la postura de la H. Corte Suprema de Justicia, que en Sentencia, SL 1360-2018, Radicación número 53394 de 11 de abril de 2018, Magistrada Ponente, Doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, la Alta Corporación tiene una nueva postura en el tema, manifestando que ante la existencia de una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, no se requiere la autorización del Ministerio de Trabajo, pues el Empleador al alegar en su favor la justa causa para desvincular al trabajador, no irrespeta la protección antes aludida, es decir el fuero por vulnerabilidad o por discapacidad, pues la justa causal de despido que en su favor alega, no tiene nada que ver con el estado de salud del Trabajador. Se destacan los apartes más importantes de dicha Sentencia, cuando la H. Corte manifestó:

“(...)

*Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, **lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio.** Nótese que allí se Radicación n.º 53394 17 dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación», **lo que, contrario sensu, quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera.***

***Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el perjuicio de la discapacidad del trabajador.** Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.*

Agrega la Alta Corporación, sobre el derecho del Trabajador:

“... ”

***Con todo, la decisión tomada en tal sentido puede ser controvertida por el trabajador, a quien le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa. De no hacerlo, el despido se reputará ineficaz (C-531-2000) y, en consecuencia, procederá el reintegro del trabajador junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.”** (resaltado fuera de texto)*

En todo caso, será la Justicia, la única que a través de sus Autoridades, teniendo competencia exclusiva y excluyente para declarar derechos y definir controversias laborales, puede decidir al respecto.

Por ello, para efectos de que el Empleador conozca que un trabajador goza de fuero de estabilidad laboral, debido a sus condiciones de vulnerabilidad por cuestiones de salud, existen dos situaciones la primera cuando el trabajador se encuentra en incapacidad laboral por la ocurrencia de una contingencia, sea de origen común o de origen laboral y la segunda cuando por estas mismas situaciones ha sido calificada su

disminución de la capacidad laboral, previo al agotamiento de las distintas etapas que la situación de salud comporta hasta la calificación, pues en líneas generales, en la gran mayoría de situaciones, las contingencias suelen generar incapacidades, pero no todas generan pérdida de la capacidad laboral.

Esta postura ha sido desarrollada por la H. Corte Constitucional a través de su Jurisprudencia, entre las cuales se destaca la Sentencia SU 049 de 2017, Referencia expediente T-4632398, Magistrada Ponente, Doctora María Victoria Calle Correa, en la que la Alta Corporación, desarrolla el tema relativo a la estabilidad ocupacional reforzada, resaltando el derecho que le asiste a quienes se encuentran en una situación de discapacidad, de gozar del fuero de estabilidad ocupacional reforzada, aun cuando no se haya calificado a la persona, reiterando la necesidad de solicitar la autorización del Inspector de Trabajo, solo en los casos en los que estado de salud del trabajador, *“impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares”*.

En sus apartes más relevantes manifiesta la H. Corte Constitucional:

“DERECHO A LA ESTABILIDAD OCUPACIONAL REFORZADA-No se circunscribe a quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda

La jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares”

Por tanto, en todos los casos en los cuales el trabajador tenga algún padecimiento de salud, se encuentra con fuero de estabilidad ocupacional reforzada, pues la Alta Corporación ha manifestado que si bien es cierto la protección se amplía a la persona que estando en situación de vulnerabilidad por cuestiones de salud, no se ha calificado, dicha protección solo se da cuando la situación de salud *impida o dificulte sustancialmente el desempeño de las labores en condiciones regulares*, por tanto una persona que tenga recomendación médica que deba seguirlas para no perjudicar o agravar su salud, no significa que por ello, tenga impedimento o dificultad sustancial para el desempeño de sus labores, pues el espectro de las expresiones utilizadas por la H. Corte es muy amplio, pero muy preciso al establecer que solo en aquellos casos en los cuales exista impedimento o dificultad sustancial para el desempeño de la labor encomendada por el Empleador, el trabajador aun sin calificación de dicha situación, goza de fuero de estabilidad ocupacional, es decir, el derecho que le asiste de que el Empleador, proteja su Derecho Fundamental a trabajar, que es lo que en suma protege la Constitución Nacional al restringir el despido del trabajador que se encuentre en estas circunstancias.

En otro de sus apartes, la Alta Corporación, manifestó:

“DERECHO A LA ESTABILIDAD OCUPACIONAL REFORZADA-Alcance

El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada tiene arraigo constitucional directo y aplica a quienes estén en condiciones de debilidad manifiesta, incluso si no cuentan con una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda”

La estabilidad ocupacional reforzada, la misma que contiene una protección constitucional al Derecho fundamental al trabajo reflejada en el derecho del trabajador a no discriminado por encontrarse en situación de discapacidad y en la obligación del Empleador de solicitar autorización ante el Inspector de Trabajo, como Autoridad administrativa laboral, solo se da cuando el estado de salud del trabajador *“impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares”*, al decir en la interpretación que de la norma constitucional hace la Alta Corporación, por tanto, siendo una situación verdaderamente exceptiva.

Por ello, cuando un Empleador en atención a lo normado por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, antes transcrito, realiza discriminación o la permite de un trabajador en situación de vulnerabilidad, o despide a un trabajador en estas condiciones, sin el permiso de Autoridad competente, que para el caso es el Inspector de Trabajo, debe cancelar además de las indemnizaciones que genera la terminación del contrato en sí, 180 días de salario, amén de los pagos que comportan el reintegro, si esta es la decisión de un Juez, a quien se le ha colocado por vía de Tutela, la vulneración del derecho al trabajo y del artículo 13 de la Constitución Política, que establece la protección antes aludida y la vulneración del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que preconiza dicho pago, cuando hay discriminación o transgresión de los derechos de la persona que goza de fuero por ser vulnerable por sus condiciones de salud o por su discapacidad.

La estabilidad laboral reforzada y la estabilidad ocupacional reforzada, son en esencia lo mismo, es decir la protección Constitucional y Legal al trabajador que se encuentra en estado de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud, diferenciándose en el aspecto relativo a que la ocupacional es la innovación de la H. Corte Constitucional en su Jurisprudencia, debido a que la protección aludida se extiende no solo aquel trabajador que a raíz de la contingencia ha sido calificada su pérdida de la capacidad laboral, sino a todo aquel trabajador que por sus condiciones de salud aun sin calificación alguna, pues no toda contingencia trae pérdida de la capacidad laboral, tiene la protección, debido precisamente a que por sus condiciones de salud pertenece a la población vulnerable que tiene protección Constitucional, ampliando la protección igualmente a los Contratistas de Prestación de Servicios y otras modalidades de realización de las labores en el amplio mundo laboral.

Cabe destacar que el fuero de estabilidad laboral, por condiciones de vulnerabilidad debido al estado de salud del trabajador o su condición de discapacidad en caso de haber sido calificado, nace como reflejo a la protección Constitucional, establecida en el artículo 13, norma Constitucional que a la letra dice:

“Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan” (resaltado fuera de texto)

Del fuero por condiciones de vulnerabilidad debido al estado de salud, es decir, de estabilidad laboral reforzada u ocupacional reforzada, gozan todos los trabajadores en dicha condición, debido a la ocurrencia de una contingencia de carácter laboral o de origen común, contingencia que puede dar origen a circunstancias tales como la incapacidad, las restricciones laborales, dadas por las recomendaciones médicas de acuerdo a los riesgos a los cuales el Empleador expone al Trabajador o, la pérdida de la capacidad laboral, si la contingencia trae como consecuencia esta circunstancia extrema, pues en la mayoría de los casos, las contingencias traen como consecuencia incapacidades laborales, pero no pérdida de la capacidad laboral, debido a las obligaciones de rehabilitación que tienen tanto las EPS., y Fondos que administran las pensiones, en tratándose de contingencias de origen común y las de las Administradoras de Riesgos Laborales, en tratándose de contingencia de origen Laboral, cuyas determinaciones son susceptibles de ser controvertidas no solo frente a las Entidad o Instituciones, a través de los recursos frente a las determinaciones que han tomado en las diferentes instancias, sino frente a la Justicia, en demandas, pues es la única que tiene competencia exclusiva y excluyente para declarar derechos o definir controversias.

Para mayor información se invita a consultar nuestra página web www.mintrabajo.gov.co, para informarse sobre aspectos del derecho laboral de su interés y otros que le servirán para solventar sus dudas sobre la materia.

La presente consulta se absuelve en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual las respuestas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

DENNYS PAULINA OROZCO TORRES

Coordinadora

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