

1200000 - **209020**

Bogotá, D.C. **30 OCT. 2015**

URGENTE

ASUNTO: Papel del Inspector de Trabajo frente a la Estabilidad Laboral reforzada

Respetado (a) Señor (a):

Hemos recibido la comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual Usted se refiere a una consulta sobre “Papel del Inspector de Trabajo frente a la Estabilidad Laboral reforzada”, 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.

Respecto a sus inquietudes relativas al papel del Inspector de Trabajo y Seguridad Social, frente a la Estabilidad Laboral reforzada y el por qué no conceden las Autorizaciones solicitadas, cabe manifestar que para cada caso particular, colocado a su consideración el Inspector de Trabajo y Seguridad Social, conocedor de la temática planteada por obvias razones, debe tener en cuenta para concederla o negarla que el Empleador debe cumplir unas obligaciones previas, que no siempre son atendidas por él. Así las cosas, se presentan dos situaciones a saber: La primera cuando el Empleador solicita autorización para despedir a un trabajador amparado por el fuero de estabilidad laboral reforzada, protegido constitucionalmente por su estado de máxima vulnerabilidad, en razón de su Estado de salud, per se; y la segunda cuando solicita la autorización por estar amparado por el mismo fuero, en razón de que el trabajador está inmerso en alguna de las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo.

Así las cosas, con respecto a la primera de las situaciones planteadas, el Empleador antes de solicitar la correspondiente Autorización, debe haber cumplido el siguiente procedimiento:

Para el Empleador es obligatorio reubicar a su trabajador vencida la incapacidad, para lo cual si es del caso, deberá realizar los movimiento de personal necesarios, no siendo excusa el “no tener otra labor donde reubicarlo”, pues así lo contempla como una obligación especial del Empleador el Artículo 16 del Decreto 2351 de 1965, mediante el cual se introdujeron algunas reformas al Código Sustantivo del Trabajo; en la cual en su inciso b, señala la obligación de efectuar los movimientos de personal

necesarios para realizar la reinstalación del trabajador, preceptuando además que el incumplimiento de esta disposición, se considera despido injusto. La norma en comento a la letra dice:

“Artículo 16

Los Empleadores están obligados a:

- a) A reinstalar a los trabajadores en los cargos que desempeñaban si recuperan su capacidad de trabajo. La existencia de una incapacidad parcial no será obstáculo para la reinstalación, si los dictámenes médicos determinan que el trabajador puede continuar desempeñando el trabajo;*
- b) A proporcionar a los trabajadores incapacitados parcialmente un trabajo compatible con sus aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios. **El incumplimiento de estas disposiciones se considerará como un despido injustificado.**” (Resaltado fuera de texto)”*

Así mismo, la Ley 776 de 2002 establece la obligación para el Empleador de reubicación laboral, cuando en su parte pertinente a la letra dice:

“Los empleadores están obligados a ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios”.

Esta obligación del Empleador igualmente se encuentra establecida en los Artículos 16 y 17 del Decreto 2177 de 1989 el cual desarrolla la Ley 82 de 1988 a través de la cual se aprueba el Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre readaptación profesional y el empleo de personas invalidas, artículos que establecen lo siguiente:

“Artículo 16.

*Todos los **patronos públicos o privados están obligados a reincorporar a los trabajadores inválidos, en los cargos que desempeñaban antes de producirse la invalidez si recupera su capacidad de trabajo, en términos del Código Sustantivo del Trabajo. La existencia de una incapacidad permanente parcial no será obstáculo para la reincorporación, si los dictámenes médicos determinan que el trabajador puede continuar desempeñándolo.**” (Resaltado fuera de texto).*

Lo que significa que el Empleador antes de realizar la solicitud ante el Ministerio Del Trabajo, está obligado primeramente a realizar la reubicación y segundo, no es excusa el que no haya cargo a desempeñar, tan es así que le obliga a realizar los movimientos de personal necesarios para lograr el cometido.

Así mismo, se reitera esta obligación en el Artículo 17 Ibídem, el cual a la letra dice:

*“Artículo 17. A los trabajadores de los sectores público y privado que según concepto de la autoridad competente de salud ocupacional o quien haga las veces en la respectiva entidad de seguridad o previsión social o de medicina del trabajo, en caso de no existir afiliación a dichas instituciones, se encuentren en estado de invalidez física, sensorial o mental, para desempeñar las funciones propias del empleo de que sean titulares y la incapacidad no origine el reconocimiento de pensión de invalidez, se les deberán asignar funciones acordes con el tipo de limitación o trasladarlos a cargos que tengan la misma remuneración, siempre y cuando la incapacidad **no impida el cumplimiento de las nuevas funciones ni impliquen riesgo para su integridad.**”*

La H. Corte Constitucional, en Sentencia T-040/01, Magistrado Ponente, Dr. Eduardo Montealegre Lynett, Referencia Expediente T 364299 de 2001, ha reiterado la obligación del Empleador de reincorporar al trabajador a laborar vencida la incapacidad, pues ello es la traducción del principio constitucional de protección al trabajador. Así las cosas, a la letra dice:

“(…)

*Expresó que en la reubicación se encuentran en juego varios derechos fundamentales tales como el derecho a la igualdad (artículo 13 de la Constitución), derecho al trabajo (artículo 25) y el derecho a la rehabilitación integral de quienes están disminuidos físicamente (artículo 54). En este sentido cabe señalar que la protección de las personas en situaciones de vulnerabilidad tiene fundamento en el derecho a la igualdad, que ha sido entendida por la Corte como una igualdad real o material y no simplemente formal. Es decir, que con fundamento en el artículo 13 de la Constitución se debe tratar de manera desigual a determinados grupos de personas que se encuentran en estado de inferioridad, vulnerabilidad o “debilidad manifiesta”, **respecto de resto de la sociedad, otorgándoles una protección mayor por parte del Estado, pero con el fin de lograr llevarlos a una posición de igualdad, materializando de esta forma el derecho a la igualdad.** “ (Resaltado fuera de texto)*

Connota esta situación de reubicación, según la Corte, en la obligación de capacitar al trabajador, cuando en dicha providencia a la letra dice:

*“Por otra parte, en algunos casos, el derecho a la reubicación en un cargo compatible con las condiciones de salud del trabajador **no se limita al simple cambio de funciones.** Para garantizar el ejercicio real de este derecho, **la reubicación debe estar acompañada de la capacitación necesaria para que el trabajador se desempeñe adecuadamente en su nueva labor.**” (resaltado fuera de texto)*

Así las cosas, se resalta que la principal obligación para el Empleador después de que su trabajador culmina su incapacidad laboral, es reubicarlo, pues al decir de la propia H.Corte Constitucional, el amparo constitucional de este tipo de trabajadores no solo es protegerlo contra el despido sino amparar el derecho fundamental al trabajo.

Así mismo, la Administradora de Riesgos Laborales, en atención a lo normado por la Ley 100 de 1993, el Decreto Reglamentario 1295 de 1994 modificado por la Ley 1562 de 2012, cuando un trabajador se accidenta, cumple plenamente su tarea de “Rehabilitar al Trabajador” para la nueva inserción en el mercado laboral, por ello, el Estado Colombiano destina sumas extraordinarias de dinero para que el proceso de rehabilitación del trabajador se lleve a cabo, en la gran mayoría de los casos con éxito, pues ese es el objetivo primordial del Sistema de Seguridad Social en Riesgos Profesionales, que busca que en este proceso recupere la fuerza laboral para continuar con su labor, habiendo superado los límites iniciales que la contingencia le acarrea al momento de sufrir el accidente de trabajo o enfermedad profesional; caso contrario, no tendría sentido de que el Estado cumpla con su deber frente al sistema, ni tendría sentido que las Administradoras de Riesgos cumplan entre muchos otros el papel de rehabilitadores del trabajador, pues se insiste, el papel del Estado al cumplir lo normado por la Constitución Nacional de protección a las personas en estado de vulnerabilidad, no solamente es el de garantizar el no ser despedidos por esta circunstancia, sino el de garantizar primordialmente su derecho fundamental a trabajar, de allí que la rehabilitación por parte de la Administradora de Riesgos Laborales, es necesaria para la reinserción del trabajador al mercado laboral y para que el Empleador cumpla con la obligación de reubicarlo.

En efecto, el Artículo 8, entre otros, destaca este papel de las Administradoras de Riesgos Laborales, cuando a la letra dice:

“Ley 1562 de 2012

“Artículo 8°. Reporte de información de actividades y resultados de promoción y prevención. La Entidad Administradora de Riesgos Laborales deberá presentar al Ministerio de Trabajo un reporte de actividades que se desarrollen en sus empresas afiliadas durante el año y de los resultados logrados en términos del control de los riesgos más prevalentes en promoción y de las reducciones logradas en las tasas de accidentes y enfermedades laborales como resultado de sus medidas de prevención. Dichos resultados serán el referente esencial para efectos de la variación del monto de la cotización, el seguimiento y cumplimiento, se realizará conforme a las directrices establecidas por parte del Ministerio de Trabajo. Este reporte deberá ser presentado semestralmente a las Direcciones Territoriales del Ministerio de Trabajo para seguimiento y verificación del cumplimiento. El incumplimiento de los programas de promoción de la salud y prevención de accidentes y enfermedades, definidas en la tabla establecida por el Ministerio de la Salud y Protección Social y el Ministerio de Trabajo, acarreará multa de hasta quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha en que se imponga la misma. Las multas serán graduales de acuerdo a la gravedad de la infracción y siguiendo siempre el debido proceso,

las cuales irán al Fondo de Riesgos Laborales, conforme a lo establecido en el sistema de garantía de calidad en riesgos laborales. Parágrafo 1°. En caso de incumplimiento de Administradoras de Riesgos Laborales de los servicios de promoción y prevención establecidos en la normatividad vigente, el empleador o contratante informará a la Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo para la verificación y decisión correspondiente, cuya segunda instancia será la Dirección de Riesgos Laborales del Ministerio del Trabajo. “

Igualmente según lo normado por la Ley 1562 de 2012, en su Artículo 11, destaca la REHABILITACION del trabajador, como una actividad mínima de promoción y prevención de las Administradoras de Riesgos Laborales, el mismo que en su parte pertinente a la letra dice:

“Artículo 11. Servicios de Promoción y Prevención. Del total de la cotización **las actividades mínimas de promoción y prevención** en el Sistema General de Riesgos Laborales por parte de las Entidades Administradoras de Riesgos Laborales serán las siguientes:

1 (...)

2 Del noventa y dos por ciento (92%) del total de la cotización, la Entidad Administradora de Riesgos Laborales destinará como mínimo el diez por ciento (10%) para lo siguiente:

a) (..)

c) Las administradoras de riesgos laborales deben desarrollar programas, campañas, crear o implementar mecanismos y acciones para prevenir los daños secundarios y secuelas en caso de incapacidad permanente parcial e invalidez, **para lograr la rehabilitación integral, procesos de readaptación y reubicación laboral;**

d) Diseño y asesoría en la implementación de áreas, puestos de trabajo, maquinarias, equipos y herramientas **para los procesos de reinserción laboral**, con el objeto de intervenir y evitar los accidentes de trabajo y enfermedades Laborales;...” (Resaltado fuera de texto)

Igualmente, se debe tener en cuenta lo preceptuado para el efecto por la H. Corte Constitucional en Sentencia T 850 de 2011, cuando se pronunció sobre esta obligación del empleador, en la cual dispone sobre la reubicación, la obligación del empleador de reincorporar a los trabajadores que han recuperado su salud, hasta que se emita un concepto de rehabilitación o hasta que se **CONSOLIDE EL DERECHO PENSIONAL**, así las cosas, se pronunció:

“(..)

La ley impone al empleador la obligación de mantener el vínculo laboral con el trabajador mientras que perdure la incapacidad, debiendo reincorporar a los trabajadores que han recuperado su salud y conforme con lo que el concepto médico establezca, debe cumplir con su deber de reubicar al trabajador en un puesto acorde con su condición de salud, hasta que se emita un concepto favorable de rehabilitación o hasta que consolide el derecho pensional. *En caso de despido, el empleador debe cumplir con el procedimiento establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, toda vez que se trata de personas en circunstancias de debilidad manifiesta como consecuencia de una limitación y por tanto sujetos de especial protección constitucional.”* (Sentencia T-850 de 2011).

En ese orden de ideas, el trabajador con este tipo de limitaciones que haya sido despedido en razón a su condición, podrá acudir ante el juez constitucional para que este ordene su reintegro.”

Mientras ello sucede, el Empleador responde por todos los emolumentos laborales, hasta tanto la Autorización se cristalice, pues el Inspector de Trabajo puede negarla, sino se ajusta a Derecho y, por ello se habla de prórroga constitucional, que no es otra cosa que la exteriorización de la protección constitucional a este grupo de personas, aterrizada en la obligación del Empleador de hacer los trámites aludidos con antelación ante la Autoridad mencionada, dentro de los parámetros legales y constitucionales y actuar en consecuencia y mientras ello sucede, cancelar al trabajador los emolumentos laborales correspondientes.

Por tanto, si el Inspector de Trabajo, observa que el Empleador no ha cumplido todos estos procedimientos previos, y conector de la protección constitucional antes aludida, no va a conceder la Autorización pertinente.

Ahora bien, con respecto a la segunda de las situaciones planteadas, es decir, cuando el Empleador solicita Autorización de despido de un trabajador amparado por el fuero de estabilidad laboral reforzada, cuando se encuentra inmerso en una de las justas causas de despido, el procedimiento previo es diferente y, al igual que en la situación antes planteada, el Empleador generalmente no cumple con este procedimiento disciplinario en forma correcta, por lo cual el Inspector de Trabajo y Seguridad Social, conector por obvias razones de esta situación no concede la Autorización solicitada, mientras estos requisitos de ley no han sido cumplidos satisfactoriamente por el Empleador, amén de que en esta segunda situación especialmente, el Inspector de Trabajo y Seguridad Social, debe partir de la premisa de que NO puede declarar derechos ni definir controversias, pues esta facultad le está vedada y es exclusiva y excluyente del Juez Laboral; por tanto, si la justa causa que el Empleador aduce, no es evidente sino discutible y el Empleador no ha realizado el procedimiento disciplinario dentro de los parámetros que a continuación se detallan, el Inspector no puede conceder la Autorización pretendida por el Empleador.

El Artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, en su parte pertinente a la letra dice:

"ARTICULO 486. ATRIBUCIONES Y SANCIONES. <Artículo subrogado por el artículo 41 del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:>

1. (...)

*Dichos funcionarios **no quedan facultados, sin embargo, para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces, aunque sí para actuar en esos casos como conciliadores....***

2. (...)

*La imposición de multas, de otras sanciones o de otras medidas propias de su función como autoridades de policía laboral por parte de los funcionarios del Ministerio del Trabajo **que cumplan funciones de inspección, vigilancia y control, no implican en ningún caso, la declaratoria de derechos individuales o definición de controversias.***
(Resaltado fuera de texto)

Con respecto al procedimiento disciplinario interno previo, cabe destacar que el Código Sustantivo del Trabajo, estipula de manera expresa, el procedimiento general disciplinario para el trabajador que ha cometido alguna infracción en el Artículo 115, disponiendo además que en el Reglamento Interno de Trabajo, reglado en el Artículo 108 del Código Sustantivo del Trabajo, numerales 16 y 17, se debe contemplar las faltas y las sanciones a imponer, por ser parámetros genéricos, Empleadores y Trabajadores, deben estar a lo interpretado por la Corte Constitucional en la materia, plasmado en Sentencia C- 593 de 2014, en donde se estipuló que todo proceso incluyendo el disciplinario del sector privado, debe ser vivo reflejo de lo contemplado en la Constitución Nacional, por ello en la sentencia en mención, estableció claramente los parámetros mínimos que debe contemplar un reglamento en materia disciplinaria, incluyendo la doble instancia, para que el trabajador conozca tanto las faltas, como las sanciones, así como el procedimiento y ante quien debe acudir para ejercitar su derecho defensa, pilar del debido proceso, así como la posibilidad de acudir ante la Justicia ordinaria, para controvertir la decisión final tomada.

Por ello, para contestar sus cuestionamientos, cabría destacar que en atención a las normas que en el Código Sustantivo del Trabajo antes mencionadas en donde se estipula lo consagrado en la materia y el aparte de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional que se transcribe a continuación, el Empleador goza de la libertad de estipulación, siempre y cuando obedezca lo consagrado en la Constitución y la Ley, en lo concerniente a los Principios Fundamentales como son el derecho de defensa, el debido proceso, la doble instancia, entre otros como se verá, los cuales deben estar incluidos en el Reglamento Interno de Trabajo, si el número de trabajadores lo amerita o poseerlo y darlo a conocer previamente a los trabajadores, en el caso de que el número de trabajadores de la Empresa no amerite tener reglamento.

Así las cosas, el Empleador tendría libertad de consagración en dicho Reglamento al establecer que la misma persona quien participe en la diligencia de descargos sea la que imponga la sanción disciplinaria en primera instancia; pero no podría ser una persona ajena a la empresa, que no sea el jerárquico superior de la persona de primera instancia, quien decida la segunda, pues el principio de la doble instancia constitucional, tiene su fundamento en la jerarquía que sobre el trabajador de primera instancia tiene el segundo, por ello no podría hablarse de una persona ajena en jerarquía al de primera instancia y es la razón por la cual, no podría ser un externo a la empresa quien decida la segunda instancia en materia disciplinaria.

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

Ahora bien, como el Reglamento Interno de Trabajo, debe implementarlo el Empleador cuando ocupe más de cinco trabajadores permanentes, las mismas instrucciones del proceso disciplinario deben ser consagradas y conocidas por el trabajador en documento expreso sobre la materia, pues pese a que no tendría obligación de realizar reglamento interno de trabajo, no por ello significa que pueda sustraerse de la obligación de consagración del proceso disciplinario, pues de lo contrario, implicaría que no pudiera dar aplicación al mismo hacia el trabajador que cometa una falta, lo cual no tendría asidero debido a la facultad subordinante que tiene el empleador sobre el trabajador por su condición de tal.

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

“(…)

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

En este orden de ideas, la jurisprudencia constitucional ha establecido el conjunto de elementos mínimos que debe contemplar el Reglamento Interno de Trabajo al regular el procedimiento para la imposición de las sanciones disciplinarias que en él se contemplen, entre los que se encuentran (i) la comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas posibles de sanción, (ii) la formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias. Acá debe recordarse que el mismo Código Sustantivo del

Trabajo dispone que tanto la conducta como su respectiva sanción debe encontrarse previamente consagradas en el Reglamento Interno del Trabajo, (iii) el traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados, (iv) la indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular sus descargos, controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos, (vi) el pronunciamiento definitivo del patrono mediante un acto motivado y congruente, (vii) la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y (viii) la posibilidad que el trabajador pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones ya sea ante el superior jerárquico de aquél que impone la sanción como la posibilidad de acudir a la jurisdicción laboral ordinaria^[57].

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

En conclusión, siendo la H. Corte Constitucional, la máxima Autoridad interpretativa de las normas, todo empleador, independientemente del tamaño de su empresa o la organización interna de la misma, deberá aplicar los principios Constitucionales antes transcritos, cuando discipline a un trabajador, por ello, se insiste, en cada caso particular será el Inspector de Trabajo y Seguridad Social, quien verifique el cumplimiento de lo antedicho y otorgue o niegue el permiso, según lo que constate en el respectivo proceso, de ahí que en la gran mayoría de los casos la Autorización pretendida por el Empleador para despedir a un trabajador con fuero de estabilidad laboral reforzada protegido constitucionalmente, es negada.

La presente consulta, se absuelve en los términos del Artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual las respuestas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

ZULLY EDITH AVILA RODRIGUEZ

Coordinadora Grupo Interno de Trabajo de Atención de
Consultas en materia de Seguridad Social Integral

Elaboró: Adriana C.
Revisó: Dra. Ligia R.
Aprobó: Dra. Zully A.