

1200000 - 22985

Bogotá, D.C. 10 Feb. 2016

Asunto: Radicado. 233231 del 09 de Diciembre de 2015
Trabajador con Calificación de PCL Menor al 50% - Estabilidad Laboral – Reten Social.

Respetado (a) Señor (a):

De manera atenta, damos respuesta a su comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual solicita en términos generales se brinde concepto acerca del derecho a la estabilidad laboral reforzada y el retén social.

Alcance de los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica

Antes de dar trámite a su consulta es de aclararle que esta Oficina Asesora Jurídica solo estaría habilitada para **emitir conceptos generales y abstractos** en relación con las normas y materias que son competencia de este Ministerio, de conformidad con el Artículo 8° del Decreto 4108 de 2011 y por ende **no le es posible realizar declaraciones de carácter particular y concreto**. De igual manera, el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el art. 41 del D.L. 2351 de 1965, modificado por el art. 20 de la ley 584 de 2000, dispone que los funcionarios de este Ministerio **no quedan facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces.**

Por lo anterior, se le informa que ésta Entidad no puede decidir o definir de manera particular lo que se plantea en su consulta, por lo que a continuación se exponen algunos aspectos relevantes que pueden ser criterios orientadores frente al planteamiento que usted manifiesta en su escrito.

En principio, es de anotar que la legislación laboral establece en favor de los trabajadores con discapacidad o incapacitados una protección especial que atiende a su especial condición de salud, dando una estabilidad reforzada (fuero de salud) a dichos trabajadores para la permanencia en sus trabajos, que obedece a la desigualdad o debilidad del trabajador discapacitado o incapacitado, frente a los demás trabajadores, toda vez que no se encuentran en las mismas condiciones físicas y/o psíquicas para el desarrollo de las funciones o tareas para las que han sido contratados; consiste entonces ese fuero en la protección especial de la que gozan los trabajadores que padecen una disminución física, psíquica y/o sensorial (disminución en la salud) que lo pone en condiciones de desigualdad ante los demás trabajadores.

Al respecto, conviene traer a colación el artículo 26 de la ley 361 de 1997 que dispuso:

“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. *En ningún caso la limitación <discapacidad><I> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación <discapacidad><I> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada <en situación de discapacidad><I> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad><I>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.*

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad><I>, 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. (Resaltado Fuera de texto)

Por su parte la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral Magistrado Ponente **Rigoberto Echeverri Bueno, Radicación No. 53083 del 14 de Octubre de 2015** decide:

“...el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no resulta aplicable al caso examinado, toda vez que esta Corporación ha sostenido que esta garantía es de carácter especial dentro de la legislación del trabajo, pues procede exclusivamente para las personas que presenten limitaciones en grado severo y profundo y no para las que padezcan cualquier tipo de limitación, ni, menos aún, para quienes se hallen en incapacidad temporal por afecciones de salud, de tal suerte que, tratándose de una garantía excepcional a la estabilidad, no puede el juez extenderla de manera indebida para eventos no contemplados en la mencionada norma, tal como lo pretende hoy la censura.

(...)

Igualmente, valga recordar lo asentado por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 15 de julio de 2008, radicación 32532, en lo referente a las personas que gozan de la protección y asistencia prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, así:

(...)

Pues bien, el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 señala los parámetros de severidad de las limitaciones en los términos del artículo 5 de la Ley 361 de 1997; define que la limitación “moderada” es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; “severa”, la que es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad labora y “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50% (...)

*Surge de lo expuesto que la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, **es decir, todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada.** Situación en la que no se encuentra el demandante, pues su incapacidad permanente parcial tan sólo es del 7.41%, es decir, inferior al 15% del extremo mínimo de la limitación modera, que es el grado menor de discapacidad respecto del cual operan las garantías de asistencia y protección que regula esa ley, conforme con su artículo 1°”.*

La precedente orientación jurisprudencial ha sido reiterada, entre otros, en los fallos del 25 de marzo de 2009, radicación 35606, 16 y 24 de marzo de 2010, radicaciones 36115 y 37235 y 28 de agosto de 2012, radicación 39207. (Resaltado Fuera de texto).

(...)

Por esta razón, considera la Sala que el legislador fijó los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5° reglamentado por el artículo 7° del D. 2463 de 2001), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, en principio, a quienes clasifiquen en dichos niveles; de no haberse fijado, por el legislador, este tope inicial, se llegaría al extremo de reconocer la estabilidad reforzada de manera general y no como excepción, dado que bastaría la pérdida de la capacidad en un 1% para tener derecho al reintegro por haber sido despedido, sin la autorización del ministerio del ramo respectivo. (Resaltado Fuera de Texto).

Se interpreta entonces, conforme a la citada Providencia, que la estabilidad laboral reforzada regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se debe aplicar en consonancia a lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, teniendo en cuenta que **solo a partir** del grado de discapacidad **Severa** es decir mayor del 25%, y **Profunda** cuando supera el 50%, es decir todas aquellas personas que tiene un grado de invalides superior a la limitación **moderada** tendrían una protección especial que les permitiría garantizar y proteger el derecho a no ser despedidos.

Dentro de este mismo contexto ha precisado la H. Corte Constitucional, mediante Sentencia C-531/2000 del 10 de mayo de 2000, Referencia: Expediente D-2600, M.P. Álvaro Tafur Galvis, manifestó lo siguiente:

“(...) En consecuencia, la Corte procederá a integrar al ordenamiento legal referido los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como los mandatos constitucionales que establecen una protección especial para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), de manera que, se procederá a declarar la exequibilidad del inciso 2o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997,...

*bajo el entendido de que el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación **sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización.** En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria. (Subrayas fuera de texto).*

Cabe destacar que la indemnización contenida en este inciso es adicional a todas las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar según la normatividad sustantiva laboral (Ley 50 de 1990), como bien se indica en el texto del inciso 2o. del artículo 26 en estudio. (...)”

Así, interpretando el alcance de la norma transcrita y lo manifestado por la Jurisprudencia Constitucional, se puede decir, que para terminar el contrato de un trabajador en estado de debilidad manifiesta, el empleador deberá solicitar previamente a la **Dirección Territorial** correspondiente del Ministerio del Trabajo, **la autorización para el despido con los soportes documentales que justifiquen el mismo** y en caso de incumplimiento del requisito señalado, el despido será ineficaz, y por tanto, la relación laboral continuará vigente, así como las obligaciones salariales, prestacionales y frente al Sistema de Seguridad Social Integral.

Por su parte, bajo el concepto del Ministerio de Salud y Protección Social bajo Concepto **0003440 de enero de 2011** se pronunció indicando:

“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.

En conclusión, se puede observar que como primera medida para que se considere la existencia de una estabilidad laboral reforzada, el trabajador deberá estar dentro de los parámetros fijados de porcentajes de Pérdida de Capacidad Laboral razonables y necesarios acogiéndonos a las posturas jurisprudenciales de la H Corte Suprema de Justicia y la H. Corte Constitucional, que sin embargo será obligación del empleador para poder llevar a cabo el despido en cualquier situación de debilidad manifiesta de su trabajador, **solicitar la respectiva autorización a la Dirección territorial del Ministerio del Trabajo.**

Ahora bien al respecto del **Reten Social**, nos permitimos señalar que tal política, parte de la Directiva Presidencial No. 10, **de fecha 20 de agosto de 2.002**, la cual fijó las “*bases y los principios orientadores*” de la acción gerencial para los funcionarios responsables de llevar a cabo el Programa de Renovación de la Administración Pública. En esta Directiva se plasmaron una serie de imperativos a cumplir entre los que se encuentra el deber de aplicar la política de “**reten social**” en los procesos de reforma, garantizándose la estabilidad laboral de las madres cabeza de familia, los discapacitados y los **servidores próximos a ser pensionados.**

Así pues encontramos que en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, se establecía:

“Protección Especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.” (Resaltado y subrayado fuera de texto)

Igualmente, el artículo 8°, literal D de la Ley 812 de 2003, “*Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario*”, dispuso:

“LA RENOVACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: Los beneficios consagrados en el Capítulo 2° de la Ley 790 de 2002, se aplicarán a los servidores públicos retirados del servicio en desarrollo del programa de renovación de la Administración Pública del orden nacional, a partir del 1° de septiembre de 2002.

Conforme con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, el reconocimiento económico previsto en el artículo 8° de la Ley 790 de 2002, se pagará durante un plazo no mayor de 12 meses; los programas de mejoramiento de competencias laborales de que trata el artículo 12 de la ley, así como la protección especial establecida en el artículo 12 de la misma, aplicarán, salvo en lo relacionado con los servidores próximos a pensionarse, cuya garantía deberá respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez.” (Resaltado Fuera de Texto).

Vistos los argumentos expresados en las precitadas normas, esta Oficina los acoge en su integridad, lo que nos lleva a concluir que los beneficios consagrados en el Retén Social cobijarían a las personas cuyas condiciones se encuentran definidas en el artículo **12 de la Ley 790 de 2002**. No obstante, la referida norma sólo aplica para quienes **hubieren sido retirados en virtud del Programa de Renovación de la Administración Pública del orden nacional**.

Así las cosas, el legislador previó para aquellos **servidores públicos** que se encuentran en alguna de las situaciones que la norma de manera taxativa citó, una protección especial en el sentido de no poder ser retirados del servicio.

No obstante, cualquier pronunciamiento que implique una declaratoria de derechos corresponderá a un Juez de la República.

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 a
Consultas en Materia Laboral de la Oficina Asesora Jurídica