

Bogotá D.C.,

08SE201812030000000803

Al responder por favor citar esté número de radicado

URGENTE

ASUNTO: Respuesta Radicado No. 11EE201712000000008439 – 2017
Estabilidad Laboral Reforzada de Pre –pensionados / Autorización para despedirlos

Respetada(a) Señora(a)

Le presentamos disculpas por la demora en la respuesta a su comunicación, pero dificultades de índole administrativo nos imposibilitaron atenderla de manera oportuna.

En respuesta a su solicitud mediante la cual requiere concepto Jurídico respecto a “*es necesario obtener permiso por parte del Ministerio de Trabajo para despedir a un trabajador que tiene fuero de estabilidad laboral reforzada y que se encuentra inscrito en la nómina de prepensionados por una pensión de invalidez*”. Esta oficina se permite informarle lo siguiente:

Alcance de los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica:

De Acuerdo a lo dispuesto por el Decreto 4108 de 2011, “*Por el cual se modifican los objetivos y la Estructura del Ministerio de Trabajo y se integra el sector Administrativo de Trabajo*”, esta Oficina Asesora Jurídica no ostenta la competencia de dirimir controversias ni declarar derechos, pues, esto le compete a los Honorables Jueces de la República, es así, como los conceptos emitidos tendrán carácter meramente orientador mas no de obligatorio cumplimiento, sus pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta, por mandato expreso del Artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, los funcionarios no estamos facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias.

Frente al caso en concreto:

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, esta oficina haciendo uso de la función orientadora en materia de relaciones laborales, procederá a emitir el concepto conforme a la posición que tiene este Ministerio respecto el tema planteado en su consulta en los siguientes términos:

Página 1 de 9

JUSTAS CAUSAS DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO LABORAL:

Respecto a la terminación de los contratos de trabajo cualquiera sea su modalidad, es pertinente aclarar la ley establece taxativamente las causales o motivos que se estiman justos o suficientes para que cualquiera de las partes, empleador o trabajador, termine unilateralmente el contrato de trabajo, imputando a la otra el respectivo motivo.

En este sentido, es importante establecer que con respecto a las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, efectivamente el Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, establece en referencia al tema planteado en su consulta:

“ARTÍCULO 62. TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. *Modificado por el Art. 7, Decreto 2351 de 1965. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:*

A). Por parte del empleador:

1. *El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido.*
2. *Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el empleador, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo.*
3. *Todo acto grave de violencia, injuria o malos tratamientos en que incurra el trabajador fuera del servicio, en contra del empleador, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, jefes de taller, vigilantes o celadores.*
4. *Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas.*
5. *Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores.*
6. *Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.*
7. *La detención preventiva del trabajador por más de treinta (30) días, a menos que posteriormente sea absuelto; o el arresto correccional que exceda de ocho (8) días, o aun por tiempo menor, cuando la causa de la sanción sea suficiente por sí misma para justificar la extinción del contrato.*

8. *El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa.*
9. *El deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del empleador.*
10. *La sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales.*
11. *Todo vicio del trabajador que perturbe la disciplina del establecimiento.*
12. *La renuencia sistemática del trabajador a aceptar las medidas preventivas, profilácticas o curativas, prescritas por el médico del empleador o por las autoridades para evitar enfermedades o accidentes.*
13. *La ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada.*

14. El reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

15. *La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al empleador de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad.*

En los casos de los numerales 9 a 15 de este artículo, para la terminación del contrato, el empleador deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días.”

En cualquiera de las causales citadas el empleador debe demostrar la ocurrencia de la misma y no solo alegarla, lo que en el caso consultado implica demostrar en cuál de las causales fundamenta su despido para que no se constituya en ilegal y dé lugar al pago de la indemnización contemplada por el Artículo 64 del Código Sustantivo.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que a pesar de que se llegare a presentar una justa causa de despido, el empleador está obligado a la terminación del contrato de trabajo de efectuar la liquidación, esto es, el pago de salarios debidos, prestaciones sociales (prima de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías), vacaciones, indemnizaciones si se causaron, y adicionalmente debe informar al trabajador el estado de cuenta de los pagos a la seguridad social y parafiscales. Así mismo, está obligado a manifestar al trabajador los motivos concretos y específicos por los cuales está dando por terminado con justa causa su contrato de trabajo.

ESTABILIDAD OCUPACIONAL REFORZADA POR INCAPACIDAD Y/O DISCAPACIDAD

Dado que en la consulta se menciona claramente que nos encontramos frente a un trabajador con estabilidad laboral reforzada, nos permitimos poner de presente lo dispuesto por la jurisprudencia nacional ya que existían diferencias muy marcadas en torno a si la estabilidad ocupacional reforzada protege solo a quienes tienen determinado rango de porcentaje de pérdida de capacidad laboral, o si por el contrario su ámbito de cobertura es más amplio y no requiere una calificación de esta naturaleza. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la **Corte Suprema de Justicia ha sostenido** al menos desde la Sentencia del 15 de julio de 2008 (Radicado 32532) **que la estabilidad laboral reforzada es una garantía derivada estrictamente de la Ley 361 de 1997, en cuyos preceptos, a su juicio, se dispone que sólo se aplica a quienes tienen la “condición de limitados por su grado de discapacidad”**. Lo cual, a su turno, remite a la reglamentación contenida en el Decreto 2463 de 2001 que clasifica los “grados de severidad de la limitación” así: moderada la que está entre el 15% y el 25% de capacidad laboral; severa la mayor al 25% e inferior al 50%; y profunda la igual o superior al 50%. En la sentencia citada, al resolver un caso en el cual una persona que aún sufría las consecuencias de un accidente de origen profesional fue desvinculada de su empleo sin autorización del Ministerio -entonces de la Protección Social.

Por el contrario, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la Ley 361 de 1997, ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación **ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho. Por lo mismo, 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.**

En consecuencia, y en vista de que existen diferencias muy marcadas y objetivas en la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional. La Corte Constitucional se vio abocada en su calidad de órgano de cierre en la materia, a unificar la interpretación correspondiente por ser un asunto de su competencia, ya que de conformidad con el Artículo 241 de la Constitución Política, cuando haya criterios dispares en la jurisprudencia nacional debe unificar criterios en pro de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Por lo que el órgano constitucional, mediante Sentencia de Unificación SU 049 del dos (2) de febrero de dos mil diecisiete (2017), Magistrada Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, en Sala Plena de la Corte Constitucional señala los siguientes aspectos importantes:

“El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una

calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. La estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, interpretado conforme a la Constitución, incluso en el contexto de una relación contractual de prestación de servicios, cuyo contratista sea una persona que no tenga calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.

Tal y como se observa la Corte Constitucional es clara al mencionar que sin importar el tipo de vinculación que se tenga, sea de carácter laboral o mediante contrato de prestación de servicios, se tiene derecho a la protección constitucional de estabilidad ocupacional reforzada, cualquier trabajador o contratista que dentro de su relación laboral o contractual tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte el desempeño normal de sus labores en las condiciones regulares, independientemente de si tiene o no una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.

En esta misma sentencia se señala:

“(...)

5.13. De acuerdo con lo anterior, **no es entonces constitucionalmente aceptable que las garantías y prestaciones de estabilidad reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se contraigan a un grupo reducido, cuando la Corte encontró en la sentencia C-824 de 2011 que el universo de sus beneficiarios era amplio y para definirlo no resulta preciso “entrar a determinar ni el tipo de limitación que se padezca, ni el grado o nivel de dicha limitación”.** Cuando se interpreta que es necesario contar con un porcentaje determinado de pérdida de capacidad laboral para acceder a los beneficios de la Ley 361 de 1997, ciertamente se busca darle un sustento más objetivo a la adjudicación de sus prestaciones y garantías. **No obstante, al mismo tiempo se levanta una barrera también objetiva de acceso para quienes, teniendo una pérdida de capacidad relevante, no cuentan aún con una certificación institucional que lo establezca, o padeciendo una pérdida inferior a la estatuida en los reglamentos experimentan también una discriminación objetiva por sus condiciones de salud.** La concepción amplia del universo de destinatarios del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 busca efectivamente evitar que las personas sean tratadas solo como objetos y por esa vía son acreedores de estabilidad reforzada con respecto a sus condiciones contractuales, en la medida en que su rendimiento se ve disminuido por una enfermedad o limitación producto de un accidente.

5.14. **Una vez las personas contraen una enfermedad, o presentan por cualquier causa (accidente de trabajo o común) una afectación médica de sus funciones, que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, se ha constatado de manera objetiva que experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta, y se exponen a la discriminación.** La Constitución prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección, conforme a la Ley 361 de 1997. **En consecuencia, los contratantes y empleadores deben contar, en estos casos, con una autorización de la oficina del Trabajo, que certifique la concurrencia de una causa constitucionalmente justificable de finalización**

del vínculo.¹ De lo contrario procede no solo la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato, sino además el reintegro o la renovación del mismo, así como la indemnización de 180 días de remuneración salarial o sus equivalentes.

Por otra parte, se observa que, de hecho, **el memorial de terminación del vínculo contractual se le dio a conocer al peticionario cuando estaba dentro del término de una incapacidad originada en el accidente que sufrió. Conforme a los criterios unificados en esta providencia, el hecho de que se trate de un contrato de prestación de servicios o una relación laboral no es relevante, en cuanto a la protección de la estabilidad ocupacional reforzada, ni lo es que el señor Ángel María Echavarría Oquendo carezca de una calificación de pérdida de capacidad laboral que determine el grado de su situación de discapacidad. En sus condiciones de salud tiene derecho a la estabilidad ocupacional reforzada en virtud de la Constitución, y en concordancia con la Ley 361 de 1997.**

(...)

6.4. **Ahora bien, la estabilidad ocupacional reforzada significa que el actor tenía entonces derecho fundamental a no ser desvinculado sino en virtud de justa causa debidamente certificada por la oficina del Trabajo. No obstante, en este caso la compañía contratante Inciviles S.A. no solicitó la autorización referida. En eventos como este, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la pretermisión del trámite ante la autoridad del Trabajo acarrea la presunción de despido injusto.² Sin embargo, esta presunción se puede desvirtuar, incluso en el proceso de tutela, y por tanto lo que implica realmente es la inversión de la carga de la prueba. Está entonces en cabeza del empleador o contratante la carga de probar la justa causa para terminar la relación. Esta garantía se ha aplicado no solo a las relaciones de trabajo dependiente, sino también a los vínculos originados en contratos de prestación de servicios independientes.³ (...)**

¹ La exigencia de autorización de la oficina de Trabajo para la terminación de contratos de prestación de servicios de personas en circunstancias de debilidad manifiesta, se ajusta a las funciones previstas en la Ley 1610 de 2013 ‘por la cual se regulan algunos aspectos sobre las inspecciones del trabajo y los acuerdos de formalización laboral’, y en la Constitución. La Ley 1610 de 2013 prevé que a los inspectores del trabajo y la seguridad social tienen la función de conocer “de los asuntos individuales y colectivos del sector privado”, sin supeditarlas a las relaciones de trabajo dependiente (art 1). Además, dice que en el desempeño de sus funciones, los inspectores se regirán por la Constitución Política y los Convenios Internacionales sobre Derecho del Trabajo (art 2). Por su parte, la Constitución establece que el trabajo “en todas sus modalidades” goza de la especial protección del Estado (art 25).

² Sentencia T-1083 de 2007 (MP. Humberto Sierra Porto). Al conocer el caso de un trabajador en condiciones de debilidad manifiesta a quien su empleador desvinculó sin autorización de la Oficina del Trabajo, la Corte presumió la discriminación precisamente porque el trabajador fue desvinculado sin autorización de la oficina del trabajo, y como el empleador no la desvirtuó, le concedió la tutela al peticionario. En específico dijo: “si el juez constitucional logra establecer que el despido o la terminación del contrato de trabajo de una persona discapacitada se produjo sin previa autorización de la Oficina del Trabajo, deberá presumir que la causa de éste o ésta es la circunstancia de discapacidad que aquel padece y que bien puede haber sobrevenido como consecuencia de la labor desempeñada en desarrollo de la relación laboral. En consecuencia, el juez estará en la obligación de proteger los derechos fundamentales del peticionario, declarando la ineficacia del despido, obligando al empleador a reintegrarlo y de ser necesario reubicarlo, y en caso de no haberse verificado el pago de la indemnización prevista por el inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, deberá igualmente condenar al empleador al pago de la misma”.

³ Sentencia T-040 de 2016 (MP. Alejandro Linares Cantillo), citada. En el contexto de una estabilidad ocupacional reforzada, que se activó durante la ejecución de un contrato de prestación de servicios, la Corte señaló que era aplicable

Tal y como se observa en la sentencia de unificación que estamos estudiando, la Corte Constitucional expresamente señala que una vez un trabajador o contratista contrae una enfermedad **cualquiera que sea**, o presenta por cualquier causa (accidente de trabajo o común) una afectación médica de sus funciones, **que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares**, se encuentra amparado constitucionalmente por estar inmerso en una situación de debilidad manifiesta, y se exponen a la discriminación.

Es por esto que se debe cumplir con un requisito sine quanon por parte de los empleadores o contratantes, el cual es contar, en estos casos, con una autorización expedida por la Dirección Territorial del domicilio de la empresa (oficina del Trabajo), en la cual se debe certificar por parte del empleador o contratante la justificación debidamente probada y con los soportes correspondientes que den fe de ello, para solicitar ante el Inspector de Trabajo la finalización del vínculo laboral o contractual según sea el caso. En caso de que el empleador o contratante no cuente con la autorización expedida por el Inspector de Trabajo, dicha terminación del vínculo laboral o contractual se entenderá ineficaz, pero además de la ineficacia de dicha terminación del vínculo contractual, el empleador o contratante se verá avocada al reintegro o la renovación del mismo, así como la indemnización de 180 días de remuneración salarial o sus equivalentes y demás indemnizaciones que a criterio de un juez de la república haya lugar.

ESTABILIDAD LABORAL DE PREPENSIONADO

Aunado a lo anterior y para el caso en concreto, en vista de que se menciona en su consulta que el trabajador se encuentra inscrito en la nómina de prepensionados por una pensión de invalidez, es importante traer a colación el pronunciamiento de la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, hecho mediante Sentencia T-229 del veinte (20) de abril de 2017, Magistrada Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, en donde se señala:

*“Esta Sala Primera de Revisión se ha pronunciado sobre los derechos que le asisten al trabajador, ya sea público o privado, de que se respete su condición de prepensionado y por ende goce de estabilidad laboral hasta que le sea reconocida su pensión al cumplir el status pensional **y sea incluido en nómina de pensionados**, en los siguientes términos:*

“(…) En este tipo de eventos, cuando un trabajador –público o privado- que cumple los requisitos para acceder al derecho pensional es desvinculado laboralmente sin que antes se haya reconocido e incluido en nómina su mesada pensional; esta Corporación ha dispuesto las siguientes medidas para garantizar el mínimo vital y la seguridad social del trabajador y de su núcleo familiar: (i) el reintegro laboral hasta tanto a la persona le sea reconocida la mesada pensional e incluida en nómina de pensionados y (ii) el reconocimiento de los salarios y demás

la presunción de despido injusto. Sentencia T-988 de 2012 (MP. María Victoria Calle Correa) también reconoció como pertinente esta presunción a un caso de la misma naturaleza.

prestaciones sociales dejadas de percibir desde la época de su desvinculación hasta su reintegro (...)”.

En reciente pronunciamiento la Corte ha concluido, luego del estudio de las distintas normas que gobiernan la relación laboral a nivel privado, que si bien en ninguna de ellas se contempla una especial protección para los trabajadores que han cumplido o están próximos a cumplir el estatus pensional, como sí ocurre con el servidor público, ello no constituye un obstáculo para que, basando en los principios que gobiernan la relación laboral y que se derivan del artículo 53 de la Constitución Política, se pueda y se deba extender esta prerrogativa a los trabajadores privados

*Ahora bien, la garantía y protección que se predica de la condición de prepensionado, no se deriva única y exclusivamente de esta situación, sino que, **es necesario que se demuestre que el despido ocasiona una amenaza o un riesgo para otros derechos fundamentales, entre ellos, el mínimo vital, pues es entendible que una persona que está próxima a pensionarse y que deriva el sustento propio y el de su familia de lo devengado, si es retirado del servicio abruptamente y faltándole menos de tres años para adquirir su status pensional, tendrá dificultades para conseguir un nuevo empleo y por tanto, se verá afectado su mínimo vital, circunstancia que haría imperiosa la intervención del juez de tutela. (...)***”

Puestas así las cosas, es importante tener en cuenta que el gobierno nacional mediante el Decreto 19 de enero 10 de 2012 en su Artículo 137, había considerado que “no se requerirá de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador limitado incurra en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato, Siempre se garantizará el derecho al debido proceso”.

Esta norma modificaba el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, fue declarada inexecutable, es decir, la dejó sin efectos jurídicos la Corte Constitucional en la Sentencia C-744 de 2012, precisamente en la parte que eliminaba la autorización del Ministerio del Trabajo para despedir al trabajador aun cuando este hubiera incurrido en una justa causa para ser despedido. Vale decir que la Corte Constitucional declaró inexecutable esta norma bajo el argumento que el gobierno se excedió en las facultades extraordinarias que le fueron concedidas para legislar por vía de decreto.

En consecuencia a lo anterior, se reitera que todo trabajador con discapacidad cuenta con una protección especial que impide que dicho trabajador sea despedido sin la previa autorización del Ministerio del Trabajo, sin importar la razón que alegue el empleador. Cualquier razón o causa justa habrá de ser sustentada ante la Oficina de Trabajo del Domicilio de la Empresa para lograr la autorización del despido.

Para mayor información, se invita a consultar nuestra página web www.mintrabajo.gov.co, en donde entre otros aspectos de interés, se encuentra tanto la normatividad laboral como los conceptos institucionales, los cuales servirán de guía para solventar sus dudas en esta materia.

La presente consulta se absuelve en los términos del Artículo 28 del de la Ley 1755 de 2015 en virtud del cual los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

MARISOL PORRAS MENDEZ

Coordinadora

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

Elaboró: Carolina M. 25/08/2017

Revisó y Aprobó: Marisol P.

Ruta Electrónica: /D:\AGOSTO 2017\4TA SEMANA\8439 DESPIDO DE TRABAJADOR CON ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA INSCRITO EN LA NOMINA DE PENSIONADOS POR INVALIDEZ\11EE201712000000008439_RP STICKER.docx