



MINISTERIO DEL TRABAJO

— 0 0 2 5 8 6  
RESOLUCIÓN NÚMERO DE 30 MAY 2018

“Por medio de la cual se resuelve una petición de Autorización para despedir a un Trabajador según la Ley 361 de 1997”

LA COORDINADORA DEL GRUPO DE ATENCIÓN AL CIUDADANO Y TRÁMITES DE LA DIRECCIÓN TERRITORIAL DE BOGOTÁ D.C.,

EN USO DE SUS FACULTADES LEGALES, EN ESPECIAL LAS QUE LE CONFIERE EL ARTÍCULO 2 NUMERAL 24 RESOLUCIÓN 2143 DEL 28 DE MAYO DE 2014, Y DEMÁS NORMAS CONCORDANTES, Y

CONSIDERANDO

ANTECEDENTES:

Mediante radicado No. **61841** de fecha 13 de abril de 2015, la doctora **MARTHA YANETH MEDINA ANGEL** identificada con cedula de ciudadanía número 52.165.727 y portadora de la Tarjeta Profesional No. 159.852, en calidad de apoderada judicial de **SOCIEDAD FANTASTICA S.A.S**, identificada con Nit No. **900.277.236-5**, solicita autorización para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa celebrado con la trabajadora señora **JACKELINE PABON RONDON**, identificada con la Cedula de Ciudadanía No. **51.902.106**, relacionado con SOLICITUD DE AUTORIZACION DE TERMINACION DE CONTRATO DE TRABAJADOR EN ESTADO DE DISCAPACITADO.

HECHOS EN LOS QUE SE FUNDAMENTA LA SOLICITUD

El solicitante manifiesta los siguientes hechos:

- 1) La sociedad **FANTASTICA S.A.S**, empleadora de la señora **JACKELINE PABON RONDON**, se vio en la obligación de cerrar de manera definitiva su establecimiento ubicado en la carrera 12 N° 93-64, lugar donde funcionaba el Restaurante- La Puerta Grande, donde la señora **PABON** desarrollaba sus labores y actividades como cocinera cargo por el cual fue contratada, hecho que tuvo ocurrencia el día 30 de noviembre de 2013, como consecuencia de una orden emitida por la Alcaldía de la localidad de Chapinero.
- 2) Como consecuencia del cierre definitivo del Restaurante – Puerta Grande, desaparecen las causas que le dieron origen al contrato de trabajo.
- 3) La señora **JACKELINE PABON RONDON**, en la calidad de empleada de la sociedad **FANTASTICA S.A.S**, registra incapacidad continua de más de 180 días la cual inicio desde el día 6 de agosto de 2013 por enfermedad de origen común, según lo manifestó la EPS Famisanar en comunicación de fecha enero 17 de 2014.
- 4) La señora **JACKELINE PABON RONDON**, a la fecha de la presente solicitud ha recibido el pago por concepto de incapacidades tanto la **SOCIEDAD FANTASTICA S.A.S.**, así como de la EPS, incurriendo en el doble pago

30 MAY 2018

RESOLUCIÓN NÚMERO 002586 DE HOJA No 2

"Por medio de la cual se resuelve una petición de Autorización de Despido de un Trabajador según la Ley 361 de 1997"

La señora **JACKELINE PABON RONDON**, a pesar de los varios requerimientos por parte de la **SOCIEDAD FANTASTICA S.A.S** se ha negado a reembolsar el dinero por el doble pago de incapacidades.

- 5) La señora **JACKELINE PABON RONDON**, a la fecha y luego de varios requerimientos se ha negado a presentar la documentación necesaria para acreditar sus incapacidades ante su empleadora, de igual manera no ha informado el estado del trámite en el cual se encuentra su solicitud de pensión ante la respectiva entidad.
- 6) Teniendo en cuenta la difícil situación por la que atraviesa la **SOCIEDAD FANTASTICA S.A.S**, con el cierre de su establecimiento actualmente se encuentra ante la imposibilidad de continuar respondiendo por las obligaciones derivadas del contrato de trabajo de la señora **PABON**.

El peticionario solicita se tengan en cuenta los siguientes documentos:

- 1- Certificado de existencia y representación legal de la **SOCIEDAD FANTASTICA S.A.S**
- 2- Copia del contrato de trabajo.
- 3- Copia de comunicación de fecha 17 de enero de 2014 de la EPS FAMISANAR
- 4- Copia del documento con fecha 20 de noviembre de 2013, expedido por la Alcaldía de Chapinero sobre el cierre definitivo del establecimiento.

#### ACTUACIONES PROCESALES

Mediante **Auto No 1445** de fecha 9 de junio de 2015, se comisionó por parte de la Coordinación del Grupo Atención al Ciudadano y Trámites al Inspector doctor **CARLOS ARTURO RIVEROS MARTINEZ** para iniciar el trámite de acuerdo con la competencia, SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN TERMINACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJADOR DISCAPACITADO relacionado con **JACKELINE PABON RONDON** con el empleador **SOCIEDAD FANTASTICA S.A.S**

Mediante oficio 7011-101362 de fecha 9 de junio de 2015, se informa a **SOCIEDAD FANTASTICA S.A.S** de la comisión efectuada.

Mediante Auto de fecha 9 de junio de 2015, se avoco conocimiento por el Inspector **CARLOS ARTURO RIVEROS MARTINEZ** para iniciar el trámite de acuerdo con la competencia, SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN TERMINACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJADOR DISCAPACITADO relacionado con **JACKELINE PABON RONDON** con el empleador **SOCIEDAD FANTASTICA S.A.S**

La solicitud presentada será resuelta y atendida de fondo atendiendo estrictamente el orden de su presentación, dentro de los criterios señalados en el reglamento del derecho de petición, sin consideración de la naturaleza de la petición, queja o reclamo, salvo que tengan prelación legal.

En consecuencia, se procederá a resolver lo que en derecho corresponda con la documentación aportada.

#### CONSIDERACIONES:

Corresponde a este Despacho entrar a analizar y revisar de manera minuciosa, teniendo en cuenta los antecedentes de la presente solicitud las circunstancias fácticas y jurídicas, así como la documental allegada, para proceder a emitir la decisión que en derecho corresponda, para lo cual, previamente se precisa lo siguiente:

0 0 2 5 8 6

RESOLUCIÓN NÚMERO \_\_\_\_\_ DE HOJA No 3

"Por medio de la cual se resuelve una petición de Autorización de Despido de un Trabajador según la Ley 361 de 1997"

Tal como lo establece la Constitución Política en su artículo 53, uno de los principios constitucionales que debe orientar todas las relaciones labores es la estabilidad en el empleo, como garantía fundamental en el marco de un Estado Social de Derecho. Este principio cobra importancia teniendo en cuenta que el fin que persigue es garantizar la primacía de los derechos inalienables de la persona.

En efecto, en virtud del artículo 13 de la Constitución Política, el derecho a la igualdad impone al Estado la obligación de salvaguardar, de manera preferencial, los derechos de aquellas personas que, por su condición física o mental, están en alguna circunstancia de debilidad manifiesta.

En virtud de la referida protección, no puede procederse al despido de los trabajadores que sufran alguna discapacidad sin que se haya obtenido, previamente, la autorización de la oficina de trabajo.

La Honorable Corte Constitucional en sentencia T-850 de 2011 *"ha reconocido el carácter de verdadero derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las personas que por sus condiciones físicas, sensoriales o psicológicas se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta o indefensión y ha precisado que este reconocimiento conlleva: 1) el derecho a conservar el empleo; 2) a no ser despedido en razón de su situación de vulnerabilidad, 3) a permanecer en el hasta que se configure una causal objetiva que amerite la desvinculación laboral ..."* (negrilla y cursiva fuera del texto.).

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la protección laboral reforzada se predica no solo de quienes tienen una calificación que acredita su condición de discapacidad o invalidez, sino también de aquellos trabajadores que demuestren que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares de trabajo.

Para el caso que nos ocupa, se evidencia que la solicitud de terminación del contrato se enmarca en las causales propias de discapacidad del trabajador establecidas en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; y el empleador pretende despedir al trabajador por su estado de salud, y no por **faltas graves** cometidas por el trabajador.

Realizando el análisis pertinente, nos remitimos a la discapacidad del trabajador **JACKELINE PABON RONDON** y al respecto señalare lo contemplado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 cuando determinó: *"Artículo 26. No discriminación a persona en situación de discapacidad. En ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio de Trabajo (...)"*

De igual forma vemos como el legislador expidió la mencionada Ley para proteger a las personas limitadas tanto psicológica como física y sensorialmente. Y la determinación de la pérdida de capacidad laboral, establece que se trata de personas en circunstancias de debilidad manifiesta como consecuencia de una limitación y por tanto sujeto de especial protección constitucional. La única causal por la cual se autoriza la terminación del contrato de trabajo es por **la ineptitud del trabajador para desarrollar las labores para la cual fue contratado**. Por lo cual debe darse cumplimiento al **derecho de estabilidad laboral reforzada de trabajadores en condiciones de debilidad manifiesta o indefensión y a la reubicación laboral**.

Con esa estabilidad laboral reforzada se garantiza la permanencia en el empleo del discapacitado, luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y de conformidad con su capacidad laboral. Para tal fin deberán adelantarse los programas de rehabilitación y capacitación necesarios que les permitan alcanzar una igualdad promocional en aras del goce efectivo de sus derechos. La legislación nacional no puede apartarse

30 MAY 2018

RESOLUCIÓN NÚMERO 0 2 5 8 6 DE HOJA No 4

"Por medio de la cual se resuelve una petición de Autorización de Despido de un Trabajador según la Ley 361 de 1997"

de estos propósitos en favor de los discapacitados cuando quiera que el despido o la terminación del contrato de trabajo tengan por fundamento la disminución física, mental o psicológica.

Igualmente, en Sentencia C - 470 de 1997 se ratifica que conforme al artículo 53 de la Constitución Política, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada. Este artículo de la Constitución Política consagra la protección a la estabilidad en el empleo respecto de todos los trabajadores, como un principio que rige de manera general las relaciones laborales, lo cual supone que el cumplimiento de las obligaciones propias del objeto del contrato de trabajo por parte del empleado conlleva a la conservación de su cargo.

Es un hecho indiscutible que la autorización de terminación de dicha relación laboral procede siempre y cuando no se vulnere la "estabilidad laboral reforzada" que por vía jurisprudencial la Honorable Corte Constitucional ha venido tutelando en aplicación no solo de principios constitucionales sino de las disposiciones legales pertinentes, en especial las contenidas en la Ley 361 de 1997 y, siempre y cuando se den los presupuestos previstos en el concepto técnico emitido por la Dirección General de Riesgos Laborales. Es decir, los siguientes:

- a. *Concepto, certificación o dictamen mediante el cual el tratamiento de rehabilitación culminó, no existe posibilidad de culminarse o no es procedente.*
- b. *Estudios de puesto de trabajo con el objeto de determinar si efectivamente en la empresa existe o no un cargo acorde a la salud del trabajador.*
- c. *La discriminación de cargos en la empresa.*
- d. *Un documento que describa las competencias o funciones de cada cargo o puesto de trabajo relacionado en la nómina, versus el perfil, aptitudes físicas, psicológicas y técnicas con las que debe contar la trabajadora que va a desempeñar el cargo.*
- e. *Cualquier tipo de documento mediante el cual el empleador pruebe haber agotado todas las posibilidades de reincorporación o reubicación laboral mencionados y que, en los puestos existentes en la empresa, empeorarían la condición de salud del trabajador ó que definitivamente con base en las capacidades residuales del trabajador, no existe un puesto de trabajo para ofrecerle conforme a su estado de salud.*

Presupuestos que deben acompañarse con la solicitud; y que en este caso no fueron aportadas en la solicitud,

Quiere decir esto que el inspector no puede convertirse en determinador de la prueba cuando ella debe estar incurso en la solicitud. El inspector no puede dentro de estos trámites, siendo el garante de los derechos del trabajador, *requerirlo para que aporte una prueba donde la carga le corresponde al empleador, tampoco le corresponde decretarlas de oficio o a petición de parte, máxime cuando se trata de una simple solicitud a la que deben acompañarse unos requisitos previamente establecidos conforme al concepto técnico arriba referido, expedido por la Dirección General de Riesgos Laborales del ministerio.*

Ahora bien, analizadas las razones de la solicitud recae este despacho sobre lo mismo, es decir, se argumenta por el empleador una justa causa derivada de su condición de salud y de otra parte se señala la peticionaria que 1) La sociedad FANTASTICA S.A.S, empleadora de la señora **JACKELINE PABON RONDON**, se vio en la obligación de cerrar de manera definitiva su establecimiento ubicado en la carrera 12 No. 93 - 64, lugar donde funcionaba el Restaurante- La Puerta Grande, donde la señora **PABON** desarrollaba sus labores y actividades como cocinera cargo

"Por medio de la cual se resuelve una petición de Autorización de Despido de un Trabajador según la Ley 361 de 1997"

por el cual fue contratada, hecho que tuvo ocurrencia el día 30 de noviembre de 2013, como consecuencia de una orden emitida por la Alcaldía de la localidad de Chapinero y una vez verificado por este despacho el Certificado de existencia y representación legal o inscripción de documentos expedido por la Cámara de Comercio, no registra novedad alguna respecto de procedo de liquidación que eventualmente haga inviable la reubicación o reinstalación de la trabajadora, por el contrario el mismo certificado acredita que la **SOCIEDAD FANTASTICA S.A.S** tiene matriculado un establecimiento más, que haría viable la reinstalación y/o reubicación de la trabajadora, que haría imposible que como consecuencia del cierre definitivo uno de los Establecimientos Restaurante – Puerta Grande, desaparezca las causas que dio origen al contrato de trabajo hechos estos que constituyen un decir de la solicitante y que no se encuentran acreditados dentro de la solicitud de autorización.

En el presente caso resulta necesario señalar que la rehabilitación integral del trabajador se constituye en el requisito principal para que el empleador proceda a solicitar la autorización de despido, este procedimiento debe estar documentado que se ha cumplido, adelantado y culminado el proceso de rehabilitación o por el contrario que dicho proceso no es posible o viable tal como lo ordena el Decreto 2177 de 1989, Convenio 159 de la OIT, artículo 21 del Decreto 1295 de 1994 y la resolución 1016 de 1989, por lo cual no está llamado a ser autorizada la presente solicitud, como en efecto se resuelve.

Esta estabilidad no supone que el trabajador sea inamovible, pues una vez que se presenten causales objetivas (situaciones de indisciplina, ineficiencia y bajo rendimiento) que autorizan a la terminación unilateral del contrato de trabajo, debe ser observadas las reglas propias del debido proceso que son exigibles a los particulares, garantizándose concretamente el derecho a la defensa, contradicción y debido proceso que exige al empleador informar los motivos que originan el despido y reconocer al trabajador la posibilidad de controvertir las razones aludidas.

Como consecuencia de lo anterior, en el ámbito de las relaciones laborales se estableció que se encuentra proscrita toda terminación del vínculo laboral que tenga un nexo con el estado de salud de una persona. En caso contrario, la objetividad de la causal de despido debe verificarse por la autoridad laboral competente.

Ahora bien, respecto del no pago del auxilio por enfermedad por parte de las entidades del sistema de seguridad, este no es de modo alguno una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo entre las partes.

Si bien la legislación nacional omitió una regulación específica respecto a radicar en cabeza de alguna de las entidades del Sistema de Seguridad Social la obligación de pagar las incapacidades generadas después del día 540, este déficit normativo no puede constituirse en una forma de vulnerar los derechos fundamentales que se resguardan con el pago de la incapacidad, sobre todo tratándose de una persona cuyo salario mínimo es el único sustento para vivir en condiciones de dignidad.

Así las cosas, cuando la enfermedad o accidente genere una incapacidad laboral, ésta debe ser pagada los dos (2) primeros días por el empleador, del día tercero (3) al ciento ochenta (180) corresponde el pago a la EPS y del día ciento ochenta y uno (181) en adelante y hasta por ciento ochenta (180) días más debe ser pagado por la administradora de fondos pensionales, que pueden ser prorrogados por ciento ochenta (180) días adicionales hasta tanto se haga el dictamen de pérdida de capacidad laboral.

El artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 establece que *"tratándose de incapacidades que superan los ciento ochenta (180) días, le corresponde al respectivo Fondo de Pensiones asumir el pago de dicha prestación únicamente hasta que se evalúe la pérdida de la capacidad laboral,*

30 MAY 2010

002588

RESOLUCIÓN NÚMERO \_\_\_\_\_ DE HOJA No 6

“Por medio de la cual se resuelve una petición de Autorización de Despido de un Trabajador según la Ley 361 de 1997”

*siempre y cuando, como resultado de dicho dictamen, la persona tenga derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez. En esa medida, en el evento en que el afiliado no alcance el porcentaje requerido de invalidez o se le haya dictaminado una incapacidad permanente parcial, y por sus precarias condiciones de salud se sigan generando incapacidades laborales, le corresponde al Fondo de Pensiones continuar con el pago de las mismas hasta que el médico tratante emita un concepto favorable de recuperación o se pueda efectuar una nueva calificación de invalidez”<sup>1</sup>*

En este orden de ideas, la legislación nacional establece que las incapacidades laborales que surjan como consecuencia de una enfermedad de origen común, existe el deber de que alguna de las entidades del Sistema General de Seguridad Social las pague. No obstante, existe un vacío legal frente al obligado a pagar cuando se superan los 540 días de incapacidad sucesiva, existiendo dos panoramas: 1) que el trabajador tenga un porcentaje inferior al 50% de pérdida de capacidad laboral y se sigan expidiendo incapacidades laborales o, 2) que la disminución en la capacidad laboral sea superior al 50%.

En el primer escenario, los derechos reconocidos legalmente para el trabajador cuya incapacidad ha finalizado, consiste en la obligación del empleador de reintegrar a su puesto habitual de trabajo, además que el empleador siga realizando en su favor aportes a la seguridad social y que su vínculo laboral sea terminado únicamente con la autorización del Ministerio del Trabajo.

En el segundo, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, si la fecha de estructuración de la invalidez coincide con el momento en que las incapacidades laborales se causan, se debe reconocer el derecho pensional y como éste se paga retroactivamente, “no hay lugar al pago simultáneo de la prestación por concepto de incapacidad y por concepto de pensión según lo establecido en el artículo décimo de la ley 776 de 2002”<sup>2</sup>. Igualmente, el trabajador que es calificado y supera el 50% de pérdida de capacidad laboral, ante la disminución física que padece, las entidades del Sistema les corresponde actuar con solidaridad y diligentemente reconocer y pagar una suma de dinero con la cual pueda satisfacer sus necesidades básicas; razón por la cual mientras se decide definitivamente sobre el reconocimiento y el pago de la pensión de invalidez, el Fondo de Pensiones deberá costear las incapacidades laborales<sup>3</sup>.

La jurisprudencia Constitucional ha sostenido que en los casos en que no se tiene certeza de cuál es la entidad responsable de cubrir determinadas incapacidades laborales, es obligación de alguna de las entidades del Sistema General de Seguridad Social de pagarlas o de lo contrario se causaría al trabajador una afectación a su mínimo vital, por lo cual es juez de tutela debe señalar quién es el responsable provisional de cumplir dicho deber, aun cuando se otorgue la posibilidad de repetir contra aquél que resulte ser el verdadero obligado. Tal como lo mencionó la sentencia T-786 de 2009

Por lo expuesto anteriormente y en concordancia con los artículos 13, 47 y 54, aunado a lo establecido en la Jurisprudencia Constitucional y lo señalado en Sentencia T – 884 de 2006, en la que la Constitución impone al Estado deberes frente a las personas con discapacidad. De igual manera este Ministerio NO está facultado para declarar la existencia de derechos individuales, ni dirimir controversias jurídicas, cuya decisión esta atribuida a los jueces de acuerdo con lo establecido en el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo la solicitud será denegada como en efecto se hará

<sup>1</sup> T-920 de diciembre 7 de 2009, ya citada.

<sup>2</sup> Sentencia T-468 de 2010.

<sup>3</sup> Sentencia T-404 de 2010.

30 MAY 2018

28

002586  
RESOLUCIÓN NÚMERO \_\_\_\_\_ DE HOJA No 7

"Por medio de la cual se resuelve una petición de Autorización de Despido de un Trabajador según la Ley 361 de 1997"

De existir una eventual controversia con respecto a la configuración de la justa causa, la parte interesada podrá acudir ante la jurisdicción laboral ordinaria.

En mérito de lo expuesto este Despacho;

**RESUELVE**

**ARTÍCULO PRIMERO: NO AUTORIZAR** la terminación del vínculo laboral del trabajador **JACKELINE PABON RONDON** identificado con la Cedula de Ciudadanía No. **51.902.106**; solicitado por la empresa **SOCIEDAD FANTASTICA S.A.S**, identificada con No. **900.277.236-5**, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**ARTICULO SEGUNDO: INFORMAR** a las partes jurídicamente interesadas que, contra el presente acto administrativo, proceden los recursos de **REPOSICION** ante este Despacho y/o en subsidio el de **APELACION** ante la Dirección Territorial Bogota, interpuestos y debidamente fundamentados dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación personal, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del termino de publicación, según el caso.

**ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR** a los interesados conforme a lo previsto en la Ley, así:

**JACKELINE PABON RONDON** no se aporta dirección \*

**SOCIEDAD FANTASTICA S.A.S** en Calle 90 No. 13 A – 20 Of 707 Bogotá, y a

**MARTHA YANETH MEDINA ANGEL** en la Calle 17 No. 9 - 21 oficina 304, Bogota D.C.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**SILVIA ELENA PEREZ SANJUANELO**

Coordinadora Grupo de Atención al Ciudadano y Trámites

Proyecto: Carlos Riveros Martínez  
Reviso / Aprobó: Silvia Elena Pérez

