



MINISTERIO DEL TRABAJO

27 MAR 2019

RESOLUCIÓN NÚMERO

DE 2019

(0 0 1 0 7 5)

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación

LA DIRECTORA TERRITORIAL DE BOGOTÁ,

En uso de sus facultades legales, en especial las establecidas en el Decreto 4108 de 2011, la Resolución 2143 de 2014, la Resolución 5586 del 10 de diciembre de 2018, la Ley 361 de 1997 y la Ley 1437 de 2011.

CONSIDERANDO:

Que la Coordinación del Grupo de Atención al Ciudadano y Trámites de la Dirección Territorial de Bogotá profirió la Resolución No. 002585 del 30 de mayo de 2018, en la que decidió: **"ARTÍCULO PRIMERO: NO AUTORIZAR la terminación del vínculo laboral del trabajador GERARDO SIERRA MARTINEZ identificado con Cédula de Ciudadanía No. 79.347.711; solicitado por la UNIVERSIDAD EAN, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído."** (folios 26 a 30).

Mediante escrito radicado ante este Despacho con el No. 11EE2018721100000022971 del 6 de julio de 2018, dentro del término legal señalado por los Artículos 76 y s.s., del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Dr. EDGAR EDUARDO FIQUITIVA CASTELLANOS, actuando en calidad de apoderado de la **UNIVERSIDAD EAN**, interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la citada resolución, cuyo fundamento es el siguiente: (folios 36 a 39)

ARGUMENTOS DE LA RECURRENTE

[-]

"2 ... la solicitud de autorización de terminación del contrato no se fundamenta en el "estado de salud" del trabajador Gerardo Sierra Martínez, sino en la inexistencia de un cargo en el cual pueda ser reubicado de acuerdo a las recomendaciones que le otorgó la ARL COLMENA ya que no tiene las competencias necesarias para su ejecución y los requisitos mínimos de escolaridad necesarios dentro de la institución para asumir responsabilidades al no tener el título de bachiller."

"3° El estado de salud del empleado no es lo que origina la necesidad de desvincularlo sino la imposibilidad de reubicarlo en un cargo que se ajuste a las recomendaciones laborales, ya que no existe en la Universidad."

"4° Si la institución tuviera un cargo para trasladar al empleado, ya lo hubiera hecho para cumplir lo ordenado por la ARL COLMENA. No obstante, ante esta imposibilidad, se requiere la intervención del Ministerio del Trabajo para que autorice la desvinculación del empleado."

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

"9° De otro lado, me permito aclarar que la Universidad no ha incumplido la orden de reincorporación y reubicación del trabajador como lo sugiere la Resolución que se recurre, ya que, insisto, no existe un cargo en el cual se pueda reubicar al empleado."

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la **UNIVERSIDAD EAN**, de conformidad con los argumentos expuestos en el acápite anterior.

Revisado el presente expediente, encuentra el Despacho que este ente ministerial tuvo conocimiento de la solicitud hecha por **UNIVERSIDAD EAN**, la cual no fue autorizada para dar por terminado el vínculo laboral del trabajador **GERARDO SIERRA MARTÍNEZ**, mediante Resolución No. 002585 del 30 de mayo de 2018; decisión a la cual le fue interpuesto los recursos de reposición y en subsidio de apelación.

Es necesario señalar inicialmente que la Ley 361 de 1997 por medio de la cual se establecieron los mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones, marcó las normas que en el derecho internacional sustentarian la expedición de la referida ley, así:

"ARTÍCULO 3o. El Estado Colombiano inspira esta ley para la normalización social plena y la total integración de las personas con limitación y otras disposiciones legales que se expidan sobre la materia en la Declaración de los Derechos Humanos proclamada por las Naciones Unidas en el año 1948, en la Declaración de los Derechos del Deficiente Mental aprobada por la ONU el 20 de diciembre de 1971, en la Declaración de los Derechos de las Personas con Limitación, aprobada por la Resolución 3447 de la misma organización, del 9 de diciembre de 1975, en el Convenio 159 de la OIT, en la Declaración de Sund Berg de Torremolinos, Unesco 1981, en la Declaración de las Naciones Unidas concerniente a las personas con limitación, de 1983 y en la recomendación 168 de la OIT de 1983.

En concordancia con lo anterior, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, establece:

"Artículo 26.- 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 de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, 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"

Por su parte, el artículo 137 del Decreto Nacional 019 de 2012 modificó el artículo 26 de la Ley 371 de 1997, así:

"ARTICULO 137. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, quedará así:

"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

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

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 del Trabajo.

Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, 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.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso primero del presente artículo, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) 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 Corte Constitucional mediante Sentencia C-744 de 2012 declaró inexecutable el artículo 137 del Decreto Nacional 019 de 2012 en este sentido y bajo el principio de reviviscencia quedó vigente el texto original del artículo 26 de la Ley 371 de 1997 en cita.

La Corte Constitucional en sentencia T 313 de 2012, indicó:

"Además esta obligación no constituye una mera formalidad sin sentido, por lo cual no es dable que el Ministerio cumpla con este deber señalando que se abstiene de emitir pronunciamiento alguno, pues este tiene la obligación de analizar el caso y emitir su concepto favorable o no respecto del tema cuestionado. De igual manera, en los casos en los cuales se alegue una justa causa por parte del empleador, el Ministerio del Trabajo debe verificar si existe o no la misma, esto en razón a la protección especial que tienen las personas que se encuentran en situación de discapacidad y, así mismo debe verificar si en realidad el despido se debe a esta situación o es en razón de su discapacidad."

En este orden de ideas, el Ministerio del Trabajo cuenta con la competencia para autorizar la terminación de un vínculo contractual a una Empresa, Empleador o una Cooperativa o Precooperativa de Trabajo Asociado cuando motive su decisión en causas objetivas o justas causas (art 61 y 62 CST), para dar por terminado el contrato de trabajo, el funcionario del Ministerio deberá validar si realmente la causa por la cual se autoriza terminar dicho contrato es por la causa objetiva o la justa causa comprobada, o si por el contrario obedece a la condición de discapacidad o limitación del trabajador.

Cuando la razón invocada sea la contenida en el literal a) numeral 13 del artículo 62 del C.S.T., es decir cuando dicha limitación sea considerada como incompatible o insuperable con los cargos existentes en la empresa, aquella debe demostrar que una vez incorporado el trabajador a su labor, el esfuerzo para realizar la reubicación o incluso la reconversión de mano de obra de la persona según el caso, así como la creación de un nuevo cargo de ser posible se debe probar que culminada estas labores el estado de salud del trabajador se puede ver agravado; lo cual se reitera que esta carga probatoria recae únicamente en cabeza del empleador, siempre y cuando la solicitud de despido al trabajador no sea como fundamento su discapacidad.

Igualmente, y si el trabajador ha sido calificado con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% y cumple con los requisitos legales, tiene derecho al reconocimiento de una pensión de invalidez, por lo tanto; no operará la solicitud de autorización para la terminación de una vinculación laboral con trabajadores o asociados que presenten algún tipo de limitación. En todo caso y de acuerdo a la Ley 737 de 2002 se podrá dar por terminada dicha vinculación con justa causa cuando se haya logrado la efectividad de la pensión.

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

Cuando la persona que presente las limitaciones físicas no cumpla con los requisitos legales para obtener una pensión de invalidez, el servidor del Ministerio no procederá a autorizar el despido del trabajador, salvo que quede demostrada una causal objetiva o una justa causa comprobada.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha indicado que... "la estabilidad laboral reforzada es un derecho que tienen todas las personas que por el deterioro de su salud se encuentren en una situación de debilidad manifiesta. Es decir que esta figura opera para cualquier trabajador que por su condición de salud, se vea afectada su productividad, sin que sea necesario que cuente con una discapacidad declarada, certificada y cuantificada por una junta de calificación médica, ni que su origen sea determinado."¹

Descendiendo al caso en concreto, observa el Despacho que la solicitud presentada por la **UNIVERSIDAD EAN**, sobre autorización para despedir al trabajador **GERARDO SIERRA MARTÍNEZ**, el cual goza de un fuero de estabilidad de salud, por padecer de espondilitis anquilosante y discopatía lumbar múltiple que son de carácter crónico, lo que le ha generado una serie de incapacidades médicas y restricciones laborales, sin que a la fecha (más de 3 años después) se haya logrado su recuperación, y no se cuenta con trabajos que pueda desempeñar.

A folio 10 del expediente, se puede observar que el funcionario asignado, mediante oficio No. 7211000-194354 del 29 de noviembre de 2016, solicitó a la **UNIVERSIDAD EAN**, para que allegara entre otros, el concepto, certificación o dictamen médico, mediante el cual se evidencie que el tratamiento de rehabilitación del trabajador terminó, no existe posibilidad de culminarse o que no es procedente.

Sin embargo, la **UNIVERSIDAD EAN**, ante lo requerido por el inspector de conocimiento, mediante radicado No. 195618 del 2 de diciembre de 2016, anexa comprobante de pago de salarios, certificado de aportes a la seguridad social y la representación legal de la institución, respecto a lo demás, manifestó lo siguiente:

"Los demás documentos relacionados en su comunicación se encuentran digitalizados en el CD aportado con la solicitud inicial." (folio 12).

Revisada la documentación presentada y la contenida en el CD no se observa el concepto o dictamen médico que establezca que el tratamiento de rehabilitación del empleado terminó o hay posibilidad que culmine o que no es procedente.

Cuando un trabajador, sufre un accidente, o adquiere una enfermedad, ya sea de origen común o laboral, el empleador debe desplegar una serie de acciones con el fin de lograr la recuperación de la salud del trabajador, garantizando la asistencia a las terapias de rehabilitación, el seguimiento y cumplimiento de las recomendaciones médico laborales, en colaboración armónica con la ARL o EPS en la que se encuentre afiliado el trabajador, encargada de hacer el seguimiento al proceso de rehabilitación, quien al final procederá a calificar la pérdida de la capacidad laboral.

Finalizado lo anterior, se expedirá un concepto, certificación o dictamen médico mediante el cual conste que el tratamiento de rehabilitación del trabajador finalizó, o que existe la posibilidad de culminarse o que el mismo no es procedente, de lo cual el empleador al ser el interesado por la salud y recuperación del trabajador es informado, por lo tanto la sociedad empleadora puede tener acceso libremente, y en caso de no haberse logrado la obtención de los documentos solicitados, o la negativa a ser proporcionados por la entidad encargada de emitirlos, así se manifestará al funcionario instructor, creditándose sumariamente sobre la negativa a ser proporcionados o que la petición no fue atendida, de esta manera con fundamento en las facultades oficiosas dadas al Inspector de Trabajo y de la

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

Seguridad Social, podrá requerir a las entidades de Seguridad Social para el suministro de los documentos necesarios dentro del trámite adelantado.

De conformidad con el anexo técnico del Ministerio del Trabajo IVC-PD-05-AN-01 del 16 de febrero de 2016, respecto del trámite de autorización de terminación del vínculo laboral o de trabajo asociativo a trabajadores en situación de discapacidad, además de acompañar junto a la solicitud radicada por el empleador ante este ente Ministerial, se debe anexar cierto tipo de documentos entre estos el "Dictamen del médico tratante, sobre el pronóstico de rehabilitación del trabajador indicando la existencia de posibilidad de recuperación, la no procedencia o el agrave de la salud ante las labores desempeñadas"; tal como fue solicitado por el Inspector de Trabajo de conocimiento, sin que fuera atendido por la **UNIVERSIDAD EAN**, y en estos eventos es una carga probatoria que debe asumir el interesado, en este caso, el representante legal de la **UNIVERSIDAD EAN**, dentro de la petición inicial, a folios 1 y 2, manifestó que:

"3° El 22 de mayo de 2013 la EPS SURA impartió recomendaciones funcionales al señor GERARDO SIERRA MARTINEZ por padecer de espondilitis anquilosante y discopatía lumbar múltiple, con vigencia de 6 meses."

"4° El 12 de diciembre de 2015 la EPS SURA impartió recomendaciones funcionales al señor GERARDO SIERRA MARTINEZ, por el término de 6 meses."

"5° El 13 de julio de 2016 se impartieron nuevas recomendaciones al señor GERARDO SIERRA MARTINEZ, las cuales tienen vigencia de 6 meses."

"7° En el mes de agosto de 2016 la ARL COLMENA efectuó un análisis ergonómico preventivo al puesto de trabajo anterior vs el puesto de trabajo actual del señor GERARDO SIERRA MARTINEZ, con el objeto de identificar y evaluar los riesgos biomecánicos existentes en dichos puestos de trabajo...."

"8° La **UNIVERSIDAD EAN** no cuenta con un cargo en el cual pueda reubicar al señor GERARDO SIERRA MARTINEZ de acuerdo a las nuevas recomendaciones que se le otorgaron, ya que no tiene las competencias necesarias para su ejecución y los requisitos mínimos de escolaridad necesarios dentro de la institución para asumir otras responsabilidades, al no tener el título bachiller."

igualmente hace una relación de cargos que existen en la institución, sin que se pueda reubicar en alguno de ellos al trabajador, por no tener las competencias ni la escolaridad necesaria al no ser bachiller, y ratifica que el trabajador continúa con recomendaciones para laborar. Sin embargo, se puede observar, qué en el cuadro de cargos existentes en la universidad, el manual de descripción de roles, señala que para algunos de ellos, el requisito que debe cumplir el ocupante del cargo es título de técnico o tecnólogo, incluso se puede validar por 2 o 3 años de experiencia, como tal no se requiere el título de bachiller, circunstancia que no se demostró por parte del empleador, para ocupar alguno de estos cargos en la **UNIVERSIDAD EAN**, concretamente el de asistente técnico, asistente, o cargo de asistente ejecutivo, que con los años que lleva el trabajador vinculado con su empleador acredita fácilmente los requisitos que debe cumplir para uno de estos oficios ya señalados, al estar laborando para la universidad desde el día 24 de abril de 2000.

Como se puede observar la presente petición se está encuadrando de esta manera en una causal objetiva para justificar la solicitud de dar por terminado el vínculo laboral; sin embargo, este Despacho no encuentra que dicha argumentación haya sido probada, siendo un deber "...en cabeza del empleador o contratante la carga de probar la justa causa para terminar la relación;" 2 situación que no fue satisfecha por parte de la sociedad peticionaria.

El Ministerio del Trabajo, según sus funciones como garante de las relaciones laborales, otorgadas por la Constitución Política de Colombia, de conformidad con el artículo 13, se encuentra la de proteger a las personas que se hallen en un estado de debilidad manifiesta, en la cual se encuentra el señor

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

GERARDO SIERRA MARTÍNEZ y dentro del presente asunto no se observa que haya culminado con su proceso de rehabilitación, así mismo no existe prueba de la calificación de pérdida de su capacidad laboral, lo que llevaría al empleado perder su trabajo, quedando desprotegido por el sistema de seguridad social integral y como quiera que la única fuente de ingreso es su trabajo, además como consecuencia de su estado de salud como de su edad, va a ser más difícil para obtener otra fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades básicas como la de su núcleo familiar, en consecuencia el trabajador al pertenecer a un grupo de personas discapacitadas, goza de una protección especial derivada de su debilidad manifiesta, por este motivo no es necesario la calificación de la pérdida de capacidad laboral, para que el trabajador sea considerado como discapacitado, siendo un motivo por el cual el contrato de trabajo no puede ser terminado, por lo tanto este despacho se refiere únicamente al derecho a la estabilidad laboral de los discapacitados o disminuidos físicos, de acuerdo a la competencia que señala el legislador, sin que sea determinante para tomar la decisión el origen o hecho generador de la discapacidad, para la procedencia de la protección lo esencial es establecer que el trabajador se encuentre en estado de debilidad manifiesta como tal objeto de amparo.

Por lo tanto, de las razones anteriormente señaladas se tiene que los argumentos de la sociedad recurrente no son suficientes para variar la decisión adoptada por la Coordinación del Grupo de Atención al Ciudadano y Trámites de la Dirección Territorial de Bogotá mediante Resolución número 002585 del 30 de mayo de 2018

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: CONFIRMAR en cada una de sus partes, la Resolución 002585 del 30 de mayo de 2018, proferida por la Coordinación del Grupo de Atención al Ciudadano y Trámites de la Dirección Territorial de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva del presente Acto administrativo.

ARTICULO SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes jurídicamente interesadas, el contenido de la Resolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 66 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, advirtiéndoles que contra la misma no procede ningún recurso.

ARTICULO TERCERO: DEVOLVER el expediente a la oficina de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIANA ESPERANZA DÍAZ BARRAGÁN
Directora Territorial de Bogotá