REPUBLICA DE COLOMBIA

MINISTERIO DEL TRABAJO

RESOLUCIÓN NÚMERO 004967 **DE** 28 SEP 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

C O N S I D E R A N D O

ANTECEDENTES:

Mediante radicado No. **154185** de fecha 29 agosto 2016, el señor **EDGAR ROJAS JIMENEZ**, quien obra en su calidad de representante legal de la empresa **CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES EYM LTDA**, identificada con Nit 900071042-8 solicita autorización para terminar el contrato de trabajo de la señora **OLGA LUCIA MIRANDA,** identificada con la Cedula de Ciudadanía No. **52.865.000**, relacionado con SOLICITUD DE AUTORIZACION DE TERMINACION DE CONTRATO DE TRABAJADOR EN ESTADO DE DISCAPACIDAD.

HECHOS EN LOS QUE SE FUNDAMENTA LA SOLICITUD

El señor **EDGAR ROJAS JIMENEZ** manifiesta los siguientes hechos:

*Solicita sea otorgado el permiso para dar terminación de contrato celebrado entre **CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES EYM LTDA NIT: 900071042-8,** contratante, y **OLGA LUCIA MIRANDA C.C. 52.865.000,** colaboradora, desde el día 25 de mayo de 2010, debido a deserción laboral y la no presentación de soportes de incapacidades.*

*La colaboradora estuvo incapacitada por enfermedad general desde el día 05 de febrero de 2014 y la última incapacidad presentada al contratante fue el 23 de septiembre de 2015 (1 año, 7 meses y 17 días, para un total de 594 días), siendo las incapacidades del año 2015 intermitentes argumentando que la EPS las tenía para proceso de transcripción, el contratante solicito a la EPS un estado de incapacidades en la que se demuestra que la última incapacidad fue del 09 de enero de 2016, (1 año, 11 meses y 3 días, para un total de 702 días), (*Anexo 1).*

*La colaboradora manifestó inconformidad por resultado de proceso de valoración de Protección Fondo de Pensiones del 34.05% (*Anexo 2), para pensión por invalidez, entidad que envío proceso a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá; el primer dictamen expedido por la Junta Regional se notificó el día 24 de noviembre de 2015, con una calificación del 42.06% a lo que la colaboradora manifestó que apelaría porque no estaba de acuerdo con los resultados; el resultado de la apelación fue expedido el 06 de mayo de 2016 con resultados del 42.55% y con notificación que no se puede alegar hasta que haya transcurrido un año desde la última calificación, (*Anexo 3).*

La última visita de la colaboradora a las oficinas fue el 13 de mayo de 2016 respondiendo a citación escrita por parte del contratante, en dicha visita quedo pendiente el soporte de las incapacidades de octubre a enero, debido a que no las tenía por proceso de transcripción por parte de la EPS; este día

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

*se le vio bastante bien, no usa muletas; desde entonces no se ha presentado, no ha dado respuesta a ninguna llamada y mensaje; adjuntamos copias de las citaciones por los diferentes medios. (*Anexo 4).*

Según lo estipulado en la Ley, solicitamos dar término del contrato y retirarla de los aportes parafiscales legales, pagando la liquidación correspondiente.

ACTUACIONES PROCESALES

Mediante **Auto 1989** de fecha 02 de septiembre de 2016, se asignó por parte de la Coordinación del Grupo Atención al Ciudadano y Tramites al Inspector doctor **CARLOS ARTURO RIVEROS MARTINEZ** para iniciar y finalizar el trámite de acuerdo con la competencia, SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE DESPIDO DE TRABAJADOR DISCAPACITADO **OLGA LUCIA MIRANDA** relacionado con solicitud presentada por **CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES EYM LTDA**, radicada bajo el No. 154185 de fecha 29 de agosto de 2016.

Mediante de fecha 02 de septiembre de 2016, se avoco conocimiento por parte del Inspector doctor **CARLOS ARTURO RIVEROS MARTINEZ** para iniciar y finalizar el trámite de acuerdo con la competencia, SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE DESPIDO DE TRABAJADOR DISCAPACITADO **OLGA LUCIA MIRANDA** relacionado con solicitud presentada por **CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES EYM LTDA**, radicada bajo el No. 154185 de fecha 29 de agosto de 2016

Mediante oficio 7011000-202714 de fecha 26 de diciembre de 2016, se informa **CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES EYM LTDA** de la comisión efectuada y se hace requerimiento de información.

La solicitud presentada será resuelta y atendida de fondo de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 962 de 2005, 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 DEL DESPACHO:

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:

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.

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

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 dentro de las causales propias de discapacidad del trabajador establecidas en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Realizando el análisis pertinente, nos remitimos a la discapacidad de la trabajadora con **OLGA LUCIA MIRANDA** y al respecto señalare lo contemplado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 cuando determinó: *"Articulo 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 sicológica 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 sicológica, 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 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 sicológica.

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

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

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, sicológicas 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, no obstante lo anterior obra oficio 7011000-202710 de fecha 26 de diciembre de 2016, en el que se informa a **CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES EYM LTDA** de la comisión efectuada y se hace requerimiento de información la cual no se satisface por parte del solicitante.

Ahora bien, analizadas las razones de la solicitud este despacho vuelve sobre lo mismo, es decir, se argumenta por el empleador una causa derivada de su condición de salud situación está que goza de una especial protección, tampoco se encuentra dentro del plenario aportado documentación que permita determinar que se ha efectuado un debido proceso y que se han garantizado en consecuencia los derechos de la trabajadora **OLGA LUCIA MIRANDA** concordados con el procedimiento del reglamento interno de trabajo, documentos estos que no fueron arrimados a la presente actuación administrativa.

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.

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

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.

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 cientos 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, 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"*[1]

En este orden de ideas, la legislación nacional establece que las incapacidades laborales que surjan como consecuencia de una enfermedad de origen común, existen 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"*[2]. Igualmente, el trabajador que es calificado y supera

[1] T-920 de diciembre 7 de 2009, ya citada.
[2] Sentencia T-468 de 2010.

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

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[3].

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 a lo establecido en el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo la solicitud será denegada como en efecto se hará

En mérito de lo expuesto este Despacho;

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: NO AUTORIZAR la terminación del vínculo laboral de la trabajadora con **OLGA LUCIA MIRANDA** identificado con la Cedula de Ciudadanía No. **52.865.000**; solicitado por la empresa **CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES EYM LTDA.** identificada con Nit 900071042-8, 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 Bogotá, 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 término de publicación, según el caso.

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

OLGA LUCIA MIRANDA CRA 6 A N° 188 C – 38 Barrio Buena Vista, Bogotá

CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES EYM LTDA Calle 21 N° 15-33 Int 15 casa 8, Bloque C, Barrio Maderos, Chía Cundinamarca

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SILVIA ELENA PEREZ SANJUANELO
Coordinadora Grupo de Atención al Ciudadano y Trámites

Proyecto: Carlos Riveros Martinez
Reviso / Aprobó : S. E. P.

[3] Sentencia T-404 de 2010.