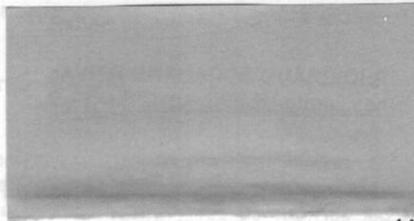




165534

Bogotá, 21 AGO. 2013



UNTO: Respuesta a consulta radicada bajo No. 144543-175043. DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Damos respuesta a su solicitud de conceptos reiterados y radicados con el número del asunto, mediante los cuales consulta sobre el despido sin justa causa por diagnóstico del VIH.

Se procede en los siguientes términos:

De la competencia del Ministerio del Trabajo

Inicialmente, resulta pertinente indicarle respetuosamente que este Ministerio no es competente para declarar derechos ni dirimir las diversas controversias que se presentan en las relaciones de los particulares, pues tales declaraciones resultan ser de competencia exclusiva de la Rama Judicial del poder público a través del Juez competente, de conformidad con lo descrito en el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo (C.S.T.), el cual consagra:

"ATRIBUCIONES Y SANCIONES. <Artículo subrogado por el artículo 41 del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:>

(...) Dichos funcionarios – del Ministerio del Trabajo - no quedan facultados, sin embargo, para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces, aunque sí para actuar en esos casos como conciliadores." (Subrayas y negrillas fuera de texto)

Por lo anterior, se le informa que ésta Entidad no puede decidir o definir la situación particular que se plantea en su consulta, sin embargo, con el fin de orientarlo, a continuación se le presentan las siguientes consideraciones:

La incapacidad por enfermedad o accidente, de carácter no profesional, superior a 180 días que impide al empleado desempeñar su trabajo habitual u otro similar es causa de terminación del contrato.

El artículo 62-Subrogado D.L. 2351/65 art. 7-se refiere a las causas por terminación justa del contrato. Y en el presente caso, por parte del empleador o patrono en la número 15 cita lo siguiente:



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

En este caso, para la terminación del contrato, el patrono deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de 15 días.

Entonces la incapacidad superior a ciento ochenta 180 días de un trabajador generada por enfermedad no profesional, se constituye en justa causa, siempre que se trate de aquellas incapacidades que "hagan imposible la prestación del servicio, es decir, que inhabiliten al operario para el trabajo (CSJ, nov 30/78), (Conc. Minprotección 22745, feb. 5/2007).

Naturalmente, en este evento se presenta un cambio en la condición del trabajador, consistente en la adquisición de estatus de pensionado por invalidez.

Se entiende por incapacidad temporal, aquella que según el cuadro agudo de la enfermedad o lesión le impida desempeñar su capacidad laboral por un tiempo determinado.

Para este efecto se deben evaluar los derechos del trabajador a ser reubicado y la protección de sus derechos constitucionales (T-62/2007).

El empleador no puede actuar de manera arbitraria, pues su obligación es garantizarle al trabajador el derecho a la defensa y al debido proceso, y como se conserva intacta en algunos casos, al menos la mitad de la fuerza de trabajo, el trabajador tiene derecho a ser ubicado en el cargo que desempeñaba o en uno compatible con sus capacidades y aptitudes, debiendo el empleador realizar el movimiento de personal necesario.

En materia de reubicación laboral, el Artículo 16 del Decreto 2351 de 1965, determina:

"REINSTALACIÓN EN EL EMPLEO.

1. Al terminar el período de incapacidad temporal, los patronos están obligados:

- a) A reinstalar a los trabajadores en los cargos que desempeñaban si recuperan su capacidad de trabajo. La existencia de una incapacidad parcial no será obstáculo para la reinstalación, si los dictámenes médicos determinan que el trabajador puede continuar desempeñando el trabajo;
- b) A proporcionarle a los trabajadores incapacitados parcialmente un trabajo compatible con sus aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios.
- c) El incumplimiento de estas disposiciones se considerará como un despido injustificado".

Las disposiciones enunciadas, son concordantes con lo establecido en los Artículos 16 y 17 del Decreto 2177 de 1989, que a la letra señalan:



"ARTÍCULO 16.

Todos los patronos públicos o privados están obligados a reincorporar a los trabajadores inválidos, en los cargos que desempeñaban antes de producirse la invalidez si recupera su capacidad de trabajo, en términos del Código Sustantivo del Trabajo. La existencia de una incapacidad permanente parcial no será obstáculo para la reincorporación, si los dictámenes médicos determinan que el trabajador puede continuar desempeñándolo.

"ARTÍCULO 17.

A los trabajadores de los sectores públicos y privado que, según concepto de la seguridad competente de salud ocupacional o quien haga las veces en la respectiva entidad de seguridad o previsión social o medicina del trabajo, en caso de no existir afiliación a dichas instituciones, se encuentren en estado de invalidez física, sensorial o mental, para desempeñar las funciones propias del empleo de que sean titulares del empleo y la incapacidad no origine el reconocimiento de pensión de invalidez, se les deberán asignar funciones acordes con el tipo de limitación o trasladarlos a cargos que tengan la misma remuneración, siempre y cuando la incapacidad no impida el cumplimiento de las nuevas funciones ni impliquen riesgo para su integridad".

Expuesto lo anterior, se entenderá que para dar cumplimiento a la obligación de reubicación laboral, el trabajador debe poner en conocimiento al empleador de su estado de salud, mediante los dictámenes y recomendaciones médicas, a fin de obtener la reubicación en un cargo diferente al que ocupaba, siempre que sea compatible con sus capacidades y aptitudes. No obstante, deberá tenerse claro que en ningún caso la reubicación laboral puede comportar el desmejoramiento de las condiciones salariales inicialmente pactadas.

Si agotado el procedimiento anteriormente descrito y ante la imposibilidad de reubicación del trabajador, el empleador resuelve despedir al trabajador, aquél conforme a lo dispuesto en el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, deberá solicitar previamente a la Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo del domicilio del empleador, el permiso para el despido allegando para el efecto los soportes documentales que justifiquen el mismo, argumentando que los puestos de trabajo existentes en la empresa pueden empeorar las condiciones de salud del trabajador y que no existen opciones de trabajo disponibles, acordes a las capacidades residuales del trabajador (aptitud física, psicológica y técnica). De tal forma que previo al pago de la indemnización correspondiente, se asegure que el despido o la no renovación del contrato no obedece a razones discriminatorias.

El Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, modificado por el Artículo 37 del Decreto 19 de 2012, establecía en su inciso 2°, lo siguiente:

"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 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. (subrayado fuera de texto)

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 norma en cita claramente establecía la exigencia de la previa autorización de despido por parte del Inspector del Trabajo, cuando aquella obedeciera a la discapacidad del trabajador; de manera que, cuando el despido se produjera por alguna de las justas causas contempladas de forma taxativa por el legislador en el Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, no sería aplicable la exigencia prevista en el Artículo 137 transcrito, pero sí se debía dar cumplimiento al agotamiento del procedimiento interno (trámite disciplinario) establecido en el Reglamento Interno de Trabajo o a la diligencia de descargos, como el momento en el cual, el trabajador es escuchado por el empleador.

Es oportuno hacer mención del pronunciamiento jurisprudencial de que fue objeto el Artículo 137 del Decreto Ley 19 de 2012 antes transcrito, mediante sentencia C - 744 de 2012 proferida por la Corte Constitucional, la cual no ha sido debidamente publicada, pero sí fue objeto de comunicado de prensa, en el sentido de declarar INEXEQUIBLE el Artículo 137 en cita, que derogó el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por el cargo de exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas a la Presidencia de la República.

Ahora bien, frente al tema de la calificación de la discapacidad, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas oportunidades. En Sentencia T- 1040 de 2001 la Corte consideró “... que aquellos trabajadores que sufren una disminución en su estado de salud durante el transcurso del contrato laboral, deben ser considerados como personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, razón por la cual frente a ellos también procede la llamada estabilidad laboral reforzada, por la aplicación inmediata de la Constitución. Lo anterior, a pesar de que no hayan sido calificados con discapacidad.”

“Estos sujetos de protección especial a los que se refiere el artículo 13 de la Constitución, que por su condición física estén en una situación de debilidad manifiesta, **no son solo los discapacitados calificados como tales** conforme a las normas legales. **Tal categoría se extiende a todas aquellas personas que, por condiciones físicas de diversa índole o por la concurrencia de condiciones físicas mentales y/o económicas, se encuentra en una situación de debilidad manifiesta.** Así mismo, el alcance y los mecanismos legales de protección pueden ser diferentes a los que se brinda a través de la aplicación inmediata de la Constitución.



"La protección legal opera por el solo hecho de encontrarse la persona dentro de la categoría protegida, consagrando las medidas de defensa previstas en la ley. Por su parte, el amparo constitucional de las personas en circunstancias de debilidad manifiesta permite al juez de tutela identificar y ponderar un concepto más o menos amplio y variado de elementos facticos para deducir la ocurrencia de tal circunstancia y le da un amplio margen de decisión para proteger el derecho fundamental amenazado o restablecerlo cuando hubiere sido vulnerado".

Y más adelante indica: ***"En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que existe una calificación previa que acredite su condición de discapacidad."*** (Resaltado fuera de texto)

Del asunto consultado

Para concluir, la llamada estabilidad laboral reforzada en los términos de la Corte, fue contemplada no solo para proteger a los discapacitados calificados como tal, sino a todos aquellos trabajadores respecto de los cuales esté probado que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, al sufrir una disminución en su estado de salud durante el transcurso de su contrato laboral que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores, aun que no exista previa calificación que acredite su condición de discapacidad.

Sin embargo, para que opere la llamada estabilidad laboral reforzada, debe el trabajador acreditar que ha sufrido una disminución en su estado de salud que le ha impedido el desempeño de sus labores, situación que se podría determinar con las incapacidades otorgadas por el médico tratante, so pena de hallarse incurso en alguna de las justas causas de terminación del contrato.

De acuerdo con lo expuesto, es de advertirse que para efectos de reconocimientos de indemnizaciones moratorias, podrá acudir ante el Inspector del Trabajo para denunciar su caso y atendiendo a las facultades concedidas en el Artículo 2º de la Ley 712 de 2001 y en el Artículo 1 del Decreto 931 de 1956, en su defecto, deberá acudir a la Jurisdicción Laboral Ordinaria, previa demanda que ante el Juez se formule.