



Ministerio de la Protección Social
República de Colombia

Prosperidad
para todos

10240-S

334157

Bogotá

28 OCT. 2011

Señora

MARÍA DOLORES BONILLA ZULUAGA

Representante legal suplente

INVERSIONES GADALCA SAS

Transversal 93 No. 53-48 Interior 92

Ciudad

Asunto: Radicado 285901 del 20 de septiembre de 2011.
Trabajador que no presenta incapacidad ni se presenta a trabajar.

Respetada señora María Dolores:

Hemos recibido su comunicación radicada bajo el número citado en el asunto, mediante la cual manifiesta que tienen un trabajador que desde el periodo de prueba se encuentra incapacitado, con cerca de 60 días sin presentarse a trabajar, no obstante que las incapacidades concedidas por la EPS no son consecutivas, sin que se presente a trabajar en los días que no cuenta con respaldo documental de enfermedad que le impida desempeñar la labor para la cual fue contratado, por lo que consulta si puede terminar la relación laboral.

El numeral 4° del Artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo - CST, consagra como una prohibición de los trabajadores:

"Faltar al trabajo **sin justa causa de impedimento** o sin permiso del patrono, excepto en los casos de huelga, en los cuales debe abandonar el lugar del trabajo".

De acuerdo a la norma citada, el trabajador deberá justificar su ausencia conforme lo establece el reglamento interno de la empresa.

Por lo tanto, en el caso consultado, consideramos que es el empleador quien conforme a la norma en referencia y al **Reglamento Interno de Trabajo de la empresa**, debe entrar a evaluar, si el trabajador con su proceder está incurriendo en la prohibición establecida en la norma precitada y si dicha conducta pudiera configurar un incumplimiento de las obligaciones o prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, que derive en una justa causa para la terminación del contrato laboral en los términos del numeral 6 del artículo 62 del CST – Subrogado por el D. L 2351/65 artículo 7°; en ese sentido es oportuno señalar que la incapacidad no genera un fuero de estabilidad sino después de 180 días; no obstante lo anterior cuando se trata de una persona limitada, para la terminación del contrato el empleador deberá dar aviso al trabajador con una anticipación no menor de quince (15) días calendario y dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

R



En todo caso, es pertinente advertir que la **decisión respecto de la situación laboral del trabajador, corresponderá única y exclusivamente al empleador**. Lo anterior, teniendo en cuenta que este Ministerio de conformidad con lo establecido en el artículo 486 del CST, modificado por el artículo 20 de la Ley 584 de 2000, no se encuentra facultado para declarar derechos individuales, ni definir controversias cuya decisión está atribuida a los jueces.

Ahora bien, se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo en el sector particular **la incapacitado durante más de 180 días**, de acuerdo con el numeral 15 del Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el Artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, que señala:

"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 ciento ochenta (180) días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al patrono de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad."

Así mismo, el Artículo 4º del Decreto 1373 de 1966, reglamentario del Decreto Extraordinario número 2351 de 1965, dispone que "De acuerdo con el numeral 15 del Artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, la enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter profesional, así como cualquier otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días, es justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte del patrono. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso, sin perjuicio de la obligación prevista en el artículo 16 del mismo decreto, cuando a ello haya lugar, y no exime al patrono de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad".

De conformidad con la normativa precitada, es justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, por el empleador, la incapacidad superior a 180 días, originada en enfermedad o accidente de origen común, debiendo aclararse que para dichos efectos debe tratarse de una incapacidad que haga imposible la prestación del servicio, es decir, que inhabilite al operario para el trabajo, tal como lo ha expresado la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia de noviembre 30/78.

En este caso, para la terminación del contrato, el empleador deberá dar aviso al trabajador con una anticipación no menor de quince (15) días calendario y dar cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el cual prevé:

"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. (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 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".

Esta disposición fue revisada por la Corte en la sentencia C – 531 de 2000, que declaró la exequibilidad condicionada del inciso segundo del Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en la que en su parte considerativa, entre otros, señaló:

"... En consecuencia, la Corte procederá a integrar al ordenamiento legal referido los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como los mandatos constitucionales que establecen una protección especial para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), de manera que, se procederá a declarar la exequibilidad del inciso 2o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, bajo el entendido de que el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria. (resaltado y subrayado fuera de texto).

Cabe destacar que la indemnización contenida en este inciso es adicional a todas las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar según la normatividad sustantiva laboral (Ley 50 de 1990), como bien se indica en el texto del inciso 2o. del artículo 26 en estudio..."

De conformidad con lo anterior, resulta claro que la incapacidad de origen común superior a 180 días constituye legalmente una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, sin embargo, conforme a la estabilidad reforzada de que gozan las personas con discapacidad, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y de lo señalado por la Jurisprudencia Constitucional antes mencionada, se entenderá que para efectos de la terminación del contrato laboral, el empleador deberá solicitar previamente a la Dirección Territorial del Ministerio de la Protección Social correspondiente, el permiso para que autorice el despido con los soportes documentales que justifiquen el mismo. En caso de no acreditar el requisito señalado, el despido no produce efectos jurídicos y será eficaz sólo en el evento en que se obtenga la respectiva autorización.

Ahora bien, en tratándose de una incapacidad de origen profesional, debe señalarse que la incapacidad superior a 180 días no fue establecida como una justa causa de despido, como sí sucede en caso de incapacidad de origen común, en los términos antes indicados.

Sin embargo, en el Sistema General de Riesgos Profesionales, cuando se trate de incapacidad generada por enfermedad o accidente de origen profesional, una vez terminado el período de incapacidad temporal originada en enfermedad profesional o accidente laboral, de conformidad con lo previsto en el Artículo 4º de la Ley 776 de 2002, el empleador está en la obligación, si el trabajador recupera su capacidad de trabajo, de ubicarlo en el cargo que desempeñaba, o en cualquier otro para el cual esté capacitado, de la misma categoría; de igual modo, según lo dispuesto en el Artículo 8 de la misma norma, cuando se trate de trabajadores con incapacidad permanente parcial, los empleadores están obligados a ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios.



Ministerio de la Protección Social
República de Colombia

**Prosperidad
para todos**

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 de la Protección Social 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).

La consulta anterior se atiende en los precisos términos del Artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, en virtud del cual las respuestas dadas no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

JAVIER ANTONIO VILLARREAL VILLAQUIRAN
Jefe Oficina Asesora Jurídica y Apoyo Legislativo

Proyectó: Martha L.

Revisó/aprobó: Ligia R.

C:\Documents and Settings\mlievano\Mis documentos\MARTHA LIEVANO\CONCEPTO\INCAPACIDADES\285901 trabajador noo presenta incapacidades despido.docx