

Bogotá D.C.,

Al responder por favor citar este número de radicado

**URGENTE**

**ASUNTO:** ID 103719 - 16  
Terminación contrato por obra o labor del trabajador en situación de discapacidad.

Respetado Señor:

De manera atenta le damos respuesta a su comunicación, mediante la cual consulta lo siguiente:

*“(...) Tengo el caso de un trabajador que tuvo un accidente de tránsito y la incapacidad por lo sucedido comenzó a partir del 2 de Agosto de 2016, la persona está contratada por Obra Labor, todos los contratos de las obras que se llevaban a cabo se finalizaron a mediados del mes de Septiembre 2016, ¿puedo dar por terminado el contrato de esta persona una vez finalice la incapacidad teniendo en cuenta que la labor por la que fue contratado ya finalizó? ¿Se puede finalizar antes de terminar la incapacidad o debo esperar la respuesta de la Administradora de Salud? ¿En caso de que siga con la incapacidad hasta cuando lo puedo retirar? (...)”.*

Antes de dar trámite a su consulta, es necesario aclararle que esta Oficina Asesora Jurídica absuelve de modo general las consultas con relación a las normas y materias que son competencia de este Ministerio, de conformidad con el Artículo 8° del Decreto 4108 de 2011, **sin que le sea posible pronunciarse de manera particular y concreta por disposición legal.** En tal sentido, el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 41 del Decreto Ley 2351 de 1965, modificado por el artículo 20 de la Ley 584 de 2000, dispone que **los funcionarios de este Ministerio no quedan facultados para declarar derechos individuales, ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces de la República.**

Frente a su consulta, los trabajadores en situación de discapacidad gozan de una protección especial, establecida por el ordenamiento jurídico, que atendiendo a su especial condición de salud, les otorga una estabilidad reforzada (fuero de salud) para la permanencia en sus trabajos. Protección que obedece a la desigualdad o debilidad del trabajador en situación de discapacidad, frente a los demás trabajadores. Toda vez que no se encuentran en las mismas condiciones físicas y/o psíquicas para el desarrollo de las funciones o tareas para las que han sido contratados; consiste entonces ese fuero en la protección especial de la que gozan los trabajadores que padecen una disminución física, psíquica y/o sensorial (disminución en la salud) que lo pone en condiciones de desigualdad ante los demás trabajadores.

Al respecto, conviene traer a colación el artículo 26 de la ley 361 de 1997 que dispuso:

**“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD.** En ningún caso la limitación <discapacidad><1> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación <discapacidad><1> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada <en situación de discapacidad><1> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad><1>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad><1>, 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”. (Resaltado Fuera de texto)

Por su parte la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente Rigoberto Echeverri Bueno, Radicación No. 53083 del 14 de Octubre de 2015, decidió:

“...el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no resulta aplicable al caso examinado, toda vez que esta Corporación ha sostenido que esta garantía es de carácter especial dentro de la legislación del trabajo, pues procede exclusivamente para las personas que presenten limitaciones en grado severo y profundo y no para las que padezcan cualquier tipo de limitación, ni, menos aún, para quienes se hallen en incapacidad temporal por afecciones de salud, de tal suerte que, tratándose de una garantía excepcional a la estabilidad, no puede el juez extenderla de manera indebida para eventos no contemplados en la mencionada norma, tal como lo pretende hoy la censura. (...)

Igualmente, valga recordar lo asentado por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 15 de julio de 2008, radicación 32532, en lo referente a las personas que gozan de la protección y asistencia prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, así: (...)

Pues bien, el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 señala los parámetros de severidad de las limitaciones en los términos del artículo 5 de la Ley 361 de 1997; define que la limitación “moderada” es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; “severa”, la que es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad labora y “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50% (...)

Surge de lo expuesto que la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, **es decir, todas aquellas que tienen un grado de**

**invalidez superior a la limitación moderada.** Situación en la que no se encuentra el demandante, pues su incapacidad permanente parcial tan sólo es del 7.41%, es decir, inferior al 15% del extremo mínimo de la limitación moderada, que es el grado menor de discapacidad respecto del cual operan las garantías de asistencia y protección que regula esa ley, conforme con su artículo 1º.

**La precedente orientación jurisprudencial ha sido reiterada, entre otros, en los fallos del 25 de marzo de 2009, radicación 35606, 16 y 24 de marzo de 2010, radicaciones 36115 y 37235 y 28 de agosto de 2012, radicación 39207.** (Resaltado Fuera de texto). (...)

**Por esta razón, considera la Sala que el legislador fijó los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5º reglamentado por el artículo 7º del D. 2463 de 2001), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, en principio, a quienes clasifiquen en dichos niveles; de no haberse fijado, por el legislador, este tope inicial, se llegaría al extremo de reconocer la estabilidad reforzada de manera general y no como excepción, dado que bastaría la pérdida de la capacidad en un 1% para tener derecho al reintegro por haber sido despedido, sin la autorización del ministerio del ramo respectivo.”** (Resaltado Fuera de Texto).

Conforme a la citada Providencia, la estabilidad laboral reforzada regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se debe aplicar teniendo en cuenta que solo a partir del grado de discapacidad moderada, es decir 15%, se podría garantizarse y proteger el derecho al trabajador de no ser despedido.

En cuanto al concepto favorable de rehabilitación, en los artículos 4º y 8º de la Ley 776 de 2002 se establece lo siguiente:

**“ARTÍCULO 4o. REINCORPORACIÓN AL TRABAJO.** Al terminar el período de incapacidad temporal, los empleadores están obligados, si el trabajador recupera su capacidad de trabajo, a ubicarlo en el cargo que desempeñaba, o a reubicarlo en cualquier otro para el cual esté capacitado, de la misma categoría.

**ARTÍCULO 8o. REUBICACIÓN DEL TRABAJADOR.** 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.”

Una vez el trabajador haya cumplido el proceso de rehabilitación satisfactoriamente, el empleador estará obligado a reincorporarlo en el mismo cargo que desempeñaba o reubicarlo en otro que pueda desarrollar.

Ahora bien, si se trata de un trabajador que después de su rehabilitación haya quedado con una incapacidad parcialmente, el empleador deberá reubicarlo en el mismo cargo o en otro de acuerdo a sus nuevas capacidades.

**No obstante, si una vez realizado todo el proceso de rehabilitación, el empleador desea dar por terminado el contrato laboral deberá llevar acabo el trámite y autorización de despido en razón a su discapacidad o problemas de salud del trabajador ante el Inspector de Trabajo.** Sobre el particular, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-531/2000 del 10 de mayo de 2000, Referencia: Expediente D-2600, M.P. Álvaro Tafur Galvis, manifestó lo siguiente:

*“(…) 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. (Subrayas 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. (…)*

El Ministerio de Salud y Protección Social, con el Concepto **0003440 de enero de 2011**, se pronunció indicando:

*“Si el trabajador tiene una incapacidad prolongada o en el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral no es declarado inválido, la empresa tiene las siguientes opciones:*

*a) Si el vínculo laboral continua vigente y se supera los **540 días de incapacidad temporal por enfermedad común, o 720 días de incapacidad temporal por accidente de trabajo o enfermedad profesional y al trabajador solo le es calificada una incapacidad permanente parcial (5% a 49.9%)**, el empleador está en la obligación conforme al artículo 10° de la Resolución 1016 de 1989, a realizar la reubicación del trabajador o readaptación del puesto de trabajo acorde con sus capacidades residuales. Y en el evento que el empleador pueda documentar que de acuerdo con las funciones y condiciones de trabajo en todos los puestos existentes en la empresa, la condición de salud del trabajador puede empeorar, se debe solicitar al Inspector de Trabajo, la autorización para terminar el vínculo, conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997”.*

Es necesario indicar una excepción consagrada en la normatividad laboral para despedir a un trabajador en situación de discapacidad por justa causa. Excepción que fue objeto de consideración por la Corte Constitucional en la Sentencia Sentencia T-643/07, así:

*“El régimen laboral colombiano ha dispuesto justas causas de terminación del contrato de trabajo con el objeto de limitar las potestades de los empleadores y de proteger los derechos de los trabajadores. Así el artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo determina en el numeral 15:*

*“ Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo (...)*

*“15. La enfermedad contagiosa 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”.*

*Con fundamento en dicho artículo, el empleador tiene la potestad de dar por terminado el contrato del trabajador que ha estado incapacitado por un periodo mayor a 180 días. Sin embargo esta potestad no es absoluta ni puede ejercerse de manera indiscriminada, al margen de la situación concreta del trabajador. Existen disposiciones que limitan dicha facultad y que han sido desarrolladas por la jurisprudencia constitucional con el objeto de restringir tal potestad de los empleadores e impedir que se discrimine al trabajador que padece de algún tipo de discapacidad.*

*Al respecto ha definido la Corte que en los casos de incapacidad mayor a 180 días:*

*“ (...) (i) el empleador no goza de la facultad plena de aplicar el artículo 7, numeral 15, del Decreto 2351 de 1965, pues, para aplicarlo debe dar cumplimiento del artículo 16 del mismo Decreto y de las otras disposiciones laborales, incluidos el Convenio 159 de la OIT y normas relacionadas con la obligación de reintegro; (ii) debe existir siempre el dictamen médico o calificación de la autoridad competente sobre la capacidad laboral, con el fin de conocer la situación personal del trabajador; (iii) el empleador y las entidades responsables del Sistema de Seguridad Social Integral deben obrar armónicamente entre sí, y, a su vez, con el trabajador, con el fin de que el empleado incapacitado no interrumpa ni el tratamiento ni el acceso a la atención médica, ni deje de percibir los medios de subsistencia, bien sea a través del salario, o de la pensión de invalidez, si a ella tiene derecho”<sup>31</sup>. (Se subraya).*

*Así, en la sentencia T-279 de 2006<sup>32</sup> la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional tuteló los derechos de una mujer que fue despedida por su empleador al encontrarse incapacitada por más de 180 días, a causa de un accidente de tránsito que le generó secuelas.*

*La jurisprudencia ha establecido que pese a que los empleadores cuentan con la potestad para despedir con justa causa a los trabajadores que lleven más de 180 días incapacitados, están sometidos a ciertas obligaciones de acuerdo con disposiciones internacionales y el principio constitucional de solidaridad.*

En efecto, el numeral 1° del artículo 16 del Decreto 2351 de 1965 determina como obligaciones por parte de los patronos al término de la incapacidad temporal:

“a) Reinstalar a los trabajadores en los cargos que desempeñaban si recuperan su capacidad de trabajo, ya que 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, y

“b) Proporcionar a los trabajadores incapacitados parcialmente un trabajo compatible con sus actitudes, para lo cual deberá efectuar los movimientos de personal que sean necesarios.(...)”.

Las referidas obligaciones de reintegro y de reinstalación del trabajador, operan entonces en los casos en los que se presente una incapacidad mayor a 180 días y posteriormente el empleado **recupere** sus condiciones físicas, así sea parcialmente, y en consecuencia pueda continuar laborando, es decir, es aplicable a aquellos casos en los que la incapacidad sea temporal y no permanente.

En la misma línea el artículo 4 del Decreto 1373 de 1966 dispone también que:

“ARTICULO 4o. De acuerdo con el numeral 15) del artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, es justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte del patrono, 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. **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**”. (Se Subraya – Negrillas fuera del texto)”.

En ese orden de ideas, para que se considere la existencia de una estabilidad laboral reforzada, el trabajador deberá estar dentro de los parámetros fijados de porcentajes de Pérdida de Capacidad Laboral razonables y necesarios acogiéndonos a las posturas jurisprudenciales de la H. Corte Constitucional. **Será obligación del empleador para poder llevar acabo el despido en cualquier situación de debilidad manifiesta de su trabajador, solicitar la respectiva autorización a la Dirección territorial del Ministerio del Trabajo.**

El empleador tiene la facultad de despedir al trabajador que a causa de una enfermedad común supere un periodo de 180 días incapacitado, cumpliendo los supuestos establecidos por la Corte Constitucional. **Entre tanto se encuentre vigente la relación laboral, pese a que el trabajador se encuentre incapacitado,** el empleador inexcusablemente deberá dar cumplimiento a sus obligaciones, como son **el pago de las cotizaciones al sistema integral de seguridad social y pagar las respectivas prestaciones sociales** de conformidad con la normatividad laboral. Para dar por terminada la relación laboral se requiere autorización del inspector de trabajo.

La Corte Constitucional, en la Sentencia T-521/16, consideró lo siguiente:

***“(iv) La estabilidad laboral reforzada se aplica frente a cualquier modalidad de contrato y con independencia del origen de la enfermedad, discapacidad o estado de debilidad manifiesta del accionante***

*50.4. Esta Corporación ha considerado que la garantía de estabilidad es aplicable frente a cualquier modalidad de contrato y con independencia de si el origen de la enfermedad del trabajador es laboral o común.*

*a) En la sentencia T-765 de 2015[70] se aclaró que este tipo de estabilidad también se predica de los contratos de trabajo a término fijo y por labor u obra contratada, siempre que se cumplan las exigencias que han sido estructuradas por esta Corporación en los siguientes términos“(...) el vencimiento del plazo pactado o la culminación de la obra, no resulta suficiente para legitimar la determinación de un empleador de no renovar esa clase de contratos o darlos por terminado cuando: (i) subsiste la materia del trabajo, las causas que lo originaron o la necesidad del empleador; (ii) el trabajador ha cumplido efectivamente sus obligaciones contractuales; y (iii) se trate de una persona en una situación de debilidad. Por ello, el trabajador que goza de estabilidad laboral reforzada, no puede ser desvinculado sin que exista una razón objetiva para terminar el vínculo laboral y medie la autorización de la oficina del trabajo, que respalde dicha decisión”.*

*Por su parte, frente a los contratos de prestación de servicios la solución no ha sido uniforme. En efecto, en algunas oportunidades la Corte ha considerado que incluso de no proceder la declaratoria del contrato realidad, existe la necesidad de solicitar la autorización del Ministerio de Trabajo, previo al retiro de una persona en situación de debilidad manifiesta[71]. No obstante, en la sentencia T-040 de 2016[72], al referirse a un caso de un señor que padecía “fibrosis quística” y quien suscribió varios contratos de prestación de servicios profesionales con la ANLA, se señaló que con independencia de la opción productiva desempeñada debía tutelarse el derecho, pues de manera excepcional, pese a la naturaleza del vínculo, existe una protección que ya no deviene de la ley sino de la Constitución:*

*“(...) la Corte ha otorgado el derecho, o bien declarando previamente la existencia de un contrato realidad o, en aplicación directa de la Constitución, cuando se vislumbra la configuración de un perjuicio irremediable por la inacción del juez de tutela, siempre y cuando se demuestre la calidad de persona de especial protección y el nexo causal entre el despido y la condición de salud del contratista./Ahora bien, la relevancia que tiene el determinar o no la existencia de un contrato realidad tiene como consecuencia las órdenes a impartir en el caso concreto, (i) si se declara el contrato realidad y se configura un despido en razón de la discapacidad, se deberá ordenar el reintegro y se condenará al pago de la indemnización de 180 días de salario; y (ii) si no se demuestra la existencia de un contrato laboral, es necesario probar que: (a) la situación de debilidad manifiesta del accionante requiere la actuación urgente del juez de tutela con el fin de evitar la ocurrencia de*

*un perjuicio irremediable y (b) que sea evidente que la no renovación del contrato fue consecuencia del estado de salud del contratista; cumplidos los requisitos, el juez de tutela proferirá las órdenes que considere necesarias para superar la vulneración”.*

*b) Como fue expuesto en la sentencia T-106 de 2015[73], en un caso en el que el juez de instancia negó el amparo de este derecho por considerar que la estabilidad laboral reforzada no era aplicable cuando el origen de la enfermedad sea común, este planteamiento lleva implícito un trato desigual que no se comparte por esta Corte:*

*“(…) para la Sala tampoco son de recibo los argumentos esbozados por el juez de segunda instancia en este caso al señalar que dado que no se comprobó que el origen de la enfermedad fuera profesional, entonces no hay lugar a la estabilidad laboral reforzada. Frente a esto, la Corte ha expresado que esta figura opera indistintamente del origen de la enfermedad, pues atentaría contra el derecho a la igualdad solamente proteger a los trabajadores que sufran de patologías de origen profesional y no de origen común”.*

*De modo que es irrelevante la fuente de la enfermedad, del estado de discapacidad o de debilidad manifiesta padecida por el actor para evaluar la existencia de la estabilidad laboral reforzada. No sólo aquellos padecimientos de salud que tienen origen en la labor ejercida habitualmente dan lugar a este derecho.*

*Ha llegado al punto de ser tan irrelevante esta cuestión para la Corte Constitucional, que a modo de ejemplo en la sentencia T-445 de 2014[74], se tuteló el derecho de una mujer que había realizado labores de aseo en un hotel durante más de diecinueve (19) años y fue despedida, no obstante padecer una enfermedad de origen común denominada “coletiasis” y sin que hubiera sido necesario referirse a esta distinción. En dicha oportunidad se afirmó que siendo la solicitante titular de este derecho “(…) no podía ser despedida como resultado de su bajo rendimiento producto de su deteriorado estado de salud, sin que su empleador hubiera acudido a la Inspección del Trabajo para pedir la autorización para despedirla ya que dicha entidad está llamada a verificar que el despido de una persona en situación de discapacidad no obedezca a razones discriminatorias”.*

En consecuencia, para terminar el contrato de un trabajador en estado de debilidad manifiesta, el empleador deberá solicitar previamente a la **Dirección Territorial correspondiente del Ministerio del Trabajo, la autorización para el despido con los soportes documentales que justifiquen el mismo** y en caso de incumplimiento del requisito señalado, el despido será ineficaz, y, por tanto, la relación laboral continuará vigente; así como las obligaciones salariales, prestacionales y frente al Sistema de Seguridad Social Integral.

El fuero de estabilidad laboral reforzada es una garantía para proteger los intereses del trabajador en situación de discapacidad o que tenga algún tipo de limitación y evitar que sea despedido a causa de su condición. No hay necesidad de la autorización del inspector de trabajo para terminar el contrato de trabajo si el trabajador no se encuentra en situación de discapacidad o de debilidad manifiesta.

La presente consulta se absuelve en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Finalmente, invitamos a que visite la página web del Ministerio del Trabajo [www.mintrabajo.gov.co](http://www.mintrabajo.gov.co), en la sección normatividad; en donde pondrá consultar diversos conceptos sobre la normatividad laboral y de seguridad social expedidos por la Oficina Asesora Jurídica.

Cordialmente,

[ ORIGINAL FIRMADO ]

**ZULLY EDITH AVILA RODRIGUEZ**

Coordinadora

Grupo de Atención de Consultas en Materia Laboral Oficina Asesora Jurídica

Transcriptor- Proyecto: **D. Adames**

Revisó: **Ligia R.**

Aprobó: **Zully A.**

Ruta electrónica: C:\Users\Usuario\Dropbox\Ministerio del Trabajo-Grupo de Consultas\2017\Enero\Enero semana 4\103719 Terminación contrato laboral con trabajador en estado de incapacidad anónimo.docx