

08SE2024120300000008842

27/02/2024

Bogotá D.C.,

Señor(a)

ASUNTO: Respuesta Radicado No. 02EE2024410600000004253 de 2024 - Terminación de Contrato de Trabajador Incapacitado – Fuero de Estabilidad Laboral Reforzada

Respetado (a) Señor (a):

Dando ampliación a la respuesta ya dada por parte de esta oficina jurídica a su consulta mediante la cual requiere concepto Jurídico respecto de:

“teniendo en cuenta la protección que se le brinda a los trabajadores en Colombia, quisiera saber como puedo proceder a realizar una denuncia ante esta entidad (ministerio de trabajo) de un trabajador que este abusando del derecho y una vez demostrado dicha condición como puedo proceder para la terminación del contrato. actualmente las empresas tienen un problema inmenso y es la estabilidad laboral reforzada la cual tiene dos componentes aquellos que tiene n una condición de salud que avala la estabilidad y aquellos que crean dicha condición de salud con citas por eps y comentando ante médicos, sobre todo en aspectos psicológicos, síntomas inexistentes con lo cual sesgan el ejercicio medico y este procede a instaurar tratamientos médicos sin ser necesarios y llegan frecuentemente hasta restricciones laborales con lo cual se instaura la estabilidad laboral reforzada. ejemplos: personas que no tiene ninguna condición de salud pero consultan al medico quien deja tratamiento farmacológico incapacidad y recomendaciones medico laborales logrando asi que se disminuya su carga laboral y goce de estabilidad laboral; persona que teniendo una condición de salud decide por voluntad propia abandonar dicho tratamiento, no asistir a las valoraciones medicas, lo que repercute en su recuperación y rehabilitación obteniendo una estabilidad laboral reforzada por el tiempo que dure dicha condición y dejando al empleador sin opciones de que recupere el cargo o las actividades para las que fue contratado y no poder tomar ninguna decisión; persona que aprovecha su aparente condición de salud para gozar de restricciones medicas laborales durante su jornada laboral pero una vez sale realiza actividades de su vida cotidiana incluyendo actividades deportivas y recreativas que con la condición que dice tener seria imposible realizar. asi como estos ejemplos anteriores hay muchos y en otras condiciones que están aprovechando los vacios en el sistema de salud para acogerse a fueros de salud generando estabilidad laboral reforzada. dicho lo anterior solicito de una manera muy comedida puedan ilustrarme como puedo establecer un plan de acción para trabajadores que estén abusando del derecho” (sic)

Esta Oficina se permite de manera atenta, atender sus interrogantes, mediante las siguientes consideraciones generales:

Alcance de los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica:

Antes de dar trámite a su consulta es de aclararle que esta Oficina Asesora Jurídica solo estaría habilitada para **emitir conceptos generales y abstractos** en relación con las normas y materias que son competencia de este Ministerio, de conformidad con el Artículo 8° del Decreto 4108 de 2011 y por ende **no le es posible realizar declaraciones de carácter particular y concreto**. De igual manera, el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el art. 41 del D.L. 2351 de 1965, modificado por el art. 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.

Así las cosas, este Despacho no se pronuncia sobre casos puntuales, sino que se manifiesta respecto del asunto jurídico consultado en abstracto, fundamentándose en la legislación laboral vigente de derecho del trabajo individual – trabajadores particulares - y colectivo – trabajadores particulares / oficiales y empleados públicos, según aplique en el evento.

Frente al caso en concreto:

De conformidad con el Artículo 13 de la Constitución le corresponde al Estado propiciar las condiciones para lograr que el mandato de igualdad sea real y efectivo, especialmente para que las personas que de acuerdo a su condición económica, física o mental se encuentren en estado de debilidad manifiesta, tengan una especial protección. Así mismo, el Artículo 53 de la Carta Política establece una protección general de la estabilidad laboral de los trabajadores, reforzada cuando el trabajador es una persona que, por sus condiciones particulares, en ese sentido, la Corte Constitucional ha desarrollado el concepto de igualdad en las relaciones laborales de la siguiente manera:

"(...) el llamado expreso de la norma superior a que las relaciones entre las personas se desarrollen bajo el principio de la solidaridad, debe extenderse a aquellas de carácter laboral. En ese sentido, las relaciones laborales deben respetar principios constitucionales que, como el de solidaridad, permiten a las partes reconocerse entre sí, como sujetos de derechos constitucionales fundamentales, que quieren desarrollar su plan de vida en condiciones mínimas de dignidad, y que para hacerlo, requieren apoyo del Estado y de los demás particulares, especialmente, en aquellas situaciones en las que las desigualdad material, la debilidad física o mental, o la falta de oportunidades, les imponen obstáculos mayores en la consecución de sus metas."

Por lo tanto, es importante señalar que la legislación laboral establece en favor de los trabajadores con discapacidad o incapacitados una protección especial que atiende a su especial condición de salud, dando una estabilidad reforzada (fuero de salud), a dichos trabajadores para la permanencia en sus trabajos, que esta estabilidad obedece a la desigualdad o debilidad del trabajador discapacitado o incapacitado 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 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.

Frente a lo solicitado el Ministerio de trabajo, no cuenta con las competencias para poder determinar si existe "abuso del derecho" tal como lo plantea en su escrito, referente a la declaración de derechos o dirimir controversias por expresa prohibición del artículo 486 del CST.

Sin embargo, el Ministerio de Salud y protección social, ha emitido el concepto No 201811601078611 referente al tema, y dentro del mismo ha señalado lo siguiente:

"En primer lugar y con el fin de dar respuesta a sus preguntas, vale pena traer en cita lo dispuesto en los artículos 2.2.3.4.1 y 2.2.3.4.2 (sic) del Decreto 780 de 2016, frente a las situaciones de abuso del derecho, así:

"Artículo 2.2.3.7.1. Situaciones de abuso del derecho.

Constitúyanse como abuso del derecho las siguientes conductas:

- 1. Cuando se establezca por parte de la EPS o EOC que el cotizante no ha seguido el tratamiento y terapias ordenadas por el médico tratante, no asista a las valoraciones, exámenes y controles o no cumpla con los procedimientos y recomendaciones necesarios para su rehabilitación en al menos el 30% de las situaciones descritas.*
- 2. Cuando el cotizante no asista a los exámenes y valoraciones para determinar la pérdida de capacidad laboral.*
- 3. Cuando se detecte presunta alteración o posible fraude en alguna de las etapas del curso de la incapacidad, para lo cual el caso se pondrá en conocimiento de las autoridades competentes, quedando obligado a ello quien detecte tal situación.*
- 4. La comisión por parte del usuario de actos o conductas presuntamente contrarias a la ley relacionadas con su estado de salud.*

5. Cuando se detecte fraude al otorgar la certificación de incapacidad
6. Cuando se detecte que el cotizante busca el reconocimiento y pago de la incapacidad tanto en la EPS-EOC como en la ARL por la misma causa, generando un doble cobro al Sistema General de Seguridad Social en Salud.
7. Cuando se efectúen cobros al Sistema General de Seguridad Social en Salud con datos falsos.

8. Cuando se detecte durante el tiempo de incapacidad que el cotizante se encuentra emprendiendo una actividad alterna que le impide su recuperación y de la cual deriva ingresos.

Parágrafo 1. Las conductas descritas en los numerales 1, 2 Y 6 deberán ser resueltas por la EPS o EOC, y las correspondientes a los numerales 3, 4, 5 Y 7 serán puestas en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, aportando las pruebas con que cuenta, a fin de determinar la posible existencia de hechos punibles y su eventual traslado a la Jurisdicción Penal.

Parágrafo 2. La conducta prevista en el numeral 8 deberá ser puesta en conocimiento de la EPS por parte del empleador, a quien le corresponderá aportar las pruebas que pretenda hacer valer”.

"Artículo 2.2.3.7.2. Procedimiento administrativo frente al abuso del derecho en incapacidades por enfermedad general de origen común. Una vez la EPS o EOC detecte que el cotizante no ha seguido el tratamiento, no ha asistido a las terapias, valoraciones, exámenes y controles ordenados o no ha cumplido con los procedimientos y recomendaciones necesarios para su rehabilitación, en un porcentaje como mínimo del 30%, enviará comunicación al usuario indicándole la situación evidenciada e invitándolo a que, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de esta, dé las explicaciones correspondientes.

Igual procedimiento se adelantará respecto de las conductas descritas en los numerales 2 y 6 del artículo anterior, debiendo en este último caso remitir comunicación a la ARL del afiliado, señalando la situación detectada y las acciones adelantadas.

Tratándose de la conducta descrita en el numeral 8, una vez sea informada la EPS por parte del empleador, aportando las pruebas en que fundamente tal afirmación, enviará comunicación al usuario indicándole la situación evidenciada e invitándolo a que, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de esta, dé las explicaciones

correspondientes.

(...)

En cuanto a sus preguntas 1, 2 y 3, vale la pena indicar, que el Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud, establece que las Entidades Promotoras de Salud – EPS o Entidades Obligadas a Compensar – EOC, una vez detecten que el cotizante está incurriendo en alguna de las causales de abuso del derecho, iniciaran el procedimiento administrativo descrito en el artículo 2.2.3.4.2, del Decreto 780, sin que allí se haga alusión a la forma como las entidades mencionadas, pueden conocer el acaecimiento de las situaciones constitutivas de abuso del derecho.

Por lo anterior, consideramos que si el empleador tiene conocimiento de que el cotizante (trabajador), ha incurrido en alguna de las causales descritas en los numerales 1, 2 y 6, podrá poner a consideración de las EPS o EOC dichos eventos, con el fin de que se inicie el procedimiento administrativo que describe el artículo 2.2.3.4.2, del Decreto 780 de 2016.

Ahora bien, en el caso de que el empleador conozca que el cotizante está inmerso en alguna de las causales de los numerales 3, 4, 5 y 7, del artículo 2.2.3.4.1 del Decreto 780 de 2016, de acuerdo a lo establecido en el parágrafo 1 ibídem, dicho evento deberá ser puesto en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, junto con las pruebas que posea, con el fin de que dicho organismo determine la posible existencia de hechos punibles.

Ahora bien, en cuanto a los requisitos para que el empleador pueda poner en conocimiento de las entidades y/o autoridades competentes las situaciones de abuso del derecho contenidas en los numerales 1 a 7, las cuales son objeto de consulta, debe precisarse que la norma no trae consigo algún procedimiento y/o requisito específico, por lo que esta dirección mal haría en establecer alguno vía concepto.

(...)

Por otro lado, 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 del Trabajo validara si realmente la causa por la cual se termina dicho contrato es, por la causa objetiva o la justa causa; o si por el contrario obedece a la condición de discapacidad o limitación del trabajador.

La ley 361 de 1997, de solicitar previamente la autorización de terminación del contrato de trabajo, ante la autoridad administrativa, la Corte Suprema de Justicia, ha determinado que, esta obligación impuesta al empleador que desea dar por terminada una relación laboral con un trabajador amparado por el fuero de estabilidad laboral, es necesaria solo en aquellos casos en los cuales, el empleador va a terminar el contrato de trabajo sin justa causa, pues en estos casos, operaria la presunción de discriminación consagrada en la ley en mención, lo cual fue reiterado en sentencia del 22 de julio de 2020, magistrado ponente Omar Angel Mejia Amador, en los siguientes términos:

"La Sala ha explicado, que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, protege a las personas en condición de discapacidad, para que no puedan ser despedidas o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie la autorización del Ministerio de la Protección Social."

En otros términos, que el empleador puede acudir al despido unilateral y sin justa causa, como mecanismo de libertad contractual y empresarial en el manejo de su negocio, pero en tratándose de trabajadores en situación de discapacidad, debe contar con la autorización de la autoridad del trabajo, de lo contrario, su decisión se torna ineficaz, precisando, que esa revisión por un tercero en su calidad de autoridad administrativa, se circunscribe a aquellos eventos en que el desarrollo de las actividades sea incompatible e insuperable con el cargo desempeñado o con otro existente en la empresa, pues lo que se busca con esta protección, no es que dichos trabajadores tengan un derecho a perpetuidad a permanecer en el empleo, sino el derecho a seguir en él hasta tanto exista una causa objetiva que conduzca a su retiro; pero si la terminación del vínculo es por cuenta de una justa causa, y por tanto, ella se acredita, queda enervada la presunción discriminatoria contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, porque se soporta en una razón objetiva. (CSJ SL2548-2019, CSJ SL260- 2019 y CSJ SL1360-2018). Sentencia CSJ SL 5181-2019"

De conformidad con lo expuesto por la alta corporación, cuando el contrato de trabajo con un empleado amparado por el fuero de estabilidad termina al configurarse una justa causa, no es necesaria la determinar la necesidad de contar con la respectiva autorización en cada caso. autorización de la autoridad de policía administrativa en materia laboral, pues en dicho caso, se rompe la

presunción del nexo causal entre la disminución de la capacidad laboral del trabajador para desarrollar sus actividades al interior de una empresa y la terminación de su contrato.

Cabe resaltar que el Inspector de Trabajo y los funcionarios de instancia para el efecto, establece las competencias, entre las que se encuentra el trámite de la solicitud de autorización para desvincular a un trabajador con fuero de estabilidad laboral reforzada por padecimientos de salud, actúan dentro sus competencias, impedidos para adentrarse en la órbita de competencia del Juez, careciendo de la facultad de para declarar derechos individuales o dirimir controversias laborales, pues es competencia exclusiva y excluyente del Juez, vedada a los Funcionarios de esta Cartera Ministerial.

Para más información, se invita a consultar nuestra página web www.mintrabajo.gov.co, en donde entre otros aspectos de interés, se encuentra tanto la normatividad laboral como los conceptos institucionales, los cuales servirán de guía para solventar sus dudas en esta materia.

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 1° 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, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

(FIRMADO EN EL ORIGINAL)

MARISOL PORRAS MENDEZ

Coordinadora

Grupo de Atención de Consultas en Materia Laboral

Oficina Asesora Jurídica

Elaboró:

Diana Umaña Otalora
Inspector de Trabajo
Oficina Asesora Jurídica

Revisó:

Javier Mauricio Muñoz
Contratista
Grupo de Atención de Consultas
en Materia Laboral
Oficina Asesora Jurídica

Aprobó:

Javier Mauricio Muñoz
Contratista.
Grupo de Atención de Consultas
en Materia Laboral
Oficina Asesora Jurídica