



1200000

20683-5

Bogotá D.C.

21 OCT. 2013

URGENTE

ASUNTO: Radicado 171967
Laboral Individual- Despido

Respetado señor Espinosa:

De manera atenta, damos respuesta a su comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual consulta sobre despido de trabajador discapacitado y sobre la pensión de alto riesgo, en los siguientes términos:

Para la terminación del contrato de trabajo de un trabajador con una discapacidad o una calificación de pérdida de capacidad laboral, 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. 20. 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. (...)"

Ahora bien, frente al despido con justa, la sentencia que declara la inexequibilidad del Artículo 137 del Decreto 019 del 2012, se remitió a la sentencia C- 531 de 2000, señalando lo siguiente:

"Así, se indicó que la estabilidad laboral reforzada de las personas con alguna discapacidad, constituye un derecho constitucional, que comporta la garantía de acceder a un empleo, permanecer en él y gozar de estabilidad, "mientras no exista una causal justificativa del despido". Al respecto, en el fallo C-531 de 2000 esta corporación indicó (no está en negrilla en el texto original):

"Para la consecución de esos fines, la efectividad del ejercicio del derecho al trabajo, como ocurre para cualquier otro trabajador, está sometida a la vigencia directa en las relaciones laborales de unos principios mínimos fundamentales establecidos en el artículo 53 de la Carta Política. Cuando la parte trabajadora de dicha relación está conformada por un discapacitado, uno de ellos adquiere principal prevalencia, como es el principio a la estabilidad en el empleo, es decir a permanecer en él y de gozar de cierta seguridad en la continuidad del vínculo laboral contraído, mientras no exista una causal justificativa del despido, como consecuencia de la protección especial laboral de la cual se viene hablando con respecto a este grupo de personas.

Tal seguridad ha sido identificada como una 'estabilidad laboral reforzada' que a la vez constituye un derecho constitucional, igualmente predicable de otros grupos sociales como sucede con las mujeres embarazadas y los trabajadores aforados..."

En esa decisión se puntualizó que la legislación laboral no puede apartarse de las garantías consagradas para los discapacitados: "Con esa estabilidad laboral reforzada se garantiza la permanencia en el empleo del discapacitado luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral. Para tal fin deberán adelantarse los programas de rehabilitación y capacitación necesarios que le 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 tenga por fundamento la disminución física, mental o psicológica." (Negrilla original de la sentencia.)

En ese fallo, ampliamente citado por su pertinencia, se explicó que si la organización jurídica y política colombiana se dirige a la protección de las personas que presentan una debilidad manifiesta, toda relación laboral debe reflejar también esos contenidos, para así hacer efectivos los principios superiores de dignidad humana, solidaridad, trabajo y estabilidad reforzada.



Así, luego de recordar contenidos normativos comprendidos en algunos instrumentos internacionales y en el ordenamiento interno, se expresó que esas disposiciones exigen una protección real de las personas discapacitadas, "para que permanezca en su empleo y prosperen gracias a un compromiso real y colectivo de ofrecerles la adecuada reintegración social".

Se concluyó entonces que el requerimiento de la autorización de Ministerio, previamente al despido o terminación del contrato "debe entenderse como una intervención de la autoridad pública encargada de promover y garantizar el derecho al trabajo según el ordenamiento jurídico nacional e internacional vigente sobre estas materias, para corroborar la situación fáctica que describe dicha causal legal de despido y proteger así al trabajador".

De la interpretación de la sentencia C- 744 del veintiséis (26) de septiembre de 2012, esta oficina concluye que si bien el contrato de trabajo se puede dar por terminado con fundamento en las diferentes causales de retiro que trate la ley para empleados públicos o privados. La empresa debe solicitar al Inspector del Trabajo de este Ministerio, el permiso para que autorice la terminación unilateral del contrato laboral, con los soportes documentales que justifiquen el despido argumentando la justa causa, de forma tal que se tenga la certeza que el despido no obedece a la discapacidad del trabajador.

Respecto de la pensión de vejez en actividades de alto riesgo, nos permitimos manifestar que la legislación de seguridad social no contempló el reconocimiento de sumas de dinero o prestaciones económicas adicionales a la pensión de vejez, la cual fue establecida para que quienes laboren en actividades de alto riesgo, puedan pensionarse, bajo el cumplimiento de los requisitos especiales señalados en la Ley.

En efecto, la Ley 797 de 2003 concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República, para expedir o modificar las normas relacionadas con el régimen legal para los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo y en particular, para modificar y dictar las normas sobre condiciones, requisitos y beneficios, así como para establecer un ajuste a las tasas de cotización, hasta en 10 puntos a cargo del empleador.

En uso de esas precisas facultades, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2090 de 2003, aplicable a todos los trabajadores que laboren en actividades consideradas de alto riesgo para la salud, en los términos que definió el Artículo 1°:

"Artículo 1°. Definición y campo de aplicación. El presente decreto se aplica a todos los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, entendiendo por actividades de alto riesgo aquellas en las cuales la labor desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo."

Igualmente, la norma ibidem definió cuáles actividades son clasificadas como de alto riesgo para la salud del trabajador, así:

"Artículo 2°. Actividades de alto riesgo para la salud del trabajador. Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:

1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos.



2. Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional.
3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes.
4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.
5. En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes.
6. En los Cuerpos de Bomberos, la actividad relacionada con la función específica de actuar en operaciones de extinción de incendios.
7. En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública."

Como puede observarse, las personas que se dedican a labores que la disposición señala de manera expresa, son considerados trabajadores de actividades de alto riesgo, y en consecuencia, tendrían derecho a acceder a una pensión especial de vejez, siempre y cuando se cumpla con la cotización especial en ella establecida.

Así las cosas, se reglamentó una pensión especial de vejez propia del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para quienes comprueben haber laborado en alguna de las actividades consideradas como de alto riesgo, siempre que se hayan efectuado las cotizaciones especiales, esto es, la general, más 10 puntos adicionales, de acuerdo con la nueva disposición y a cargo del empleador, las cuales no pueden ser retroactivas, en los términos del Artículo 5° del citado Decreto:

"MONTO DE LA COTIZACIÓN ESPECIAL. El monto de la cotización especial para las actividades de alto riesgo es el previsto en la Ley 100 de 1993, más diez (10) punto adicionales a cargo del empleador"

Al respecto, el Artículo 4° del Decreto 2090 de 2003 establece que para tener derecho a la pensión especial de vejez, se requiere:

1. Haber cotizado por lo menos 1.000 semanas, 700 de las cuales deben haberse pagado con las cotizaciones especiales precitadas.
2. Tener 55 años de edad.

En conclusión, para que un afiliado pueda tener derecho a la pensión especial de vejez, debe haber pagado como mínimo 700 semanas (14 años) con la cotización especial, la cual se empezó a exigir desde el año 1994.



No obstante, debe señalarse que el régimen de pensiones especiales para las actividades de alto riesgo previstos por el Decreto ibídem, sólo cubrirá a los trabajadores vinculados a las mismas hasta el 31 de diciembre del año 2014 (art. 8°).

En caso de no haberse efectuado las cotizaciones en los términos señalados, el sistema no la reconoce como pensión especial, y tales tiempos se computarían para efectos de acceder a la pensión general de vejez, en los términos del Parágrafo 1° del Artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

La presente consulta se absuelve en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 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,

MYRIAM SALAZAR CONTRERAS
Coordinadora Grupo de Apoyo Jurídico, Normativo y de Consultas
Oficina Asesora Jurídica

Impreso: Karen D. 19-05-2013
Usuario: Dra. Myriam C.
C:\Users\Karen\Desktop\CONCEPTOS 2013 MINMAYOTERCERA ENTREGA MAYO\Radicado 171967- despido incapacitado-pension alto riesgo-Jose Obirre.docx