Bogotá D.C.,

Señora:

Asunto: Radicado **08SI2020716808100000047** de febrero de 2020
Autorización de Despido Trabajadores por Reorganización Empresarial con Estabilidad Laboral Ocupacional y Trabajadora con Fuero de Maternidad.

Respetada Señora:

Hemos recibido traslado por parte de la Dirección Territorial de Barrancabermeja de este Ministerio con el fin de atender las dos inquietudes formuladas en la parte final su escrito, mediante la cual solicita concepto jurídico sobre viabilidad de dar por terminado el contrato laboral sin autorización, debido a una reorganización de la empresa de dos de sus trabajadores con situaciones de recomendación médica y fuero materno., motivo por el cual 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 mismo es importante dejar claro al consultante, que el derecho de petición de rango constitucional supone para el Estado la obligación de responder las peticiones que se formulen, pero no obliga a hacerlo en el sentido que quiera el interesado, por lo que **el derecho de petición no supone que la Administración deba acceder a pedido, tal y como lo ha mencionado reiteradamente la Corte Constitucional** en extensa jurisprudencia la respuesta a las consultas están al margen de que la respuesta sea favorable o no al consultante, pues no necesariamente se debe acceder a lo pedido. (Sentencia T-139/17).

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, esta oficina haciendo uso de la función orientadora en materia de relaciones laborales, procederá a emitir el concepto conforme a la posición que tiene este Ministerio respecto el tema planteado en su consulta mediante las siguientes apreciaciones:

Frente al caso en concreto:

En principio es importante aclarar, que la única excepción para que el empleador no solicite autorización de despido al Ministerio del Trabajo en situaciones como las mencionadas en su consulta es cuando la empresa entra en proceso de liquidación o disolución tal como lo dispone el artículo 50 de la Ley 1116 del año 2006 que establece:

> ***"Ley 1116 de 2006 artículo 50:*** *EFECTOS DE LA APERTURA DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN JUDICIAL. La declaración judicial del proceso de liquidación judicial produce:// (…)5. La terminación de los contratos de trabajo, con el correspondiente pago de las indemnizaciones a favor de los trabajadores, de conformidad con lo previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, para lo cual no será necesaria autorización administrativa o judicial alguna quedando sujetas a las reglas del concurso, las obligaciones derivadas de dicha finalización sin perjuicio de las preferencias y prelaciones que les correspondan"*
>
> *6. Disponer la remisión de una copia de la providencia de apertura del proceso de liquidación judicial al Ministerio de la Protección Social, con el propósito de velar por el cumplimiento de las obligaciones laborales".*

El citado artículo fue reglamentado por el Decreto 1910 de 2009 así:

> *"**ARTÍCULO 6o. TERMINACIÓN DE CONTRATOS**. **<Artículo compilado en el artículo 2.2.2.15.1.6 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1074 de 2015>** En ejercicio de las facultades otorgadas al Agente Interventor, en especial la establecida en el numeral 12 del artículo 9o del Decreto 4334 de 2008, este podrá terminar, entre otros, los contratos de trabajo, sin desmedro del derecho a las indemnizaciones a favor de los trabajadores, de conformidad con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, para lo cual, en aplicación de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, no se requerirá autorización administrativa o judicial alguna, quedando dichos derechos como acreencias sujetas a las reglas del concurso liquidatorio".*

Al resolver sobre la exequibilidad del numeral 5º del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, la Corte Constitucional, en la sentencia C-071 de 2010, consideró que:

"31. El demandante parece entender que la garantía de estabilidad laboral comporta la inamovilidad absoluta del trabajador particular, hasta el momento en que expire de manera definitiva la liquidación; sin embargo, tal como lo ha destacado la jurisprudencia, tanto el patrono como el empleado, y desde luego el juez, pueden dar por terminadas las relaciones laborales, siempre que se respeten los derechos de los trabajadores.

Respecto del contenido normativo acusado advierte la Sala que la configuración de la medida allí prevista respeta las salvaguardas que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación y el derecho internacional (Art. 11 del Convenio 95 de la OIT) se deben tener en cuenta cuando se acude a la terminación colectiva de los contratos de trabajo, dentro de los procesos de insolvencia empresarial, como estrategia para la protección del crédito y el patrimonio del deudor. En este sentido, la calificación de los trabajadores como acreedores, y de sus acreencias como preferentes o privilegiadas, en vez de entrañar una vulneración a sus derechos, constituye la garantía para el pago de sus salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, en el marco de la situación crítica por la que atraviesa la empresa.

Estas medidas de protección se complementan con el reconocimiento del derecho de los trabajadores a ser indemnizados, de conformidad con la ley sustantiva laboral, bajo la concepción que la terminación del contrato por decisión del juez del concurso, no constituye una justa causa para la culminación de la relación laboral.

32. El fenómeno que la norma acusada prevé, no responde a una situación de despido colectivo de trabajadores (fundamentos 16 a 22), como parece entenderlo el demandante, hipótesis que reclamaría la autorización previa del Ministerio de la Protección Social. Se trata de una decisión que no se origina en la voluntad unilateral del patrono de poner fin de manera selectiva a determinadas relaciones laborales, sino en la constatación de la autoridad jurisdiccional sobre el estado de insolvencia por el que atraviesa el empleador, corroboración guiada por el propósito de proteger el crédito – privilegiando el laboral –, con miras a un aprovechamiento racional del patrimonio del deudor.

***Como quiera, que se trata de una situación jurídica distinta, que posee sus propios mecanismos de control, no es admisible como lo sugiere el demandante, que se condicione la decisión de terminación contractual a una autorización judicial o administrativa previa de las autoridades laborales**. La ley establece para esta hipótesis controles más rigurosos, en la medida que somete el trámite a un procedimiento de naturaleza jurisdiccional, y al seguimiento por parte del Ministerio de la Protección Social (Num. 6° Art. 50). Por estas razones, tampoco se advierte vulneración del debido proceso (Art. 29), dado*

que la autorización del ministerio del ramo no es el único mecanismo plausible de control de la decisión de dar por terminada una pluralidad de relaciones laborales. El legislador optó por prever la intervención directa de la autoridad judicial, y el seguimiento por parte de la autoridad administrativa laboral, mecanismos que garantizan una adecuada supervisión de los derechos de los trabajadores.

33. De esta manera se asegura que la extrema determinación de poner fin a la totalidad de los contratos laborales desde la declaratoria de la liquidación judicial, esté precedida de un análisis detenido por parte de la autoridad judicial del concurso acerca de las causas crediticias, financieras y operacionales que justifican tal medida, y que se adopten estrategias encaminadas a garantizar, luego de los infructuosos esfuerzos de salvamento que desembocaron en la disolución de la empresa, que las acreencias de los trabajadores serán satisfechas de manera prioritaria.

34. ***En conclusión, la norma que dispone la terminación de los contratos laborales como consecuencia de la declaratoria judicial de liquidación, en el marco de un proceso de insolvencia empresarial, no vulnera la protección constitucional que se brinda al derecho al trabajo (Art. 25, 53 y preámbulo), ni el debido proceso (Art. 29), en razón a que se trata de una medida que no obedece a la voluntad omnímoda e incontrolada del empleador. Por el contrario, se encuentra justificada en razones fundadas en la necesidad de proteger el crédito y de propiciar un mejor aprovechamiento de los activos en beneficio de todos los acreedores.*** *De manera concurrente, se contemplan mecanismos de compensación como la indemnización causada en razón a que la terminación contractual se origina en motivo no imputable al trabajador. Adicionalmente, los créditos laborales están rodeados de salvaguardas como la prelación que se les reconoce en el proceso de calificación y graduación; y finalmente, se trata de una medida sometida a supervisión judicial y seguimiento por parte del Ministerio de la Protección Social".*

En virtud de lo expuesto, la Corte Constitucional consideró que la calificación de los trabajadores como acreedores, y de sus acreencias como preferentes o privilegiadas, son garantías que se complementan con el reconocimiento del derecho de los trabajadores a ser indemnizados, de conformidad con la ley sustantiva laboral, bajo la concepción que la terminación del contrato por decisión del juez del concurso, no constituye una justa causa para la culminación de la relación laboral.

En esa medida, la terminación de los contratos de trabajo no se efectúa de manera selectiva o discriminatoria, **sino en la constatación de la autoridad jurisdiccional** sobre el estado de insolvencia por el que atraviesa el empleador, **por lo que la terminación contractual no se condiciona a una autorización judicial o administrativa previa de las autoridades laborales**. Habida cuenta que el

proceso de insolvencia, en el que se da por terminada la totalidad de las relaciones laborales, **es llevado a cabo por una autoridad jurisdiccional (el juez del concurso) y el seguimiento del Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio del Trabajo.**

Era necesario, hacer las anteriores precisiones ya que como indicamos inicialmente se aplica la excepción de solicitar la autorización al Ministerio de Trabajo si la empresa se encuentra en liquidación o cierre definitivo decretado por medio de sentencia judicial, caso contrario, tratándose de una reorganización empresarial, deberá efectuar el respectivo tramite de autorización de despido, motivo por el cual nos permitimos aclarar lo siguiente:

Estabilidad Ocupacional Reforzada y Autorización para Terminación del Contrato Laboral:

Por otra parte respecto de un **trabajador con estabilidad ocupacional** reforzada es de anotar 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.

La Ley 1618 de 2013, *"por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad"*, en su artículo 2, estableció la siguiente definición:

> *"**ARTÍCULO 2o. DEFINICIONES**. Para efectos de la presente ley, se definen los siguientes conceptos:*
>
> *Personas con y/o en situación de discapacidad: Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. (…)".*

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

> ***"Artículo 26º.-** Modificado por el artículo. 137, Decreto Nacional 019 de 2012. 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.***

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."*

Que para la aplicación la estabilidad laboral reforzada regulada en la anterior norma cita, la Corte Constitucional en sentencia SU 049 de 2017 establece que:

> *El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación* ***en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.*** *La estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, interpretado conforme a la Constitución, incluso en el contexto de una relación contractual de prestación de servicios, cuyo contratista sea una persona que no tenga calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.*

De lo anterior se puede interpretar, que la estabilidad laboral reforzada regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se debe aplicar indistintamente si el trabajador cuenta o no con la certificación que acredite el porcentaje en que ha perdido su fuerza laboral y para poder dar por terminado el contrato de un trabajador en estado de debilidad manifiesta, el empleador deberá solicitar previamente a la **Dirección Territorial correspondiente del Ministerio del Trabajo**, con los soportes documentales que justifiquen el mismo, y donde se demuestre la imposibilidad de reubicarlo como lo indica el Articulo 8 de 776 de 2002; en caso de incumplimiento del requisito señalado, el trabajador tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar.

Se concluye por tanto, que el empleador debe solicitar autorización ante el Ministerio del Trabajo en tres situaciones: la primera cuando el estado de salud del trabajador en el que haya quedado después de ocurrida la contingencia y su evolución, dificulte o impida la realización del trabajo en condiciones regulares, la segunda cuando exista justa causal de despido y la tercera cuando haya una causal objetiva, como el vencimiento del plazo pactado, en el contrato, caso en el cual debe demostrar que el estado de

debilidad manifiesta no es la causal de solicitud de permiso, sino la causal objetiva de terminación del contrato, porque el fuero de estabilidad lo que protege Constitucionalmente, es del derecho al trabajo.

Estabilidad Laboral por Fuero Materno:

En principio, es importante recordar que si la trabajadora se encuentra embarazada, es necesario tener en cuenta que los artículos 239 (modificado por el artículo 2º de la ley 1822 de 2017), 240 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo establecen la protección especial a la maternidad, prohibiendo despedir a la trabajadora por motivo de embarazo, regulando la nulidad del despido y las indemnizaciones correspondientes si se incumpliera con dicha prohibición, de la siguiente forma:

> *"**ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPIDO.** <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1822 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:>*
>
> *1. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa.*
> ***2. Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto.***
> *3. Las trabajadoras que trata el numeral uno (1) de este artículo, que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tendrán derecho al pago adicional de una indemnización igual a sesenta (60) días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo.*
> *4. En el caso de la mujer trabajadora que por alguna razón excepcional no disfrute de la semana preparto obligatoria, y/o de algunas de las diecisiete (17) semanas de descanso, tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia. En caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término.".* (Negrita y subrayado fuera de texto
>
> *"**ARTICULO 241. NULIDAD DEL DESPIDO.** <Artículo modificado por el artículo 8o. del Decreto 13 de 1967. El nuevo texto es el siguiente:>*
>
> 1. *El empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando delos descansos remunerados de que trata este capítulo, o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto.*

2. No producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales períodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionados".

Con fundamento en lo anterior, el artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo establece el **procedimiento y los requisitos para despedir a una trabajadora en estado de embarazo** o los tres meses posteriores al parto, así:

*"**ARTICULO 240. PERMISO PARA DESPEDIR.***

1. Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el {empleador} necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario.

1. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene el {empleador} para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículo 62 y63. Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes.

2. Cuando sea un Alcalde Municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el Inspector del Trabajo residente en el lugar más cercano".

En este mismo sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia C - 470 de septiembre 25 de 1997, ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, manifestó:

*"(...) Así, **para que pueda haber en estos casos una terminación de contrato, es necesario que se obtenga el permiso previo del funcionario del trabajo**, tal y como lo prevé el artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual debe determinar si existe o no la justa causa, tal y como lo ordena la ley. Además, se entiende que, como lo dice la sentencia C - 710 de 1996, "la intervención del inspector en ningún momento desplaza al juez, quien asumirá, si a ello hay lugar, el conocimiento del litigio que se trabe para determinar si realmente hubo la justa causa invocada por el patrono". En tales circunstancias, si el patrono no cumple esos requisitos, entonces el supuesto despido no produce ninguna consecuencia jurídica, lo cual significa que la relación de trabajo se mantiene. La trabajadora sigue entonces bajo las órdenes del patrono, aun cuando éste no utilice sus servicios, por lo cual la empleada*

tiene derecho a percibir los salarios y las prestaciones sociales de rigor, pudiendo recurrir para su cobro a las vías judiciales pertinentes. (...)". (Subrayado fuera de texto)

Para mayor 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,
(original firmado)

ADRIANA CALVACHI ARCINIEGAS
Coordinadora
Grupo de Atención a Consultas en Materia Laboral
Oficina Jurídica
21-05-2020

Elaboró: Marisol P : 08/05/2020 Adriana C.
Revisó y Aprobó: / Adriana C.

Ruta electrónica :C:\Users\SERVER1\Documents\Trabajo en Casa Mintrabajo\DRA. MARISOL\MAYO 2020\09-05-2020 sábado\0047- AUTORIZACION DESPIDO TRABAJADOR ESTABILIDAD OCUPACIONAL Y CON FUERO DE MATERNIDAD POR REORGANIZACION DE EMPRESA.docx