



Concepto 118126

Bogotá, D.C. 15 JUL 2014

ASUNTO: Radicado No. 87860 Reubicación laboral NO desmejora salarial

En atención a la comunicación referenciada en el asunto, por la cual consulta a este Ministerio cuál debe ser el salario de un trabajador que presenta una incapacidad permanente parcial teniendo en cuenta que su salario es variable pues fue pactado a destajo, le informo:

Alcance de los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica:

De acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 4108 de 2011, "Por el cual se modifican los objetivos y la estructura de/Ministerio del Trabajo y se integra el Sector Administrativo del Trabajo", esta Oficina Asesora Jurídica no ostenta la competencia de dirimir controversias ni declarar derechos, pues, esto le compete a los honorables Jueces de la República, y los conceptos emitidos tendrán carácter meramente orientador más no de obligatorio cumplimiento.

Consideraciones

La reubicación laboral puede derivarse de un período de incapacidad temporal de origen laboral o según orden del profesional de la salud especialista en Medicina Laboral, cuando ya el trabajador ha recuperado su capacidad para regresar a la empresa a cumplir con sus funciones o ha sido dictaminado con una incapacidad permanente parcial, por lo que, su empleador lo debe reincorporar al cargo que desempeñaba antes del inicio de la incapacidad o en cualquier otro en el cual pueda prestar sus servicios.

Al respecto, el Decreto 2351 de 1965, modificatorio del Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 16 determina:

"Reinstalación en el empleo. 1. Al terminar el período de incapacidad temporal, los patronos están obligados:

- a) A reinstalar a los trabajadores en los cargos que desempeñaban si recuperan su capacidad de trabajo. 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;
- b) A proporcionarle a los trabajadores incapacitados parcialmente un trabajo compatible con sus aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios.
- c) El Incumplimiento de estas disposiciones se considerará como un despido injustificado". (Subrayado fuera de texto original)

Las disposiciones enunciadas, son concordantes con lo establecido en los artículos 16 y 17 del Decreto 2177 de 1989, que a la letra señalan:

"Artículo 16. Todos los patronos públicos o privados están obligados a reincorporar a los trabajadores inválidos, en los cargos que desempeñaban antes de producirse la invalidez si recupera su capacidad de trabajo, en términos del Código Sustantivo del Trabajo. La existencia de una incapacidad permanente parcial no será obstáculo para la reincorporación, si los dictámenes médicos determinan que el trabajador puede continuar desempeñándolo. (Subraya texto)



Artículo 17. *A los trabajadores de los sectores públicos y privado que, según concepto de la seguridad competente de salud ocupacional o quien haga las veces en la respectiva entidad de seguridad o previsión social o medicina del trabajo, en caso de no existir afiliación a dichas instituciones, se encuentren en estado de invalidez física, sensorial o mental, para desempeñar las funciones propias del empleo de que sean titulares del empleo y la incapacidad no origine e/ reconocimiento de pensión de invalidez, se les deberán asignar funciones acordes con el tipo de limitación o trasladarlos a cargos que tengan la misma remuneración, siempre y cuando la incapacidad no impida el cumplimiento de las nuevas funciones ni impliquen riesgo para su integridad.* (Negritas y subrayado fuera del texto original)

De lo anterior, se infiere que para dar cumplimiento a la obligación de reubicación laboral, el trabajador debe poner en conocimiento al empleador de su estado de salud, mediante los dictámenes y recomendaciones médicas, a fin de obtener la reubicación en un cargo diferente al que ocupaba, siempre que sea compatible con sus capacidades y aptitudes. No obstante, debe aclararse que en ningún caso la reubicación laboral puede implicar el desmejoramiento de las 6-condiciones salariales inicialmente pactadas.

En adición a las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo aludidas, es pertinente mencionar que los artículos 4 y 8 de la Ley 776 de 2002, "Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales", también hacen referencia a la reincorporación al trabajo y reubicación laboral en el siguiente sentido:

"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 80. 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."

La Honorable Corte Constitucional mediante varios fallos tales como T-263 de 2009, T-960 de 2009, T-269 de 2010, y T-554 de 2010, entre otras ha indicado como criterios mínimos que deben tener en cuenta el empleador o el Juez Constitucional para determinar si la reubicación laboral es viable:

- "(i) Gozar de todos los beneficios que se desprenden de la ejecución de su trabajo;*
- (ii) Permanecer en su cargo mientras no se configure una causal objetiva que justifique su desvinculación;*
- (ii) Desempeñar trabajos y funciones acordes con sus condiciones de salud que le permitan acceder a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia;*
- (iv) Obtener su reubicación laboral en un trabajo que tenga los mismos o mayores beneficios laborales al cargo que ocupaba antes, es decir, de ninguna manera el nuevo cargo podrá derivar en la violación de su dignidad o en la afectación de su derecho fundamental al mínimo vital;*
- (v) Recibir la capacitación necesaria para el adecuado desempeño de las nuevas funciones;*



(vi) Obtener de su empleador la información necesaria en caso de que su reubicación no sea posible, a fin de que pueda formularle las soluciones que estime convenientes[13]

En conclusión, los criterios y presupuestos señalados anteriormente se encuentran afincados en el respeto de la dignidad humana y la materialización del principio de solidaridad, sumado a la necesidad de efectivizar las normas constitucionales y legales que protegen la estabilidad laboral reforzada de la población discapacitada, la cual tiene derecho a trabajar en condiciones de igualdad; lo anterior con el supremo fin de procurar disminuir el difuso proceso de exclusión y marginación que debe padecer, para así tratar de aminorar la carga que implica soportar su discapacidad." (Subrayado fuera de texto original)

En adición, la Corporación ha indicado mediante sentencia T-292 de 2011, Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, sobre el derecho a la reubicación laboral lo siguiente:

*"Esta corporación ha sostenido que en el derecho a la estabilidad laboral reforzada, cuando un trabajador se encuentre en una situación de debilidad manifiesta que le impidan desempeñar adecuadamente las funciones para las cuales fue contratado, debido a su estado de salud, tendrá derecho a la reubicación laboral. **El derecho a la reubicación laboral constituye un medio para garantizar los derechos fundamentales de los disminuidos físicos, en donde "la conservación del empleo y el ejercicio de una actividad lucrativa a pesar de los padecimientos de salud, representa para el trabajador la posibilidad de vivir dignamente y satisfacer su mínimo vital".** El derecho a la estabilidad laboral reforzada trae consigo el derecho a la reubicación, que implica la asignación en un cargo de igual o superiores beneficios laborales al que venía desempeñando, así como la capacitación para las nuevas funciones, con el ánimo de proteger los derechos fundamentales del actor."*

Teniendo en cuenta que la reubicación laboral tiene relación estrecha con la estabilidad laboral reforzada se considera importante recordar que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Convención Interamericana para la eliminación de todas formas de discriminación contra las personas con discapacidad, aprobada por la Ley 762 de 2002 y las Sentencias C-531 del 10 de mayo de 2000, T-614 de 2011, T-050 de 2011, T-529 de 2011, T-225 de 2012 de la Corte Constitucional, disposiciones normativas y jurisprudenciales que consagran el fuero de discapacidad.

En adición a la medida protectora y derecho de un trabajadora que por consecuencia de una disminución en su capacidad laboral deba ser reubicado laboralmente, debe tenerse presente que se encuentran amparados igualmente por el fuero de discapacidad, empero, antes de señalar de qué se trata el mencionado fuero, se indicará lo que entiende el legislador por discapacidad, para lo cual se citará el literal -13- del artículo 7 del Decreto 917 de 1999, el cual reza:

"Se entiende por Discapacidad toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producida por una deficiencia, y se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño y comportamiento en una actividad normal o rutinaria, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, y progresivos o regresivos. Representa la objetivación de la deficiencia y por tanto, refleja alteraciones al nivel de la persona."



Ahora bien, el fuero de discapacidad consiste en la protección especial de estabilidad laboral reforzada a la que el trabajador que padece de una discapacidad o alguna limitación física tiene derecho de acuerdo con los artículos 13, 25, 47 y 54 de la Constitución Política y de conformidad con el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 que reza:

"NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. 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.

En este sentido, el empleador está imposibilitado para despedir a un trabajador por razón de su discapacidad o limitación física, y en caso de un despido por su condición de salud, éste se considerará ineficaz. Por lo cual, debe contar con la autorización del Ministerio del Trabajo para poder despedirlo por una justa causa bien sea porque incurrió en una conducta establecida en el Reglamento Interno de Trabajo, en el Código de Higiene y Seguridad Industrial, previo agotamiento de un proceso disciplinario interno preservando el principio de un debido proceso."

Dicho en otras palabras, el despido de un trabajador por razón discriminatoria con base en su mal condición de salud encontrándose limitado o discapacitado no produce efecto jurídico alguno. Y en caso de que se quiera atender a una causa objetiva consagrada como justa que el empleador pretendiese alegar en función del despido, para que éste sea procedente, siempre debe contar con la autorización del Inspector del Trabajo.

Así pues, no es posible desmejorar en sus condiciones laborales y mucho menos despedir a un trabajador que padezca alguna disminución física o que se encuentre incapacitado parcialmente en razón a su condición de salud, pues, ello resultaría discriminatorio a la luz de la Ley 361 de 1997.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta lo expuesto, esta Oficina entendería que en el caso la reubicación laboral del trabajador aludido en el escrito de consulta conllevaría la reincorporación al trabajo iniciando labores en un cargo diferente al que previamente a la contingencia venía desempeñando cuyas funciones se adapten mejor a su estado físico y condición de salud actual.

Empero, debe resaltarse que en todo caso la reubicación laboral de un trabajador efectuada por un empleador, no podrá desmejorar el salario pactado en el contrato de trabajo vigente, pues, debe ofrecerle los mismos, iguales o superiores beneficios que antiguo cargo.

Por ende, si las partes de la relación jurídico laboral habían pacta un salario a destajo, y de otro lado el trabajador ostenta el derecho a la reubicación laboral tal como la ha indicado la jurisprudencia constitucional en aras de conservar su empleo ejerciendo una actividad lucrativa a pesar de los padecimientos de salud lo cual le representa la posibilidad de vivir dignamente y satisfacer su mínimo vital, mal podría desmejorarse la remuneración inicialmente fijada.



Así las cosas, el empleador debería realizar las modificaciones necesarias, en la planta de personal y en el contrato específicamente respecto a la modalidad del salario, para que el trabajador incapacitado permanentemente de manera parcial quien devengaba un salario a destajo antes de padecer la contingencia del caso al ser reubicado no le sea afectado su mínimo vital ni disminuya sus ingresos anteriores.

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 las respuestas dadas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,
(Firma en el documento original)

ANDREA PATRICIA CAMACHO FONSECA

Coordinadora Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia de Seguridad Social Integral
Oficina Asesora Jurídica