

\*202411601454211\*

**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **202411601454211**

Fecha: **15-08-2024**

Bogotá D.C.,

**ASUNTO:** Solicitud de concepto sobre el abuso del derecho  
Radicado Ministerio de Trabajo No. 05EE2024120300000039035  
Radicado MSPS 202442301283622

Respetada señora:

Procedente del Ministerio de Trabajo hemos recibido su comunicación del asunto, mediante la cual solicita concepto sobre los siguientes aspectos:

- *Si se constata que un empleado ha incurrido en abuso del derecho de acuerdo a los artículos 2.2.3.4.1 y 2.2.3.4.2 del Decreto 780 de 2016, pierde su estabilidad laboral reforzada?*
- *Cuáles son los mecanismos con los que cuenta el empleador ante un empleado en supuesta estabilidad laboral reforzada que jurídicamente está abusando de su derecho? Lo anterior, adicional a que la eps tiene el derecho a reponer los dineros entregados en virtud del pago de una incapacidad u otros, el empleador podría desconocer la supuesta estabilidad laboral reforzada?*

Al respecto, nos permitimos señalar:

En primer lugar y con el fin de dar respuesta a sus inquietudes, vale pena traer en cita lo dispuesto en los artículos 2.2.3.7.1 y 2.2.3.7.2 del Decreto 780 de 2016<sup>1</sup> sustituido por el Decreto 1427 de 2023<sup>2</sup> dispone lo siguiente:

**“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 entidad promotora de salud o entidad adaptada 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 el origen y la pérdida de capacidad laboral.*

<sup>1</sup> Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social

<sup>2</sup> Por el cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, se reglamentan las prestaciones económicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones

\*202411601454211\*

**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **202411601454211**

Fecha: **15-08-2024**

3. *Cuando se detecte presunta alteración o posible fraude en alguna de las etapas del curso de la incapacidad, el caso se pondrá en conocimiento de las autoridades competentes, quedando obligado a ello quien detecte tal situación. Continuación de Decreto “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”*
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 entidad promotora de salud o la entidad adaptada como en la administradora de riesgos laborales por la misma causa, generando un doble cobro al Sistema General de Seguridad Social Integral*
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.*

**Parágrafo 1.** *Las conductas descritas en los numerales 1, 2 y 6 deberán ser resueltas por la entidad promotora de salud o la entidad adaptada, 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 entidad promotora de salud o la entidad adaptada por parte del empleador, a quien le corresponderá aportar las pruebas documentales que soporten tal evento”.*

**“Artículo 2.2.3.7.2 Procedimiento administrativo frente al abuso del derecho en incapacidades de origen común.** *Una vez la entidad promotora de salud o entidad adaptada 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 entidad*

\*202411601454211\*

**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **202411601454211**

Fecha: **15-08-2024**

*promotora de salud o entidad adaptada 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.*

*Dentro de los tres días siguientes al recibo de los argumentos expuestos por el usuario, la entidad promotora de salud o entidad adaptada suscribirá acuerdo en el que el cotizante incapacitado se comprometa a atender las órdenes prescritas por el profesional de la salud, so pena de que le sea suspendido el reconocimiento económico.*

*En caso de no recibir respuesta por parte del cotizante, o de ser reincidente en las conductas descritas en los numerales 1, 2, 6 y 8, se procederá a suspender el pago de la prestación económica, mientras se suscribe el acuerdo en los términos antes expuestos y se evidencie el cumplimiento de las ordenes prescritas por el profesional de la salud. Esta suspensión será informada al aportante.*

**Parágrafo 1.** *En ningún caso se podrá suspender la prestación asistencial al afiliado que incurra en abuso del derecho.*

**Parágrafo 2.** *Cuando se determine que el reconocimiento de la prestación económica por incapacidad de origen común proviene de alguna de las conductas definidas en los numerales 3, 4, 5 y 7 del presente artículo y como consecuencia de ello la autoridad competente determine que existió un reconocimiento económico indebido, la entidad promotora de salud o la entidad adaptada deberá, en defensa de los recursos del Sistema General de Seguridad Social de Salud, efectuar el proceso de cobro respectivo ante el cotizante, a fin de obtener el reintegro de los recursos públicos.”*

Ahora, frente al tema de la estabilidad laboral reforzada conviene traer a colación el artículo 26 de la Ley 361 de 1997<sup>3</sup> que dispuso:

**“Artículo 26.** *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 del Ministerio del Trabajo.*

*No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso primero del presente artículo, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) 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”.*

---

<sup>3</sup> por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones.

\*202411601454211\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202411601454211

Fecha: 15-08-2024

Así mismo, para la aplicación de la estabilidad laboral reforzada regulada en la anterior norma citada, 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”.*

Respecto al tema de la estabilidad laboral reforzada la jurisprudencia ha sido nutrida pronunciándose la Corte Constitucional en los siguientes términos en la Sentencia T-041 de 2019<sup>4</sup>:

*“El derecho a la estabilidad laboral reforzada de quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta por limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales. Reiteración de jurisprudencia:*

10. El derecho a la estabilidad en el empleo consagrado en el artículo 53 de la Constitución,<sup>[24]</sup> constituye un principio que rige todas las relaciones laborales; dicho mandato se manifiesta en “la conservación del cargo por parte del empleado, sin perjuicio de que el empleador pueda dar por terminada la relación laboral al verificar que se ha configurado alguna de las causales contempladas en la ley como justa”.<sup>[25]</sup>

(...)

13. Pero ¿quiénes pueden ser considerados como sujetos en circunstancias de debilidad manifiesta por motivos de salud? Al respecto, esta Corporación ha establecido que un trabajador que: “i) pueda catalogarse como persona con discapacidad, ii) con disminución física, síquica o sensorial en un grado relevante, y (iii) en general todas aquellos que (a) tengan una afectación grave en su salud; (b) esa circunstancia les ‘impida[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares’, y (c) se tema que, en esas condiciones particulares, pueden ser discriminados por ese solo hecho,<sup>[37]</sup> **está en circunstancias de debilidad manifiesta y, por tanto, tiene derecho a la ‘estabilidad laboral reforzada’.**”<sup>[38]</sup> Negritas fuera del original.

(...)

---

4 Magistrado Sustanciador José Fernando Reyes Cuartas

\*202411601454211\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202411601454211

Fecha: 15-08-2024

*18. Con todo, el trabajador en condición de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones puede ser despedido cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato; no obstante, en garantía de la especial protección que le asiste a estos sujetos, **el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.**<sup>[45]</sup>*

*Por el contrario, cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado “la presunción de desvinculación laboral discriminatoria”, entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.”<sup>[46]</sup>*

(...)

***En este punto, y según los pronunciamientos uniformes de este Tribunal traídos a la presente providencia, se debe enfatizar que de manera independiente a la causal aducida para la terminación del contrato de trabajo con una persona en circunstancias de debilidad manifiesta por motivos de salud, es imperativo sin excepción alguna, que antes de la desvinculación se cuente con la respectiva autorización emitida por el Ministerio del Trabajo.***

***En tal sentido, bajo ninguna consideración los empleadores pueden omitir dicha exigencia, pues es el inspector del trabajo, atendiendo su deber de velar por la protección de los derechos del trabajador en condiciones vulnerables, quien tiene la obligación de verificar si existe o no causa justa.***

(...)

***55. Ahora bien, se subraya que si el empleador considera que existe una causal objetiva para terminación del contrato laboral, debe adelantar el trámite correspondiente ante el inspector de trabajo, quien podrá autorizar el despido del trabajador si se demuestra que la ruptura del vínculo no obedece a una circunstancia de discriminación del trabajador. (Negrillas fuera de texto)”***

Teniendo en cuenta lo anterior y frente a sus interrogantes, se tiene lo siguiente:

***- Si se constata que un empleado ha incurrido en abuso del derecho de acuerdo a los artículos 2.2.3.4.1 y 2.2.3.4.2 del Decreto 780 de 2016, pierde su estabilidad laboral reforzada?***

\*202411601454211\*

**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **202411601454211**

Fecha: **15-08-2024**

Al punto, es preciso indicar que el Decreto Ley 4107 de 2011<sup>5</sup>, modificado en algunos apartes por los Decretos 2562 de 2012<sup>6</sup> y 1432 de 2016<sup>7</sup>, establece como función principal de este Ministerio la fijación de la política en materia del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS, y como parte de ello, el desarrollo de planes generales, programas y proyectos del sector salud, así como dictar las normas administrativas - técnicas y científicas de obligatorio cumplimiento por parte de los actores del SGSSS, más no se le atribuyen allí competencias para emitir conceptos laborales o entrar a determinar cuándo se pierde la estabilidad laboral reforzada.

La normativa preceptuada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, reglamentó el fuero de salud, entendiéndolo como una garantía de origen legal, la cual genera y deviene en el poder conservar el empleo y limitar la terminación del contrato debido a un padecimiento de salud hasta que se configure una causal objetiva que amerite la desvinculación laboral y, que el Ministerio del Trabajo, a través del Inspector es el que debe autorizar el despido con base en la constatación previa de dicha causal.

Finalmente, la estabilidad laboral reforzada se constituye como una medida de amparo de cara a la protección del trabajador que se encuentra en una situación de salud en la que no puede desempeñar su trabajo o funciones en la forma habitual pactada; sin embargo, para la desvinculación del trabajador, el empleador primero debe solicitar ante el Ministerio del Trabajo autorización para la culminación del contrato de trabajo.

***- Cuáles son los mecanismos con los que cuenta el empleador ante un empleado en supuesta estabilidad laboral reforzada que jurídicamente está abusando de su derecho? Lo anterior, adicional a que la eps tiene el derecho a reponer los dineros entregados en virtud del pago de una incapacidad u otros, el empleador podría desconocer la supuesta estabilidad laboral reforzada?***

Al punto, 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, iniciarán el procedimiento administrativo descrito en el artículo 2.2.3.7.2 ibidem, 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, se considera que si el empleador tiene conocimiento de que el trabajador ha incurrido en alguna de las situaciones de abuso del derecho descritas en los numerales 1, 2 y 6 del artículo 2.2.3.7.1 del Decreto 780 de 2016, 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 2.2.3.7.2 ibidem, y si está inmerso en alguna de las causales de los numerales 3, 4, 5 y 7 del

---

5. Por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra el Sector Administrativo de Salud y Protección Social".

6. por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social, se crea una Comisión Asesora y se dictan otras disposiciones.

7. Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social.

\*202411601454211\*

**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **202411601454211**

Fecha: **15-08-2024**

artículo 2.2.3.7.1 del decreto en comento, de acuerdo a lo establecido en el párrafo 1 ibidem, 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.

En los anteriores términos, damos respuesta a la consulta formulada, no sin antes advertir que este concepto tiene los alcances determinados en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido en su título II, por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015<sup>8</sup> en cuanto a que *“Salvo disposición legal en contrario, 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.

Cordialmente,

---

<sup>8</sup> “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye el Título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”