

El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada: de la protección a la segregación inversa



Camilo Cuervo Díaz¹

Pontificia Universidad Javeriana

Facultad de Ciencias Jurídicas

Bogotá - Colombia

¹ Abogado y especialista en Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Javeriana. Socio director de la Unidad de Derecho Laboral / Seguridad Social de CUBEROS CORTÉS GUTIÉRREZ ABOGADOS. Profesor Universitario. Miembro del Colegio de Abogados del Trabajo y la Seguridad Social de Colombia. Coordinador Académico de los programas de educación continua en asuntos laborales y de la seguridad social de la Cámara de Comercio de Bogotá. Conferencista habitual. Aspirante al título de Maestría En Derecho Laboral y Seguridad Social

El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada: de la protección a la segregación inversa

Resumen

Los mecanismos de protección constitucional en Colombia han generado verdaderas instituciones jurídicas que, en procura de la defensa de derechos fundamentales, propenden por garantizar la estabilidad laboral de las personas en situación de discapacidad por razones físicas o mentales. Esos mecanismos han generado algunos fenómenos de discriminación, toda vez que el exceso de protección disminuye la propensión de los empleadores a vincular trabajadores que por su situación personal acceden a una fuerte estabilidad laboral. El fenómeno descrito se denomina *segregación inversa* y es analizado por el autor en sus efectos, problemáticas y retos en el mercado de trabajo.

Abstract

The instruments of constitutional protection in Colombia, have generated true legal institutions that, in the pursuit of the defense of fundamental rights, tend to guarantee the labor stability of persons with disabilities due to physical or mental reasons. These instruments have created a kind of phenomena of discrimination, since the excess of protection decreases the propensity of employers to hire workers who, due to their personal situation, have access to strong labor stability. The described phenomenon is called *reverse segregation* and its effects, problems and challenges in the labor market, are analyzed by the author in this paper.

Palabras clave

Discapacidad, estabilidad laboral, segregación inversa, protección constitucional,

Key Words

Disability, labor stability, reverse segregation, constitutional protection.

Contenido

El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada: de la protección a la segregación inversa	2
Resumen	2
Abstract	2
Palabras clave.....	3
Key Words.....	3
Contexto General.....	5
La evolución de la igualdad de trato, a la igualdad de oportunidades	10
Evolución histórica del manejo laboral del enfermo, restringido y/o en condición de discapacidad en la legislación laboral colombiana.....	197
Reflexión sobre los efectos que la protección de la jurisprudencia ha generado en el mercado laboral colombiano	40
Conclusiones.....	49
Referencias.....	52
Gráficas de Tercer informe de seguimiento sobre ausentismo laboral e incapacidades médicas.....	60

Contexto General

Desde siempre ha existido una relación directa entre el concepto de discapacidad² y el concepto de trabajo, por cuanto, aunque la discapacidad se ha definido de innumerables maneras, con diversos abordajes, sin que se haya llegado a un consenso general entre los diferentes profesionales de la salud, sin duda, en las diversas definiciones se encuentra un denominador común que hace que se entienda universalmente como una limitación principalmente al trabajo y/o al desempeño de actividades productivas. La Organización Mundial de la Salud OMS, la define como el grado de funcionamiento por debajo de un umbral determinado a lo largo de un intervalo continuo para cada dominio, entre completamente presente y completamente ausente. (CIF, Bickenbach, 2012)

Socialmente existe una relación estrecha entre trabajo y discapacidad, en la medida en que a lo largo de los años las personas en condición de discapacidad se han visto limitadas y discriminadas con relativa intensidad en el mercado laboral, en tanto que es apenas natural que los empleadores, en esencia, deseen y persigan la máxima productividad de sus trabajadores; desde esa perspectiva, las personas en condición de discapacidad representan para los empleadores, en principio, un problema de eficiencia,

² Según la Organización Mundial de la Salud, OMS, la discapacidad es un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales. Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive.

de disminución de los indicadores de productividad y de ausentismo, entre muchos otros fenómenos.³

En consecuencia, se puede considerar que la condición de discapacidad se ha convertido en una problemática, no solo por sus alcances intrínsecos para el ser humano que la experimenta, sino por el manejo y la comprensión social y estatal que se le ha dado al concepto en sí mismo y a los mecanismos de protección y reparación de las personas en condición de discapacidad que, como consecuencia de su situación personal, hubieren resultado discriminadas.

En tal sentido, el problema de investigación radica esencialmente en identificar la aproximación, principalmente estatal, que se le ha dado al rol social y laboral de las personas en condición de discapacidad, y las consecuencias cotidianas que ha traído la sobreprotección derivada de la estabilidad laboral u ocupacional reforzada, lo cual se puede evidenciar en todos los ámbitos, principalmente en cuanto a los efectos negativos que afrontan estas personas en materia de relaciones laborales, incluyendo todo tipo de contrataciones en la que se use su fuerza de trabajo físico o intelectual.

Desde ese escenario, hoy en día el dilema social, a diferencia del que se presentaba años atrás, no se centra en proteger a las personas en condición de discapacidad que poseen una ocupación o empleo, sino en incentivar la contratación de personas que no pueden acceder a un ingreso fruto de las pocas o nulas oportunidades

³ Fundamentado en ideas, argumentos y redacción tomada de escritos propios.

laborales que el mercado de trabajo está dispuesto a ofrecer en las condiciones adversas que el propio Estado ha generado, principalmente a través de los fallos de la jurisdicción constitucional.

Es así como el fuero de salud, también llamado de discapacidad, ha sido catalogado por la Corte Constitucional como un derecho fundamental cuyas reglas de aplicación hoy superan los estándares lógicos de protección que ha arribado a escenarios francamente sorprendentes y excedidos.

A tal punto ha llegado el alcance judicial de la protección de las personas en condición de discapacidad que la Corte Constitucional (Sentencia SU-049, 2017) ha sentenciado que el fuero de estabilidad reforzada⁴ por razones de salud se trata de un derecho fundamental, de aplicación directa incluso en situaciones en las que media una relación comercial o civil de prestación de servicios, que como es bien conocido no representan en ninguna forma algún tipo de subordinación del contratista respecto del contratante; con este concepto se implica que el contratante deba solicitar permiso a un inspector de trabajo para finalizar una relación eminentemente comercial cuando quiera

⁴ En este punto es relevante anotar que existen diferencias entre los conceptos de las altas cortes. La Corte Suprema de Justicia ha reiterado desde su sentencia con N° Rad 32532 del 15 de julio de 2008, que la estabilidad laboral reforzada es una garantía derivada estrictamente de la Ley 361 de 1997 que se aplica únicamente a quienes tienen la condición de limitación por su grado de discapacidad, y que puede ser moderado entre el 15 y 25%, severo entre 25% y 50% y profundo cuando es igual o mayor al 50% según lo establece el decreto 2463 de 2001

La Corte Constitucional, en sentido contrario, ha definido que el derecho a la estabilidad reforzada no es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad moderada, severa o profunda, sino que se puede aplicar a todas las personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta como consecuencia de una afectación en su salud que les limite o dificulte de forma ostensible el desempeño de sus labores en circunstancias usuales. Así mismo, la Corte ha manifestado que cualquier otra interpretación representaría una contravención de los principios de no discriminación, solidaridad e integración social y acceso al trabajo.

que se evidencie una afectación de salud de una persona natural que esté actuando como contratista. Así lo determinó la Corte Constitucional mediante Sentencia SU-049 de 2017:

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.

Con este panorama, en el que se han forjado políticas públicas no planeadas, desarticuladas y desordenadas, la exclusión de las personas que eventualmente puedan estar amparadas por un fuero de salud, se materializa en la discriminación diaria a la que se enfrentan en el ámbito laboral, debido a que los empresarios dentro de la lógica comercial y habiendo hecho su análisis de riesgos consideran que la contratación (comercial, civil y/o laboral) de estas personas pueden llegar a implicar la adaptación de entornos y actividades en su empresa, que resultaría compleja y costosa; así como también se materializa como consecuencia del alto costo y las pérdidas que ocasionalmente podrían sobrevenir a la contratación de personas en condición de discapacidad, debilidad manifiesta o que por cuyas condiciones médicas eventualmente y en el futuro cercano pudiesen llegar a tener un fuero.

En este orden de ideas, el llamado fuero de salud pasó de ser una solución muy eficaz a la protección de derechos y al control judicial a los abusos, para convertirse, hoy en día, en opinión del autor, en el mayor factor de discriminación de la población en situación de discapacidad. Paradójicamente, contrario al espíritu del mecanismo de protección, la eficacia de este ha determinado un rechazo generalizado de los empleadores a vincular personas que pudieren estar gozando de esa protección y/o que pudieren tener propensión a generarla en el mediano plazo.

En este contexto, el objetivo del presente escrito será abordar la protección que ha dispuesto la jurisprudencia constitucional, en su rol de actor estatal, y cómo ésta ha generado segregación inversa, desincentivando la contratación de trabajadores en similares condiciones, como consecuencia del desbordado grado de protección de los trabajadores en condición de discapacidad que gozan de un empleo formal. Para este fin, mediante la aplicación de la metodología cualitativa de análisis de contenido, se pretende realizar una revisión analítica detallada de textos jurídicos, escritos académicos, estudio de leyes, análisis de las sentencias de las Cortes, desarrollada a lo largo del proyecto de grado, ubicándolo en el ámbito descriptivo y procurando revelar los componentes básicos de un fenómeno determinado, como lo es la segregación inversa. Este análisis incluye la evolución de la igualdad de trato, la igualdad de oportunidades, continuando con la presentación de la evolución histórica del manejo laboral del enfermo, restringido y/o en condición de discapacidad en la legislación laboral colombiana, y para

finalizar, una reflexión sobre los efectos que la protección de la jurisprudencia constitucional ha generado en el mercado laboral colombiano.

La evolución de la igualdad de trato, a la igualdad de oportunidades

Amplia es la literatura sobre el derecho a la igualdad, su estructuración conceptual y el alcance efectivo de este concepto. En un abordaje general, la discusión giraba en torno al derecho simple e inalienable que tiene todo ser humano a ser tratado de igual forma que los demás, sin ninguna consideración especial y buscando siempre un ideal filosófico en virtud del cual todos somos iguales y, por ende, merecemos igualdad de trato, sin ningún condicionamiento adicional (ONU, 1948).

Es así como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se indica en su segundo artículo que:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona [...].⁵

En este orden de ideas, el concepto de igualdad se enfoca en un aspecto determinado, la identidad de trato, reiterándose que la garantía fundamental reside en ser tratado de igual forma, sin ninguna distinción, lo que implica que el trato se debe dar

⁵ Los resaltados en itálica no son del texto original.

sin consideración de alguna índole. En resumen, todos debemos ser iguales antes las leyes y los Estados.

Concordantemente con este concepto, la legislación laboral colombiana acoge el principio de igualdad de trato y lo antepone como ideal de justicia, al indicar en el artículo 10.º del Código Sustantivo del Trabajo:

*Todos los trabajadores son iguales ante la ley, tienen las mismas protección y garantías y, en consecuencia, queda abolida toda distinción jurídica entre los trabajadores por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, salvo las excepciones establecidas por la ley.*⁶

Cabe indicar que, en un ambiente de trato igualitario, sin distinciones, es claro que el ideal de justicia puede llegar a tratamientos irracionales por una razón fundamental, esta es, porque a pesar de lo utópico que pudiese parecer el trato igual, no se puede desconocer que los seres humanos somos distintos, no hay un ser humano igual al otro.

En consecuencia, debe aceptarse que ciertas diferencias de la condición humana merecen tratamientos diferenciados por parte de los sistemas normativos que pretenden impartir justicia, entendida esta en el elemental sentido de dar a cada cual lo que merece. Cuando el ideal de la justicia es tratar a las personas en consideración a sus propios

⁶ Los resaltados en itálica no son del texto original.

merecimientos, de cualquier índole, se debe entender que la justicia, en sí misma, es desigual, básicamente porque todos merecemos o necesitamos algo distinto y debemos recibir algo igualmente distinto, para que el trato llegue a ser justo.

Muchos ejemplos de la vida cotidiana pueden dar mayor claridad al concepto anterior. Es así como, sería ilógico pretender que, dentro de los cubrimientos del plan de salud para el hombre existiese la atención del parto, simplemente porque los hombres por su naturaleza biológica no pueden procrear un hijo en su vientre; sin embargo, sería plausible conceder a los hombres una licencia para que puedan acompañar a su pareja durante el nacimiento de su hijo.

Nótese que, ante un trato aparentemente desigual entre hombres y mujeres, se esconde una discriminación positiva que determina un trato distinto para seres humanos de diferente género, que, ante una misma necesidad, atender el nacimiento de un hijo, merecen y requieren tratos significativamente diferentes por sus diferencias biológicas.

Consecuentemente se puede afirmar que pretender siempre la igualdad de trato, es por sí mismo una acción discriminatoria, porque puede ser que personas que no se encuentran en una misma condición, ante un tratamiento igual, sin distinciones, puedan verse más perjudicadas, y su discriminación sea más acentuada. En el ejemplo anterior, si no se diese un trato desigual al hombre, se le estaría prohibiendo que pudiera participar del nacimiento de su hijo alcanzado, más allá que la igualdad, una discriminación.

A este respecto, la Corte Constitucional colombiana, mediante Sentencia C-1125 de 2008 con ponencia del Dr. Humberto Sierra Porto, ha indicado que:

*[...] el Estado tiene la obligación de preservar, a través de abstenciones o de acciones positivas, la igualdad entre clases de individuos, consideradas las circunstancias decisivas en que se encuentren. La igualdad no es equivalente a uniformidad o igualación matemática, que conllevaría, de forma contraproducente, a una homogeneización inadmisibles desde el punto de vista de la autonomía personal. Comporta, en cambio, una equiparación de, únicamente, aquellos elementos que se traducen en la generación de cargas u obligaciones y de limitación de derechos para los individuos.*⁷

Del anterior raciocinio nace la llamada igualdad material, cuyo objetivo primordial es buscar un equilibrio entre las personas, en virtud del cual se justifica y se hace necesario un trato distinto cuandoquiera que las personas y las circunstancias sean igualmente distintas. En este sentido la Corte Constitucional ha indicado en Sentencia T-871 del 21 de julio de 2005:

*El principio de igualdad deja de ser un concepto jurídico de aplicación formal, para convertirse en un criterio dinámico, que debe interpretarse de conformidad con las circunstancias particulares que rodean a cada persona, pretendiendo con ello el logro de una igualdad material y no formal.*⁸

⁷ Posición de la corte reiterada en Sentencia T-766 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁸ Sentencia T-871 del 21 de julio de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

En concordancia, mediante Sentencia C-667 de 2006 con ponencia del Dr. Jaime Araújo Rentería, la Corte Constitucional ha reiterado que es lógico que no se pueda tratar igual, lo que por esencia y naturaleza es desigual, al manifestar:

[...] el derecho a la igualdad se predica, para su exigencia, de situaciones objetivas y no meramente formales. En otras palabras, el derecho mencionado debe valorarse a la luz de la identidad entre los iguales y de diferencia entre los desiguales. Así entonces, una norma jurídica no puede efectuar regulaciones diferentes ante supuestos iguales, aunque puede hacerlo si los supuestos son distintos. Esta manera de concebir el derecho a la igualdad, desde su visión material, evita que el mismo derecho sea observado desde una visión igualitarista y meramente formal, situación anterior que sería contraria a la Constitución a la luz del artículo 13.

Este reza:

[...] el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados [...].

Y continúa la ponencia “en este orden de ideas, el deseo expreso del Constituyente fue establecer la visión según la cual debía observarse el derecho a la igualdad, que en momento alguno debía ser formalista o igualitarista sino real y efectiva”.

Es claro que la posición antes planteada se ha mantenido incólume y reiterada en la basta jurisprudencia de la Corte Constitucional prácticamente desde su existencia misma.⁹

En síntesis, se puede afirmar que el derecho a la igualdad será real y efectivo cuando se efectúe un análisis juicioso para determinar si el trato diferenciado se presenta sobre situaciones similares o si dicho trato disímil proviene de situaciones igualmente diferentes.

Así mismo se establece en el mencionado precepto constitucional que “las personas que, por su condición económica, física o mental, se hallen en un estado de debilidad manifiesta gozan de una especial protección constitucional por parte del Estado”.¹⁰

Bajo premisas anteriores, es claro que el ideal de justicia requiere necesariamente tratos diferenciados, en especial bajo concepciones filosóficas modernas que se enfocan en determinar la necesidad de tratos distintos en la llamada diferenciación democrática, en razón de la cual es necesario garantizar igualdad de oportunidades partiendo del principio esencial de equilibrar la sociedad; es decir, se requiere de acciones afirmativas que involucren mejores y mayores oportunidades para aquel que se considera disímil,

⁹ Ver entre otras, la Sentencia C-415 de 2014. M.P. Alberto Rojas., la Sentencia C-081 de 2014. M. P. Nilson Pinilla; y T-262 de 2009. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁰ Ver sentencias SU-388 y SU-389 de 2005.

con el objetivo único de lograr una repartición equitativa de los bienes y de los servicios que debe procurar todo Estado (Galán y Luna, 2000, p. 181).

De acuerdo con el segundo principio de la justicia esbozado por John Rawls (2006, p.88): “Las desigualdades sociales y económicas habrán de disponerse de tal modo que sean tanto a) para el mayor beneficio de los menos aventajados, como b) ligadas con cargos y posiciones asequibles a todos en condiciones de justa igualdad de oportunidades”.

Como resultado lógico de estas interpretaciones, hoy en día se considera ampliamente aceptado que la igualdad parte de la diferencia, y que, debido a esta última, no solo es ineludible, sino que es esperable, que las sociedades garanticen tratos distintos en procura de un equilibrio, no de trato, sino de oportunidades.

En este contexto, es apenas natural entender y aceptar que las personas en situación de indefensión sean protegidas de forma especial con el fin último de permitirles acceder a mejores oportunidades, en relación con aquellas personas que no poseen ninguna afectación social y/o física en sus capacidades, con el objetivo primordial de establecer un equilibrio, de tal forma, que al enfrentarse a una misma situación los dos grupos poblacionales puedan acceder a beneficios y cargos, sin ninguna ventaja material entre ellos.

No obstante, en concepto del autor, la desigualdad debe enfrentarse con estrategias enfocadas a garantizar mejores condiciones, mas no en aforar y sobreproteger al disminuido. En otras palabras, lo que se plantea es que la sociedad tiene el deber de otorgar al desigual mejores herramientas, para compensar su desigualdad, de tal forma que al usarlas obtenga el restablecimiento del equilibrio en las oportunidades. Diferente trato para lograr igualdad de oportunidad.

Evolución histórica del manejo laboral del enfermo, restringido y/o en condición de discapacidad en la legislación laboral colombiana

La regulación en torno a la consagración de derechos y protección social referentes a la discapacidad se ha transformado notoriamente de acuerdo con el constante cambio social en el que vivimos, tal como lo expresa Julio Armando Rodríguez Ortega (1997) al indicar que:

El derecho del trabajo asume novedosas proyecciones que transforman los principios, normas e instituciones tradicionalmente entidades dentro del ámbito de su objeto, pues las relaciones laborales han desbordado el ámbito estrictamente jurídico y se han colocado en el centro mismo de la vida individual y social, como quiera que el trabajo es la más noble y necesaria atribución humana en todos los tiempos.

Es decir, el avance de la regulación se ha dado de acuerdo con la esencia dinámica en este caso del derecho laboral, transformándose conforme a las diferentes situaciones o condiciones que surjan en la sociedad por cambios económicos, políticos o sociales.

La consagración de derechos en torno a la discapacidad cada día adquiere un carácter más importante y fundamental, lo cual ha puesto en un punto central a las personas que se vean afectadas por una disminución física o mental. Tal como se ha señalado previamente en este texto, la protección judicial ha intentado ser la cura a toda

la problemática de discriminación y exclusión en materia de discapacidad, sin embargo, la desmesurada protección se ha convertido en un proteccionismo excesivo, transformándose negativamente en un contrasentido de desamparo.

Aunque parezca increíble, la normatividad y jurisprudencia colombianas han dado un giro radical en lo que respecta a la protección que se brinda al trabajador enfermo y/o en condición de discapacidad. A tal punto es cierto lo dicho, que en Colombia la situación de indefensión giró 180 grados, pasando de ser una justa causa de despido¹¹, para convertirse hoy en día en un verdadero fuero de discapacidad.

En Colombia, según lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 62, Lit. a), núm. 15, podía despedirse a un trabajador fundamentado dicho despido en su enfermedad¹², cuya constitucionalidad fue analizada y declarada exequible cuando la Corte (Sentencia No. C-079, 1996) manifestó que el despido por justa causa incluía:

La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador¹³, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para

¹¹ Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 62, Lit. a), núm. 15. Terminación del contrato por justa causa. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo: (...) 15. La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquier otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al patrono de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad.

¹² Artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, por el cual se hacen unas reformas al Código Sustantivo del Trabajo.

¹³ Estado patológico morbosos, congénito, o adquirido que sobrevenga al trabajador por cualquier causa, no relacionada con la actividad específica a que se dedique y determinado por factores independientes de la clase de labor ejecutada o del medio en que se ha desarrollado el trabajo", sin que entre esta Corporación a calificar cuándo una enfermedad es contagiosa o crónica, ya que ello corresponde a los profesionales en medicina competentes para determinarla en cada caso específico. Desde luego que las consecuencias derivadas de la enfermedad contagiosa plenamente

el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al patrono de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad.

No obstante, en tiempos presentes, es prácticamente imposible desvincular a un trabajador por la misma razón, aun en los eventos en los que resulta evidente una falta grave o una causal legal de terminación del vínculo, indistintamente de su naturaleza (Cuervo, 2016).

En un acercamiento a la evolución normativa, podemos establecer que como un primer giro hacia la protección de las personas con discapacidad y alejándose de lo que se establecía en el Código Sustantivo del Trabajo, se expide la Ley 361 de 1997, la cual ha sido coloquialmente llamada '*Ley Clopatofsky*'. Desde la expedición misma de esta ley, la protección al trabajador en condición de discapacidad ha sido conflictiva y se han generado varios giros en la forma en que el Estado colombiano defiende a los trabajadores con problemas de salud (Cuervo, 2016).

Como elemento esencial, la norma preveía que ningún trabajador podía ser desvinculado con motivo de su discapacidad y/o disminución física, salvo que mediara

acreditada están inspiradas en el principio del interés general de los trabajadores que laboran al servicio del empleador de la misma empresa.

autorización del Ministerio del Trabajo para tal efecto. Sin embargo, en una figura compensatoria para quien había sido despedido y sancionatoria para el empleador, la cual fue ampliamente aceptada por los que en aquel entonces defendían los derechos de este grupo de personas, igualmente se establecía que los trabajadores que fueren despedidos en dichas circunstancias accederían a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días de salario, adicional a los derechos prestacionales, salariales e indemnizatorios que legalmente les correspondían. No obstante, la terminación del contrato permanecía incólume y poseía plena eficacia.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 361 de 1997, específicamente el artículo 26, se estableció la obligatoriedad de tramitar previamente la autorización del Ministerio del Trabajo para el despido de personas en situación de discapacidad. La Corte Constitucional, mediante sentencia C-531 de 2000,¹⁴ estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 26 de esta ley, analizando si el legislador había desconocido la obligación constitucional de protección especial de las personas que presentan una debilidad manifiesta por su condición física, sensorial o mental, al permitir su despido con el previo reconocimiento de la indemnización consagrada en la norma.

En esta oportunidad, la Corte profirió un fallo modulado, del cual se resalta que tiene efectos legislativos, manifestando una vez más que el derecho al trabajo debe alinearse al marco constitucional, concretamente a través de garantizar la efectividad de

¹⁴ Demanda de inconstitucionalidad contra los incisos 1 (parcial) y 2, del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 Sentencia C-531 de 2000 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

los derechos del trabajador, en especial cuando este se encuentra en una situación de debilidad manifiesta. Esto implica que se exige la protección de los derechos y principios de la Constitución, entre los que se incluye la protección de las personas en situación de discapacidad.¹⁵

Adicionalmente, la Corte (Sentencia C-531, de 2000) señaló que el artículo demandado, contrario a reforzar la protección de los trabajadores que padecían alguna disminución, los ponía en situación de vulnerabilidad en el mercado laboral, toda vez que podían ser despedidos desconociendo la protección especial que les concurre por el marco constitucional, al manifestar:

En esos términos, tal y como se encuentra redactada la norma, la Corte estima que la posibilidad de despedir a un discapacitado, sin autorización de la oficina del Trabajo, debiendo el patrono asumir el pago de una indemnización por la suma de ciento ochenta días de 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 modifiquen, adicionen, complementen o aclaren, no configura una salvaguarda de sus derechos y un desarrollo del principio de protección especial de la cual son destinatarios, por razón de su debilidad manifiesta dada su condición física, sensorial o mental especial, en la medida en que la protección de esta forma establecida es insuficiente respecto del principio

¹⁵ Reiterando y ampliando lo que la misma Corte, mediante la Sentencia C-016 de 1998, había manifestado con relación al principio de estabilidad en el empleo de todos los trabajadores.

de estabilidad laboral reforzada que se impone para la garantía de su derecho al trabajo e igualdad y respeto a su dignidad humana.

Finalmente, la Corte declaró exequible el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, bajo el supuesto que:

Carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.

Como consecuencia lógica de este fallo, desde ese momento la discusión se centró en establecer quién se consideraba en condición de discapacidad y quién no, es decir definir quiénes eran sujetos de protección. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia¹⁶ determinó, en los postulados del Decreto 2463 de 2001¹⁷, que solo eran sujetos de protección las personas que hubieren sido calificadas con discapacidad ‘severa’ la cual se determina para personas con limitación mayor al 25 % pero inferior al 50 % de pérdida de la capacidad laboral, o profunda cuando la pérdida de capacidad es superior al 50 %, conforme a los dictámenes técnicos, que en tal sentido profieren las entidades de seguridad social —ARL, EPS—, y/o las Junta de Calificación de Invalidez.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 7 de febrero de 2006, radicada con el No. 25130.

¹⁷ El decreto 1352 de 2013 deroga las disposiciones que le sean contrarias, especialmente el Decreto 2463 de 2001 a excepción de los incisos 1 y 2 de su artículo 5 e inciso 2 y párrafos 2 y 4 de su artículo 6. No obstante, este decreto, no estableció los porcentajes de pérdida de capacidad por lo que en la práctica la Corte Suprema De Justicia sigue haciendo referencia a los porcentajes del decreto 2463 de 2001. Ver entre otras Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral N° 678717 Sentencia SL4017-2019 MP, Gerardo Botero Zuluaga, Corte Suprema de Justicia. Sala de casación laboral N°: 536012 Sentencia: SL5168-2017 MP, Gerardo Botero Zuluaga

Al respecto, la Corte Constitucional había establecido acerca de la condición de sujeto de especial protección constitucional que:

Se constituye por aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Así, ha considerado que entre los grupos de especial protección constitucional se encuentran: los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza (Sentencia T– 774 de 2011).

Sin perjuicio de lo anterior, la misma Corte Constitucional, en reiterados fallos de tutela¹⁸ ha ido ampliando el alcance del concepto de sujeto de especial protección constitucional, determinando que la protección a la persona en condición de discapacidad se extiende a cualquier persona que pueda padecer una afectación de salud, que en sí misma lo sitúe en una situación de indefensión, indistintamente del porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, de la existencia misma de una calificación de pérdida de capacidad, minusvalía o incluso extendiendo la protección a personas con restricciones médicas menores.

¹⁸ Entre otras sentencias ver Corte Constitucional Sentencia T-167/11, Sentencia T-360/12, Sentencia T-772/12, Sentencia T-1075/12, Sentencia S. T-690/15, Sentencia T-765/15, Sentencia T-041/19 T-293/15, Sentencia T-680/16, Sentencia T-683/16, Sentencia T-317/17, Sentencia T-163/17, Sentencia T-305/18, Sentencia T-666/17, Sentencia T-434/18 y Sentencia T-391/18,

Así mismo, la Corte ha reconocido el pago especial de esta indemnización mediante tutela. A título de ejemplo, en la Sentencia T-961 de 2010 la Corte ordenó el pago de la indemnización a que hace referencia el artículo 26 la Ley 361 de 1997, a favor de un trabajador que sufría una disminución física y requería tratamientos médicos, pero no fue calificada, fue despedido sin que mediara autorización de la autoridad laboral, al regresar de una incapacidad por un accidente que sufrió y que le produjo una herida en el brazo; en este caso la relación laboral con su empleador se pactó a término fijo, el cual finalizó un día después de cumplida la incapacidad. Manifestó la Corte¹⁹ que:

El hecho de que el señor [...] presentara una afectación en su estado de salud, que limitaba sus capacidades, en el desarrollo de la labor encomendada lo hacía acreedor de los beneficios propios de la estabilidad laboral reforzada, siendo uno de ellos la necesidad de contar con la autorización de la autoridad del trabajo de manera previa a la terminación de la relación laboral, pues se reitera la protección laboral reforzada no se limita a los trabajadores calificados como inválidos o con calificación de pérdida de capacidad laboral, sino que se extiende a todos aquellos trabajadores que sufren una limitación en su estado de salud. De allí que, al no existir la autorización previa por parte del inspector del trabajo, el empleador se haga acreedor de la sanción contemplada en la Ley 361 de 1997, concerniente al pago de 180 días de salarios al trabajador desvinculado, que en ningún caso podrán interpretarse como validación de la terminación del contrato.²⁰

¹⁹ Corte Constitucional en Sala Octava de Revisión

²⁰ En este mismo sentido se ha manifestado la Corte mediante las sentencias: T-125 de 2009 y T-484 de 2009 M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto), T-230 y T-233 de 2010 M.P. Dra. María Victoria Calle Correa, T-121 de 2011 M.P. Dra. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-166 de 2011 M.P. Dra. Juan Carlos Henao Pérez y T-018 de 2013, T-447 de 2013 y T-691 de 2013 M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Relacionado con lo anterior, es justo resaltar que si bien la estabilidad laboral reforzada tiene origen en una interpretación sistemática de la norma constitucional que ordena proteger a las personas en condición de debilidad manifiesta —artículos 13 y 47—, y los principios constitucionales que rigen las relaciones laborales —artículo 53— la Corte ha señalado que dicha estabilidad, igualmente se cimienta en el principio de solidaridad²¹.

En este sentido, la Corte Constitucional mediante múltiples sentencias²² ha reiterado la aplicabilidad del principio de solidaridad. Es así como en Sentencia T-003 del 2010 ha recordado:

[...] el empleador, de acuerdo con el principio de solidaridad, debe tener un especial cuidado con los trabajadores que estén incapacitados por un accidente de trabajo o una enfermedad, sin que pueda en esas circunstancias ocurrir una desvinculación laboral, pues este grupo de la población, por la condición en la que se encuentran, gozan de una especial protección constitucional por estar en una situación de debilidad manifiesta.

²¹ Principio de Solidaridad enunciado en artículo 1.º y en el 95, numeral 2 de la Constitución.

²² Ver sentencia T-943 del 25 de noviembre de 1999. En esta ocasión la Corte concedió la tutela a una señora que sufría de artritis reumatoidea, lo que la había incapacitado laboralmente; al momento de volver a su trabajo una vez terminada la incapacidad, la empleadora le comunicó que había decidido poner fin de manera unilateral a la relación de trabajo, y le pagó la indemnización respectiva. La Corte encontró que la debilidad física manifiesta sumada al hecho de que la accionante era cabeza de familia exigían una especial protección a la peticionaria y en esa medida no podía ser despedida de manera unilateral en las condiciones que se encontraba. No se ordenó el reintegro porque la accionante estaba en incapacidad de laborar, pero sí la tramitación inmediata de la pensión de invalidez.

Reafirmando este concepto, en otra decisión proferida mediante Sentencia T-1040 de 2001 la Corte sentenció, con respecto a este deber:

La construcción de la solidaridad humana y no la competencia mal entendida por sobrevivir, es el principio de razón suficiente del artículo 95 de la Carta Política y por ello, en lugar de rechazar a quien está en situación ostensible de debilidad, es deber positivo de todo ciudadano, impuesto categóricamente por la Constitución, el de socorrer a quien padece la necesidad, con medidas humanitarias. La acción humanitaria es aquella que desde tiempos antiquísimos inspiraba a las religiones y a las sociedades filantrópicas hacia la compasión y se traducía en medidas efectivas de socorro.

En consecuencia, mediante Sentencia T-217 del 2014, la Corte ha manifestado: [...] en el ámbito de las relaciones laborales, cuando un trabajador atraviesa una situación de debilidad manifiesta, la reacción debida por parte del empleador debe estar inspirada en el principio de solidaridad. Ello implicaría, por lo menos, que el empleador, con sus decisiones en torno a la ejecución de la relación laboral, no haga más gravosa aquella situación de debilidad que atraviesa el trabajador, lo que ocurre cuando, por ejemplo, se despide sin permiso de la autoridad laboral competente a un trabajador que padece quebrantos de su salud. Un despido en estas condiciones impide que el trabajador pueda continuar afiliado al sistema de seguridad social, lo que a su vez obstaculiza el acceso a los servicios de salud que requiere para hacer frente a su enfermedad; también afecta su derecho

fundamental a devengar un salario con el cual pueda cubrir las necesidades básicas que conforman una vida digna.

Adicionalmente, la Corte Constitucional robustece aún más el alcance del derecho a la estabilidad laboral reforzada, cuando mediante la Sentencia T-415 de 2011²³ estableció que debía entenderse la presunción de despido discriminatorio en los casos en los que el trabajador se encuentra en estado de debilidad manifiesta²⁴, confirmando que existe la obligación, por parte del empleador, de solicitar autorización previa Ministerio a través del inspector del trabajo, manifestando que:

[...] el empleado que por causa de una enfermedad no profesional ha estado en incapacidad laboral superior a 180 días, goza de estabilidad laboral reforzada en razón a la situación de mayor vulnerabilidad que le causa su limitación física. Le corresponde al empleador mantener el vínculo y continuar con el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social, tanto en salud como en pensiones y riesgos profesionales, por el lapso que señale el concepto

²³ Véase también las sentencias t-447 de 2013, t- 597 de 2014, T-320 de 2016 de la Corte Constitucional entre otras.

²⁴ La corte considero que “La sociedad accionada afirma que la lejanía en el tiempo entre la fecha del accidente sufrido por la tutelante y la fecha de la terminación de su contrato de trabajo “impide afirmar que haya un nexo causal entre ambos eventos”. Al respecto, la Sala de Revisión considera que, con dicha afirmación, el representante legal de Industrias Fanny S.A.S. pretende asignar a la tutelante la carga de demostrar que la causa de la no renovación de su contrato de trabajo fue su condición de discapacidad. Sin embargo, la Sala de Revisión reitera que la sociedad accionada estaba obligada a obtener la autorización de la autoridad administrativa del trabajo para terminar el contrato de trabajo de la accionante y, ante la ausencia de dicha autorización, el juez debe aplicar la presunción de despido discriminatorio. Si bien es cierto, el accidente por el cual la señora perdió un porcentaje de su capacidad ocurrió hace más de ocho años, debe tenerse en cuenta que la discapacidad de la tutelante es permanente, lo que implica que actualmente sigue siendo una persona en condición de debilidad manifiesta, y, por lo tanto, sigue siendo acreedora de la protección a la estabilidad laboral reforzada. Así las cosas, esta Sala de Revisión no comparte los argumentos planteados por el juez de instancia para negar el amparo de los derechos fundamentales de la tutelante argumentando la improcedencia de la acción de tutela, ya que, con base en los argumentos expuestos en las consideraciones de esta sentencia, en el presente caso está demostrada la necesidad de evitar un perjuicio irremediable al mínimo vital de la señora”.

*médico para su rehabilitación o hasta que este se emita, o se pueda efectuar una nueva calificación de la invalidez que permita consolidar el derecho a pensión, o lo habilite para retomar su labor, lo que conserva el acceso de afiliado al servicio de salud.*²⁵

Confirmando la presunción discriminatoria, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia²⁶ dejó de lado el criterio determinado en las sentencias SL-36115 y SL-35794 del 2010, manifestando en su lugar, se determinó que el despido “de un trabajador en estado de discapacidad” se presume discriminatorio, salvo que el empleador demuestre en el juicio ordinario la ocurrencia de una causal objetiva.²⁷

Como se ha visto, la jurisprudencia constitucional ha sido amplia; en las últimas dos décadas, se han proferido múltiples sentencias de revisión que analizaron el derecho a la estabilidad laboral reforzada y en ellas se ha evidenciado una marcada línea hacia la protección excesiva de los trabajadores en condición de discapacidad, no solo ampliando el alcance de la condición de sujeto de especial protección constitucional, como ya se analizó, sino que esta protección se ha demostrado de muchas otras formas, incluyendo los alcances con relación a los tipos de contratación.

²⁵ Corte Constitucional Sentencia T-415/11 Derecho a la estabilidad laboral reforzada- Caso de persona a la que se dictaminó pérdida de capacidad laboral parcial permanente inferior al 50% /derecho a la estabilidad laboral reforzada Caso en que se terminó contrato de trabajo sin contar con autorización previa del Ministerio del Trabajo. Presunción de despido discriminatorio y protección a la estabilidad laboral reforzada

²⁶ Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-1360-18

²⁷ Aclara que, «con todo, la decisión tomada en tal sentido puede ser controvertida por el trabajador, a quien le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa. De no hacerlo, el despido se reputará ineficaz (C-531-2000) y, en consecuencia, procederá el reintegro del trabajador junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997».

En este sentido, la Corte Constitucional, nuevamente ha ampliado el alcance de la estabilidad laboral reforzada, incluso a los casos en los que la terminación de la relación laboral se da por el cumplimiento de la labor contratada.²⁸ Es así como en la Sentencia T-996 del 2010²⁹ la Corte manifestó:

[...] el trabajador que se encuentre en una situación de debilidad manifiesta como resultado de la grave afectación de su salud, tiene derecho a conservar su trabajo, a no ser despedido en razón de su situación de vulnerabilidad y a permanecer en él hasta que se configure una causal objetiva que amerite su desvinculación laboral, previa verificación y autorización de la autoridad laboral correspondiente. En tal sentido, cuando la relación laboral dependa de un contrato de trabajo a término fijo o de obra o labor contratada, el trabajador tiene derecho a conservar su trabajo, aunque el término del contrato haya expirado o la labor para la cual fue contratado haya expirado, esto si subsisten las causas que dieron origen a la relación laboral y se tenga que el trabajador ha cumplido de manera adecuada sus funciones. De este modo, para efectos del fallo de tutela, el despido que se produzca sin el lleno de los requisitos legales y jurisprudenciales será ineficaz y,

²⁸ En este sentido se han proferido entre otras las sentencias T-575 de 2010 Dr. M.P. Juan Carlos Henao Pérez y T-947 de 2010 Dra. M.P. María Victoria Calle Correa.

²⁹ Sentencia T-996 de 2010 M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Caso de una persona que se encontraba en tratamiento médico a partir de una pérdida repentina del conocimiento; diagnóstico desconocido, y que fue despedido de su trabajo. El empleador aducía que la obra para la cual fue contratado había finalizado. El trabajador manifestó que el despido, además de vulnerar su derecho al mínimo vital, le impidió continuar recibiendo la atención en salud que requería. La Sala ordenó el reintegro del peticionario con base en que la empresa accionada desconoció su derecho a la estabilidad laboral reforzada.

por tanto, el juez de amparo deberá conceder la protección invocada y ordenar el reintegro del trabajador a un cargo acorde con su estado de salud.

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional, continúa robusteciendo el alcance del derecho a la estabilidad laboral reforzada, que como se planteó anteriormente, ya venía siendo ampliado gradualmente en lo referente a las medidas que incluye y los contextos en los que aplica. Es así como, mediante Sentencia SU-049 de 2017, la Sala Plena de la Corte, ratifica, con alcance de doctrina constitucional, que la estabilidad laboral reforzada cobija a todo aquel que presente una situación grave o relevante de salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores; por tanto, esta protección especial no se debe limitar a quienes han sido calificados con una pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, o cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral.

En tal sentido, podría afirmarse que la Corte Constitucional ha radicado toda responsabilidad de protección en el juez de tutela quien es el llamado a determinar, fundamentado en la sana crítica y en la equidad, pero sin ningún sustento médico o científico, qué afección, restricción y/o discapacidad tiene la vocación de colocar al trabajador en una situación de grave indefensión.

Adicionalmente, mediante una decisión judicial que puede ser considerada jurídicamente como una sentencia hito, la Corte Constitucional estableció que:

El reintegro como forma de proteger el derecho a la estabilidad laboral reforzada es viable mediante la acción de tutela si se acreditan los siguientes aspectos: (i) que ‘sin la intervención del juez constitucional podría causarse [un] perjuicio irremediable’, (ii) que existe una relación de causalidad entre el hecho o acto que produjo la terminación del contrato de trabajo, la enfermedad o discapacidad que aqueja al trabajador; (iii) que el rompimiento del vínculo laboral no fue justificado por una causa objetiva y relevante; y (iv) que la forma en que terminó la relación laboral le es imputable al empleador (Sentencia T-457, 2010).

La Corte Constitucional (Sentencia T-217 del 2014) cuestionó incluso la libertad del propio trabajador restringido para renunciar y llegar a un acuerdo de retiro con su empleador al indicar que en el evento en que este tipo de convenios se lleguen a acordar entre las partes, estos deben ser presentados ante un inspector de trabajo, a fin de que este evalúe la situación y defina si los derechos del trabajador están debidamente garantizados; esto quedó manifiesto cuando la corte Constitucional en la Sentencia T-217 del 2014 determinó:

Para dar por terminado, de mutuo acuerdo, un contrato laboral con un trabajador que goza de estabilidad laboral reforzada por razones de salud física o mental, el empleador debe (i) acudir al inspector de trabajo a solicitar permiso; (ii) dar a conocer a la autoridad las razones por las cuales al trabajador se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, y (iii) cerciorarse de que el trabajador

conozca las protecciones que le otorga la Constitución y la ley por su especial condición de salud. Una vez el inspector del trabajo llegue al conocimiento de tales circunstancias, deberá decidir si autoriza o no el despido del trabajador.

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que la voluntad libre y reflexiva de un trabajador de renunciar a su cargo y escoger un oficio distinto, que se constituye en la garantía básica de la libertad laboral y derecho al trabajo³⁰, en aparente defensa del propio trabajador, se relativiza e incluso se restringe cuando se trata de un trabajador disminuido. Se trata entonces de una especie de *capitis diminutio*³¹ laboral en virtud de la cual el trabajador llega a perder su capacidad de ejercicio, solamente porque posee alguna disminución física o una restricción médica.

En la misma línea argumental de protección excesiva, la Corte Constitucional ha llegado al extremo de indicar que incluso en relaciones comerciales o civiles de prestación de servicios que no representan ningún tipo de subordinación del contratista respecto del contratante, puede predicarse protección a favor del contratista que implica que el contratante deba solicitar permiso a un inspector de trabajo para finalizar una relación eminentemente comercial cuando quiera que se evidencie una afectación de salud del contratista persona natural (Cuervo, 2019). Así lo determinó la Corte Constitucional cuando señaló en la Sentencia SU-049 de 2017:

³⁰ Código Sustantivo del Trabajo. ART. 11. Derecho al trabajo. Toda persona tiene derecho al trabajo y goza de libertad para escoger profesión y oficio, dentro de las normas prescritas por la Constitución y la ley.

³¹ En el Derecho Romano la *capitis diminutio* reportaba la pérdida de los derechos propios de la calidad de ciudadano y de aquellos provenientes de las relaciones de familia, conservando la libertad física, pero viéndose afectados en el ejercicio de cualquier derecho como ciudadano romano. Cuando se generaba una *capitis diminutio máxima*; incluso se podía determinar la dependencia absoluta del afectado respecto de otro ciudadano, quien se encargaba de tomar todas sus decisiones y disponer de todos sus derechos.

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 de 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.

Es relevante resaltar el cambio que introdujo esta sentencia al ampliar la protección constitucional, que pasa de una estabilidad laboral reforzada a una estabilidad ocupacional reforzada (Camacho y Romero, 2018).

Igualmente, la misma Sentencia SU-049 del 2017 estableció que el derecho a la estabilidad laboral tiene carácter de fundamental, al manifestar:

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.

En tal sentido, contrario al panorama que se ha vislumbrado con la postura que ha venido planteando la máxima magistratura constitucional, recientemente la Corte Suprema de Justicia (SL1614 del 2018) ha empezado a dar pasos hacia un aparente cambio de postura jurisprudencial, cuando menos en lo que a la jurisdicción ordinaria se refiere, toda vez que comprende que el permiso del Ministerio del Trabajo para despedir un trabajador protegido por un fuero de salud solamente es necesario cuando quiera que la desvinculación se origine en el hecho mismo de la discapacidad; no obstante, cuando se presente reza:

[...] la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala, no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva (SL1360, 2018).

De otro lado, la propia Corte Constitucional, en salas de revisión de tutela, contrario a la posición general de la Sala Plena, ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene límites y su protección constitucional es excepcional, por cuanto entiende que:

Al existir un proceso judicial idóneo y eficaz para resolver la controversia y en el que se puede desarrollar un debate probatorio amplio y con plena vigencia del principio de inmediación, deben preservarse las competencias de los jueces

ordinarios de manera que se evite sacrificar la justicia material (Sentencia T-251, 2018).

Asimismo, otra sala de revisión de tutela ha entendido que haber sufrido enfermedades, incluso catastróficas, no genera en sí mismo el derecho a gozar de una estabilidad laboral reforzada, por cuanto debe ser evidente que el despido represente un riesgo de discriminación o de desprotección es, en criterio de dicha sala, una carga probatoria en cabeza del trabajador que alega la protección, lo cual, hasta cierto punto contradice la mezquina presunción de segregación que ha fundamentado la férrea protección que ha establecido la Sala Plena de la corporación constitucional.

En consecuencia, concluye la sala de tutela en la Sentencia T-305 del 2018:

[...] la estabilidad laboral reforzada se dirige a proteger a aquellas personas en situación de discapacidad, cuya relación laboral finaliza como consecuencia de esa condición, es decir, por un criterio discriminatorio. Sin embargo, en aquellas vinculaciones que se surten en el marco de una política pública de inclusión social y, en consecuencia, su causa se fundamenta en la situación de discapacidad de la persona, no se constata discriminación en la desvinculación por vencimiento del plazo, es decir, no se observa un componente de discriminación negativa en la terminación de la relación laboral. Por el contrario, en estos eventos las contrataciones obedecen a acciones afirmativas por parte de las administraciones

locales, que persiguen asegurar el disfrute de los derechos fundamentales en condiciones dignas.

Con este panorama, pareciera que, a partir del año 2018, en Colombia estábamos en frente de un nuevo escenario en el cual se iban ajustando y acomodando las cargas. Es claro que la jurisprudencia constitucional a lo largo de este tiempo, con un propósito noble, pudiere haberse excedido en los mecanismos de protección que creó, por ende, si la nueva posición indicaba que los fueros de protección constitucionales, en especial el de salud, no son absolutos, era plausible entender que estábamos avanzando hacia un derecho laboral más equilibrado y que garantizara verdaderamente la justicia social (Cuervo, 2019).

A este respecto, algunos autores, como Benítez (2018), han planteado que debe plantearse una postura intermedia entre los planteamientos de las altas cortes para lograr los fines de no discriminación previstos en la Constitución:

Esto es que se entendiera la garantía a los trabajadores que acreditaran que en su condición de salud les afecta de modo sustancial el desarrollo normal de sus labores, sin que importe si existe calificación de pérdida de capacidad laboral, además de la existencia de nexo causal entre la enfermedad y el despido.

No obstante, un nuevo giro reverso de la jurisprudencia se ha dado con la Sentencia C-200 de 2019 en la que la Sala Plena de la Corte Constitucional, hizo un condicionamiento de la norma³² al afirmar que:

Cuando el despido de un trabajador obedezca a su condición de salud debe solicitar necesariamente permiso al Ministerio del Trabajo al manifestar que el despido del trabajador o la terminación del contrato de trabajo por razón de su condición de salud, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y solo será eficaz si se obtiene 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 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.

En este fallo, la Corte ratifica una vez más que la línea jurisprudencial del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de personas en situación de debilidad manifiesta, como consecuencia de afecciones a su salud, ha sido estable, es decir que ha ido manteniendo el concepto de protección, amparándolo con ampliaciones y condicionamientos en forma excesiva.

³² Numeral 15 (parcial) del literal A) del artículo 62 del Decreto Ley 2663 de 1950, Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7.º del Decreto 2351 de 1965.

Es así como reitera la posición jurisprudencial, al afirmar que este derecho cubre a los trabajadores que sufren de ciertas afectaciones de salud, aunque no sean catalogadas estrictamente como discapacidades, en los casos en que su situación dificulta su desempeño laboral, así como también abarca a las personas convalecientes o con una incapacidad temporal, considerando que igualmente en estos casos se evidencia un estado de debilidad manifiesta que demanda protección constitucional. En este sentido ha expresado:

La concepción amplia del término 'limitación' ha sido acogida mayoritariamente por la jurisprudencia reciente de esta corporación en el sentido de hacer extensiva la protección señalada en la Ley 361 de 1997 a aquellas personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez. [...] en este orden de ideas, la Corte Constitucional también ha sido enfática en señalar que toda persona que se encuentre en una situación de debilidad manifiesta como resultado del padecimiento de una enfermedad y sin importar el tipo de relación laboral existente, tiene derecho a que se le garantice la estabilidad laboral reforzada por estar en una condición de debilidad manifiesta. Por tanto, el empleador podrá únicamente mediante autorización del inspector de trabajo y por una justa causa objetiva, desvincular al trabajador que presente una disminución física o psíquica en su organismo (Sentencia T-490 de 2010).

Del análisis de esta posición de la Corte se puede interpretar que la protección para este grupo de personas con debilidad manifiesta es relativa y no absoluta, toda vez que cuando el trabajador incurra en una justa causa de terminación unilateral del contrato, el empleador puede tramitar la autorización de despido ante el respectivo inspector.

En línea argumental se establece que los trabajadores que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta e indefensión por la afectación en su estado de salud tienen derecho al reconocimiento de una estabilidad laboral reforzada, sin importar si su condición ha sido certificada como discapacidad por el organismo correspondiente.

Es decir, debe entenderse que estas personas tienen derecho a permanecer en su cargo hasta tanto se configure una causal objetiva que termine la relación laboral, evento tal que en todos los casos debe ser verificada y autorizada, previamente por el inspector del trabajo. Adicionalmente, la Corte (Sentencia T-663, 2011) reitera: “Igualmente tendrá derecho al pago de la indemnización contemplada en el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en el evento en que la desvinculación laboral se produzca sin la autorización de la autoridad competente”.

Consecuentemente se puede entender que los trabajadores, en una situación de vulnerabilidad, ya sea por una discapacidad calificada como tal, la disminución de su condición de salud, tienen especial protección constituida mediante el concepto de estabilidad ocupacional reforzada, en virtud de la cual se prohíbe que el empleador

conocedor de dicha circunstancia termine la relación laboral, sin acudir con antelación a la autoridad de trabajo para que se otorgue el respectivo permiso.

De igual forma, la Corte en la Sentencia C-200 (2019) reitera que se reafirma en la ampliación del concepto, para incluir no solo los contratos de trabajo a término indefinido, sino también el plazo de los contratos a término fijo, por obra o labor, con lo que deja a los empleadores obligados a mantener a estas personas aun cuando ya no haya labor por ejecutar.

También recalca que se presume que el despido es discriminatorio, en todos los casos, si un trabajador con afectaciones de salud ha sido despedido, sin la debida autorización del Ministerio del Trabajo.

Adicionalmente establece que cuando un trabajador deba ser reintegrado a sus funciones, pero su reintegro o su reubicación sea imposible, debe darle la oportunidad al trabajador de proponer soluciones razonables a dicha situación y solicitar autorización del Ministerio Trabajo para despedir al trabajador por esta justa causa.

Reafirma también que cuando el empleador ha despedido al trabajador sin autorización previa, tendrá las siguientes consecuencias:

(a) la ineficacia del despido, (b) el pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejadas de recibir en el periodo en el cual estuvo injustamente separado

del cargo, (c) el reintegro en un cargo igual o mejor al que desempeñaba y en el que no sufra el riesgo de empeorar su condición de salud, (d) el derecho a recibir capacitación para cumplir con las tareas que su nuevo cargo le impone, si hay lugar a ello; (e) el derecho a recibir 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.

Recientemente la Corte confirmó su postura y adicionalmente recordó que para poder presumir una actitud discriminatoria del empleador hacia al trabajador es necesario e impajaritable que se pueda verificar que el empleador estaba enterado de la situación de salud del empleado con anterioridad a la desvinculación, y que esta condición de estar enterado puede darse no solo por la manifestación expresa y formal del empleado sino por otros medios correlativos e informales. En este sentido, en la Sentencia T-500 de 2019, la Corte Constitucional expresó:

Es forzoso que el empleador conozca la discapacidad del trabajador como instrumento de protección de la seguridad jurídica. Esto evade el hecho de que posteriormente en la jurisdicción se asuma intempestivamente que el trabajador es discapacitado y se le impongan al empleador diversas obligaciones que no preveía, debido a su desconocimiento de la discapacidad.

Ahora bien, este deber del trabajador de informar no está sometido a ninguna formalidad en la legislación actual, de modo que atropellaría la Sala el artículo 84 constitucional si impone vía jurisprudencia algún requisito formal para efectos del ejercicio de los derechos que se desprenden de la discapacidad. De tal suerte que el deber de informar puede concretarse con la historia clínica, con frecuentes incapacidades e, incluso, con la realidad cuando ella es apta para dar cuenta de la discapacidad, en concordancia con el principio de primacía de la realidad sobre las formas.³³

³³ En este sentido, se ha pronunciado la Corte previamente en Sentencia T-148 de 2012 y Sentencia T-664 de 2017.

Reflexión sobre los efectos que la protección de la jurisprudencia ha generado en el mercado laboral colombiano

Según cifras presentadas por Alberto Echavarría Saldarriaga³⁴, vicepresidente de asuntos jurídicos y sociales de la ANDI, el 7,1 % de la población colombiana tiene una discapacidad y de este porcentaje el 57 % está en edad de trabajar. El 34 % tiene discapacidad física; el 26 %, discapacidad mental y productiva; el 13 %, discapacidad visual y el 5 %, discapacidad auditiva. El 85 % de las personas con discapacidad ganan menos de \$500 000. Solo 4 de cada 100 personas con discapacidad tiene algún nivel de educación y 40 % de esta población entre 5 y 24 años no está estudiando. El 83 % vive en estratos 1 y 2.

Para las personas que tienen relación con el medio del derecho laboral es palmario que en Colombia cualquier persona que sobrelleve una afección de salud y que, indistintamente del grado de afectación o disminución de la capacidad laboral que tenga, logre convencer a un juez de tutela de la necesidad de protección, podrá beneficiarse de un reintegro, sin solución de continuidad, bajo los efectos intrínsecos de una disposición que la Corte ha denominado como 'derecho a la estabilidad laboral reforzada'. Se puede afirmar entonces que, esta medida, al analizarla comparativamente en cuanto a su aplicación, no es otra cosa que un fuero análogo al que se le reconoce a una mujer en embarazo o a un directivo sindical.

³⁴ Cifras del Dane y Ministerio de Salud, citadas por Alberto Echavarría Saldarriaga en el Encuentro Nacional de seguridad y salud de la ANDI, Cartagena Colombia noviembre del 2019.

A este respecto la Corte, en la Sentencia C-200 de 2019, conceptúa que el derecho a la estabilidad laboral reforzada, si bien es una norma de carácter protector, es distinta de otros fueros especiales que ciertamente generaron efectos negativos para los sujetos protegidos, como el fuero de maternidad, considerando que en el caso de afecciones de salud, el trabajador no es identificable previamente como un eventual beneficiario de la estabilidad laboral reforzada, pues la condición de salud en general es imprevisible y contingente; concepto este, que el autor no comparte, toda vez que en la práctica laboral corriente se realiza un completo examen médico de ingreso, previo a la contratación, donde con criterio técnico y científico, se puede evidenciar la limitación del trabajador, así como también la susceptibilidad que pudiese tener a desarrollar una condición de especial protección. Dado que este examen se hace antes de la contratación, no solo es posible, sino que es altamente probable que se convierta en un criterio para evitar la contratación del trabajador.

Si bien es cierto que en un principio se creería social, ética y políticamente correcto contar con una protección de esa naturaleza, y está ampliamente aceptado que exista un trato desigual para proteger a las personas en condición de desigualdad, está demostrado que el exceso de protección solo genera más segregación para aquellas personas discapacitadas y desempleadas que no son contratadas por las empresas, ante la desconfianza que genera una inamovilidad laboral casi absoluta.

De la revisión de estudios realizados sobre este nuevo contexto laboral (Castellanos y Ordóñez, 2015) se demostró que la propensión a contratar trabajadores

con restricciones médicas se ha reducido significativamente, se encontró que el ochenta y cuatro por ciento (84 %) de los empleadores consultados no están dispuestos a contratar trabajadores con alguna afección de salud porque temen a la estabilidad casi absoluta de la que goza esa fuerza laboral.

De otra parte, la ANDI y el Cesla³⁵ realizaron un estudio en el que se incluyeron 139 empresas con una muestra de 341.843 trabajadores, que corresponden al 4,5 % del empleo asalariado formal, equivalente a una nómina total de 13,6 billones de pesos y que representan el 16 % del PIB, 157 billones en ingresos operacionales del país.

En este estudio se analizaron casos de todo tipo de trabajadores; según el tipo de contratación, se incluyeron 198.371 trabajadores que tenían un contrato a término indefinido, representando el 58,03 %; en segundo lugar, 73.133 trabajadores correspondiente al 21,36 % quienes tenían contrato a término fijo; en tercer lugar, a 33.118 trabajadores que equivalen al 9,66 % y corresponden a contratación por obra o labor; en cuarto lugar, se encuentran trabajadores en misión por empresas temporales, con un número 25.285 trabajadores correspondientes al 7,40 %, y finalmente 12.139 trabajadores que equivalen a 3,55 % correspondientes otros tipos de contrato, como contratos ocasionales, de aprendizaje, convenios o universitarios.

Como principales aspectos a resaltar en cuanto a las empresas, el estudio definió que solo 38,8 % cuentan con una política de inclusión. Al momento de contratar personas

³⁵ Resultados de la quinta encuesta de ausentismo laboral incapacidad realizada conjuntamente por la ANDI y Cesla, 2019.

con discapacidad, se encontró que el 28,6 % las contratan por los incentivos legales, el 58 % considera que debe ser indiferente y el 13,4% lo consideran un desincentivo.

Las principales razones por las que las empresas consideran que la discapacidad es un desincentivo para la contratación son:

1. Mayores costos asociados a ausentismos o seguimiento médico 46,7 %.
2. Ausencia de políticas de inclusión laboral de los trabajadores con discapacidad 33,3 %.
3. Costo asociado a la creación y adecuación de los puestos instalaciones de trabajo para vincular personas con discapacidad 46,7 %.
4. Desconocimiento en adecuación de los puestos de trabajo y manejo de relaciones laborales con los trabajadores con discapacidad 33,33 %.
5. Menor rendimiento de las funciones laborales de los trabajadores con discapacidad 6,7 %.
6. Legislación: rigidez normativa estabilidad laboral reforzada, sentencias sobre protectoras y falta de claridad legal 100 %.

Como conclusiones del estudio se resaltan las siguientes:

1. Que la discapacidad es una vulnerabilidad socioeconómica.
2. Que la inclusión laboral de personas con discapacidad es baja.
3. Que el desconocimiento es la mayor barrera de la baja inclusión.
4. Que la estabilidad reforzada sigue siendo el mayor obstáculo para contratar personas con capacidad.

De acuerdo con el *Tercer informe de seguimiento sobre ausentismo laboral e incapacidades médicas* (Arrieta, Fernández, Sepúlveda y Vieco, 2019), para el 2018 por cada mil trabajadores, 36 tenían restricciones médicas y solo 8,5 habían sido reubicados. Se reportaron 12.248 restricciones médicas, de las cuales solo 2892 habían sido reubicadas, siendo amparadas por estabilidad laboral reforzada formalmente definida.

No solo el ausentismo por motivos de salud se convierte en una dificultad para la sostenibilidad de las empresas, también se presenta el fenómeno de las restricciones y reubicaciones por razones de salud, el cual afecta la productividad de los trabajadores y repercute en los costos dentro de la empresa (Arrieta et al, 2019).

El porcentaje de personas con restricciones médicas y reubicadas fue de 36 de cada 1000, y por lo general son personas que cuentan con una estabilidad reforzada

definida formalmente; esta cifra disminuyó en un 7,1 % respecto al año 2017, lo cual, según el informe, evidencia una buena gestión de las empresas para mantener las personas en los mismos puestos de trabajo realizando los cambios y ajustes requeridos según las afecciones médicas.

Con relación a las cifras del ausentismo para 2018, un empleador, tuvo que desembolsar en promedio 2,3 % adicional sobre el salario de cada trabajador por temas asociados al ausentismo, por cada mil trabajadores se reportan 159 casos de ausentismo, 9100 días perdidos por incapacidad y 36 trabajadores con restricciones. Para estos mil trabajadores, se estableció la asignación de 535 millones de pesos, por costos de ausentismo, 177 millones de pesos por costos de restricciones médicas y reubicaciones laborales y \$700 000 en promedio del costo total anual por trabajador.

En cuanto a la percepción empresarial, el ausentismo laboral se observa como un fenómeno que genera una afectación significativa a la sostenibilidad empresarial, es así como para el año 2018 los empresarios consideraron que se presentaba una afectación significativa a su empresa en 58,4 % con relación ausentismo laboral por razones de salud, en el 46,5 % por las restricciones médicas y en el 52 % por las reubicaciones.

En este orden de ideas, con motivo de la protección que ha establecido la Corte Constitucional, y los altos costos e implicaciones que tiene para la empresa, es claro que los empleadores antes que verse motivados a contratar trabajadores, en una actitud contraria y apenas natural, hoy los asumen como un grupo poblacional problemático y

su vinculación laboral ha disminuido drásticamente. En años anteriores la contratación de discapacitados era un acto socialmente responsable e incluso fue presentado como una ventaja estratégica por algunas organizaciones con fines comerciales cuestionables, sin embargo, hoy en día todos los intentos por lograr una verdadera incorporación social y por demostrarle a la sociedad que los discapacitados son seres humanos iguales, pero con condiciones de oportunidad distintas, han desaparecido por el aprensión al exceso de protección que se ha evidenciado desde el momento en que la Corte Constitucional optó por la creación pretoriana del llamado fuero de salud o discapacidad.

En este sentido, Juan Pablo Salazar³⁶, exdirector del Plan Presidencial de Inclusión de Personas con Discapacidad y quien ha liderado los proyectos más ambiciosos de reincorporación laboral de personas con discapacidad en Colombia, incluso, ha declarado abiertamente que la interpretación que le ha dado la Corte Constitucional a la Ley 361 de 1997 es equivocada y que una norma que pretendía evitar que los trabajadores fueren desvinculados con motivo de su disminución física hoy se ha convertido en un mecanismo abusivo de protección de personas que alegando su situación médica violan la normatividad laboral y someten a sus empleadores a mantenerlos en el empleo como consecuencia de un fuero innecesario e injustamente administrado.³⁷

³⁶ Revista *Semana*. *Las personas con discapacidad no deben ser vistas como castigados de Dios*.

³⁷ Debate de control político sobre discapacidad.

En la misma sintonía, son varios los sectores de la economía nacional que se han manifestado una posición contrapuesta a los mecanismos de incorporación laboral de los trabajadores con discapacidad, para lo cual han cuestionado los incentivos que el Gobierno Nacional pretende otorgar a aquellos empleadores que vinculen personal protegido por razones de salud. Inclusive se ha planteado que deberían expedirse normas especiales para evitar que los incentivos y las restricciones legales afecten a los sectores que alegan representar.³⁸

Aunando su voz a este sentir de los empresarios, la directora de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, Diana Espinosa Bula, indicó que:

La ingeniería está dispuesta a asumir su cuota de empleabilidad de personas con discapacidad de acuerdo con su formación, competencia y posibilidades de trabajo, pero se resiste a convertir sus oficinas y obras en ‘refugios obligados’ de personas en condición de discapacidad para obtener un puntaje que no tiene sentido que sea otorgado por esa circunstancia. El Gobierno debe evaluar si las empresas de consultoría y construcción tienen capacidad para asumir los porcentajes propuestos [...].³⁹

En este contexto, ante la perspectiva descrita es no solo válido, sino beneficioso, la formulación de diversas preguntas, entre otras: ¿será provechoso contar con una protección de ese alcance?, ¿es prudente que la reglamentación del llamado *fuero de*

³⁸ Periódico *El Tiempo*. *La discapacidad no es un juego*.

³⁹ Periódico *La República*. *A qué estamos jugando*.

discapacidad permanezca en manos del vaivén intrínseco que tiene la jurisprudencia de tutela?, ¿será que los discapacitados desempleados, que no pueden acceder al mercado de trabajo por la excesiva protección, están de acuerdo con la forma como se ha ido desarrollando la jurisprudencia?, ¿se pueden considerar, estos pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional en este tema, como ‘avances’? ¿Es válido, coherente y aceptable que el Estado, a través de las cortes, traslade a los empleadores la garantía del derecho de los sujetos de especial protección, generando cargas económicas y sociales, que en ocasiones superan su propia capacidad de gestión, poniendo en riesgo la estabilidad y sostenibilidad de las empresas y por ende vulnerando el derecho al trabajo de los otros empleados?

Por lo anterior, el autor considera que los legisladores y el Gobierno Nacional están en mora de iniciar una discusión abierta y sensata sobre los verdaderos alcances de la protección laboral del disminuido físico, toda vez que es apremiante una normatividad que con el alcance de una ley estatutaria (que regule derechos fundamentales) reglamente los límites y consecuencias de lo que hoy en día se constituye en un verdadero *fuero de discapacidad*.

Por ahora el tema está en desarrollo constante por lo que el ambiente en el medio es indefinido y a pesar de los esfuerzos del Gobierno Nacional, por proyectar un esbozo de decreto que regule la materia, es claro que quizás nos encontremos en un momento histórico inadmisiblemente paradójico que raya en lo irónico, en el cual los discapacitados como grupo poblacional cuentan con una protección excesiva y desbordada, que nunca

solicitaron y que contrario a lo que podría pensarse, quizás de buena fe, ha resultado mucho más perjudicial que la misma inequidad que se pretendía zanjar. En palabras de Baltasar Gracián:⁴⁰ “Muchas veces nace la enfermedad del mismo remedio”. Es hora de que se sienten los parámetros de la racionalidad y la cordura, y se vuelva a entender que prevalece el bien general sobre el individual, aunque esto algunas veces no sea bien recibido por el individuo que no se beneficia. “Más vale un grano de cordura que arrobas de sutileza” (Gracián).

40 Baltasar Gracián (1601-1658), escritor español.

Conclusiones

1. La jurisprudencia constitucional a lo largo del tiempo, con un fin noble, se ha excedido en los mecanismos de protección que creó a través del establecimiento de los fueros de protección constitucionales, en especial el de salud, que en repetidas ocasiones ha considerado como absolutos ampliando sus alcances de forma progresiva, no solo en los campos de aplicación sino en los contextos y sujetos a los que ampara.
2. En el escenario descrito en el presente ensayo, es evidente que en Colombia hoy podemos afirmar, sin ninguna duda, que existe un fuero de discapacidad de origen netamente jurisprudencial, que si bien puede responder a una apremiante necesidad de protección a una población que históricamente había sufrido los flagelos de la discriminación y el rechazo encontró en la Corte Constitucional la consagración de una garantía laboral de alcances insospechados y que, podríamos afirmar, excede ampliamente la aspiración del legislador en esa materia.
3. Es así como, se ha llegado a establecer una segregación inversa, es decir negativa, pasando de la protección al proteccionismo y convirtiéndose ese proteccionismo, en una de las principales fuentes de violación del derecho fundamental al trabajo, dado que la tendencia es a que los empleadores prefieran no contratar personas de quienes se pueda prever estarán en el futuro mediato o

ya están incursas en una situación de estabilidad ocupacional reforzada. Pasamos de la protección a la segregación inversa.

4. En un Estado donde se deben garantizar los derechos de todos los habitantes y en aras al establecimiento de condiciones que incentiven la inversión y la creación de empresas y por ende de nuevos puestos de trabajo, las medidas de protección deben ser meticulosamente estudiadas y articuladas a fin de evitar caer en modelos de proteccionismo exagerado que generan efectos negativos.
5. Proteger por proteger no es el camino. La protección, aun cuando sea necesaria y urgente, siempre deberá estar delimitada y regulada para impedir abusos que finalmente solo conllevan mayor desprotección.
6. Asimismo, se debe para reiterar que a pesar de que ya se han empezado a ver algunas sentencias jurisprudenciales tendientes a regular los fueros de protección constitucional, sigue en mora la formulación de una política pública en cabeza del Gobierno Nacional que verdaderamente armonice e integre la respuesta que el Estado debe darles a grupos poblacionales vulnerables y a la sociedad misma para que no se cometan excesos desde ninguna de las orillas de las relaciones de trabajo.
7. Si bien es cierto que es una necesidad apremiante que los empleadores empiecen a ampliar su perspectiva en cuanto al manejo que se debe dar a los casos en los

que los trabajadores han sido calificados con algún grado de discapacidad y que deben garantizar condiciones de readaptación y reintegro que le permitan al empleado continuar con el desempeño de una actividad laboral digna y eficiente, difícilmente puede entenderse que el Estado pretenda de hecho trasladar la protección del derecho al trabajo y la estabilidad laboral de las personas en condición de discapacidad a los empleadores, quienes innegablemente se verán afectados en sus operaciones y disminuyendo sus resultados.

Referencias

- ANDI. (2017a). Estrategia para una nueva industrialización II. Colombia, un país de oportunidades. Recuperado de <http://proyectos.andi.com.co/Libro2/Paginas/index.html>
- ANDI. (2017b). Salud y estabilidad en el empleo: retos jurídicos y económicos para la sostenibilidad de las empresas. Medellín: Editorial Mundo Libro.
- ANDI. (2017c). *Salud y estabilidad en el empleo: retos jurídicos y económicos para la sostenibilidad de las empresas*. Medellín, Colombia: Editorial Mundo Libro.
- ANDI-Cesla. (2019). Quinta encuesta de ausentismo laboral e incapacidades. Recuperado de <http://www.andi.com.co/Uploads/Novedades-Laborales-NOVIEMBRE.pdf>
- ANGELA MARYOURE GIGLIOLA SUAREZ MOYA (2012). *Análisis de la calificación de pérdida de capacidad laboral por desórdenes musculoesqueléticos en miembro superior en una administradora de riesgos profesionales colombiana en el año 2008*
- Arrieta, E., Fernández, C., Sepúlveda, C., Vieco, J. (2019). *Tercer informe de seguimiento sobre ausentismo laboral e incapacidades médicas*. Asociación Nacional de Empresarios de Colombia y Centro de Estudios Sociales y Laborales. <https://bit.ly/2ucLnT6>
- Asamblea General de la ONU. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (217 [III] A). París. Recuperado de <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>

- Bickenbach, J. (2012). *Conjuntos básicos de la CIF Manual para la práctica clínica*. Goettingen, Germany, Publicado por Hogrefe Publishing,
- Benítez, J. (2018). *Estabilidad laboral por debilidad manifiesta en salud: omisión estatal, debilidad jurídica y alternativas para remediarlas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Booth, W., Colomb, G. y Williams, J. (2008). *Como convertirse en un hábil investigador*. Editorial Gedisa Tercera reimpresión.
- Camacho-Ramírez, A. y Romero, M. (2019). *De la estabilidad laboral relativa, ¿a la estabilidad laboral absoluta? Estabilidad laboral reforzada en el empleo*. 2ª. Ed. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Cañón, L. (2017). La solidaridad como fundamento del Estado social de derecho, de la seguridad social y la protección social en Colombia. *Páginas De Seguridad Social*, 1(1), 5-29. <https://doi.org/10.18601/25390406.n1.01>
- Castellanos, V., Ordóñez, M. (2020). La falta de precisión del concepto de circunstancia de debilidad manifiesta frente a la contratación de los discapacitados, genera una segregación inversa. [Tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana]. Repositorio Institucional PUJ. <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/34625>
- Cerquera, S. (2018). El principio de la estabilidad laboral en Colombia: La tensión entre los derechos sociales laborales vs las políticas neoliberales de flexibilización. [Tesis de maestría Universidad Nacional de Colombia]. Recuperado de: <http://bdigital.unal.edu.co/61930/1/530018202018.pdf>

- Código Sustantivo del Trabajo. (1951, 7 de junio). *Artículo 62, Lit. a), núm. 15*. Diario Oficial n.º 27 622. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30019323>
- Cuervo, C. (2016). El resarcimiento ético histórico: De la igualdad de oportunidades al ejercicio excesivo de los derechos laborales. En López, J. y Moreno, Ó. (Eds.), *La evolución de los derechos fundamentales en el derecho laboral y la seguridad social: homenaje al doctor Carlos Álvarez Pereira*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez.
- Cuervo, C. (2019, 6 de febrero). Nuevas posiciones de las cortes sobre el fuero de salud: ¿cambio, avance o retroceso? *Ámbito Jurídico*. <https://bit.ly/2SYHBoH>
- Galán, F. y Luna, J. (2000). La acción afirmativa como desarrollo del principio de igualdad. [Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana]. Recuperado de <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis21.pdf>
- Jaramillo, J. (2013). *La estabilidad laboral del trabajador incapacitado temporalmente*. [tesis de maestría, Universidad Nacional Colombia]. Recuperado de: <http://bdigital.unal.edu.co/12145/1/julioalbertojaramillozabala.2013.2013>
- Rodríguez, J. A. (1997). *El nuevo derecho del trabajo*. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer. 1997.
- Orozco, C., Benítez, J., Bermúdez, K. (2018). *Estabilidad laboral por debilidad manifiesta en salud: omisión estatal, inseguridad jurídica y alternativas para remediarlas*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Rawls, J. (2006). La teoría de la justicia. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass. Sexta reimpresión.1971.

Redacción Infraestructura. (2015, 25 de junio). *¿A qué estamos jugando?* La República.

<https://www.larepublica.co/infraestructura/a-que-estamos-jugando-2270211>

Reyes, M. (2015, 25 de marzo). *Las personas con discapacidad no deben ser vistas*

como castigados de Dios. Semana.

<https://www.semana.com/nacion/articulo/juan-pablo-salazar-los-discapacitados-no-deben-verse-como-los-castigados-de-dios/422118-3>

Rodríguez, J. A. (1997). *El nuevo derecho del trabajo*. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.

Salazar, J. P. (2014). *Debate de control político sobre discapacidad* [ponencia].

www.juanpablosalazar.com, Colombia.

<http://www.juanpablosalazar.com/ponencia-de-juan-pablo-salazar-en-debate-control-politico-sobre-discapacidad-en-colombia/>

Salazar, J. P. (2015, 2 de julio). *La discapacidad no es un juego*. El Tiempo.

<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16036659>

Corte Constitucional (1996, 29 de febrero). Sentencia No. C-079/96. (Hernando Herrera,

M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-079-96.htm>

Corte Constitucional (2000, 10 de mayo). Sentencia C-531/00. (Álvaro Tafur Galvis,

M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-531-00.htm>

Corte Constitucional (2000, 10 de mayo). Sentencia C-531/00. Álvaro Tafur Galvis, M.P.).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-531-00.htm>

Corte Constitucional (2001, 27 de septiembre). Sentencia T-1040/01. (Rodrigo Escobar

Gil, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-1040-01.htm>

Corte Constitucional (2005, 13 de abril). Sentencia SU-388/05. (Clara Inés Vargas Hernández, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/SU388-05.htm>

Corte Constitucional (2005, 13 de abril). Sentencia SU-389/05. ((Jaime Araújo Rentería, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/SU389-05.htm>

Corte Constitucional (2005, 21 de julio). Sentencia T-871/05 (Manuel José Cepeda Espinosa, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-871-05.htm>

Corte Constitucional (2006, 16 de agosto). Sentencia C-667/06. (Jaime Araújo Rentería, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-667-06.htm>

Corte Constitucional (2008, 12 de noviembre). Sentencia C-1125/08. (Humberto Antonio Sierra Porto, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-1125-08.htm>

Corte Constitucional (2009, 3 de abril). Sentencia T-262/09. (Luis Ernesto Vargas Silva, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-262-09.htm>

Corte Constitucional (2010, 14 de enero). Sentencia T-003/10. (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-003-10.htm>

Corte Constitucional (2010, 15 de julio). Sentencia T-575/10. (Juan Carlos Henao Pérez, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-575-10.htm>

Corte Constitucional (2010, 15 de junio). Sentencia T-457/10. (Luis Ernesto Vargas Silva, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-457-10.htm>

Corte Constitucional (2010, 16 de junio). Sentencia T-490/10. (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-490-10.htm>

Corte Constitucional (2010, 25 de noviembre). Sentencia T-947/10. (María Victoria Calle Correa, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-947-10.htm>

Corte Constitucional (2010, 26 de noviembre). Sentencia T-961/10. (Humberto Antonio Sierra Porto, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-961-10.htm>

Corte Constitucional (2010, 3 de diciembre). Sentencia T-996/10. (Luis Ernesto Vargas Silva, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-996-10.htm>

Corte Constitucional (2011, 17 de mayo). Sentencia T-415/11. (María Victoria Calle, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-415-11.htm>

Corte Constitucional (2011, 20 de octubre). Sentencia T – 774/11. (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-774-11.htm>

Corte Constitucional (2013, 6 de noviembre). Sentencia T-766/13 (Luis Guillermo Guerrero Pérez, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-766-13.htm>

Corte Constitucional (2014, 1 de abril). Sentencia T-217/14. (María Victoria Calle, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-217-14.htm>

Corte Constitucional (2014, 12 de febrero). Sentencia C-081/14. (Nilson Pinilla, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-081-14.htm>

Corte Constitucional (2014, 2 de julio). Sentencia C-415/14. (Alberto Rojas, M.P.).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-415-14.htm>

Corte Constitucional (2017, 2 de febrero). Sentencia SU-049/17 (María Victoria Calle, M.P.).

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=83237>

Corte Constitucional (2017, 2 de febrero). Sentencia SU-049/17. (María Victoria Calle, M.P.).

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=83237>

Corte Constitucional (2018, 27 de julio). Sentencia T-305 de 2018. (Cristina Pardo Schlesinger, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-305-18.htm>

Corte Constitucional (2018, 3 de julio). Sentencia T-251/18. (Alejandro Linares Cantillo, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-251-18.htm>

Corte Constitucional (2019, 15 de mayo). Sentencia C-200/19. (Gloria Stella Ortiz Delgado, M.S.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-200-19.htm>

Corte Constitucional (2019, 15 de mayo). Sentencia C-200/19. (Gloria Stella Ortiz Delgado, M.S.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-200-19.htm>

Corte Constitucional (2019, 22 de octubre). Sentencia T-500/19. (Alberto Rojas Ríos, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/t-500-19.htm>

Corte Suprema de Justicia (2018, 11 de abril). Sentencia SL-1360-18. (Clara Cecilia Dueñas, M.P.). <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bjun2018/SL1360-2018.pdf>

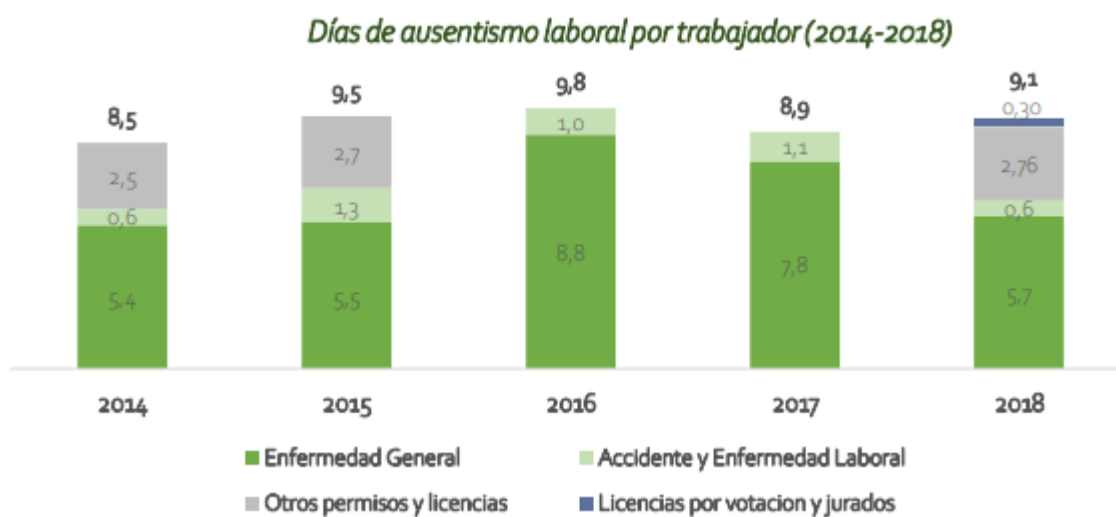
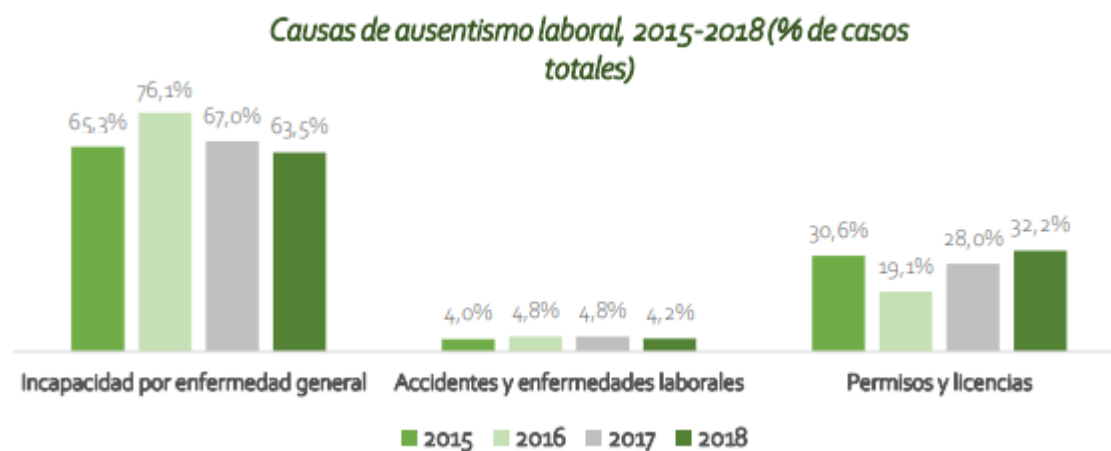
Corte Suprema de Justicia (2018, 16 de mayo). SL1614-2018. (Dolly Amparo Caguasango, M.P.). <https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/726922333>

Relatoría de la Corte Constitucional. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>

Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. <https://bit.ly/2HGWCWQ>

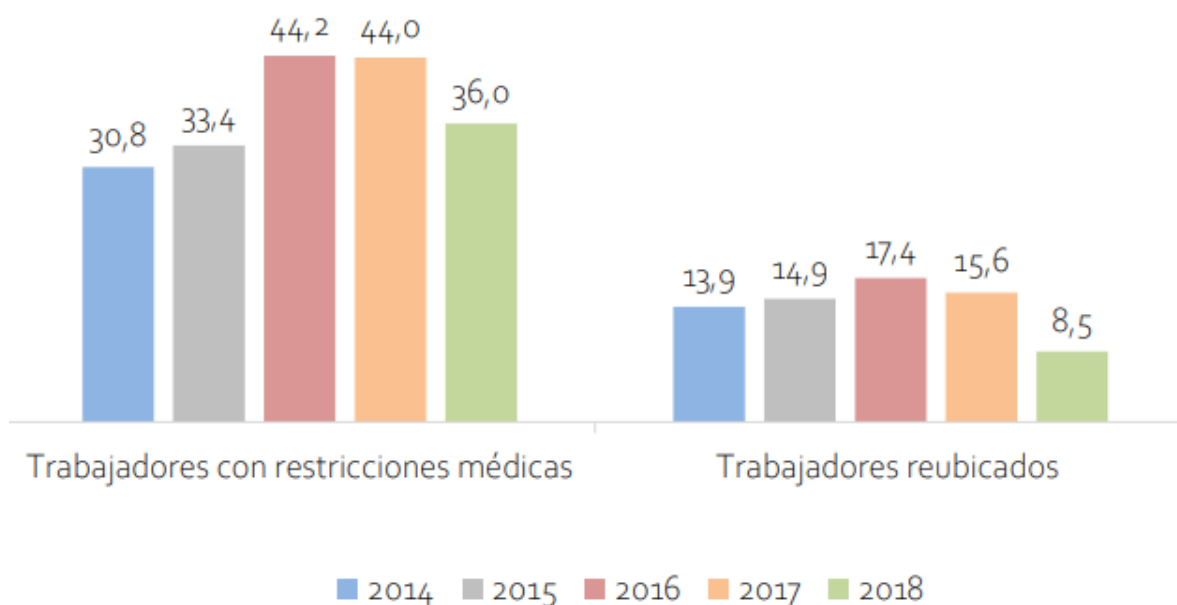
Anexos

Gráficas de Tercer informe de seguimiento sobre ausentismo laboral e incapacidades médicas⁴¹

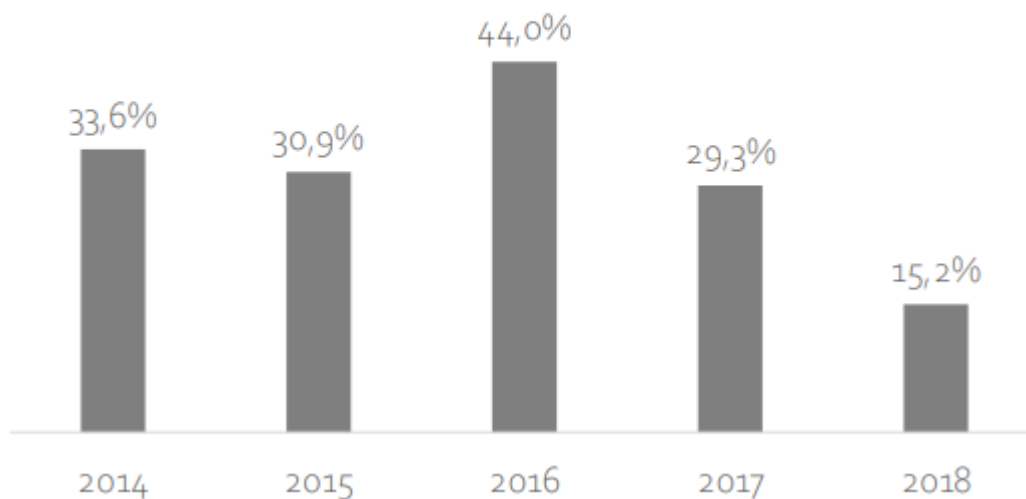


⁴¹ (Arrieta, Fernández, Sepúlveda y Vieco, 2019),

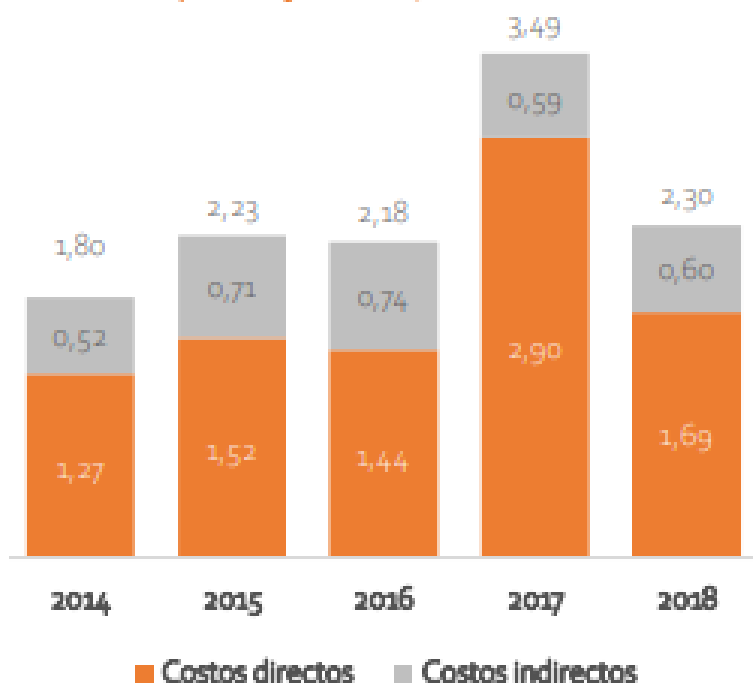
Número de trabajadores con restricciones médicas y reubicados por cada 1000 trabajadores (2014-2018)



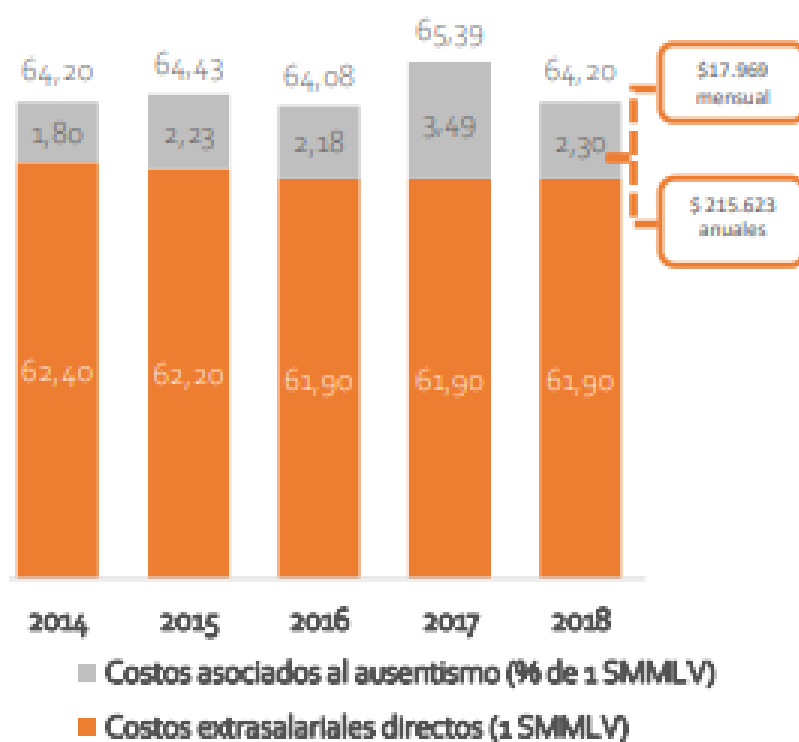
Trabajadores que no le aportan una relación productiva a su empresa como porcentaje de los trabajadores con restricciones médicas (2014-2018)

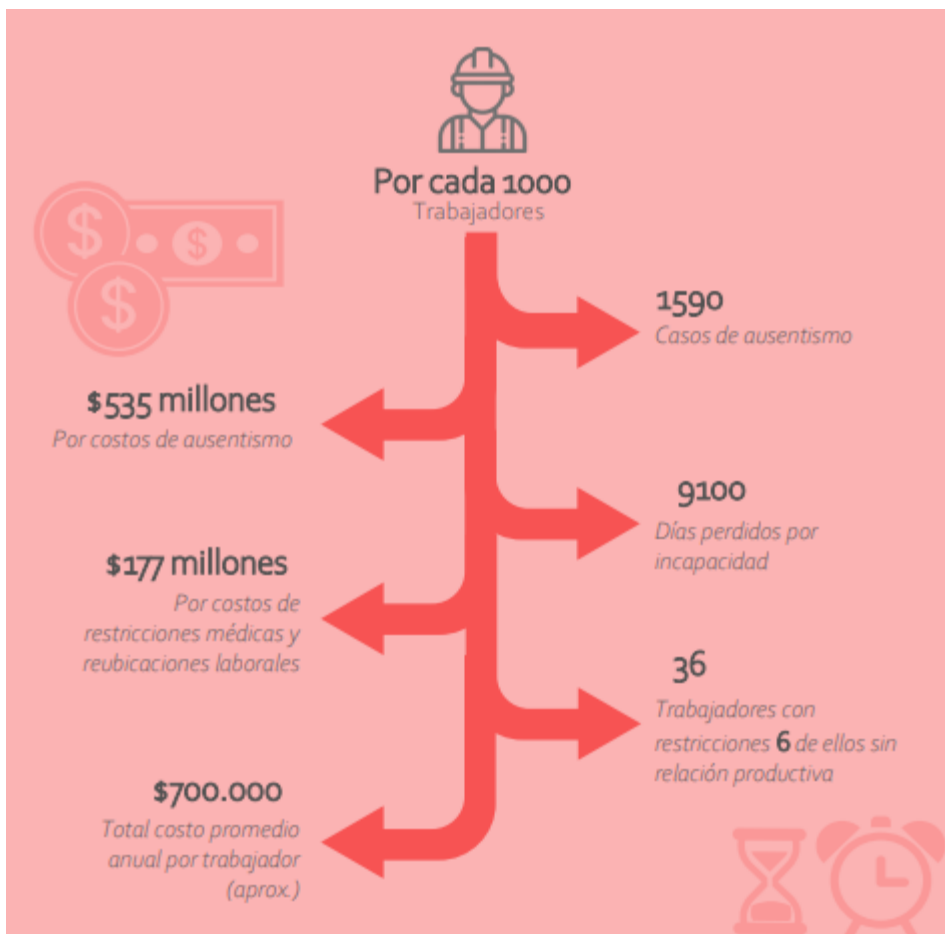


Costos asociados al ausentismo laboral como porcentaje del salario por trabajador (2014-2018)

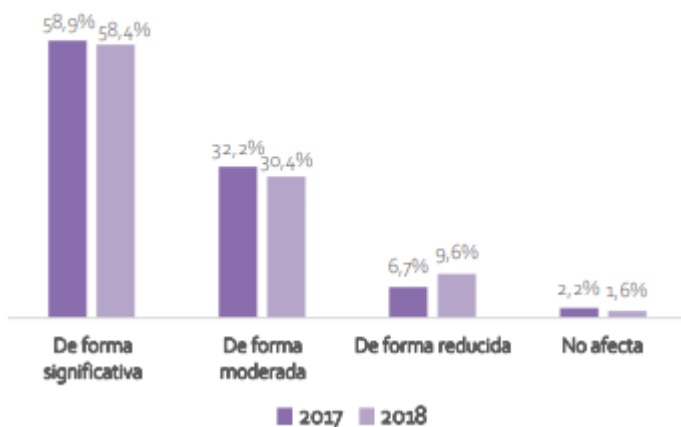


Ejemplo: Carga extra-salarial y costos asociados al ausentismo. Caso aproximado para un empleado promedio que gane 1 SMLMV (2014-2018)



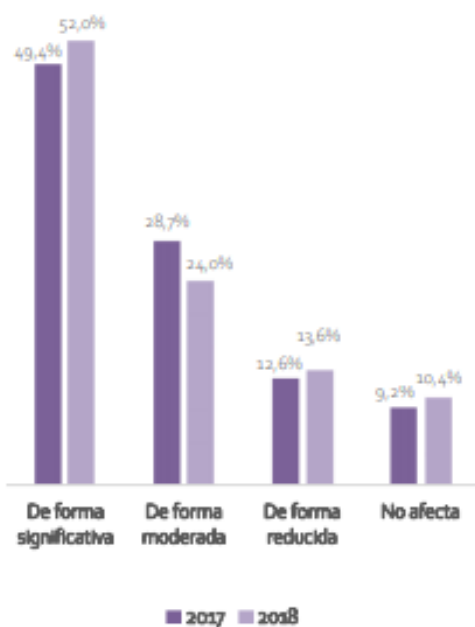
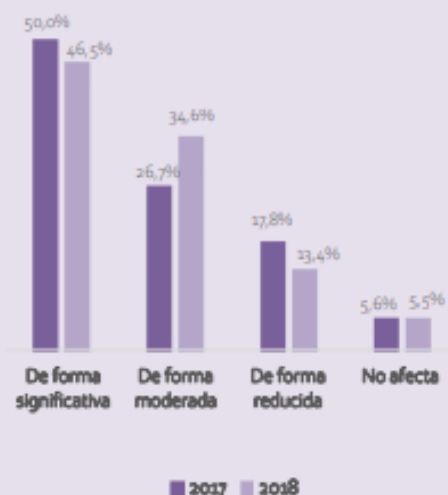


¿Cómo afecta el ausentismo laboral por razones de salud a su empresa? (2017-2018)



¿Cómo afectan las restricciones médicas a su empresa? (2017-2018)

Para el año 2018, las empresas perciben una disminución de la percepción de afectación de forma significativa, en cambio, aumenta la percepción de forma moderada, pasando de un 26,7%, en el 2017, a un 34,6% para el 2018.



¿Cómo afectan las reubicaciones a su empresa? (2017-2018)

Las reubicaciones médicas continúan con una afectación muy alta al interior de las empresas, se reconoce que se han dado avances al respecto, pero sigue siendo una cuestión problemática, en cuanto a la gestión que implica y a los costos asociados. Por lo anterior, se explica que la percepción que tienen las empresas frente al impacto generado sea alto, al presentarse, para el 2018, que el 52% de las empresas consideran una afectación significativa al interior de sus compañías.