

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA



MONOGRAFÍA DE GRADO

Título:

“Estabilidad laboral reforzada por debilidad manifiesta generada por la condición de salud y sus consecuencias”.

Autor:

Mariajosé Beltrán Puche

Director de la monografía de grado:

Andrés Charria Sáenz

Departamento de Derecho Laboral

Facultad de Ciencias Jurídicas

Bogotá D.C.

2018

RESUMEN

De conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano, la Corte Constitucional ha adoptado una postura garantista con respecto a la protección de las personas que se encuentren en circunstancias desiguales para la prestación de un servicio personal, sea por contrato laboral u vinculación civil.

La omisión del legislador con respecto al desarrollo del alcance del concepto de debilidad manifiesta, ha permitido al juez de tutela interpretar el cómo se debe aplicar dicho concepto y en consecuencia, se ha adoptado una posición jurisprudencial que afecta finalmente al empleador como generador de empleo en Colombia.

Asimismo, el ordenamiento jurídico prevé las acciones ordinarias para velar por las relaciones laborales que se vean afectadas por los excesos o abusos que se presenten en desarrollo o terminación de dichos vínculos. Empero, por la rapidez de la acción de tutela, se ha convertido en el mecanismo preferente para proteger a los trabajadores.

La imposición de cargas al empleador posteriormente generará la contratación informal o por medio de otros vínculos jurídicos para la prestación de servicios personales, creando barreras discriminatorias dentro de la selección de personal para el desarrollo del objeto de las personas jurídicas.

Palabras Clave: Condición de salud, acción de tutela, debilidad manifiesta, calificación de la pérdida de capacidad laboral.

TABLA DE CONTENIDO

CAPÍTULO	PÁGINA
Resumen	3
Introducción	4
1. La condición de salud como fuente de la debilidad manifiesta, cuando se ostenta una calificación inferior al 50% de pérdida de capacidad laboral.	8
1.1. La condición de salud	10
1.2. La circunstancia de la debilidad manifiesta	12
1.3. La omisión del legislador con respecto a la circunstancia de debilidad manifiesta	14
2. Concepto de estabilidad laboral reforzada	16
2.1. La justa causa para dar por terminado el contrato laboral	18
2.2. Estabilidad laboral u ocupacional reforzada	19
3. La acción de tutela como mecanismo para garantizar la estabilidad laboral reforzada.	26
Conclusiones	31
Bibliografía	34

INTRODUCCIÓN

Las personas jurídicas son por definición una ficción jurídica, la cual tiene derechos y puede contraer obligaciones y ser representada judicial y extrajudicialmente. Por regla general, las personas jurídicas se crean con el fin de desarrollar y llevar a cabo negocios, actividades comerciales, actividades benéficas, entre otras, en consecuencia, y al ser una ficción jurídica, son creadas por la voluntad de personas naturales que buscan un fin común el cual es el objeto social.

Para el desarrollo del objeto social, las personas jurídicas necesitan contratar personas naturales que realicen las actividades propias del objeto social, las cuales pueden ser vinculadas por medio de acuerdos civiles, comerciales o laborales, que genera una situación jurídica nueva y completamente independiente, la cual es llamada el trabajo o la prestación de servicios.

En Colombia, el trabajo es considerado un derecho, un deber y una obligación, y no solamente a las relaciones entre las partes, sino que escala a ser el motor de la economía del país, en efecto, sin las empresas y sus trabajadores, la economía se estancaría a tal punto de guiar al país a una crisis a nivel económico (monetario), social (prestación de los servicios públicos esenciales), alimenticios y culturales que afectaría a la persona individualmente considerada.

Por esta razón, el poder público, en cabeza de las tres ramas (legislativa, ejecutiva y judicial), han desarrollado una política común de garantía y protección del derecho del trabajo, en virtud del cual les otorga ciertas prerrogativas a los trabajadores debido a su situación desventajosa frente a su empleador.

La relación laboral, que por naturaleza es inequitativa, supone tres condiciones, de las cuales depende la existencia de este vínculo jurídico, 1) la prestación del servicio individual, 2) la remuneración al trabajador por el servicio prestado y 3) la subordinación, la cual como característica supone que el empleador puede imponer una serie de reglas y condiciones para la prestación del servicio y emitir ordenes para la ejecución del mismo. Por esto, el empleador tiene un poder de mando y orden sobre el trabajador, quien a su vez y con el fin de obtener una contraprestación, bien sea económica o en especie, se somete a realizar las órdenes y mandatos que el empleador le da en desarrollo de la relación laboral, en este punto, se evidencia la inequidad entre las partes de la misma relación.

Teniendo en cuenta lo anterior, la relación entre las partes es inequitativa, el empleador tiene una posición diferente sobre el trabajador, pues puede dirigir su actuar dependiendo del desarrollo de actividades propias para las que fue contratado.

Como ya fue explicado, el legislador, en desarrollo de su función ha creado una serie de políticas garantistas para la parte débil de la relación laboral, empero, las mismas no han sido satisfactorias para la protección real de los derechos, por lo que los trabajadores han tenido que recurrir a la acción de tutela para proteger los derechos que se están viendo vulnerados.

La acción de tutela, contemplada en el artículo 86¹ de la Constitución Política de Colombia, crea un procedimiento para la protección inmediata de los derechos fundamentales o que tengan conexidad directa con un derecho fundamental cuando estos se vean vulnerados o amenazados por

¹ Constitución Política de Colombia

la acción u omisión de alguna autoridad pública o particular². El mismo artículo establece que la acción de tutela procede siempre y cuando no exista otro medio de defensa judicial.

Al ser un mecanismo de protección tan efectivo, se ha utilizado de manera indiscriminada, lo que ha permeado en la naturaleza de la figura como mecanismo de protección inmediato y lo ha convertido en la acción más utilizada por los colombianos, que según el informe al congreso presentado por el Consejo Superior de la Judicatura del año 2017³, se presentaron 757.070 acciones de tutela durante el año 2017.

El derecho al trabajo está contemplado en el artículo 25 de la Constitución Política, el cual pregona que el trabajo goza de especial protección por parte del Estado, entre las cuales se encuentra la estabilidad laboral, el derecho al mínimo vital y móvil, entre otros que intentan poner en condiciones de igualdad al trabajador y al empleador.

Para el trabajo que nos ocupa, la estabilidad laboral reforzada ha sido contemplado por la Corte Constitucional como un derecho fundamental en el sentido que los trabajadores que se encuentran cobijadas por ella se encuentran en una situación especial, como la mujer que se encuentra en estado de embarazo o lactancia, aquellos trabajadores que gocen del fuero sindical establecidos en el artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, las personas que por ostentar una condición de salud⁴ se entienden inválidas (cuando la calificación otorgada por la EPS, ARL, junta regional o

² Decreto 2591 de 1991

³ Tomado de: http://videoteca.ramajudicial.gov.co/publicaciones/belmri_131/index.html, Informe al congreso Consejo Superior de la Judicatura 2017, el día 8 de mayo de 2018 a las 14:15.

⁴ *Condición de salud: Término genérico que incluye las categorías de enfermedad (aguda o crónica), traumatismo y lesión. Una condición de salud puede considerar también otras circunstancias como embarazo, envejecimiento, estrés, anomalías congénitas o predisposiciones genéticas. Las “condiciones de salud” se organizan según la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud – CIE 10” – Decreto 1507 de 2014 “Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional” artículo 3, definiciones.*

nacional es mayor al 50% de pérdida de capacidad laboral) o aquellas que si bien la calificación es menor al 50% su condición de salud les limita el desarrollo de sus funciones, situándolas en la condición de debilidad manifiesta, entre otras.

La debilidad manifiesta establecida en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, establece una protección especial a las personas que, por su condición económica, física o mental, ostenten de una situación diferente al resto de la población en virtud de la cual, el Estado debe propender por una protección especial.

La Corte Constitucional en desarrollo de sus funciones ha impuesto una serie de cargas adicionales a las entidades públicas y particulares al momento crear el vínculo laboral entre estas y una persona que ostente esta categoría de disminuido en sus condiciones de salud⁵ creando el fuero de salud, que produce una serie de cargas para el empleador que debe asumir en desarrollo de la relación laboral, con el fin de desarrollar el principio de solidaridad como pilar del Estado colombiano.

La presente monografía tiene como objeto esclarecer los siguientes puntos:

1. La condición de salud como fuente de la debilidad manifiesta, cuando se ostenta una calificación inferior al 50% de pérdida de capacidad laboral.
2. La acción de tutela como mecanismo para proteger a las personas que tengan una circunstancia de salud, cuando existe un procedimiento alterno para velar por las garantías al derecho al trabajo y la estabilidad.

⁵ “*Dentro del contexto de las relaciones de trabajo, el fuero de salud se predica de aquel trabajador que padece una disminución física o sensorial que lo hace diferente y por tanto sujeto de especial protección, siendo así un colaborador disminuido en su condición de salud*”. Godoy Fajardo, C.H., Valdivieso Rueda, D, F., y Londoño Hidalgo, J, M. 2009. Hacia un entendimiento adecuado del fuero de salud. Actualidad Laboral y Seguridad Social. Bimensual (151) P. 19 – 24

3. Las cargas adicionales que se están imponiendo a las empresas como medios de creación de empleo incentivan a la no contratación por medios laborales, la no creación de empresa y como resultado final un atentado a la economía en general.

1. LA CONDICIÓN DE SALUD COMO FUENTE DE LA DEBILIDAD MANIFIESTA, CUANDO SE OSTENTA UNA CALIFICACIÓN INFERIOR AL 50% DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL.

La normativa colombiana tiene la característica de ser garantista, es decir busca que su regulación proteja en gran medida la parte débil de los vínculos jurídicos con el fin de generar condiciones igualitarias entre las partes en un marco de solidaridad. Tal como lo expresa el artículo 1 de la constitución política, Colombia se funda en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.⁶ Al ser Colombia un Estado Social de Derecho se funda en los pilares de la unidad nacional, la vigencia de un orden justo, la convivencia, la igualdad, dignidad humana, participación, solidaridad y la división de los

⁶ Artículo 1 Constitución Nacional de Colombia: “*Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*”

poderes⁷, en virtud del cual se impone a las autoridades y por ende a los particulares *el trato a la persona conforme con su condición humana.*⁸

Por tanto, la política del Estado colombiano está guiado de conformidad a las condiciones de las personas en cuanto a que se encuentren en situaciones diferentes a la población general, siendo este el pilar fundamental del presente escrito.

Como fue mencionado anteriormente, las relaciones laborales en Colombia, tienen una protección especial del Estado, no solo por el amparo a la parte débil de la relación sino porque históricamente los patronos abusaron de su posición sobre los trabajadores, por esta razón, se establecieron políticas proteccionistas tan fuertes que llevaron a que el Estado propendiera por su protección especialmente a las personas con una condición diferente que afectaran la realización de las labores de manera igualitaria.

El literal d del artículo 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - Protocolo de San Salvador de 1988 el trabajo debe desarrollarse en condiciones justas equitativas y satisfactorias, por lo que, los Estados deben garantizar, entre otros, la estabilidad de los trabajadores que se encuentren en situaciones distintas a las normales⁹.

⁷ Sentencia C-1040 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

⁸ Sentencia T-507 de 2017 M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁹ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - Protocolo de San Salvador de 1988 – Artículo 7 “*d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;* Tomado de: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html> el día 15 de mayo de 2018 a las 14:48

Por su concepto, la estabilidad laboral se refiere a la prerrogativa que ostenta el trabajador de no ser despedido por la mera voluntad del empleador, sino que el despido debe ser justificado con razones objetivas, que pueden ser, que el término del contrato haya terminado o que la obra para la que fue contratado hubiere cesado, la no realización de las obligaciones y actividades para las que fue contratado excepto para la mujer en estado de embarazo o lactancia, el trabajador que cuenta con el fuero sindical según lo establecido en el artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, tener una enfermedad permanente que reduzca la capacidad laboral de la persona entendida como minusvalía, discapacidad, inválidez o disminución física, casos en los cuales debe mediar autorización del juez del trabajo.

La estabilidad laboral reforzada, para los casos anteriormente mencionados, según la Corte Constitucional es un derecho fundamental por conexidad con el derecho del trabajo, es decir, toda persona que haya sido despedida de su trabajo con ocasión a su condición (bien sea porque está cobijado por algún fuero o por su condición de salud) tendrá derecho a que sea reintegrado al mismo, adicionalmente al pago de lo no recibido y una indemnización.

El espectro de protección de la estabilidad laboral reforzada ha generado en la doctrina el fuero de salud, entendido como aquella protección que se les otorga a las personas que sufran de una condición de salud que no les permitan la realización de las labores de forma igualitaria a los demás. De igual manera, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha impuesto las cargas de la Ley 361 de 1997 en su artículo 26 a las personas que si bien la calificación de la junta nacional o la junta regional es menor al 50% haciendo extensiva la garantía de estabilidad laboral por hallarse en situación de debilidad manifiesta.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997 establece:

“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”¹⁰

1.1. LA CONDICIÓN DE SALUD

El Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional - Decreto 1507 de 2014 (en adelante “Manual Único”) establece en el artículo tercero una serie de definiciones, que, para claridad del lector, es importante resaltar:

*“**Capacidad ocupacional:** Calidad de ejecución de una persona para llevar a cabo actividades de la vida cotidiana y ocupaciones. Depende de las habilidades motoras, procesamiento, comunicación e interacción, según las etapas del ciclo vital.*

***Capacidad laboral:** Conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social que permiten desempeñarse en un trabajo.*

***Condición de salud:** Término genérico que incluye las categorías de enfermedad (aguda o crónica, trastorno, traumatismo y lesión). Una condición de salud puede considerar también*

¹⁰ Artículo 26. Ley 361 de 1997.

otras circunstancias como embarazo, envejecimiento, estrés, anomalías congénitas o predisposiciones genéticas.

Deficiencia: *Alteración en las funciones fisiológicas o en las estructuras corporales de una persona. Puede consistir en una pérdida, defecto, anomalía o cualquier otra desviación significativa respecto de la norma estadísticamente establecida.*

Incapacidad permanente parcial: *Es la disminución definitiva, igual o superior al cinco por ciento (5%) e inferior al cincuenta por ciento (50%) de la capacidad laboral u ocupacional de una persona como consecuencia de un accidente o de una enfermedad de cualquier origen.*

Invalidez: *Es la pérdida de capacidad laboral u ocupacional igual o superior al cincuenta por ciento (50%).*

Minusvalía: *Se entiende por minusvalía toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que le impide o limita para el desempeño de un rol, que es normal en su caso, en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia en el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece. Representa la socialización de la deficiencia y su discapacidad, por cuanto refleja las consecuencias culturales, sociales, económicas, ambientales y ocupacionales, que para el individuo se derivan de la presencia de las mismas y alteran su entorno.”¹¹*

La definición particular con relación a la discapacidad, dentro del Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional no es muy clara, por lo que se remitió a la definición emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social el cual establece: “*La clasificación internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud – CIG, desarrollada por la Organización Mundial de la Salud – OMS [...] define la discapacidad, desde el punto de vista relacional, como el resultado de interacciones complejas entre las limitaciones*

¹¹ Artículo tercero, Decreto 1507 de 2014 – Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional.

funcionales (físicas, intelectuales o mentales) de la persona y del ambiente social y físico que representan las circunstancias en la que esta persona vive.”¹²

El presente escrito tiene como propósito delimitar la ampliación jurisprudencial que ha realizado las altas cortes con relación a la estabilidad laboral reforzada por el concepto de debilidad manifiesta con relación a la condición de salud tal como se entiende en el Manual Único.

Al tenor de la definición de condición de salud, nos encontramos en un escenario donde una persona económicamente activa (conformada por las personas que se encuentran en la edad suficiente para desarrollar labores y trabajos aproximadamente de los 18 años hasta los 60, sin embargo, la normativa incluye ocasionalmente a los menores, pensionados y adultos que trabajan¹³, empero, para el caso que nos ocupa, se entenderá el rango de edad establecido anteriormente).

1.2. LA CIRCUNSTANCIA DE LA DEBILIDAD MANIFIESTA

El concepto de *debilidad manifiesta* tal como se encuentra en la Constitución Política de Colombia, no es claro en describir las características y requerimientos para configurar dicha circunstancia, en vez de ello, hace una breve mención que ha conllevado a que las altas cortes se pronuncien sobre este particular de manera subjetiva creando así un vacío a nivel jurídico que ha favorecido a las personas que ostentan esta calidad y desfavoreciendo al otro extremo de la relación al punto de aumentar la brecha de la desigualdad en la población.

¹² Tomado de: <https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Paginas/DisCAPACIDAD.aspx> el día 16 de julio de 2018 a las 10:00 am.

¹³ Título II - Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional (Decreto 1507 de 2014)

El artículo 13 de la Carta Magna afirma que: *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de los discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”*¹⁴

Al tenor del texto y la literalidad se observa que el Estado tiene la obligación de proteger a las personas que, por sus condiciones económicas, físicas o mentales, que a la luz sean diferentes con relación a los malos tratos y a la discriminación que puedan recibir por dicha circunstancia, sin embargo, la falta de claridad con relación al concepto puede cobijar a gran parte de la población bajo esta condición.

Toda vez que la claridad del término no es posible evidenciarla en la norma, será pues necesario, encontrar la definición de este mediante el uso de la literalidad de las palabras y sus significados, la Real Academia de la Lengua Española define la debilidad como la *“falta de vigor o fuerza física”*¹⁵ y con relación al término manifiesta define como *“Descubierto, patente, claro”*¹⁶.

Siguiendo esta línea, se debe incluir en la definición de la circunstancia de debilidad manifiesta y aunado a las definiciones encontradas anteriormente el componente jurídico que lo marca el

¹⁴ Constitución Política de Colombia, Artículo 13.

¹⁵ Tomado de: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=debilidad> Diccionario de la Real Academia de la Lengua española – el día 12 de julio de 2018 a las 15:50.

¹⁶ Tomado de: <http://dle.rae.es/?id=ODqKbQC> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española – el día 12 de junio de 2018 a las 15:52

artículo 13 de la Constitución Política, para el presente escrito, la circunstancia de la debilidad manifiesta se entenderá como la clara, visible y evidente (manifiesta) falta de vigor o fuerza física la cual disminuya transitoria o permanentemente la capacidad para realizar las actividades relacionadas a su labor.

De conformidad con la lectura del artículo 13 de la Constitución Política, las personas que se encuentren en evidente circunstancia de debilidad manifiesta gozarán de la protección especial del Estado, mas no es claro cómo o quien decreta la existencia de la circunstancia de debilidad manifiesta, pues si nos ceñimos a la definición otorgada anteriormente, el Estado colombiano, especialmente el aparato judicial debe atender a el sinnúmero de demandas, derechos de petición, entre otros que fueran interpuestos por las personas que estén cobijadas por esta prerrogativa.

Según las estadísticas presentadas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (en adelante DANE) en el informe de indicadores coyunturales presentado en julio 19 de 2018, el mercado laboral se encuentra en las siguientes circunstancias:

Concepto	Total Nacional		Total 13 Ciudades y áreas metropolitanas	
	Mayo - 18	Mar - May 18	Mayo - 18	Mar - May 18
Tasa global de participación	64,1	63,9	67,1	66,8
Tasa de ocupación	57,9	57,8	60,3	59,8
Tasa de desempleo	9,7	9,5	10,1	10,5
Población ocupada	22.451	22.395	10.941	10.835
Población desocupada	2.420	2.363	1.233	1.265
Población inactiva	13.922	13.994	5.963	6.016

17

Asimismo, el índice de pobreza para el año 2017, según el comunicado de prensa sobre las estadísticas de la pobreza monetaria se encontraba en el 26,9% y pobreza extrema en un 7,4%¹⁸.

¹⁷ Tomado de: http://www.dane.gov.co/files/ses/ses_2018/Indicadores_Coyunturales_19_07_18.pdf, el día 25 de julio de 2018 a las 15:58 - Departamento Administrativo Nacional de Estadística, indicadores coyunturales emitido el día 19 de julio de 2018. Los resultados presentados son en miles.

¹⁸ Tomado de: http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones_vida/pobreza/cp_pobreza_monetaria_17.pdf, el

Teniendo en cuenta lo anterior, se evidencia que más del 25% de la población general de Colombia, pueden llegar a ostentar la circunstancia de debilidad manifiesta cuando solamente se tiene en cuenta el nivel económico, sin embargo, la condición de salud, por sus características, puede ser un factor determinante al momento de amparar a una persona bajo la circunstancia de la debilidad manifiesta.

Tal como lo manifiesta la corte consitucional, al momento de realizar el examen para determinar la procedencia de la acción de tutela para amparar el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada se debe analizar los casos en particular, en especial aquellos que por sus características sociales, económicas y de salud ponen al trabajador en circunstancia de debilidad manifiesta.

Así lo expresa la Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado en su salvamento de voto de la sentencia T-317 de 2017 *“Por consiguiente, aclaro mi voto en el sentido de que, en principio, la naturaleza de la tutela es subsidiaria, motivo por el cual su procedencia responde a la valoración de las particularidades de cada caso que es conocido por el juez constitucional.”*¹⁹

1.3.LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR CON RESPECTO A LA CIRCUNSTANCIA DE DEBILIDAD MANIFIESTA

En consecuencia a lo anterior, el legislador omitió generar una definición legal clara en torno a la circunstancia de debilidad manifiesta, por lo que las cortes se han tomado la atribución de realizar la clasificación de las personas que se encuentran cobijados bajo la estabilidad laboral reforzada por circunstancia de debilidad manifiesta originada en la codición de salud, aumentando así la brecha de desigualdad real en la población.

día 25 de julio de 2018 a las 16:04. Departamento Administrativo Nacional de Estadística, Comunicado de Prensa – Estadísticas de Pobreza Monetaria emitido el 22 de marzo de 2018.

¹⁹ Salvamento de voto Dra. Gloria Stella Ortíz Delgado. Sentencia T-317/17 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

La calificación de pérdida de capacidad laboral, está pasando a un segundo plano a la hora de ser objeto de evaluación por parte del juzgador, es decir, ya la clasificación y decreto por parte de la autoridad competente, pasa a un segundo plano en cuanto a que esta toma la decisión conforme a las circunstancias de hecho en las que la persona se encuentre.

Como bien se explicó anteriormente, la condición de salud se tiene cuando la persona se encuentre afectada en su integridad física o mental a causa de una enfermedad de origen común o laboral que le dificulte realizar las labores de su vida cotidiana, entre ellas el trabajo. Esto es, el trabajador verá disminuida su capacidad normal de trabajo así no ostente la calificación.

La pregunta sobre el particular es ¿quién determina que una persona se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta? y, en consecuencia, es el juez (de tutela especialmente) quien debe decretar el estado de la persona, se ha tomado atributos que no le corresponden como lo son establecer que las condiciones que sitúan a la persona en la circunstancia de debilidad manifiesta.

2. CONCEPTO DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

Tal como lo expresa la Corte Constitucional en la sentencia C-023 de 1994²⁰ la estabilidad laboral *“Es una manifestación del principio de seguridad, pues como el trabajo además de ser un medio de sustento vital es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Se hace entonces necesario que exista una estabilidad básica en dicho empleo, que no significa que el trabajador sea inamovible en términos absolutos, por que siempre se tendrán en cuenta las justas causas para dar por terminado el empleo. Pero sí es conveniente que se sienta como principio la estabilidad, como garantía del trabajador a permanecer en su actividad de provecho, tanto como propio como social.”* (Subrayas por fuera del texto)

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-023 de 1994 M.P. Hernando Herrera Vergara

La definición para la Corte está relacionada a tres conceptos relacionados a continuación.

1. **El principio de seguridad:** Entendido como la garantía que tiene la persona a que no será despedido por cuestiones subjetivas a la voluntad del empleador, sino que siempre mediará el debido proceso, las justas causas o en caso contrario la sanción en la que deberá incurrir el empleador por el despido injustificado.
2. **Sustento vital:** Recursos económicos, psicológicos y sociales que permiten a la persona desarrollarse adecuadamente en la sociedad, por lo que la persona que tenga recursos económicos podrá desarrollarse adecuadamente en la sociedad y le generará capacidades de goce y disfrute que sin este no los tendría.
3. **Manifestación del libre desarrollo de la personalidad:** El trabajo, según el análisis realizado a la citada jurisprudencia, se considera como una manifestación del derecho fundamental establecido en el artículo 16 de la Constitución Política²¹, en cuanto a que las personas son libres de elegir su profesión (siempre y cuando esta sea lícita) y este adicionalmente tiene que contribuir al desarrollo de la persona en su vida social.

Al tenor del artículo 25²² de la Constitución Política, el trabajo debe ser entendido como un derecho y un deber., el cual tiene dos puntos fundamentales, 1) el deber de contribuir para el desarrollo sostenible de la economía del país y 2) el derecho para obtener el sustento vital referido en el punto anterior y finalmente poder desarrollarse en la sociedad de manera adecuada.

Por lo tanto, la estabilidad laboral busca garantizar que la persona individualmente considerada tenga la seguridad que pueda desarrollar sus actividades laborales sin que existan arbitrariedades

²¹ Constitución Política de Colombia – Artículo 16

²² Ibidem – Artículo 25

por parte del empleador a despedirlo sin justa causa, o en caso que no exista la justa causa, se le impongan una serie de sanciones a nivel económico tales como las establecidas en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, es decir el pago de los ciento ochenta (180) días de salario, como también todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha del despido hasta el momento en que proceda el reintegro.

Ahora bien, la estabilidad laboral es una garantía que aplica para todas las personas que se encuentran vinculadas a un empleo, empero, la normativa laboral y la jurisprudencia desarrollada por las altas cortes, protegen a unos grupos por sus condiciones especiales, creando la estabilidad laboral reforzada como derecho fundamental, entre las cuales encontramos a las mujeres embarazadas, a los discapacitados, aquellas personas que se cobijan bajo el fuero sindical, entre otros, a quienes la garantía se les extiende por razones especiales por su condición de vulnerabilidad ante la sociedad.

Así lo expresa la Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000 donde afirma: *“Cuando la parte trabajadora de dicha relación está conformada por un discapacitado, uno de ellos adquiere principal prevalencia, como es el principio a la estabilidad en el empleo, es decir a permanecer en él y de gozar de cierta seguridad en la continuidad del vínculo laboral contraído, mientras no exista una causal justificativa del despido, como consecuencia de la protección especial laboral de la cual se viene hablando con respecto a este grupo de personas.*

Tal seguridad ha sido identificada como una “estabilidad laboral reforzada” que a la vez constituye un derecho constitucional, igualmente predicable de otros grupos sociales como sucede con las mujeres embarazadas y los trabajadores aforados, en la forma ya analizada por esta Corporación:

“En efecto, si bien, conforme al artículo 53 de la Carta, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada. Esto sucede, por ejemplo, en relación con el fuero sindical, pues sólo asegurando a los líderes sindicales una estabilidad laboral efectiva, resulta posible proteger otro valor constitucional, como es el derecho de asociación sindical (CP art. 39). Igualmente, en anteriores ocasiones, esta Corporación también señaló que, debido al especial cuidado que la Carta ordena en favor de los minusválidos (CP art. 54), estas personas gozan de una estabilidad laboral superior, la cual se proyecta incluso en los casos de funcionarios de libre nombramiento y remoción. En efecto, la Corte estableció que había una inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de los minusválidos, por lo cual, en tales eventos “es a la administración a quien corresponde demostrar porqué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión.” (Subraya la Sala).

Con esa estabilidad laboral reforzada se garantiza la permanencia en el empleo del discapacitado luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral.”²³ (subrayas por fuera del texto).

²³ Sentencia C-531 de 2000 M.P. Álvaro Tafur Gálvis

Atendiendo al caso que nos ocupa, la pregunta fundamental es ¿la condición de salud, no calificada o calificada entre el 1 al 49% de pérdida de capacidad laboral, permite al empleador terminar el vínculo laboral existente entre las partes?, la respuesta a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y como teniendo como base el principio de solidaridad, en virtud del cual, así la persona no ostente la calificación de pérdida de capacidad laboral, no podrá despedirlo cuando se cumplan los siguientes preceptos: 1) Que el trabajador presente una limitación física, sensorial o psíquica, 2) Que el empleador tenga conocimiento de aquella situación y 3) Que el despido se produzca sin autorización del ministerio de trabajo.

Ahora bien, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiteradas sentencias ha establecido que la protección establecida en la ley 361 de 1997 se otorga cuando se demuestre que el trabajador ostenta la garantía de la estabilidad laboral reforzada cuando su pérdida de capacidad laboral está calificada por encima del 15%.

Así lo expresa la citada corporación en la sentencia SL 4249²⁴ del 03 de octubre de 2018 M.P. Jorge Prada Sánchez. *“I. Los requisitos mínimos para garantizar el fuero de salud. Sostuvo que en aras de proteger la estabilidad laboral reforzada de un trabajador, era imprescindible que este i) soportara entre 15% y hasta más de un 50% de discapacidad según las modalidades que los agrupan, ii) que el empleador haya tenido conocimiento de las limitaciones físicas, y en razón a ello se haya provocado su desvinculación, y iii) que se haya cumplido con el proceso administrativo que para ello adelanta el Ministerio del Trabajo.”*

Continúa su análisis refiriendo que *“II. Solo los trabajadores que tienen una invalidez superior a la limitación moderada, pueden ser protegidos especialmente. [...] los principios que sostienen la*

²⁴ Sentencia SL 4249 del 03 de octubre de 2018 M.P. Jorge Prada Sánchez

ley, tienen por objeto salvaguardar los derechos de las personas discapacitadas que tengan un grado de minusvalía o invalidez superior a la limitación moderada, pues la sola circunstancia de que el trabajador sufra alguna enfermedad que lo haya incapacitado temporalmente para laborar, no lo hace merecedor a esa especial garantía de estabilidad reforzada”

En el mismo sentido, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, afirma en la sentencia SL1360 del 11 de abril de 2018 que la protección contemplada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 aplica siempre y cuando el despido haya sido motivado en la discapacidad del trabajador.

*“Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que sanciona tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Nótese que allí se dispone que <<ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado **por razón de su limitación**>>, lo que, contrisio sensu, quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera.”*²⁵

Entonces, contrario al concepto de la interpretación que la Corte Constitucional hace con relación a la estabilidad laboral reforzada, la Corte Suprema de Justicia, reconoce la importancia de esta garantía pero en oposición, establece una serie de reglas para su aplicación donde se evidencia un criterio más rígido para otorgar la garantía.

2.1. LA JUSTA CAUSA PARA DAR POR TERMINADO EL CONTRATO LABORAL

La estabilidad laboral no es un derecho absoluto, como ya fue referido existen circunstancias que permiten al empleador despedir al trabajador cuando medien circunstancias, justas causas o

²⁵ Sentencia SL1360 del 11 de abril de 2018 M.P. Clara Cecilia Dueñas

causales legales las cuales están contempladas en el Código Sustantivo del Trabajo²⁶ en los artículos 61 en adelante.

“Artículo 61. Terminación del contrato. 1. El contrato de trabajo termina:

a). Por muerte del trabajador;

b). Por mutuo consentimiento;

c). Por expiración del plazo fijo pactado;

d). Por terminación de la obra o labor contratada; [...]

i). Por no regresar el trabajador a su empleo, al desaparecer las causas de la suspensión del contrato. [...].”

“Artículo 62. Terminación del contrato por justa causa. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo: a) Por parte del empleador: [...]

9. El deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del empleador.

10. La sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales. [...]

12. La renuencia sistemática del trabajador a aceptar las medidas preventivas, profilácticas o curativas, prescritas por el médico del empleador o por las autoridades para evitar enfermedades o accidentes.

13. La ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada.

²⁶ Código Sustantivo del Trabajo- Ley 50 de 1990

14. El reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa.

15. La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera 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 empleador de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad.

En los casos de los numerales 9 a 15 de este artículo, para la terminación del contrato, el empleador deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días.”

Según la ley laboral, el empleador puede terminar unilateralmente el vínculo laboral con el trabajador en las circunstancias planteadas en los artículos citados, ahora bien, ¿si una persona se encuentra con una condición de salud con calificación inferior al 50% de pérdida de capacidad laboral (considerado discapacitado y por ende acreedor de la protección especial del Estado) el empleador puede terminar el vínculo?

La respuesta varía dependiendo de la corporación que estudie el caso, para efectos de lo establecido por la Corte Constitucional, el despido se reputa ineficaz por ende el trabajador despedido podrá solicitar el reintegro a su labor, el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir hasta la fecha del reintegro y a consideración del juez, la sanción del artículo 26 de la ley 361 de 1997, es decir 180 días de salario.

Así lo expresas en la sentencia T-021 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, expuso que, “despedir a una persona en estado de discapacidad sin autorización del Ministerio del Trabajo, es un acto que tiene consecuencias identificables, como lo son: (i) que el despido sea absolutamente ineficaz, (ii) que en el evento de haberse presentado éste, corresponde al juez

ordenar el reintegro del afectado y que, (iii) sin perjuicio de lo dispuesto, el empleador desconocedor del deber de solidaridad que le asiste con la población laboral con discapacidad, pagará la suma correspondiente a 180 días de salario, a título de indemnización, sin que ello signifique la validación del despido.”²⁷

Por lo tanto, y siguiendo este parámetro, el empleador carece de libertad al momento de despedir a los trabajadores en tanto padecen de una condición de salud, así esta no esté calificada. La Corte Constitucional en este punto le quita efectos a la ley laboral y adicionalmente amplía el espectro de protección de lo establecido en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

En contraposición la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia afirma que el empleador goza de la libertad de despedir al trabajador, sin embargo, se presumirá que el despido fue discriminatorio a menos de que este demuestre lo contrario. Esto en desarrollo de la ya mencionada sentencia SL1360 del 11 de abril de 2018, la cual afirma sobre este particular “*Se postula que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia legal de la causa alegada.*”

2.2. ESTABILIDAD LABORAL U OCUPACIONAL REFORZADA

La sentencia T-372 de 2017²⁸ M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo, que refiere sobre el derecho a la estabilidad reforzada de trabajador con discapacidad o en condiciones de debilidad manifiesta, donde versan los siguientes hechos.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-021 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-372 de 2017

La accionante, de 56 años de edad, instaura una acción de tutela en contra de la Empresa de Servicios Integrales, en cuanto a que su contrato laboral a término fijo para prestar el servicio de aseo al interior de la empresa, por un término inferior a un año fue terminado unilateralmente por el empleador por vencimiento del término establecido.

La accionante empezó a sentir una serie de dolencias en la espalda, razón por la cual fue incapacitada en varias ocasiones durante la vigencia del contrato, las cuales fueron asumidas por el empleador a en su totalidad, antes de la terminación del contrato, el empleador, con treinta (30) días de anticipación al vencimiento del término del Contrato, envía una carta explicando que no se renovará el contrato suscrito con la accionante debido a la terminación del término inicialmente establecido.

En consecuencia a los hechos expuestos anteriormente, la alta magistratura le concede a la señora Morales la estabilidad laboral reforzada por ostentar la condición de debilidad manifiesta y le impone al empleador la sanción establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.²⁹ de conformidad con los siguientes argumentos: 1) La edad de la accionante, 2) el cargo que desempeñaba, 3) su condición de salud (lesiones leves en la espalda) 4) la afiliación al sistema

²⁹ Ley 361 de 1997: ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Asimismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

general de seguridad social en salud como beneficiaria y no cotizante 5) la falta de remuneración va en contra del derecho del mínimo vital que afecta la condición de salud de la accionante.

La sentencia de tutela nos pone de presente que, según las condiciones de la persona, será acreedor de la estabilidad laboral reforzada por ostentar la circunstancia de debilidad manifiesta, entonces, al empleador se le imponen una serie de cargas que deberá asumir aun cuando no se encuentre por ley obligado.

En base a la sentencia referida, el empleador podrá terminar la relación laboral aduciendo una causa legal siempre y cuando exista autorización por el Ministerio del Trabajo el cual deberá constar que el despido no se realizó por razones discriminatorias relacionadas a la condición de salud que padece el trabajador.

Ahora bien, tal como lo establece la sentencia T-420/2015³⁰ M.P. Myriam Ávila Roldán, para que una persona goce de la estabilidad laboral reforzada, se debe probar la conexidad entre el despido y la condición de salud del trabajador.

“La presunción de despido injusto tiene su razón de ser en el hecho de que, generalmente, el nexo causal entre este evento y la condición de discapacidad es muy difícil de probar. Por ende, esa carga no le corresponde asumirla a quien tiene la calidad de sujeto de especial protección constitucional porque ello sería negarle su derecho a la estabilidad laboral reforzada. Máxime cuando en las comunicaciones de despido o de terminación de los contratos laborales no se vislumbran explícitamente aspectos discriminatorios y, desde el punto de vista formal, se encuentran conformes con las disposiciones legales” Asimismo, la sentencia establece que: *“Desde luego, dicha estabilidad laboral se convierte en una restricción al ejercicio de la*

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-420/2015 M.P. Myriam Ávila Roldán.

autonomía individual y el acuerdo de voluntades entre las partes cuando se trata de definir las condiciones en las que se desarrollará una relación laboral pues tales circunstancias estarán supeditadas a las reglas constitucionales y legales, categoría que incluye el mandato de estabilidad laboral reforzada. Por consiguiente, el acuerdo de voluntades que da origen al contrato de trabajo, está restringido y sometido a las disposiciones que rigen la materia y se superpone a la autonomía de las partes.

El citado texto amplía más el espectro de protección de la persona que se encuentra con una afectación de salud, y para ello se debe cumplir con las siguientes circunstancias: 1) La persona tiene una condición física o psicológica que le impiden realizar con normalidad su labor. 2) El empleador debe conocer de la situación o condición de salud del trabajador 3) el despido debe ser injustificado 4) Nexos de causalidad entre la condición de salud del trabajador y el despido.

Al hacer referencia a las justas causas o causales establecidas en la ley, se entiende que se hace referencia a la normativa vigente, la cual fue citada anteriormente. Sin embargo, y siguiendo la línea jurisprudencial, se encuentra que al existir la circunstancia de debilidad manifiesta no se tiene en cuenta la autonomía del acuerdo de voluntades que dio origen a la relación laboral, sino a la protección personal del trabajador a la luz de la Constitución Política.³¹

³¹ Así lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia SU 049/2017 que afirma: *“El derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no tiene un rango puramente legal sino que se funda razonablemente y de forma directa en diversas disposiciones de la Constitución Política: en el derecho a la “estabilidad en el empleo” (CP art 53); en el derecho de todas las personas que “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” a ser protegidas “especialmente” con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “real y efectiva” (CP arts. 13 y 93) en que el derecho al trabajo “en todas sus modalidades” tiene especial protección del Estado y debe estar rodeado de “condiciones dignas y justas” (CP art 25); en el deber que tiene el Estado de adelantar una política de “integración social” a favor de aquellos que pueden considerarse “disminuidos físicos, sensoriales y síquicos” (CP art 47); en el derecho fundamental a gozar de un mínimo vital, entendido como la posibilidad efectiva de satisfacer necesidades humanas básicas como la alimentación, el vestido, el aseo, la vivienda, la educación y la salud (CP arts,*

Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL4249 del 03 de octubre de 2018 M.P. Jorge Prada Sánchez que explica *“la tesis que defiende la Sala, entorno a la debida aplicación del artículo 26 de la ley 361 de 1997, tiene como fundamento evitar los comportamientos discriminatorios, en razón al padecimiento de discapacidades -biológicas, psicológicas o físicas-, que generan la terminación injusta y arbitraria del vínculo laboral, la presunción no rebasa, ni es un impedimento para aplicar las causales de terminación del contrato; por ello si el empleador observa la ocurrencia de alguna de ellas, puede emplearlas, sin que sea necesaria la intervención del Ministerio de Trabajo.”*

La sentencia SU 049/2017 que tiene como finalidad unificar los conceptos con respecto a la estabilidad laboral u ocupacional reforzada en las relaciones civiles o laborales donde se presente el despido injustificado de una persona que ostente una condición de salud establece: *“en materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez”*. Teniendo en cuenta el citado texto, en la actualidad las personas que ostenten una condición de salud que afecte en poca o gran medida la capacidad laboral de una persona en condiciones regulares, se encontrará cobijada por la garantía de la estabilidad laboral reforzada.

Anteriormente y en concordancia con la ley 361 de 1997, para que existiera la protección o garantía de la estabilidad laboral reforzada, la persona debía someterse a un examen de calificación ante la

1, 53, 93 y 94); en el deber de todos de “obrar conforme al principio de solidaridad social” (CP arts. 1, 48 y 95).

junta regional o nacional de invalidez con el fin que esta emitiera el concepto sobre el porcentaje de pérdida de calificación de capacidad laboral de la siguiente manera:

<i>Clasificación³²</i>	<i>Porcentaje anatómico o funcional comprometido</i>
<i>Mínimamente anormal</i>	<i>Anormalidad anatómica o funcional no mayor de 10% generalmente asintomática.</i>
<i>Alteración leve</i>	<i>Compromiso entre 11% y 25%</i>
<i>Alteración moderada</i>	<i>Compromiso entre el 26% y 50%</i>
<i>Alteración severa</i>	<i>Compromiso entre 51% y 75%</i>
<i>Alteración muy severa</i>	<i>Mayor del 75%</i>

El artículo 1ro de la ley 361³³ de 1997 establece: “*Los principios que inspiran la presente Ley se fundamentan en los artículos 13, 47, 54 y 68 que la Constitución Nacional reconocen en consideración a la dignidad que le es propia a las personas en situación de discapacidad en sus derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales para su completa realización personal y su total integración social y a las personas en situación de discapacidad severas y profundas, la asistencia y protección necesarias.*”

Atendiendo a la literalidad de la norma, se podría concluir que el espectro de protección de la norma es para personas que tengan según el manual único de calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional en un grado entre el 51% y mayor al 75%, sin embargo, la jurisprudencia ha ampliado dicho espectro de una manera significativa imponiéndole cargas adicionales a los empleadores, como lo son las contempladas en el artículo 26 de la ya citada ley.

³² Manual único para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional – Decreto 1507 de 2014.

³³ Ley 361 de 1997

La sentencia SU 049/1027 que a su vez se refiere a la sentencia C-824 de 2011 establece que: *“Los beneficiarios de la Ley 361 de 1997 no se limitan a las personas con limitaciones severas y profundas, sino a las personas con limitaciones en general, sin entrar a determinar ni el tipo de limitación que se padezca, ni el grado o nivel de dicha limitación, esto es, sin especificar ni la clase, ni la gravedad de las limitaciones.”*³⁴

Es evidente que la jurisprudencia constitucional tomó un rumbo garantista frente a lo establecido en la ley, lo que afecta en gran medida al empleador o contratista, en cuanto a que no existirá seguridad jurídica ante la limitación o condición de salud que ostente una persona individualmente considerada.

Tal como lo expresan las sentencias C-531/00, T-1040/01, T-504/08, T-518/09 la Corte ha manejado un concepto garantista con relación a la estabilidad laboral reforzada, el cual tiende a la protección especial sin necesidad de la calificación emitida por la EPS, ARL, la Junta Regional o la Junta Nacional de Calificación.

La Corte ha hecho énfasis que la calificación o no de la pérdida de capacidad laboral, ya no es un componente para declarar la estabilidad laboral reforzada, adicionalmente hace una revisión sobre la persona y si esta se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta, como lo desarrolla en la sentencia T-003/2010 M.P. José Ignacio Pretelt Chaljub.³⁵ Es decir, el concepto y la posición de la Corte Constitucional, implica un doble examen a la circunstancia fáctica de la persona, en primer lugar, la afectación a la salud sin importar su origen, y en segundo y último lugar, que dicha afectación haya creado o agravado la circunstancia de debilidad manifiesta de la persona.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU 049 de 2017

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-003/10 M.P. José Ignacio Pretelt Chaljub.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia ha reiterado en múltiples sentencias, que la estabilidad laboral u ocupacional reforzada es de carácter especial, procede para los trabajadores que padecen de limitaciones de grado moderado, severo o profundo, tal como lo establece la literalidad de la ley 361 de 1997 y en concordancia con el decreto 2463 de 2001, por lo que no amplía el espectro de protección a cualquier trabajador que tenga una conducción de salud sino a aquel que ostente una pérdida de capacidad laboral moderada, es a partir del 15% en adelante.

3. LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO PARA GARANTIZAR LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA.

La acción de tutela está regulada por el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, la cual pregona:

“ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”³⁶

³⁶ Constitución Política de Colombia. – Artículo 86.

Teniendo en cuenta lo establecido en capítulos anteriores, la acción de tutela ha sido utilizada en gran medida para obtener protección sobre en los trabajadores que fueron despedidos de sus trabajos argumentando la condición de salud (de origen común o laboral) y que por el despido se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta.

La acción está contemplada, según lo que establece el citado artículo, cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial para proteger sus derechos y que se presente un perjuicio irremediable.

Siendo estas las características principales de la acción de tutela, las personas han utilizado indiscriminadamente esta acción con el fin de tener una respuesta expedita y en un tiempo muy corto para así obtener decisiones frente a su caso particular. Sin embargo, el juez de tutela no toma en cuenta que existen otros mecanismos de defensa judicial para hacer efectivo el reintegro como lo es el proceso ordinario laboral de primera instancia, que en promedio tiene una duración de un año.

Teniendo en cuenta los argumentos presentados por la Corte Constitucional en la sentencia SU-961 de 1991 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, establece: *“En cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación que se trate. La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En ese caso será procedente la acción de tutela como mecanismo*

transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral.” ³⁷

Entonces, la acción de tutela tiene como fundamento la protección de derechos fundamentales, o derechos de rango constitucional tengan conexidad directa con estos. Para poder hacer uso de ella se deben evaluar especialmente tres componentes 1) Que no exista otro medio de defensa para amparar la situación que originó el problema 2) Que si existe otro medio de defensa este no sea expedito para evitar o remediar el perjuicio inminente y 3) La necesidad de la inmediatez del reparo o para evitar un perjuicio irremediable.

Así las cosas, se plantea el siguiente escenario: Una persona sufre un accidente por fuera del trabajo, el cual le causa una complicación de salud, que no le permite desarrollar su labor de la misma manera que lo hacía antes, tiene dos incapacidades en tiempos diferentes en razón a la condición de salud. Finalizando la segunda y última incapacidad, el empleador decide no prorrogar el contrato por medio del cual fue vinculado, en cuanto a que no realizó las actividades correspondientes a su labor. La persona presenta una acción de tutela argumentando que se encuentra en condición de debilidad manifiesta por su condición de salud y que esta es la causa discriminatoria al despido.

La Corte Constitucional resolvería según el precedente presentado, a favor de la persona, es decir que se le vulnera al empleador, la autonomía para dar por terminado el contrato por justa causa, no prórroga del término establecido en el contrato para la terminación del contrato, es decir que no cuenta con los mecanismos establecidos en la ley y la normativa vigente para finalizar la relación laboral.

³⁷ Sentencia SU 961 de 1991 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Esto teniendo en consideración lo establecido en la sentencia SU 049 de 2017 donde *“Para tramitar estas pretensiones, el ordenamiento prevé en abstracto otros medios de defensa judicial susceptibles de instaurarse ante la justicia ordinaria. No obstante, la tutela ha sido excepcionalmente declarada procedente por esta Corporación, en casos como este, cuando la parte activa es una persona en circunstancia de debilidad manifiesta, o un sujeto de especial protección constitucional que considera lesionados sus derechos fundamentales con ocasión de la terminación de su relación contractual. Especialmente procede cuando el goce efectivo de su derecho al mínimo vital o a la salud se ve obstruido”*.³⁸

Esto vislumbra que la Corte tiene una posición garantista frente a la presentación de la acción de tutela y frente a las circunstancias que dan lugar a la especial protección, como fue argumentado anteriormente, un gran porcentaje de personas en Colombia podrían ser titulares de la protección por debilidad manifiesta, en cuanto a que, al no ser un concepto desarrollado por el legislador, abre la puerta para que la interpretación la realice directamente el juez de tutela. Ahora bien, la postura desarrollada por la honorable Corte Constitucional está basada en que la estabilidad laboral reforzada es un derecho fundamental de las personas que a causa de una condición especial obtienen por esto, la protección puede darse por medio de la acción de tutela.

La sentencia en mención hace especial énfasis a dos puntos, el derecho al mínimo vital y a la salud. Entonces si una persona queda desempleada, no cuenta con el mínimo vital y por ende será dependiente de otra persona y/o a falta de esta para su atención en salud.

Respecto del mínimo vital, se debe determinar la causa de la terminación del vínculo laboral que dio origen a la relación, el cual dependerá del tipo de contrato, la labor que realiza la persona, y,

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU 049 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

por supuesto, el rendimiento de la persona, el cual podrá ser desarrollado en otra monografía. En cuanto al derecho a la salud, se presenta un escenario bastante controversial, teniendo en cuenta que en su gran mayoría las personas que presentan la acción de tutela, pasan a ser beneficiarias del sistema general de seguridad social en salud y no cotizantes, donde obtienen la misma atención mediante la cancelación de cuotas moderadoras y copagos. Otro escenario es cuando no tiene a alguien de su núcleo familiar del que pueda ser beneficiario por lo que pasaría al régimen subsidiado, donde se estaría hablando de otras circunstancias.

En la sentencia T-317 de 2018 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo que establece *“esta Corporación establece que excepcionalmente la acción de tutela procede, como mecanismo principal o transitorio, para garantizar la estabilidad laboral de trabajadores que se encuentran en circunstancias especiales. Es el caso de las mujeres en estado de embarazo o en periodo de lactancia, los trabajadores aforados, las personas limitadas con alguna enfermedad física, sensorial o psíquica –por la debilidad manifiesta en que se encuentran-. Para esta Corte, la procedibilidad de la acción de tutela, con el propósito de proteger el derecho a la estabilidad laboral reforzada, tiene una relación directa con la condición de sujeto de especial protección.”*

Por lo tanto, el juez de tutela debería amparar la protección de la persona teniendo en cuenta la primera posibilidad presentada por el magistrado Vladimiro Naranjo Mesa en la sentencia SU 961 de 1991 *“La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En ese caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria.”*

Así el juez de tutela, no tomaría atribuciones propias del legislador imponiendo sanciones y ampliando el espectro de protección, sino que garantizaría la protección efectiva de los derechos vulnerados hasta que la justicia ordinaria tome la decisión pertinente al caso.

CONCLUSIONES

Desde el principio del presente escrito se hizo referencia a que se llegaría a tres puntos específicos:

1) La ampliación del espectro de protección que la Corte Constitucional ha desarrollado con respecto a la estabilidad laboral u ocupacional reforzada del cual:

- a. La Corte Constitucional han planteado una teoría garantista con relación a las circunstancias que dan lugar a la estabilidad laboral u ocupacional reforzada 1) Que exista una condición de salud, afectación que puede o no estar calificada por parte de la EPS, ARL, AFP, Junta de Calificación Regional o Junta de Calificación Nacional. 2) Que exista un nexo de causalidad entre el despido y la condición de salud y 3) Que la persona se encuentre en circunstancia de debilidad manifiesta por las demás condiciones que tenga en su realidad.
- b. Con respecto al tercer punto, se encontró una omisión por parte del legislador, la cual ha permitido ampliar y acomodar el espectro de protección de la circunstancia de debilidad manifiesta a las condiciones de cualquier persona.
- c. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si bien ha cambiado de criterio durante el tiempo, se ha mantenido principalmente en que la protección efectiva de

la estabilidad laboral reforzada aplica para aquellas personas que ostenten por lo menos una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%.

Dentro de este análisis explica que el despido de un trabajador en condición de salud puede darse siempre y cuando medien causas legales, al momento de la reclamación, será el empleador quien deba demostrar que el despido se originó en la causa legal y no en la condición de salud.

Como conclusión del primer punto, se delimita a que la Corte Constitucional con su teoría contempla una protección que sobrepasa las atribuciones que ni la constitución ni la normativa vigente le ha otorgado, será cuestión del legislador realizar la interpretación final con relación a la circunstancia de debilidad manifiesta con el fin eliminar las brechas de interpretación que se ha realizado con respecto a este punto.

Por su parte, la interpretación que la Corte Suprema de Justicia ha realizado y desarrollado en su jurisprudencia, se evidencia la sujeción a las normas, permitiendo así un control del exceso de garantías a favor de trabajador, claro, sin olvidar las cargas que el empleador tiene con relación a su trabajador y la relación que existe entre estos.

2) El abuso de la acción de tutela como mecanismo para la protección de los derechos del trabajador y para exigir la estabilidad laboral reforzada.

De conformidad con lo desarrollado en la presente monografía, si bien la acción de tutela es el mecanismo más ágil en la reparación de los derechos fundamentales o de aquellos que tienen conexidad con algún derecho fundamental, a la luz de la concepción de la acción, pretendía proteger los derechos que se encontraran inminentemente en peligro y que se requería un mecanismo ágil para dicha protección.

De conformidad con lo planteado por la jurisprudencia y bajo el entendido de que la estabilidad laboral reforzada se podría entender como un derecho fundamental, se deben analizar tres aspectos principales: 1) Que no exista otro medio de defensa para amparar la situación que generó el proceso. 2) Que el medio de defensa existente no sea expedito para remediar el perjuicio inminente y 3) La necesidad de la inmediatez para el reparo o para evitar el perjuicio inminente.

Para el caso que nos ocupa, el despido injustificado, o cuando este vulnere al trabajador, podrá ser tramitado por el proceso ordinario laboral en primera instancia, en virtud de la cual se tendrá respuesta a la situación en un año aproximadamente. Y tal como lo estableció el Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, la tutela puede amparar los derechos mientras se resuelva la acción ordinaria, mecanismo que debería ser utilizado, en vez de declarar la estabilidad laboral reforzada imponiendo cargas y sanciones al empleador.

En consecuencia a lo anteriormente mencionado, teniendo en cuenta que la estabilidad laboral reforzada es considerada como un derecho fundamental, se deberían fijar unos parámetros y lineamientos con el fin de evitar el abuso de esta figura jurídica, como solución se plantean los siguientes límites 1) la evidencia clara y contundente de la pérdida de capacidad laboral certificada por la EPS y la ARL igual o superior al 15% 2) la circunstancia de debilidad manifiesta se derive de la pérdida de capacidad laboral y por consiguiente se pruebe el nexo de causalidad entre la circunstancia de debilidad manifiesta y la pérdida de capacidad laboral 3) Que el empleador demuestre que el despido no fue consecuencia de su pérdida de capacidad laboral 4) Evaluación formal de la realidad de la persona afectada

3) La imposición de las cargas y sanciones que son impuestas al empleador, las cuales desintensivan la creación de empresas y por ende a la economía.

Las micro, pequeñas y medianas empresas representan en Colombia aproximadamente el 99,4% de la dinámica empresarial del país³⁹ siendo estas las principales generadores de empleo en el país.

Por su naturaleza, las micro, pequeñas y medianas empresas tienen una capacidad financiera relativa a su capital social, el cual en su mayoría es pequeño en consideración a las grandes empresas o multinacionales.

Las empresas de esta naturaleza (micro, pequeñas y medianas empresas) cuentan con un personal vinculado para el desarrollo de su objeto social, sin embargo, como consecuencia a las cargas económicas que se deben asumir dentro de las relaciones laborales, se ha optado por la vinculación por medio de otras figuras jurídicas donde se pueda desarrollar el objeto como también proteger la empresa.

La posición de la Corte Constitucional ha sido tan radical al proteger a los trabajadores que ha generado barreras invisibles y discriminatorias las cuales asientan estas diferencias entre las personas que pueden ser contratadas, por ejemplo, se preferirá contratar un hombre que una mujer por la posibilidad de quedar en estado de embarazo, una persona que no cuente con alguna condición de salud o discapacidad, una persona joven a una persona adulta, entre otras.

El legislador puede desarrollar la definición y forma de aplicación de la circunstancia de debilidad manifiesta y crear parámetros para la aplicación de la estabilidad laboral reforzada todo con el fin de evitar arbitrariedades y abusos tanto en el empleador como también en el trabajador.

³⁹ Informe de dinámica empresarial Confecámaras 2017. Tomado de http://confecamaras.org.co/phocadownload/2017/Informe_din%C3%A1mica_empresarial/Informe_de_Din%C3%A1mica_Empresarial_2017.pdf el día 12 de noviembre de 2018 a las 15:00

BIBLIOGRAFÍA

1. DOCTRINA

- a.* Varios autores. (2008). *TRAYECTORIA Y RETOS DEL DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA*. Ed. Colegio de Abogados del Trabajo.
- b.* Varios autores. (2016). *LECCIONES DE DERECHO LABORAL HOMENAJE POR LOS 130 AÑOS DE LA UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA*. Ed. Universidad Externado de Colombia.
- c.* Godoy Fajardo, C.H., Valdivieso Rueda, D, F., y Londoño Hidalgo, J, M. 2009. Hacia un entendimiento adecuado del fuero de salud. *Actualidad Laboral y Seguridad Social*. Bimensual (151) P. 19 – 24

2. JURISPRUDENCIA

a. CORTE CONSTITUCIONAL

- i.* SU 961 de 1991 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

- ii. C-023 de 1994 M.P. Hernando Herrera Vergara
- iii. C-531 de 2000 M.P. Álvaro Tafur Galvis
- iv. C-1040 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
- v. T-504 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil
- vi. T-003 de 2010 M.P. José Ignacio Pretelt Chaljub.
- vii. T-225 de 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
- viii. T-420 de 2015 M.P. Myriam Ávila Roldán.
- ix. T-141 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo
- x. T-507 de 2017 M.P. Alberto Rojas Ríos.
- xi. T-372 de 2017 M.P. Iván Humberto Escrucería

b. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

- i. Sentencia SL 313 de 2015 M.P. Elsy del Pilar Cuello.
- ii. Sentencia SL 405 de 2018 M.P. Giovanni Francisco Rodríguez
- iii. Sentencia SL 4249 del 03 de octubre de 2018 M.P. Jorge Prada Sánchez
- iv. Sentencia SL1360 del 11 de abril de 2018 M.P. Clara Cecilia Dueñas

3. NORMATIVA

- a. Constitución Política de Colombia.
- b. Código Sustantivo del Trabajo. Ley 50 de 1990.
- c. Decreto 2591 de 1991
- d. Ley 361 de 1997
- e. Manual único para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional – Decreto 1507 de 2014.

4. CONSULTA ONLINE

- a. **Indicadores Coyunturales, Departamento Administrativo Nacional de Estadística.** Tomado de: http://www.dane.gov.co/files/ses/ses_2018/Indicadores_Coyunturales_19_07_18.pdf, el día 25 de julio de 2018 a las 15:58 - Departamento Administrativo Nacional de Estadística, indicadores coyunturales emitido el día 19 de julio de 2018. Los resultados presentados son en miles.
- b. **Condiciones de vida y de pobreza monetaria, Departamento Administrativo Nacional de Estadística** Tomado de: http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones_vida/pobreza/cp_pobreza_monetaria_17.pdf, el día 25 de julio de 2018 a las 16:04. Departamento Administrativo Nacional de Estadística, Comunicado de Prensa – Estadísticas de Pobreza Monetaria emitido el 22 de marzo de 2018.
- c. **Diccionario de la Real Academia de la Lengua.** Tomado de: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=debilidad> Diccionario de la Real Academia de la Lengua española – el día 12 de julio de 2018 a las 15:50.
- d. **Diccionario de la Real Academia de la Lengua.** Tomado de: <http://dle.rae.es/?id=ODqKbQC> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española – el día 12 de junio de 2018 a las 15:52
- e. **Definición e indicadores con relación a la discapacidad, Ministerio de Salud y Protección Social** Tomado de: <https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Paginas/DisCAPACIDAD.aspx> el día 16 de julio de 2018 a las 10:00 am.

- f. **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - Protocolo de San Salvador de 1988** Tomado de: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html> el día 15 de mayo de 2018 a las 14:48
- g. **Informe al Congreso. Consejo Superior de la Judicatura.** Tomado de: http://videoteca.ramajudicial.gov.co/publicaciones/belmri_131/index.html, Informe al congreso Consejo Superior de la Judicatura 2017, el día 8 de mayo de 2018 a las 14:15.