

**ESTUDIO DE CASO VACIOS JURIDICOS DE LA LEGISLACION COLOMBIANA
POR EFECTO DE LA LEY CLOPATOFSKY**

**ANDREA OSORIO DELGADILLO
SOCORRO ALICIA SOLARTE RIASCOS**

**UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESPECIALIZACION EN LEGISLACION LABORAL Y DE LA SEGURIDAD
SOCIAL
SANTIAGO DE CALI
2015**

**ESTUDIO DE CASO VACIOS JURIDICOS DE LA LEGISLACION COLOMBIANA
POR EFECTO DE LA LEY CLOPATOFSKY**

**ANDREA OSORIO DELGADILLO
SOCORRO ALICIA SOLARTE RIASCOS**

**Monografía para optar por el título de Especialista en Legislación Laboral y
de la Seguridad Social**

Asesor

Abdon Mauricio Rojas Marroquín

**UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESPECIALIZACION EN LEGISLACION LABORAL Y DE LA SEGURIDAD
SOCIAL
SANTIAGO DE CALI
2015**

TABLA DE CONTENIDO

Ficha Técnica.....	5
Estudio de Caso	6
Objetivo de la Investigación	8
Justificación del Caso	8

CAPITULO I MARCO CONCEPTUAL

Outsourcing.....	10
Indemnización Laboral.....	10
Incapacidad Laboral.....	11
Acción de Tutela	11
Accidente de Trabajo	12
Capacidad Laboral.....	12
Enfermedad Profesional.....	12
Reintegro.....	13
Ley 361 De 1997 O Ley Clopatofsky	13

CAPITULO II DIAGNÓSTICO SITUACIONAL

Mecanismos de defensa contemplados en la Legislación Laboral Colombiana para dirimir controversias entre el trabajador y el empleado	15
Pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre las limitaciones de los trabajadores	20
Afiliación de una trabajadora de la empresa Contratista al Sindicato de la empresa cliente.....	26

Recurso de desacato interpuesto por la Accionante contra la empresa Contratante y cliente	28
Teletrabajo, nueva figura de contratación	30
Conclusiones.....	31

FICHA TECNICA

Nombre del Caso:	Vacíos jurídicos de la legislación Colombiana por efectos de la ley Clopatofsky . Caso desarrollado en la ciudad de Cucuta.
Autores:	Andrea Osorio Delgadillo Socorro Alicia Solarte Riascos
Lugar:	Departamento de Santander del Norte, ciudad Cucuta, Abril 2012.
Curso donde podría utilizarse:	Curso de Derecho Laboral
Nombre de la Empresa:	Proservis Generales S.A.S.
Informadores o contactos sobre el caso:	Álvaro Franco Duque
Bibliografía Principal:	Código Sustantivo del Trabajo Constitución Política Colombiana Convenios Internacionales Información suministrada por Empresas de Servicios de Outsourcing y Temporal
Temas del Caso:	Estabilidad Laboral Reforzada por Debilidad Manifiesta

ESTUDIO DE CASO

Blanca Molina fue contratada por Proservis Generales SAS., el 21 de Diciembre del 2011, para prestar el servicio de Prevendedora en la empresa cliente "Botellitas del Mar". Al igual que Blanca, más de 15 empleados prestaban el servicio en esta área a través de la misma empresa de Outsourcing. En Abril del 2012, Botellitas del Mar decide contratar directamente al personal del área de ventas, sin tener en cuenta el personal previamente suministrado por Proservis Generales. En razón de lo anterior, y considerando que no existía la necesidad del servicio de los trabajadores, la empresa termina, por mutuo acuerdo los contratos del personal, cancelando la indemnización por los servicios prestados en cumplimiento al Artículo 64 del código Sustantivo del Trabajo, además de una suma conciliatoria del 10% del valor de la indemnización. Las audiencias de conciliación se celebraron el día 15 de abril del 2012, sin ninguna objeción, y fueron advertidos por los inspectores de que Proservis Generales SAS quedaba a paz y salvo, al punto que una vez firmada el acta, hace tránsito a cosa Juzgada de conformidad con los artículos 19 y 78 del C.P.L.

El 18 de Julio del 2012, Blanca Molina presenta una tutela solicitando reintegro laboral, toda vez, que manifiesta tener un cáncer en la matriz. El juez de primera instancia ordena al empleador el reintegro laboral, el pago de 6 meses de salario por indemnización conforme al Art. 26 de la Ley 361, así como los salarios dejados de cancelar desde el 16 de Abril del 2012 hasta la fecha de reintegro. Proservis Generales SAS da cumplimiento a la orden emitida por el juez, e impugna la decisión ante la Corte Suprema de Justicia, quien ratifica la sentencia de primera instancia.

Proservis Generales SAS., le solicita a Botellitas del Mar, que le permita reintegrar a Blanca Molina en las instalaciones de la empresa del cliente, considerando que no tiene sede en la ciudad de Cúcuta. El reintegro se realiza el 30 de Julio del

2012, en el cargo de Auxiliar de Oficina, a raíz de que la oferta de servicios entre las dos empresas para prestar el servicio comercial finalizó el 15 de abril del 2012. El reintegro laboral se dio por un año, en cumplimiento a la medida provisional impartida por el juzgado, finalizando el contrato el 29 de Mayo del 2013, toda vez, que Blanca no instauró un proceso ordinario, tal y como estaba establecido en la sentencia de la tutela, pues es claro que era un recurso de carácter provisional que la amparaba sólo por el lapso de cuatro meses.

En Noviembre del 2013, Blanca Molina interpone una segunda tutela, solicitando nuevamente el reintegro laboral. El juez, en primera instancia, absuelve al demandado. Esta decisión es impugnada por el actor y, en segunda instancia, es reintegrada. Teniendo en cuenta que Proservis Generales SAS., no tenía sede en la ciudad de Cúcuta, ni cuenta con otros clientes donde se pueda reintegra a la trabajadora, se da cumplimiento a la decisión acogiéndose al Art 140 del Código Sustantivo del Trabajo, cancelando salarios sin prestación de servicios. De igual manera, se atiende la orden emitida por el juez, en el sentido de pagar la indemnización correspondiente, de conformidad con el Art 26 de la Ley 361, más el pago de los salarios por el tiempo que no estuvo laborando.

No conforme con la decisión del empleador, la ex trabajadora presenta un recurso de desacato por el incumplimiento de la orden del Juez de ser reintegrada a un cargo similar o de mejores condiciones, y, de igual manera, se afilia al Sindicato de la empresa Botellitas del Mar.

OBJETIVO DE LA INVESTIGACION

Presentar el estudio de un caso de derecho laboral sobre “estabilidad laboral reforzada”, en el marco de la Ley Clopatofsky, que ha generado grandes problemas de interpretación, específicamente en la circunstancia en que una empresa ha sido obligada a reintegrar a una trabajadora, en dos ocasiones por vía tutela, sin considerar el debido proceso, a pesar de que existe otro medio judicial al que puede acudir la Accionante.

JUSTIFICACION DEL CASO

El caso es especialmente atractivo porque, por un lado, permite dar cuenta de los diferentes argumentos legales con los que pueden contar los trabajadores y las empresas, para dirimir los conflictos laborales, lo que constituye una valiosa herramienta de aprendizaje para las empresas de servicios de Outsourcing y el público en general. De la misma manera, el caso plantea un problema de interpretación que ha llevado a los jueces a ordenar el reintegro laboral en dos ocasiones, de una trabajadora con estabilidad laboral reforzada, utilizando la tutela como mecanismo para proteger los Derechos fundamentales; desconociendo que ésta es una medida provisional y que existen medidas establecidas en el artículo dos del Código Procesal del Trabajo dentro del marco de la justicia ordinaria, que permiten atender las diferencias laborales entre trabajadores y empleadores, llevando a las empresas a adoptar medidas de seguimiento y control exhaustivo a los trabajadores, antes de proceder con la terminación de un contrato. También permite a los estudiantes advertir que las empresas se verán forzadas, en lo sucesivo, a tener cuidado con la forma de abordar las respuestas de un mecanismo improcedente, aceptado por el Ad Quem.

Finalmente, el caso se justifica porque a los litigantes y asesores interesados en estos temas, les permite prever los futuros procesos que puedan generarse en materia de estabilidad laboral reforzada y dar cuenta del estado del debate y de cómo los jueces, en términos generales, podrían estar dando por sentado que las empresas deben buscar mecanismos adicionales a las evaluaciones periódicas ocupacionales, y a la comunicación directa del trabajador, para conocer el estado de salud de los trabajadores, antes de tomar la medida de terminación del contrato. Adicionalmente que las empresas deben provisionar recursos por fuera de los legalmente establecidos, para atender eventos donde se ordene a la empresa a adoptar medidas imposibles de atender.

CAPITULO I MARCO CONCEPTUAL

Outsourcing

En inglés, la palabra "out" significa fuera y "source" significa fuente u origen, es decir, la expresión se refiere a una fuente externa. Por lo tanto, una empresa busca una fuente externa que pueda funcionar en un área del negocio de manera más eficiente, obteniendo así más tiempo para centrarse en los aspectos clave de la gestión empresarial.

El outsourcing está estrechamente relacionado con la subcontratación de servicios y, en la mayoría de los casos, es capaz de hacer una empresa más rentable, con reducción de los costos, ya que la contratación de empresas externas especializadas puede ser una gran ventaja para la empresa contratante. El outsourcing da una mayor visibilidad de los costos y coloca más recursos humanos y tecnología a disposición de la empresa.¹

Indemnización Laboral

Se denomina indemnización a una compensación económica que recibe una persona como consecuencia de haber recibido un perjuicio de índole laboral, moral, económica, etc. Cuando se habla de indemnización, generalmente se lo hace desde la emisión de un dictamen de la justicia, que ordena que se le abone un determinado monto a una persona, empresa o institución, con el fin de paliar una determinada situación de injusticia que ésta ha sufrido. No obstante, también pueden existir indemnizaciones automáticas, que se realizan cuando se dan una serie de circunstancias que la ley contempla de antemano.

Un primer caso del que podemos hacer referencia, es el de la indemnización laboral. Ésta debe efectuarse cuando el trabajador es despedido sin existir, de por medio, una justa causa que amerite esta circunstancia. En este contexto, la ley

¹ <http://www.significados.com/outsourcing/>

establece que se pague al empleado un monto de dinero que contemple los años de trabajo en la organización, y el sueldo que percibía por sus servicios.²

Artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, terminación Unilateral del Contrato sin justa causa. 1. “En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente”.

Incapacidad Laboral

Se define como incapacidad laboral, la disminución que afronta un trabajador para laborar como consecuencia de una enfermedad o un accidente de trabajo.

La incapacidad laboral puede presentarse de forma temporal o permanente, y puede ser parcial o total. Una incapacidad permanente conduce necesariamente a la pensión del trabajador.

La incapacidad que tiene un trabajador para continuar laborando y, por consiguiente, para generar ingresos para su manutención, por ley debe ser cubierta por la EPS, la ARP o el empleador según corresponda, quienes deberán retribuir económicamente al trabajador durante el tiempo que esté imposibilitado para laborar.³

Acción de Tutela

La acción de tutela es como se denomina al mecanismo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia vigente, que se busca proteger los Derechos constitucionales fundamentales de los individuos "cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública", siempre que no exista otro recurso para hacerlos cumplir, o aun existiendo, se quiera evitar un peligro inminente.

² <http://definicion.mx/indemnizacion/>

³ <http://www.gerencie.com/incapacidad-laboral.html>

Es la garantía constitucional del derecho que tiene toda persona a la protección judicial de sus derechos fundamentales a través de un recurso efectivo.

La constitución señala claramente que: "La protección consistirá en una orden para que aquél 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 sólo 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."⁴

Accidente de trabajo

Es todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. También, es aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo.⁵

Capacidad laboral

Es el conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes o potencialidades de orden físico, mental y social de un individuo, que le permiten desempeñarse en un trabajo habitual.⁶

Enfermedad Profesional

Es todo estado patológico, permanente o temporal, que sobrevenga como consecuencia obligada y directa de la clase de trabajo que desempeña el trabajador, en el medio en que se ha visto obligado a trabajar, y que ha sido determinada como tal por el Gobierno Nacional.⁷

⁴ http://es.wikipedia.org/wiki/Acci%C3%B3n_de_tutela

⁵ Cartilla Curso Básico Salud Ocupacional Sena Pag. 1

⁶ Cartilla Curso Básico Salud Ocupacional Sena Pag. 2

⁷ Cartilla Curso Básico Salud Ocupacional Sena Pag. 3

Reintegro

Reincorporación de un trabajador a su actividad laboral habitual (oficio, labor u ocupación que desempeña el individuo con su capacidad laboral, entrenamiento, formación técnica o profesional) o no habitual, después de un período de incapacidad temporal secundaria a una alteración en su estado de salud, como consecuencia de un evento de presunto origen profesional. ⁸

Ley 361 DE 1997 o Ley Clopatofsky

La Ley 361 de 1997, también llamada Ley Clopatofsky, es la principal norma en materia de disminuidos físicos, cuyo fin, planteado en su mismo encabezado, se contrae a establecer los mecanismos de integración social de las personas con limitaciones. Esta ley tiene como fundamento, según se desprende de su Art. 1, la completa realización personal, y la total integración social de las personas con limitaciones severas y profundas, al igual que su asistencia y protección necesarias. Esto supone que el objetivo de la ley es principalmente la eliminación de la discriminación. Dicha apreciación resulta muy importante para entender la evolución y el contexto actual del fuero de salud.

La ley 361 de 1997, en el artículo 26, establece una protección laboral reforzada positiva y negativa a favor de las personas con limitación. Concretamente señala que: “En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo”.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, esta norma supone dos aristas, una positiva y una negativa. La positiva es la prohibición de que la limitación se

⁸ Cartilla Curso Básico Salud Ocupacional Sena Pag. 12

erija en obstáculo para la concreción de una vinculación laboral, mientras que la negativa prohíbe el despido o terminación de contrato de una persona discapacitada, en razón de su limitación, salvo que mediante autorización de la oficina de trabajo.⁹

⁹ [http://www.revistaslegis.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/actualidad%20151%20\(19-24\).pdf](http://www.revistaslegis.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/actualidad%20151%20(19-24).pdf)

CAPITULO II DIAGNÓSTICO SITUACIONAL

Mecanismos de defensa contemplados en la Legislación Laboral Colombiana para dirimir controversias entre el trabajador y el empleador.

Blanca Molina interpone acción de tutela en pro de la defensa al derecho fundamental de la salud, toda vez que se encuentra sin protección de seguridad social, y padece de una patología cancerígena que pone en peligro su vida. Esta patología se desarrolla actualmente, y no se detectó al momento de estar laborando y, por ende, no se notificó al empleador durante la vigencia del contrato

Ya dijimos que el objetivo específico de esta figura de linaje constitucional, es garantizar a cualquier ciudadano, que mediante el ejercicio de la acción de tutela, pueda reclamar ante los jueces en cualquier momento y lugar, bien por escrito o de manera verbal, las situaciones en que se considere afectado por las violaciones de los preceptos constitucionales allí consagrados. 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.

Pues bien. A la luz de la Jurisprudencia, la demandante utiliza los mecanismos adecuados para dirimir una controversia de tipo laboral, y es así como el Juzgado Primero Penal Municipal de Cúcuta, mediante fallo de fecha 8 de Enero de (2013), decidió negar la tutela solicitada por Blanca Molina, con fundamento en que la accionante no informó a su patrono oportunamente de su patología de cáncer, y éste ignoraba su enfermedad y, en tal sentido, decidió no tutelar los derechos invocados, por cuanto le asisten otros mecanismos de defensa para hacer valer sus derechos ante la jurisdicción laboral, si, así lo considera.

El Juzgado cuarto Penal Municipal del Circuito de Cúcuta decide revocar la sentencia anterior de primera instancia y, en su lugar, conceder la tutela como

mecanismo transitorio de los derechos fundamentales a la vida, al trabajo, la salud, y la estabilidad laboral reforzada de la señora Blanca Molina, amenazados por Proservis Generales SAS y la Empresa Botellitas del Mar. El honorable Juez consideró la restructuración de la empresa como un pretexto para dar por terminado el contrato de trabajo de la accionante, y que en realidad lo que pretendía ocultar es que la terminación del contrato se debe a que la ex trabajadora presenta una enfermedad de origen común y de consideración catastrófica, toda vez que presenta una patología de tumor benigno en el ovario, N830, Quiste folicular de ovario, R18 X ASCITIS – Cáncer de Ovario, lo cual genera un estado de debilidad manifiesta. Por tal razón, el Ad Quem ordenó a Proservis Generales SAS y Botellitas del Mar, que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la sentencia, efectuara el reintegro laboral de la señora Blanca Medina, a un cargo con igual o mejor remuneración al que tenía, acorde con sus actuales condiciones de salud, y, según el criterio de su médico tratante, paguen en forma solidaria a la accionante la indemnización prevista en el inciso 2 del artículo 26 de la Ley 361 de 1997. También se dispuso “Advertir a la señora Blanca Molina que de no interponer la respectiva demanda laboral ante el Juez Ordinario laboral competente dentro de los seis meses siguientes a la notificación de esta sentencia, cesarán los efectos del reintegro laboral ordenado”. De igual manera, se indicó que podía acudir a la jurisdicción ordinaria laboral, con el fin de reclamar el pago de los salarios y demás prestaciones a las que considere tener derecho. Asimismo, el juzgado le informa que si su capacidad económica no es suficiente para costear los gastos de un proceso judicial, puede acudir a la Defensoría del Pueblo, en donde le prestarán asesoría legal y le orientarán, sobre el uso de la figura procesal del amparo de pobreza.

Proservis Generales Sas., da cumplimiento al reintegro laboral reubicando a la señora Blanca Molina en el cargo de Recepción, cargo en el que no se afecta sus condiciones de salud, considerando que la labor para la cual fue contratada desapareció, por terminación de la relación comercial con la empresa

Contratante, de manera que se estaría generando en la empresa Contratista una carga laboral no contemplada en el presupuesto.

Ahora bien, siendo la tutela una medida provisional, por cuanto existen medios alternativos para una efectiva defensa de los derechos supuestamente vulnerados, Blanca Molina debió instaurar un proceso ordinario en contra de PROSERVIS GENERALES SAS., dentro del término establecido en esta medida. No obstante, esta situación que no fue realizada por la ex trabajadora, el Empleador da por terminado el contrato de trabajo, cinco meses después de que se termina la medida provisional, y previa confirmación de la NO instauración de proceso ordinario de la ex trabajadora, quien fue advertida por el Juez en la sentencia emitida en tutela anterior.

Ante esta situación, Blanca Molina instaura una segunda acción de tutela por la misma causa, contra Proservis Generales SAS., y La Empresa Botellitas del Mar, desconociendo la orden impartida por el juez del Juzgado cuarto Penal Municipal del Circuito de Cúcuta. De modo que la tutela no es procedente por existir otra vía judicial para dirimir la controversia.

Tal y como lo ha ratificado la Honorable Corte Constitucional, en un sin número de providencias¹⁰, la Acción de Tutela no está instituida para ejercer acciones de reintegro con el correlativo cobro de derechos y prestaciones económicas de carácter laboral.

A su vez, el Artículo Sexto del Decreto 2591/91, contempla las causales de improcedencia de la tutela, expresado en los siguientes términos: "La acción de Tutela no procederá: Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto,

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencias T-302 de Agosto 3 de 1993 y T-340 del 18 de Julio de 1.997, MP: Dr. Hernando Herrera Vergara y T-1 del 01 de Abril de 1992; T-482 de Octubre de 1993, MP: Dr. José Gregorio Hernández.

en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

Con base en las normas transcritas, resulta clara la improcedencia de la Acción de Tutela, por cuanto la accionante cuenta con la Jurisdicción Laboral Ordinaria, para solicitar cualquier tipo de reclamación, por la vulneración de derechos laborales, que pudieran desprenderse de la decisión de aplicar una terminación del contrato de trabajo, específicamente, por la causal legal prevista en el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, literal h, donde hace referencia a la terminación unilateral del contrato en los casos de los artículos 7º, del Decreto Ley 2351/65. Por ende, las consecuencias de la terminación del vínculo laboral, deben quedar en manos de la jurisdicción laboral ordinaria, competente para ello, y no tratar de reemplazarla con la utilización de un procedimiento especial y sumario, que sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.

Por el contrario, sí existen otros medios de defensa judicial, y tales medios los encontramos en la Jurisdicción Laboral Ordinaria, toda vez que el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo, literales 1, 4, 5, se refiere a la Competencia General de la Jurisdicción Ordinaria, que textualmente contempla:

Literal 1.- Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo.

Literal 4.- Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral o que se susciten entre afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.

Literal 5.- La ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad.

Pese a todo lo anterior, y desconociendo la medida interpuesta por el Juzgado cuarto penal del Circuito de Cúcuta, en el sentido de que era provisional por solo

seis meses, así como la facultad que tenía la Accionante para interponer la demanda ordinaria, el Juez del Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Oralidad, con el fundamento que la ex trabajadora se encontraba en estabilidad laboral reforzada, resuelve revocar el fallo de tutela de primera instancia de la segunda tutela, y, en su lugar, tutelar los derechos fundamentales de la ex trabajadora, ordenando a Proservis Generales S.A.S. Y A Botellitas Del Mar, que en el término de 48 horas, reintegrara a la señora Blanca Molina a un cargo de igual o superior Jerarquía al que venía desarrollando cuando fue despedida sin solución de continuidad y que sea compatible con su estado de salud. De la misma manera, ordenó el pago de salarios desde que se produjo su desvinculación, y el pago de la indemnización que tiene derecho en cumplimiento al artículo 26 de la Ley 361.

Pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre las limitaciones de los trabajadores.

Es importante conocer las definiciones legales cuando un trabajador se encuentra limitado para desarrollar una labor, y los parámetros de severidad establecidos en la Ley.

De acuerdo con la Ley 776 de 2002, en los artículos 5 y 6, respectivamente, se define como incapacitado permanente parcial, al afiliado que, como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, presenta una disminución definitiva, igual o superior al cinco por ciento 5%, pero inferior al cincuenta por ciento 50% de su capacidad laboral, para lo cual ha sido contratado o capacitado.

La incapacidad permanente parcial se presenta cuando el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales, como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, sufre una disminución parcial, pero definitiva en alguna o algunas de sus facultades para realizar su trabajo habitual, en los porcentajes establecidos en el inciso anterior.

La declaración, evaluación, revisión, grado y origen de la incapacidad permanente parcial, serán determinados por una comisión médica interdisciplinaria, según la reglamentación que para estos efectos expida el Gobierno Nacional, y se hará en función a la incapacidad que tenga el trabajador para procurarse por medio de un trabajo, con sus actuales fuerzas, capacidad y formación profesional, una remuneración equivalente al salario o renta que ganaba antes del accidente o la enfermedad.

El artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, señala los parámetros de severidad de las limitaciones en los términos del artículo 5 de la Ley 361 de 1997; en efecto, define

que la limitación “moderada” es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; “severa”, la que es mayor al 25%, pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral; y “profunda”, cuando el grado de minusvalía supera el 50%.

La Ley 361, hace referencia a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, considerando como personas limitadas, a todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada.

Es claro que no es ésta la Situación en la que se encuentra la demandante Blanca Molina, como quiera que no presenta incapacidad permanente parcial, pues no ha sido calificada, estando en curso el proceso de rehabilitación. Por tal razón, no son procedentes las garantías de asistencia y protección de la citada Ley conforme a su artículo 1.

En la Sentencia 38992, de Noviembre 3 de 2010, la Corte Suprema de Justicia hace referencia a un caso, donde el trabajador tiene una pérdida de capacidad laboral por enfermedad común del 21.55%, y en la parte resolutoria consideran que el trabajador no es limitado, toda vez, que para tener esta condición debe tener una pérdida de capacidad laboral del 25%. En el caso analizado la ex trabajadora se encuentra en tratamiento, por tal razón, ni siquiera, fue calificada la pérdida de capacidad laboral, razón por la cual no se dan las condiciones exigidas para obtener la garantía de estabilidad de que trata la Ley 361 de 1997, pues dentro de los requisitos para que proceda la protección estatuida en la citada Ley (inciso 2º del artículo 26), se encuentra el que la pérdida de la capacidad laboral supere el 25%, para de esa forma poder ser considerada con una limitación severa.

En efecto, esta Corporación ha fijado su criterio en torno al tema relacionado con la aplicación de la Ley 361 de 1997, en el sentido de que ella está diseñada para garantizar la asistencia y protección necesaria de las personas con limitaciones

“severas y profundas”, pues así lo establece el artículo 1°, al referirse a los principios que la inspiran y al señalar sus destinatarios, en cuanto son las personas consideradas discapacitadas, esto es, aquellas 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 laboral.¹¹

“La protección con la que cuentan las personas limitadas en lo concerniente a que no pueden ser despedidas o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie la autorización de la Oficina de Trabajo se encuentra regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, de manera que la minusvalía a que se refiere esta disposición debe ser buscada, en primer lugar, en el contexto de este articulado y, sólo en ausencia de disposición que lo determine, es dable acudir a la aplicación supletoria de otras normas, conforme lo prevé el artículo 19 del C. S. del T.

“Al respecto conviene precisar que la Ley 361 de 1997 contiene un régimen de carácter especial, que trasciende el campo del Sistema de Seguridad Social Integral, dado que su protección va más allá de las garantías que este régimen cubre, pues su propósito es la protección de los derechos fundamentales de las personas con limitaciones, previendo para quienes las padecen en los grados de “severas y profundas” la asistencia y protección necesarias. En este sentido la Sala tuvo la oportunidad de pronunciarse en sentencia de 7 de febrero de 2006, radicada con el número 25130, lo siguiente:

“cumple observar que la Ley 361 de 1997 es un estatuto especial que estableció “...mecanismos de integración social de las personas con limitación...” y que según su primer artículo los principios que la fundamentan están en los artículos 13, 47, 54 y 68 de la Constitución Política. Se trata de una ley que según la exposición de

¹¹ República de Colombia Corte Suprema de Justicia Radicación 38992 Jesús Antonio Velásquez Vs Koyomad S.A.

motivos tuvo por objeto la integración social de los discapacitados (Gaceta del Congreso N° 364 del 30 octubre de 1995). Los capítulos que la integran consagran garantías que asumen el Estado y la Sociedad para facilitar al antes señalado grupo de personas un modo de vida digno que les permita la rehabilitación, bienestar social, el acceso preferente a la educación, a los bienes y al espacio de uso público, al trabajo, etc.”

“Aclarado lo anterior, se observa que la Ley 361 de 1997 está dirigida de manera general a garantizar la asistencia y protección necesaria de las personas con limitaciones severas y profundas, pues así lo contempla su artículo 1º; al referirse a los principios que la inspiran y al señalar sus destinatarios, de modo que delimita el campo de su aplicación, como ya se anotó, a quienes padecen una minusvalía significativa.

“Es en desarrollo de esta preceptiva y particularmente en lo que tiene que ver con las personas a que está orientada la protección especial que consagra, según el grado de su limitación, que se dispone en el artículo 5 que las personas con limitaciones deberán aparecer como tales en los carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, correspondiendo a las empresas promotoras de salud consignar, en tal documento, la existencia de la respectiva limitación, con la especificación del grado de limitación que presenta su portador, en las escalas de moderada, severa y profunda, con el fin de que puedan identificarse como titulares de los derechos previstos en la ley comentada. No se trató entonces de una previsión caprichosa del legislador al aludir, en esta disposición, a los distintos grados de minusvalía que pueden afectar a las personas según la limitación que padezcan, por el contrario, la razón está de parte de aquellas que padecen mayores grados de limitación, naturalmente con el propósito de lograr su integración social en todos los ámbitos de la vida en comunidad en que se desenvuelven los seres humanos. Obviamente que el amparo es menor o

inexistente para las personas con limitaciones de menor intensidad que no se les dificulta su inserción en el sistema competitivo laboral. ¹²

“En el articulado de la Ley 361 de 1997 se toman como parámetros los diferentes grados de minusvalías a que ha hecho alusión para establecer condiciones que garanticen su incursión en el ámbito laboral o que los haga merecedores de la protección del Estado, entre otros, en el campo de vivienda, seguridad social y educación. Así por ejemplo en el Art. 24 se garantiza a los empleadores que vinculen laboralmente a personas con limitación que sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitaciones, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados, si tienen en sus nóminas un mínimo del 10% de sus empleados, en las condiciones de discapacidad enunciadas en ese mismo ordenamiento; en el Art. 31 se dispone que los empleadores que ocupen trabajadores con limitación no inferior al 25% comprobada y que estén obligados a presentar declaración de renta y complementarios, tienen derecho a deducir de la renta el 200% del valor de los salarios y prestaciones sociales, pagados durante el año o período gravable a los trabajadores con limitación, y el Art. 37 prevé que el Gobierno, a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y en cooperación con las organizaciones de personas con limitación, apropiará los recursos para crear una red nacional de residencias, hogares comunitarios y escuela de trabajo para atender las necesidades de personas con limitaciones severas.

Adicionalmente y con el fin de ahondar y dirimir sobre la discapacidad de los trabajadores, hacemos referencia a la Sentencia radicada 32532 del 15 de Julio de 2008 MP. Elsy del Pilar Cuello en la que hace referencia al artículo 5 de la Ley 361 y donde el Defensor del Accionante, define lo que se entiende por incapacidad permanente parcial y qué porcentajes la delimitan, mientras que el

¹²República de Colombia Corte Suprema de Justicia Radicación 38992 Jesús Antonio Velásquez Vs Koyomad S.A.

Decreto 2463 de 2001, dentro de los parámetros de incapacidad permanente parcial, otorga una graduación sin definir quien es considerado disminuido en su capacidad de trabajo o inválido o discapacitado.¹³

En Sentencia de la Corte Suprema de justicia – Sala de casación laboral. MP Gustavo José Gnecco Mendoza, Radicación No 36115 el demandante solicita el reintegro laboral y pago de salarios, aportes de seguridad social, pago prestaciones sociales y vacaciones, toda vez que fue despedido por encontrarse incapacitado por más de 180 días.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en su lugar, absolvió a la sociedad enjuiciada de todas las pretensiones de la demanda y estimó que la parte demandada tiene razón cuando afirma que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no establece una presunción y que no puede confundirse la autorización para terminar el contrato con justa causa con el despido discriminatorio por encontrarse el trabajador discapacitado.

Señaló que una cosa es que el trabajador sufra una enfermedad o haya sufrido un accidente que lo incapacite para laborar durante 180 días y otra distinta es que tenga una limitación física; y advirtió que una limitación física puede también incapacitar para trabajar por más de 180 días. Después de resaltar que la Ley 361 de 1997 es norma que protege especialmente a los discapacitados de actos de discriminación laboral, expresó: "Pero es claro que dentro del sistema de cargas probatorias determinado por el artículo 177 del CPC, en armonía con el artículo 51 del CPT y SS, la persona que afirme que fue despedido (sic) en acto de discriminación por el empleador, con violación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, debe acreditar además del acto de discriminación, su condición de limitado físico, al momento del despido"

¹³ República de Colombia Corte Suprema de Justicia Rad.32532 Alejandro Enrique Yanes Rivas Vs. Drummond LTDA.

Afiliación de una trabajadora de la empresa Contratista al Sindicato de la empresa cliente.

Teniendo en cuenta que la Sentencia de la segunda tutela interpuesta por la Accionante, favoreció a la ex trabajadora, Proservis Generales SAS., en cumplimiento a la orden del Ad Quem, informa a la señora Blanca Molina, qué asumirá la carga laboral del pago de salarios y prestaciones sociales, y, acogiéndose al Artículo 140 del CST, la exime de la prestación del servicio, toda vez que el motivo de la terminación de la relación laboral es por vencimiento de la duración o término de la relación comercial con la empresa cliente, adicionalmente que la empresa carecer de infraestructura para la reubicación de la accionante, pues no tiene sede en esta ciudad. Esta situación motiva a la señora Blanca Molina a afiliarse al Sindicato de la empresa cliente Sintrabotellitas, empresa donde prestaba los servicios.

Frente a dicha circunstancia, Proservis Generales SAS., no acepta la vinculación, en razón a que SINTRABOTELLITAS es un Sindicato de la Industria Agroalimentaria, por lo cual, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 356 del C.S.T, subrogado por el artículo 40 de la Ley 50 de 1990, los Sindicatos SOLO pueden afiliar a trabajadores que prestan sus servicios en varias empresas de la misma industria o rama de actividad económica, y la empresa Proservis Generales S.A.S., NO pertenece al sector agroalimentario Colombiano y, por ende, se rechaza la afiliación que la señora Blanca Molina, ha realizado ante Sintrabotellitas.

El Artículo 356, textualmente reza “Sindicatos De Trabajadores. Los sindicatos de trabajadores se Clasifican así:

A. De empresa, si están formados por individuos de varias profesiones, oficios o especialidades, que prestan sus servicios en una misma empresa, establecimiento o institución.

B. De industria o por rama de actividad económica, si están formados por individuos que prestan sus servicios en varias empresas de la misma industria o rama de actividad económica.

C. Gremiales, si están formados por individuos de una misma profesión, oficio o especialidad.

D. De oficios varios, si están formados por trabajadores de diversas profesiones, disímiles o inconexas. Estos últimos sólo pueden formarse en los lugares donde no haya trabajadores de una misma actividad, profesión u oficio en número mínimo requerido para formar uno gremial, y solo mientras subsista esta circunstancia”.

Nótese cómo los sindicatos de industria, como lo es Sintrabotellitas, solo pueden afiliarse a trabajadores que prestan sus servicios en diferentes empresas, pero éstas hacen parte de la misma industria o a la misma rama de actividad económica. La sociedad Proservis Generales S.A.S., no pertenece al sector agroalimentario del país, por lo que la solicitud de descuento de las cuotas sindicales que Sintrabotellitas pretende que se deduzcan a la señora Blanca Molina, es abiertamente ilegal e inconstitucional.

Recurso de desacato interpuesto por la Accionante contra la empresa Contratante y cliente.

La accionante, no conforme con todos los trámites legales que ha generado con su actuar a la empresa Contratante y los perjuicios económicos causados, interpone Incidente de Desacato, aduciendo que la empresa Contratante no cumplió a cabalidad con la orden emitida por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito en Oralidad de Cúcuta, en segunda Instancia, mediante fallo de fecha 16 de Junio de 2014, conforme lo dispone el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, donde reza: “La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar”.

En respuesta al documento proferido por el juzgado, Proservis Generales S.A.S., manifiesta ser la ÚNICA sociedad empleadora de la señora Blanca Molina, pues como empresa contratista independiente, en virtud de lo dispuesto por el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, celebró un contrato de trabajo con la citada trabajadora.

Así las cosas, es Proservis Generales S.A.S., la entidad que debe restablecer el vínculo laboral que se tenía con la ex trabajadora, como de hecho ha ocurrido, para poder acatar la decisión judicial que el señor Juez del Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cúcuta, profirió mediante Sentencia de segunda Instancia, de fecha 16 de Junio de 2014.

La sociedad Botellitas Del Mar, no es, ni ha sido la empleadora de la señora Blanca Molina, pues, la única sociedad empleadora de la citada trabajadora es Proservis Generales S.A.S.

Proservis Generales S.A.S. acató el fallo de tutela en segunda instancia, notificado mediante oficio J7CVLCTOCUC-540013103007-2014-00337, cancelando los salarios dejados de percibir entre la fecha de terminación del contrato de trabajo y la fecha del reintegro, y pago por segunda vez la indemnización prevista en el inciso 2 del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Ahora bien, No reintegró a la ex trabajadora a sus labores, considerando que los servicios del área Preventa que atendía la señora Blanca Molina y que se prestaban en la ciudad de Cúcuta a la empresa cliente Botellitas Del Mar., finalizaron en el mes de Abril y mayo de 2013, adicionalmente, Proservis Generales S.A.S, no tiene sede, ni actividades que pueda desarrollar la accionante, situación que deja entrever que el Juzgado pretende obligar a la empresa a realizar lo que no es posible.

Teletrabajo, nueva figura de contratación

Es de anotar que con el fin de dar cumplimiento a la orden del Juzgado, la empresa Contratista optó por implementar y ofertó a la accionante el contrato de Teletrabajo, nueva forma de contratación, establecida legalmente en el Decreto 884 de 2012 Por medio del cual se reglamenta la Ley 1221 de 2008.

“Artículo 1°. Objeto y ámbito de aplicación. El objeto del presente decreto es establecer las condiciones laborales especiales del teletrabajo que regirán las relaciones entre empleadores y tele trabajadores y que se desarrolle en el sector público y privado en relación de dependencia.

Artículo 2°. Teletrabajo y tele trabajador. Para efectos del presente decreto el teletrabajo es una forma de organización laboral, que se efectúa en el marco de un contrato de trabajo o de una relación laboral dependiente, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación –TIC– para el contacto entre el trabajador y empleador sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo”.

El teletrabajador es la persona que, en el marco de la relación laboral dependiente, utiliza las tecnologías de la información y comunicación como medio o fin para realizar su actividad laboral fuera del local del empleador, en cualquiera de las formas definidas por la ley.

Blanca Molina aceptó la propuesta de Proservis Generales SAS., se suscribe el documento en mención, en cumplimiento a la orden emitida por el Juzgado, más no porque exista la necesidad del servicio, generando para la entidad, costos onerosos que llevan al detrimento patrimonial y desestabilidad económica de la empresa, más aun si se llegaren a presentar casos similares al mencionado en el presente documento.

CONCLUSIONES

La tutela es un mecanismo para solicitar el reconocimiento a la vulneración de los derechos fundamentales de la salud, la vida digna y a la seguridad social, y, como tal, puede ser un medio de reintegro laboral transitorio o provisional, de las personas que por su estado ameriten la protección laboral reforzada. Cabe aclarar que la protección laboral reforzada debe extenderse para aquellas personas que por su condición de salud se encuentren limitadas o imposibilitadas para desarrollar cierta labor, en cumplimiento al artículo 5 de la Ley 361 en donde hace referencia al tipo de limitación.

La tutela como mecanismo transitorio permite evitar un perjuicio irremediable mientras se acuden a otros recursos o medios de defensa judiciales para la solución definitiva al conflicto; situación que no se puede evidenciar en el caso expuesto, toda vez que la medida transitoria se convirtió en permanente a través del segundo mecanismo de tutela.

Surge de lo expuesto, que la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada.

De una gran sensibilidad social y de una noble carga humana está imbuida la Ley 361 de 1997, en tanto que su designio es el de brindar una adecuada protección a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta y de lograr la rehabilitación e integración social de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. Su articulado consagra un importante elenco de derechos y garantías en beneficio de ese grupo de personas y establece las obligaciones y responsabilidades que les

caben al Estado y a la sociedad, con el propósito de facilitar a ese contingente de seres humanos un modo de vida digno que les permita la rehabilitación, el bienestar social, el acceso preferente a la educación, a los bienes, al uso del espacio público, al trabajo, etc.; situación que se ha desvirtuado actualmente, toda vez, que se sin tener en cuenta los grados de limitación de un trabajador, una dolencia temporal se está considerando como debilidad manifiesta, atentando contra el verdadero propósito de la Ley Clopatofsky

El sindicato tiene como objetivo principal el bienestar de sus miembros o sindicalizados y generar mediante la unidad, la suficiente fuerza y capacidad de negociación como para establecer una dinámica de dialogo social entre el empleador y los trabajadores, mediante el cumplimiento de requisitos mínimos. Estando el objetivo claramente descrito, como se puede entrever que un trabajador de una empresa contratista se afilie a un sindicato que nada tiene que ver con su objeto social.

La Corte Constitucional en su sentido paternalista y acogíendose al articulado de la Ley Clopatofsky, ha llevado a las empresas a incrementar los costos laborales, por reubicaciones de trabajadores con restricciones médicas, obligando a los empresarios a incrementar los puestos de trabajo para cubrir las necesidades de servicio, que no se pueden atender con el personal con estabilidad laboral, costos que no se compensan con las políticas tributarias expuestos en los artículos 31 y 37 de la Ley 361 de 1997 y que las hacen menos competitivas a nivel internacional.

Los diferentes enfoques que se ha dado a la Ley Clopatofsky, han generado en el empresario Colombiano, limitaciones en su capacidad subordinante, llevando al trabajador con estabilidad laboral reforzada a cometer toda clase de arbitrariedades en el desarrollo de sus funciones, sin sentirse amenazado,

afectando de esta manera las condiciones de clima laboral, puntos neurálgicos dentro de una organización.