

LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR SALUD Y SU IMPACTO EN EL SECTOR EMPRESARIAL: ESTUDIO DE CASO.

Natalia Solís natisolis@hotmail.com

María Isabel Arana maria.arana@proteccion.com.co

Ana María Cardona nanacardona@hotmail.com

Resumen

El presente ensayo pretende analizar la problemática que actualmente enfrentan las empresas frente a la estabilidad laboral reforzada, específicamente, haremos referencia al fuero por Salud (Ley 361 de 1997), es decir, personas que presenten algún tipo de discapacidad física o mental, limitación física o que se encuentren en un estado de debilidad manifiesta, condición protegida por el Estado prohibiendo su desvinculación laboral o aumentando las exigencias para su retiro. Esta situación está generando un impacto económico por la carga salarial y prestacional asumida por las empresas, al no recibir la prestación del servicio en la proporción esperada. En otras palabras, el empleador asume el 100% de la responsabilidad de los empleados con esta condición, sin que ellos puedan cumplir la totalidad de las funciones para las cuales fueron contratados. Adicional a esto, el empleador debe soportar los abusos de quienes fraudulentamente bajan su rendimiento, presentan ausentismo en las jornadas laborales amparados en la prohibición de despido, constituyendo un verdadero abuso de la Ley o, simplemente, solicitan incapacidades no asociadas a su restricción médica generando un mal ambiente laboral. Todo ello constituye una carga excesiva para el empleador que, en principio, debería ser menguada con descuentos tributarios.

Palabras Clave: Estabilidad laboral reforzada, Discapacidad médica, Protección laboral, Viabilidad económica, Sostenibilidad empresarial.

Abstract: This essay aims to analyze the problems that companies currently face with reinforced labor stability, specifically, we will refer to the jurisdiction for Health (Law 361 of 1997), that is, people who present some type of physical or mental disability, physical limitation or that they are in a state of manifest weakness, a condition protected by the State prohibiting their work separation or increasing the demands for their retirement. This situation is generating an economic impact due to the salary and benefit load assumed by the companies, by not receiving the provision of the service in the expected proportion. In other words, the employer assumes 100% of the responsibility of employees with this condition, without them being able to fulfill all the functions for which they were hired. In

addition to this, the employer must support the abuses of those who fraudulently lower their performance, present absenteeism in the working days covered by the prohibition of dismissal, constituting a true abuse of the Law or, simply, request disabilities not associated with their medical restriction generating a bad work environment. All this constitutes an excessive burden for the employer that, in principle, should be reduced with tax discounts.

Keywords: Reinforced labor stability, Medical disability, Labor protection, Economic viability, Business sustainability.

Introducción

Actualmente y como tendencia de los últimos 4 años, la estabilidad laboral reforzada es el medio jurídico por el cual los trabajadores buscan la permanencia en sus empleos, amparados en la protección que, por mandato de la jurisprudencia constitucional, se ha establecido en Colombia. Aunque la estabilidad laboral reforzada hace referencia a diversos campos de aplicación, como es el caso de mujeres en estado de gestación, mujeres en período de lactancia, directivos sindicales, trabajadores con discapacidades físicas, trabajadores afectados con limitaciones, entre otros, basados en las últimas jurisprudencias, esta protección se ha extendido a una multiplicidad de condiciones. De ahí, que nuestro análisis se enfoque, específicamente, en la estabilidad reconocida a trabajadores aforados por salud y el abuso por parte de algunos de ellos de su condición para defraudar la ley.

Frente a estos trabajadores, la ley ha indicado que existe total protección y no basta con tener una justa causa para proceder con la terminación del contrato, pues la norma busca garantizar la permanencia de los colaboradores con alguna restricción por salud, evitando que esta condición sea la causal del despido (discriminación). En consecuencia, la estabilidad laboral constituye un derecho constitucional fundamental. Así mismo, podemos ver cómo la Corte Constitucional se ha manifestado, a través de jurisprudencias, afirmando que aun cuando se efectúe un despido sin justa causa con indemnización, esto no es razón suficiente para desconocer el derecho a la estabilidad laboral reforzada, por tanto, ante los casos de vulneración de este derecho, los jueces ordenan a los empleadores el reintegro y no la indemnización, exigiendo que asigne un puesto de trabajo y funciones al trabajador que esté acorde y respete sus limitaciones físicas o problemas de salud.

Ahora bien, la Ley 361 de 1997 y los posteriores desarrollos jurisprudenciales que han ampliado las características y condiciones de los trabajadores que entrarían a ser cubiertos por la estabilidad laboral reforzada por salud, representan para las empresas

un impacto económico drástico, ya que independientemente de si es justo o no despedir a un trabajador por no cumplir con las funciones que la empresa requiere, éstas están asumiendo el 100% de los costos que generan los trabajadores reubicados. Adicionalmente, están soportando las cargas excesivas por el abuso de la Ley, por parte de ciertos trabajadores que, al sentirse protegidos o aforados, toman la decisión y buscan la manera de limitarse para garantizar la estabilidad, bien sea fingiendo dolores o exagerando su verdadera condición de salud para no cumplir con las funciones asignadas y, en algunos casos, pasar por alto las normas establecidas por la empresa en el Reglamento interno o Reglamento de Trabajo.

Por lo anterior, intentaremos analizar la problemática que ha desencadenado la ley de estabilidad laboral reforzada en el sector económico empresarial y mercado laboral, como una consecuencia no prevista por el legislador, enfocándonos en la estabilidad por condiciones de Salud, es decir, personas que presenten algún tipo de discapacidad física o mental, limitación física o que se encuentren en un estado de debilidad manifiesta. En otras palabras, intentaremos responder al siguiente interrogante: ¿Existe una carga excesiva para el empleador el tener que asumir en su totalidad los costos derivados del fuero por salud? Teniendo como objetivo central del trabajo la determinación de la carga, onerosa en muchos casos, para la empresa por el sostenimiento del fuero laboral por salud. De allí que intentemos proponer algunos alivios tributarios en procura de compensar el esfuerzo patrimonial del empresario, no solo por sostener a un número de empleados que no están en el cien por ciento de su capacidad laboral, sino que, además, debe esperar mucho tiempo el retorno del dinero invertido en el pago de las incapacidades, con un costo de oportunidad adicional en desmedro de sus intereses.

Para lograr lo propuesto, inicialmente abordaremos un pequeño recuento histórico, a manera de antecedentes; luego se procederá a situar normativa y jurisprudencialmente el problema mostrando el desarrollo normativo hasta la fecha; en seguida se presentarán algunos datos y posiciones elaborados por la doctrina, para terminar con unas consideraciones finales a manera de conclusión.

Antecedentes

En Colombia hasta hace algunas décadas no existía un Código del trabajo, las relaciones laborales se regían por intermedio del Código Civil bajo la noción de contratos de prestación de servicios u otras modalidades contractuales de origen civil. El desarrollo industrial permitió que algunos extranjeros llegarán al país por intermedio de empresas multinacionales, quienes empezaron a expandir el mercado en diferentes ciudades; esto conllevó la convivencia con personas de formadas en otras culturas, con ideologías diferentes a las nuestras, generándose un intercambio cultural e ideológico interesante, donde los extranjeros que traían tendencias socialistas, provocaban protestas o huelgas por las precarias condiciones laborales de los trabajadores y por la excesiva desigualdad laboral. El intercambio ideológico y el auge del socialismo en América dio lugar a las primeras agremiaciones sindicales que, de la mano del partido Liberal, logró realizar la

primera reunión nacional en 1935 para empezar a regular aspectos del trabajo, como las huelgas, entre otros.

Ahora bien, las primeras normas laborales en Colombia surgen en el año de 1930, cuando sube al poder Enrique Olaya Herrera. De esas normas laborales y la fuerte incidencia que hace en su gobierno Alfonso López Pumarejo en el año 1935, se inaugura la Confederación Nacional en Colombia e inicia la actividad legislativa emitiendo leyes especializadas apartándose de la legislatura civil que regía con anterioridad. Mediante el Acto Legislativo proferido en 1936, se avala la huelga como un derecho de los trabajadores que, posteriormente, se incluirá en la Constitución Política de Colombia de 1991, en su artículo 56. La Ley 96 de 1938 dio origen al Ministerio de Trabajo en Colombia; en 1946 se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales y, durante el gobierno de Mariano Ospina Pérez, se expide oficialmente el Código Sustantivo de Trabajo en Colombia, a través del Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950, con la finalidad de proteger las partes involucradas en el contrato laboral. Durante el año de 1965, se reforma el código sustantivo de trabajo.

Es así, como se dio inicio a la regulación de las actividades obrero-patronales y se empezó a visualizar un derecho laboral en Colombia, con un conjunto de principios y normas que regían directa e indirectamente las relaciones entre empleadores, trabajadores y el Estado con el objetivo de garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores y la protección al trabajo como un derecho de primordial importancia. Para ello se dispuso de una jurisdicción especial y se crearon los jueces del trabajo, se establecieron sus competencias y diferencias con la legislación civil.

El avance de la industrialización entre 1945 hasta 1957 se desarrolló en medio de una profunda crisis del frente laboral, ya que el crecimiento industrial provocó, al mismo tiempo, una ampliación de la clase trabajadora a niveles hasta ese entonces desconocidos. Adicionalmente el desplazamiento de la población campesina hacia las ciudades aumentó el desempleo y, como consecuencia, la baja de los salarios impactó la condición social de la clase trabajadora. “En este contexto la justicia laboral adquirió un gran significado social y político para mediar entre el creciente antagonismo que se estaba presentando en la relación patrono-empleado, buscando una justicia social inspirada en el humano. Desde su concepción el Estado intervencionista, el gobierno liberal defendió el establecimiento de la jurisdicción laboral como la justicia social orientada a establecer un sano equilibrio entre el capital y el trabajo”.¹ En este sentido desde la década de los años 50 vemos las primeras evidencias de un Estado

¹ Texto tomado de “DE SOUSA SANTOS, Boaventura. “Colombia: el revés del contrato social de la modernidad”. En: *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo I. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. 2001. Pp 215-259.

interviniendo para garantizar un sano equilibrio en las relaciones laborales compensando la desigualdad que representa el régimen capitalista frente a los trabajadores. Debe tenerse presente que la legislación laboral en Colombia se empezó a construir en medio de la crisis política más grande que se vivió en la primera mitad de siglo, pues desde 1946, con la subida al poder de Mariano Ospina Pérez, se dio inicio a un conjunto de reacciones violentas entre Conservadores y Liberales que se recrudeció el 9 de abril de 1948 con el asesinato de Jorge Eliecer Gaitán dando origen a la llamada Violencia política que ocurrió entre 1946 y 1958, según algunos autores.

De otra parte, para entender mejor de donde proviene el principio de estabilidad laboral, nos remontamos a la creación del Estado social de derecho, que tiene su origen en nuestra Constitución Política de 1991, donde el Estado debe garantizar niveles mínimos de derechos para los ciudadanos, y garantías para el cumplimiento de los mismos, en búsqueda de la justicia Social. El artículo primero de la Constitución de 1991, establece que “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”. En el año 1990 sólo el 31% de la población colombiana tenía acceso a la seguridad social, del cual un 72% pertenecía o era beneficiario del ISS. Para atender al 70% de la población no cubierta existía, el aseguramiento a través del sector público, que se financiaba principalmente con recursos de la Nación.

Por lo anterior, podemos decir que la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad constituyen principios fundamentales del Estado colombiano, forzando desde sus inicios a que exista la estabilidad laboral. En 1992 la Corte Constitucional ve al trabajo como uno de sus principales pilares, contemplando en el artículo 25 como un derecho y una necesidad de todo ciudadano; el artículo 53 plantea la necesidad de crear un estatuto y le da prioridad a los tratados internacionales en virtud del artículo 93 de la constitución. Particularmente a los de Organización Mundial del trabajo (OIT). Ante la ocurrencia de despidos, por vía de acción de tutela, la Corte Constitucional emite sus primeros fallos sobre estabilidad laboral, principalmente por embarazo, fueros sindicales, las madres cabeza de hogar, y como resultado de este desarrollo jurisprudencial, aparece la llamada “Ley Clopatofsky” o Ley 361 de 1997. En ella se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación; esta Ley es diseñada para el trabajador que aplique uno o varios de los siguientes tres elementos:

- a. La calificación de la pérdida de capacidad laboral igual o superior a 15%.
- b. Que esa discapacidad sea conocida por el empleador y se origine en vigencia de la relación laboral.

- c. Que la finalización del contrato sea motivada en razón del estado de salud del trabajador sin la autorización previa de la oficina del trabajo.

Inicialmente, esta Ley aplicaba para Contratos laborales directos, posteriormente, la Corte Constitucional en Sentencia SU 049 de 2017, unificó criterios sobre la estabilidad laboral reforzada ampliando su aplicación al personal vinculado mediante contratos por prestación de servicios y contratos de aprendizaje, siempre y cuando el colaborador se encuentre en circunstancias de debilidad manifiesta, exigiendo al empleador, para dar por terminado un contrato laboral protegido con estabilidad laboral reforzada, el deber de solicitar autorización al Inspector del Trabajo, constituyéndose en una garantía de la cual son titulares quienes tengan cualquier afectación en su salud, que impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

Desarrollo Normativo

La estabilidad laboral reforzada está contemplada en varios artículos de nuestra Constitución Política y líneas jurisprudenciales, las cuales serán referente obligatorio al momento de abordar el tema. Entre estas normas encontramos las siguientes:

Marco Constitucional:

En principio, debemos partir de las normas constitucionales que irradian y guían la estabilidad laboral reforzada, pues es desde allí que la Corte Constitucional se ampara para poder brindar las garantías necesarias y proteger a los trabajadores aforados por salud.

ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho.

A partir de la carta magna de 1991 Colombia se establece como un estado social de derecho, donde tiene como principio fundamental la igualdad, es decir, buscar tener unas políticas laborales con el fin de corregir desigualdades existentes, promover la inclusión, la participación y garantizar a las personas que se encuentren en una situación de desventaja tener el goce de sus derechos fundamentales.

Con el nacimiento de la Constitución de 1991, se le otorgó la defensa de la Constitución a la Corte Constitucional con la finalidad de proteger los derechos fundamentales que fueran vulnerados en el desarrollo del estado social de derecho. De esta forma los trabajadores que les son desconocidos sus derechos, empezaron a alegar su protección por medio de la acción de tutela.

ARTICULO 25. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas. Este artículo es punto de referencia jurisprudencial ya que es el invocado en la defensa de los derechos de los trabajadores.

ARTICULO 53. En este artículo claramente contiene los principios laborales en materia de protección y promoción de los mismos. Lograr y vigilar el respeto por la dignidad de los trabajadores ante una relación de subordinación donde pueda verse desprotegido o intimidado.

ARTICULO 54. La Constitución menciona que las personas en situación de discapacidad son sujetos de especial protección Constitucional y en esa medida el Estado debe velar por la garantía efectiva de sus derechos constitucionales fundamentales; de aquí podemos apreciar desde nuestra óptica que el Estado no está cumpliendo a cabalidad este mandato y la responsabilidad y cumplimiento la está trasladando al empresario.

ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales que nuestro país ha acatado para su práctica en defensa de los derechos humanos prevalecen a las normas y jurisprudencias internas.

Con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en ella.

Al Invocar estos artículos de la Constitución, en acciones de tutela y demandas laborales, el trabajador colombiano se ampara para lograr su estabilidad laboral, consiguiendo, de esta manera, el desarrollado de la estabilidad laboral como principio constitucional a través de la jurisprudencia. En cumplimiento del artículo 53, 25, 13 y 1 de la constitución, el juez constitucional empezó a garantizar derechos fundamentales a los trabajadores en general y, en particular, a aquellas personas que acreditaban algún tipo de situación especial o diferente a la de los demás, con fundamento en la igualdad material dando protección a quienes, por razones de salud, se encontraban en condiciones de debilidad manifiesta.

El principio denominado Estabilidad Laboral Reforzada, es aplicable a todos aquellos sujetos que hayan sido previamente determinados por la Ley, con miras a proteger el ejercicio de los derechos fundamentales y Constitucionales al trabajo, impidiendo que sean despedidos creando una presunción de despido por discriminación motivada en circunstancias o condiciones de salud. Dichas condiciones, con el pasar del tiempo, han adquirido mayor relevancia en el ámbito del derecho laboral en Colombia, generando precedentes constitucionales a través de sentencias de tutela revisadas por la Corte.

La Corte Constitucional se pronunció, por primera vez, sobre este tema, en la Sentencia T-427 de (1992), donde un trabajador de CAPRECOM fue declarado insubsistente de su cargo, alegando la práctica de una cirugía para corregir una osteoneocondritis que le obstruía el normal funcionamiento de las funciones pélvicas; el actor solicitaba el amparo a su derecho constitucional al trabajo, reintegro y pago de salarios dejados de percibir. La Corte Constitucional no concedió el amparo solicitado, pues al realizar las diferentes indagaciones a las historias clínicas y los médicos que practicaron la cirugía, se evidenció que había evolución satisfactoria del padecimiento y que esta no era degenerativa, sino que, por el contrario, el paciente podría evolucionar y recuperarse (Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. Sentencia T- 427 del 24 de junio de 1992). Allí plasmó los primeros conceptos y nociones de estabilidad en el puesto de trabajo como derecho.

La estabilidad laboral reforzada es, pues, de origen jurisprudencial, teniendo en cuenta que se encuentra de por medio, la protección de los derechos fundamentales al trabajo y la igualdad material, así como la Ley 361 de 1997, los jueces constitucionales fueron expidiendo un conjunto de sentencias sobre el tema, de las cuales podemos resaltar algunas como, la Sentencia T-519 de 2003, donde refiera a la estabilidad laboral reforzada del trabajador con discapacidad, al expresar:

“Se puede afirmar que (i) en principio no existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral; sin embargo, (ii) frente a ciertas personas se presenta una estabilidad laboral reforzada en virtud de su especial condición física o laboral. No obstante, (iii) si se ha presentado una desvinculación laboral de una persona que reúna las calidades de especial protección la tutela no prosperará por la simple presencia de esta característica, sino que (iv) será necesario probar la conexidad entre la condición de debilidad manifiesta y la desvinculación laboral, constitutiva de un acto discriminatorio y un abuso del derecho. Por último, (v) la tutela sí puede ser mecanismo para el reintegro laboral de las personas que por su estado de salud ameriten la protección laboral reforzada, no olvidando que de presentarse una justa causa podrán desvincularse, con el respeto del debido proceso correspondiente”².

Como puede apreciarse en la decisión anterior, la Corte fue marcando las pautas para poder lograr la protección en los casos en los que los trabajadores, bajo condiciones especiales, pueden lograr una protección de su derecho a permanecer en el cargo sin ser despedidos por discriminación o, a exigir que el empleador solicite al inspector de trabajo permiso para realizar el despido aún bajo la existencia de una justa causa.

² Corte Constitucional. Sentencia T-519 de 2003

De otra parte, en la Sentencia T-513 de 2006, la Corte Constitucional al estudiar el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a cuyo tenor el empleador que despide a un trabajador con limitaciones sin la previa autorización de “la oficina de trabajo”, está obligado a pagar una indemnización, la Corte consideró pertinente acudir a una sentencia integradora, a fin de precisar que “dicha indemnización presenta un carácter sancionatorio y suplementario pero que no otorga eficacia jurídica al despido o a la terminación del contrato de la persona con limitación, sin previa autorización de la oficina de Trabajo”³

De ahí, se desprende que la indemnización no es suficiente para dar viabilidad jurídica a la terminación del contrato de trabajo, como si ocurre en los demás casos normales de relaciones laborales en que el empleador puede, en todo tiempo, dar por terminada la relación laboral acudiendo a la indemnización como medida para subsanar su decisión sin que el Estado pueda coartar su libertad.

Ahora bien, en la Sentencia T-449 de 2008, la Corte Constitucional fue enfática en señalar que el principio de la “estabilidad laboral forzada”, propio de las relaciones jurídicas en las que esté inmersa una de aquellas personas que, por razones de orden económico, físico o mental, se encuentre en estado de “debilidad manifiesta”, no es aplicable exclusivamente a aquellos contratos celebrados a término indefinido sino también, a los contratos pactados a un término fijo. En ese sentido, constituye una exigencia acudir a la Oficina del Trabajo, para obtener la autorización necesaria, a efectos de dar por terminado el contrato laboral, al vencimiento del plazo inicialmente pactado o de una de las prórrogas, si el trabajador es sujeto de especial protección constitucional, ya que, en estos casos, la llegada del término no es razón suficiente para darlo por terminado.

No obstante, lo anteriormente señalado, en Sentencia T-372 de 2012, la Corte precisó que, respecto al ejercicio de la facultad de remover libremente a los empleados no inscritos en la carrera administrativa, cuando median circunstancias de debilidad manifiesta por invalidez parcial o total, es indispensable para las autoridades públicas ceñir sus actuaciones al principio de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución. Aunque la administración pueda aducir la legalidad de su decisión, si con ella se vulnera la efectiva protección de las personas disminuidas física, sensorial o psíquicamente, aquélla sólo será constitucional si es compatible con el principio de la buena fe en cuanto a la oportunidad y proporcionalidad de la medida. Una resolución inoportuna o inadecuada que no tenga en cuenta la condición de manifiesta debilidad en que se encuentra la persona al momento de ser proferida, está, en consecuencia, viciada de nulidad. Esta situación no solo es aplicable a las entidades públicas, sino que también

³ Corte Constitucional. Sentencia T-513 de 2006

regulan a las empresas privadas y condiciona la potestad del empleador para usar el *ius variandi*, en circunstancias particulares donde deba moverse personal de un cargo a otro.

La corte, como se ha venido explicando, no solo tomó los tres casos hipotéticos planteados en la Ley 361 de 1997, sino que los extendió a múltiples circunstancias generando una carga muy onerosa para el empleador, pero como si fuera poco, el estarse exclusivamente a los casos donde mediaba una relación laboral, se ha ampliado el efecto de la estabilidad laboral reforzada a situaciones regidas por contrato de prestación de servicios, de conformidad con la Sentencia T 201 de 2018, particularmente cuando se está ante un trabajador diagnosticado con enfermedad catastrófica. Igual posición tomó en la Sentencia SU 040 de 2018, frente a un contrato de prestación de servicios. En Sentencia T-1040 de 2001, afirmó que, 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. En otras palabras, basta con que el trabajador manifieste su condición de discapacidad o limitación física y que ello sea constatado por el empleador, sin necesidad de diagnóstico médico.

Este último pronunciamiento ha sido crucial para el desarrollo del tema que nos ocupa, teniendo en cuenta que los jueces de tutela no han sido muy rigurosos a la hora de aplicar de la norma, pues para ellos es suficiente con hacer extensivo el principio de garantía a los trabajadores de la estabilidad laboral reforzada, sin verificar si hay elementos fraudulentos o aspectos subjetivos que llevan a un trabajador a valerse del derecho para impedir su despido o la terminación de su trabajo por justas causas.

Ley 361 de 1997

La ley 361 de 1997, es quizá, uno de los más grandes avances en materia de estabilidad laboral frente a las personas con problemas de salubridad, al evitar que ellas sean objeto de tratos discriminatorios o que sus impedimentos, derivados de la condición de salud, sean utilizados para dar por terminada la relación laboral. Al respecto la Corte Constitucional ha dado grandes pasos al extender su amparo a casos no tratados en la norma de manera expresa. Sin embargo, para el caso de estudio, el artículo 26, modificado por el Decreto Ley 019 de (2012) en su artículo 137, tiene particular importancia al expresar:

“Artículo 26. No discriminación a persona en situación de discapacidad. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada

podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo. Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, no se requerirá de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador limitado incurra en alguna de las causales establecidas en la Ley como justas causas para dar por terminado el contrato, Siempre se garantizará el derecho al debido proceso. No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso primero del presente artículo, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”

De allí, se desprende con meridiana claridad, que los destinatarios de la Ley y quienes pueden exigir el cumplimiento de sus postulados, son todas aquellas personas que presenten una limitación física superior al quince por ciento (15%) de pérdida de capacidad laboral, quedando excluida la población que presente una pérdida de capacidad laboral inferior al porcentaje señalado. La ley 361 del 97 fue adicionada para excluir del pago de aportes a los empleadores que vinculen a personal en condición de discapacidad superior al 25%, situación que excluye a los empresarios que vinculen o tengan en sus plantas de personal a personas en condición de discapacidad con porcentajes inferiores al 25% creando una situación de inequidad. Veamos:

Artículo 4. Se adiciona a la Ley 361 de 1997 un artículo nuevo, el cual quedaría así:
Artículo 31-1. Régimen especial de aportes al instituto colombiano de bienestar familiar, al servicio nacional de aprendizaje y a las cajas de compensación familiar. Estarán excluidos del pago de los correspondientes aportes al Régimen del Subsidio Familiar Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, los empleadores que vinculen trabajadores con algún tipo de discapacidad superior al veinticinco por ciento (25%).

Como se puede apreciar, la legislación nacional tiende a proteger al trabajador en situación de discapacidad, inicialmente en virtud de fallos de tutela revisados por la Corte Constitucional que fue creando una especie de estabilidad laboral en razón de los problemas de salud y que, posteriormente, terminó estipulado en la ley 361 de 1997. Sin embargo, el tema no ha sido pacífico a nivel internacional, pues la Organización Internacional del Trabajo también ha hecho su aporte, tema que abordaremos a continuación.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT)

La Organización Internacional del Trabajo - OIT, es el organismo internacional que se encarga de regular temas laborales, para nuestro escrito sería de personas en situación

de discapacidad. En el año de 1919, se da inicio al Tratado de Versalles que surge como medida de protección a los trabajadores en el orden nacional e internacional. Desde ese año Colombia es miembro de la Organización y ha ratificado 61 convenios internacionales, de los cuales se encuentran vigentes 55; para nuestro estudio Colombia inicio su compromiso internacional acogiendo la recomendación R099 de 1955, que habla de la readaptación profesional y la protección del empleo a personas en situación de discapacidad.

Efectos de la presente Recomendación 099 de 1955:

- (a) la expresión ***adaptación y readaptación profesionales*** designa aquella parte del proceso continuo y coordinado de adaptación y readaptación que comprende el suministro de medios -- especialmente orientación profesional, formación profesional y colocación selectiva -- para que los inválidos puedan obtener y conservar un empleo adecuado; y
- (b) el término ***inválido*** designa a toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar empleo adecuado se hallen realmente reducidas debido a una disminución de su capacidad física o mental.

De lo anterior, se deduce con claridad que Colombia estaba en mora de acatar la resolución y empezar a proteger a las personas en condiciones de discapacidad, siendo esta una obligación del estado, adquirida internacionalmente. Por ello, siendo deber del Estado asumir su protección, no se entiende cómo ahora pretenda trasladar su obligación y ubicarla en cabeza de los empresarios, cuando fue el mismo gobierno quien suscribió los tratados internacionales y acogió las recomendaciones elaboradas por el organismo internacional. De ahí que en este documento se pretenda balancear las cargas del empresario y plantear la posibilidad de vincular al directamente responsable, es decir al Estado, ya sea bajo la forma de beneficios tributarios o incentivos que disminuyan la carga ocasionada en el sostenimiento de personas en situación de discapacidad bajo la calidad de empleados, aunque su nivel de desempeño no es el esperado por el empleador. Para ello, nos remitiremos a los estudios doctrinales, pues ya se ha demostrado que, en principio el directamente responsable es el Estado, particularmente al suscribir los convenios internacionales y al formar parte de la Organización Internacional del trabajo.

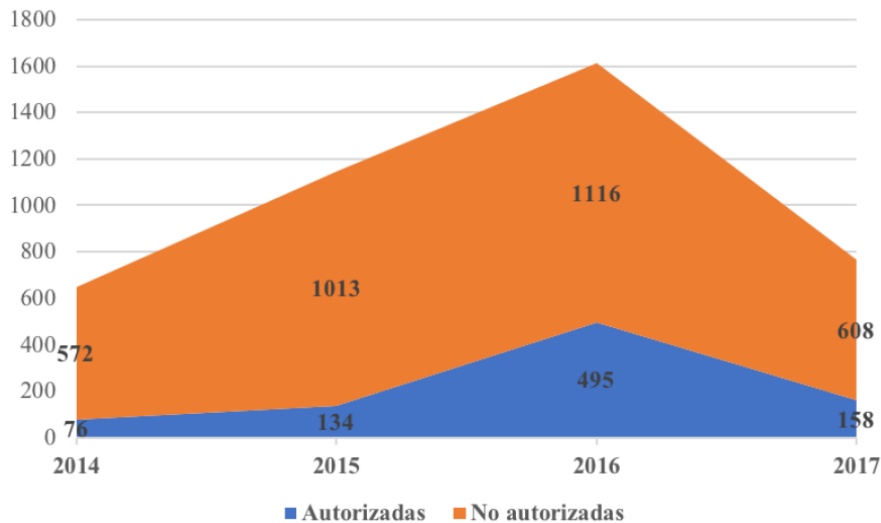
Estudio doctrinal sobre la incapacidad laboral por razones de salud

Como hemos visto, la estabilidad laboral empieza reconocerse por la Corte Constitucional en fallos de tutela dando lugar a la expedición de la ley 361 de 1997, para los casos concretos que refieran a situaciones de discapacidad. Actualmente, en el ámbito laboral contamos con la estabilidad ocupacional reforzada que, mediante la Sentencia SU049-17 establece:

“El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda”. Así mismo, la Ley establece “que 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 días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo de Trabajo y demás normas que la modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”

La actual tendencia internacional y nacional, evidencia la creación y desarrollo de los fueros como mecanismo de defensa del trabajador, llevándolo a un límite riesgoso para el dinamismo de las organizaciones, ya que las sentencias y jurisprudencias abarcan, de manera general, todo tipo de restricción, sean de origen común o laboral, generando una carga económica al sector privado que hace muy onerosa la actividad empresarial. Las Altas Cortes al crear fueros en sus fallos que, en principio, deberían ser establecidos y reglamentados por el poder legislativo, trascendiendo sus funciones de interpretación y unificación de criterios normativos, han dado como resultado, un abuso de las Tutelas y ordenes de reintegros que pone en peligro el orden económico por sobre costos a los empresarios.

Según informe de la ANDI, basado en una encuesta realizada a las principales empresas del Valle del Cauca en el presente año, el 81% de las solicitudes presentadas en los últimos 4 años para la desvinculación de trabajadores con fuero de salud fueron negadas por el Ministerio de Trabajo. (En el cuadro abajo se presenta el histórico del año 2014 al año 2017 de las solicitudes presentadas para desvinculación con justa causa):



Así mismo, a través de este informe se documenta el número de sanciones impuestas por el Ministerio de Trabajo, por las terminaciones sin previa autorización (ver datos en las tablas adjuntas)

Tabla No. 5 Número de Sanciones por despido sin autorización.	
Sanciones 2015	53
Sanciones 2016	44
Sanciones 2017	19

Tabla No. 6 Valor de Sanciones por despido sin autorización.	
Sanciones 2015	1.633.285.500
Sanciones 2016	6.564.427.964
Sanciones 2017	2.594.704.380

Información registrada en el sistema de información del servicio público de empleo SISE

Con esto, se evidencia la existencia de una presión muy alta por parte del Estado, en asegurar la estabilidad laboral de los trabajadores, cargando en un cien por ciento esta responsabilidad sobre las empresas, ya que así los argumentos jurídicos sean válidos

conforme a lo estipulado en la Ley, la interpretación se orienta más a la protección del trabajador en estado de vulnerabilidad manifiesta que al acatamiento de la misma norma. En la tabla que se relaciona a continuación podemos ver, según datos proporcionados por las empresas, la carga económica derivada por salarios y prestaciones de personal reubicado o con recomendaciones médicas; pues, por un lado, se deben crear cargos para poder reubicar estos trabajadores donde su función no es productiva, comparada con la función para la que originalmente fueron contratados y, por otro lado, personal con recomendaciones que al tener limitaciones, sus tareas serán menos productivas o, en su defecto, necesitarán recursos adicionales para ejecutar la tarea.

Situación actual Empresas Comité ANDI

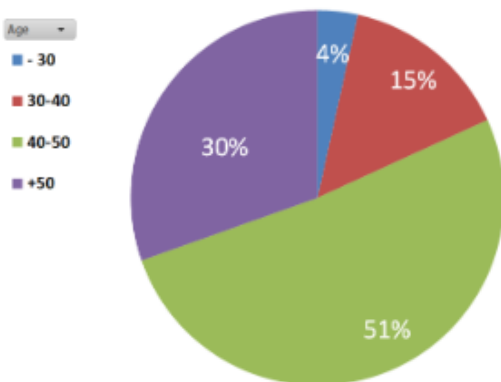


ENCUESTA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA									
Nombre de la empresa	Número total de empleados			Personal Reubicado (Trabajador que ha tenido que ser removido de su cargo habitual a otro puesto de trabajo)		Personal con Recomendaciones (Trabajador con alguna condición que limita su labor con recomendaciones)		Costo Anual asociado a las reubicaciones/recomendaciones (Personal adicional, pagos sin laboral. Art 140 CST, etc) (Pesos Col)	# personas que han recibido indemnización de la ARL por incapacidad parcial 2015-2018
	Operativos	Administrativos	Total Empleados	# personas	%	# personas	%	costo	# personas
Servicios de Cosecha Manuelita	375	5	380	171	45%	6	2%	7.376.000.000	67
Manuelita Azucar y Energia	2009	306	2315	23	1%	11	0,5%	552.000.000	18
Total Manuelita Azucar	2384	311	2695	194	46%	17	2,1%	7.928.000.000	85
Grupo Agroindustrial Rio Paila Castilla			4280	371	8,7%	65	2%	7.320.000.000	
Comfandi			6200	157	2,5%	300	5%	4.439.000.000	
Colombina	5974	757	6731	297	4,4%	519	8%	3.084.446.646	147
Pichichi Corte	522	25	547	129	24%	126	23%	2.520.574.206	0
Tecnoquimicas	3042	1953	4995	17	0,3%	157	3%	1.540.000.000	32
Goodyear de Colombia S.A.	234	97	331	68	29%	51	22%	1.280.000.000	51
Johnson & Johnson	280	120	400	17	4%	32	8%	700.000.000	1
Comestibles Aldor SAS	814	428	1242	38	3%	48	4%	684.000.000	8
Lafranco	875	131	1006	12	1,2%	46	5%	551.092.000	17
Ingenio Pichichi	240	568	808	36	4%	60	7%	436.174.617	26
Alumina S.A.	845	244	1089	83	0,3%	128	12%		18
COSTOS ASOCIADOS A LA ELR SALUD			30.324					30.483.287.469	

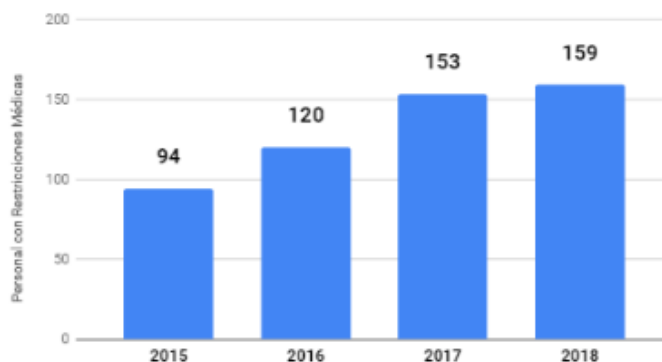
Estos datos, a nivel general, evidencian la existencia de una carga económica representativa para el sector privado, que se agudiza aún más, al ver el bajo número de trabajadores que han recibido indemnización o pensión por parte de la ARL, comparado con el total de trabajadores con recomendaciones o reubicados. Este grupo de empresas argumentó, en última reunión con la Viceministra y posteriormente con la nueva Ministra de Trabajo, que esta carga económica está desplazando oportunidades de generar más empleo a personal productivo. Así mismo, limita la posibilidad de generar oportunidades en la población con discapacidad que, en esencia, es el espíritu con el que se creó la Ley 361 de 1997, es decir, vemos que la situación actual por las diferentes interpretaciones de esta ley, está generando una contradicción en el ámbito laboral: menos empleos para la población en condición de discapacidad y más estabilidad para trabajadores no productivos.

Si analizamos un caso más específico, la empresa “Manufactura Cia.” actualmente cuenta con 700 empleados directos y 250 temporales en misión, 159 trabajadores directos presentan recomendaciones médicas (22% de la población), derivado de una población mayor a 40 años, representando el 80% de los trabajadores que a su vez llevan entre 15-20 años de servicio.

Perfil de Edad



Personal con Restricciones Médicas



Aunque podríamos concluir que las recomendaciones médicas se derivan, principalmente, del desgaste natural por la edad, en los últimos cuatro años las restricciones médicas en la población joven (menor a 40 años), se ha incrementado en un 10%, y algunos de estos casos, a pesar de tener soporte médico a través de la EPS, se cuenta con la hipótesis de que el comportamiento está orientado hacia la búsqueda de la restricción, ya que no existe aún una herramienta científica que pueda medir el dolor, es decir, aunque pueda existir un motivo de consulta o restricción leve que en principio no debería limitar el desarrollo normal de sus funciones, el trabajador se escuda en el dolor que siente para no realizar las mismas de forma productiva. Este comportamiento se hace más evidente en los temporales en misión, actualmente hay 33 temporales con recomendaciones médicas (13% de la población de temporales).

De los 159 trabajadores directos con recomendaciones médicas, 100 hacen su posición con recursos adicionales, como personal que apoya en algunas tareas o las hacen a una menor productividad, y 59 personas hacen roles diferentes a su posición en cargos de menor categoría o posiciones no productivas, creadas para poder reubicarlos. El sobrecosto anual de mantener personal con recomendaciones para esta empresa, oscila alrededor de los \$1,500 millones de pesos, que van directamente al gasto impactando el estado de pérdidas y ganancias de la empresa y, en términos financieros, representa un costo de oportunidad adicional de \$66 millones de pesos calculado con base en el DTF del 2018 (4.43%). Este impacto se agudiza aún más, cuando algunos trabajadores abusan de la ley, construyendo casos ficticios sobre restricciones de salud, aliados con

médicos corruptos a través de los sistemas de Salud y esto se ha evidenciado, según últimas intervenciones de la Ministra de Trabajo y algunos trabajos de investigación realizados por medios de comunicación, como es el programa de “Séptimo día”.

Es por esto que, mediante el decreto 1333 de 2018, el Estado busca brindar una disminución parcial de las cargas que hoy está asumiendo en un cien por ciento las empresas, permitiéndole al empleador valerse de pruebas para demostrar el abuso y, por lo tanto, poder dar terminación con justa causa, sentando un precedente y desincentivando la búsqueda de estabilidad a través de medios antiéticos e ilícitos.

Por otro lado, según artículo publicado el 26 de Mayo de 2018 por el consultor en servicios legales Juan Mauricio Joya, en “Asuntos Legales”, se esboza una tendencia por parte de la Corte Suprema, a nivelar un poco más las cargas que hoy están acentuadas en el sector privado. En este artículo, se hace referencia a la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, del 11 de Abril de 2018, que modifica la línea jurisprudencial vigente sobre la interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, considerando que, cuando la terminación del contrato de trabajo a una persona con discapacidad, fuera por justa causa, según lo determinado por el CST en su artículo 62, se desvirtúa la presunción de que el despido se origina por una discriminación derivada de la discapacidad del trabajador, por lo tanto, no sería necesaria la intervención del inspector de trabajo. Aunque esto es claramente una posición más justa a la luz de las empresas, la Corte Constitucional aún no se pronuncia en esta misma línea, por lo que aún no es tan clara la aplicabilidad de esta Jurisprudencia.

Conclusiones

Entendiendo el origen y los antecedentes de la Ley de Estabilidad laboral reforzada actualmente modificada por Estabilidad ocupacional reforzada, coincidimos en que cada individuo de una sociedad debe tener derecho a un trabajo digno y a una seguridad social como lo estipula nuestra Constitución Política, así mismo consideramos que cada individuo tiene unos deberes con el empleador y con el Estado basados en un comportamiento ético, y en la medida que el Estado siga promoviendo mediante leyes, sentencias y jurisprudencias el abuso de la Ley, se seguirá afectando seriamente el sector privado y la sostenibilidad de algunas empresas. (Según datos obtenidos del informe de la ANDI)

De acuerdo al informe de la ANDI las empresas para alivianar las cargas que actualmente representan un impacto económico considerable proponen al Ministerio de Trabajo:

- Cuando se solicite una autorización para despedir con justa causa se evalúe, ésta de acuerdo con la Ley, independientemente de la enfermedad que padezca el trabajador
- Debería exigirse por intermedio de Medicina legal que se evalúen las incapacidades que amparan la ELR
- Proporcionalidad y ecuanimidad
- Como no existen contratos de trabajo eternos, en consecuencia si la persona no puede prestar ningún tipo de servicio debido a sus limitaciones, no es justo que el sector productivo asuma íntegramente esta responsabilidad

Podemos ver que sólo hasta este año con la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del 11 de Abril y el Decreto 1333, se empieza a manifestar el Estado en una dirección más balanceada entre empleador y empleado, sin embargo, como ya lo hemos mencionado en el desarrollo de trabajo no existe una alineación plena entre las posiciones de las Altas Cortes por lo tanto no se ha visto el beneficio de esta nueva jurisprudencia y decreto.

Desde nuestro punto vista consideramos que si bien en la Ley de estabilidad ocupacional reforzada, las respectivas jurisprudencias y sentencias relacionadas buscan la protección del empleado o trabajador, desde la justicia Social estamos 100% de acuerdo con lo que expone la legislación, sin embargo, elevamos la inquietud sobre cómo mejorar la aplicabilidad de la misma y no orientar la responsabilidad 100% en el sector privado con el agravante que no hay un criterio objetivo por parte de los jueces ya que no consideran de forma holística la situación planteada por el empleador-empleado, fallando siempre a favor del empleado así la decisión no sea justa. Por otro lado también consideramos si los beneficios de la Ley 361 de 1997 que en principio nace para brindar oportunidades y garantizar el empleo a trabajadores con alguna discapacidad, se han extendido también a trabajadores con alguna limitación o condición de salud que les impida realizar su trabajo de forma regular, así mismo se deberían extender los beneficios que determina esta ley para las empresas desde el punto de vista tributario, ya que el artículo 31 de la Ley 361 de 1997 señala que “los empleadores obligados a presentar declaración de impuesto de renta y que ocupen trabajadores en condición de discapacidad tienen derecho a deducir de la renta el 200% del salario y prestaciones sociales pagado durante el periodo gravable mientras la condición de discapacidad subsista. Este beneficio sólo aplica para empleados con condición de discapacidad no inferior al 25% comprobada.”

Adicionalmente, la Ley 1429 de 2010, reglamentada por el Decreto 4910 de 2011, estableció algunos beneficios tributarios para las empresas que contraten personas en condición de discapacidad, con el fin de promover la generación de nuevos empleos.

Por último, y para concluir nuestro análisis consideramos que Colombia como un Estado Social de derecho las tres ramas del poder deben alinear y legislar garantizando la estabilidad económica a través de sostenibilidad del empleo a largo plazo, no sólo protegiendo sin criterios objetivos la sostenibilidad de un empleo en particular sino siendo justos en la relación empleador-empleado exigiendo a cada parte deberes y responsabilidades enmarcados en la ética y responsabilidad social.

Bibliografía

Constitución Política de Colombia, (1991) (2da ed.). Bogotá D.C.; Colombia: Legis.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. “Colombia: el revés del contrato social de la modernidad”, en: *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo I. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. 2001. Pp 215-259

Conversatorio “Fueros laborales y abusos del derecho” Willys Towers Watson y ARL Colmena. Diciembre 4, 2018

Informe de la ANDI “Estabilidad laboral reforzada” reunión Viceministra del Trabajo. Junio 15, 2018.

Joya, J. M, (2018). Asuntos Legales “Nueva línea jurisprudencial sobre fuero de salud”. <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/juan-mauricio-joya-535561/nueva-linea-jurisprudencial-sobre-fuero-de-salud-2731658> (tomado, el 26 de Mayo de 2018)

Portafolio (2015). “Beneficios al contratar personas con discapacidad”. <https://www.portafolio.co/opinion/redaccion-portafolio/beneficios-contratar-personas-discapacidad-37338> (tomado, el 13 de Septiembre de 2015)

Torres, P., (2018). Nueva interpretación en la estabilidad laboral reforzada por salud en: <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/nueva-interpretacion-en-la-estabilidad-laboral-reforzada-por-salud-2715870> (tomado, el 19 de abril de 2018).

Sanchez, J. G., (2018) Estabilidad laboral reforzada por razones de salud, en: <http://www.sanchezgallegoabogados.com/noticias/estabilidad-laboral-reforzada-por-razones-de-salud.html>. (tomado, el 26 de mayo de 2018).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-049 de 2017.

Corte Constitucional de Colombia. Derecho a la estabilidad laboral reforzada en salud-reiteración de jurisprudencia sobre protección por vía de tutela, pues se trata de demostrar un aspecto ligado al fuero, en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-317-17.htm>

Corte Constitucional, el Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura. Pronunciamientos Jurisprudenciales relacionados con las personas con discapacidad, en:

<https://discapacidadcolombia.com/phocadownloadpap/LEGISLACION/Jurisprudencia%20Discapacidad.pdf>. (1991-2015)

Vargas, J., Estabilidad laboral reforzada, un estudio sobre línea jurisprudencial y el abuso del derecho, en:

<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2673/1/ESTABILIDAD%20LABORAL%20REFORZADA%20V.%20Aguillon.pdf>.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2011). Discapacidad y trabajo, en: <http://www.ilo.org/global/topics/skills-knowledgeand-employability/disability-and-work/lang--es/index.htm>.

Código Sustantivo De Trabajo De Colombia. (1950). Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950. Publicado en el Diario Oficial No 27.407 del 9 de septiembre de 1950, en virtud del Estado de Sitio promulgado por el Decreto Extraordinario No 3518 de 1949, en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=33104>