



Pontificia Universidad Javeriana

Facultad de Ciencias Jurídicas

Programa de Maestría en Derecho Laboral y de la Seguridad Social

Trabajo de grado

**Posturas frente a la aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 de cara a la efectividad
al despido con justa causa**

Autores:

Vivian Rocío Gutiérrez Gutiérrez

Camila Soler Sánchez

Tutor:

Mabel Rocío Hernández Díaz

Noviembre de 2022

Tabla de contenido

Introducción	4
Planteamiento del problema.....	4
Justificación	6
Objetivos	7
General:.....	7
Específicos	7
Metodología	7
Marco teórico y Estado del arte.....	8
RESULTADOS	16
Marco normativo y Jurisprudencial respecto del reconocimiento y pago de las incapacidades de origen común	18
Análisis de la literalidad del artículo 26 de la Ley 361 de 1997	19
Experiencias internacionales de protección a las personas en situación de discapacidad. 20	20
Situación en Colombia y postura de las Altas cortes	22
Propuestas para la efectividad del fuero de estabilidad laboral reforzada	26
Conclusiones y Recomendaciones.....	29
Bibliografía	32

Resumen

Colombia en armonía con las pautas internacionales en materia de protección a las personas en estado de discapacidad e incapacidad, promulgó la Ley 361 de 1997 que en su artículo 26, crea una estabilidad laboral reforzada o fuero de salud, en aras de restringir la posibilidad de despido injustificado; disposición normativa que ha generado interpretaciones encontradas por parte de la Corte suprema de justicia y de la Corte constitucional. En atención a lo anterior, el presente trabajo, previa revisión de la literatura disponible en el ámbito nacional e internacional, describe y analiza las posturas asumidas por las Altas cortes, para entrar a establecer su incidencia, de cara a la procedencia del despido con justa causa. Así pues, encontramos que la postura asumida por la Corte constitucional constituye un avance en términos de protección de los derechos de los trabajadores en esta situación, pero su falta de limitación ha generado un abuso del derecho y una restricción a los empleadores frente a las facultades de terminación del vínculo laboral que la Ley les atribuye, por lo que, desde nuestro punto de vista, la interpretación actual de la Corte suprema de justicia es más acertada. En consecuencia, se proponen soluciones en pro de mantener la protección que se ha desarrollado a favor de este grupo poblacional.

Palabras claves

Protección social, estabilidad laboral reforzada, fuero de salud, discapacidad, incapacidad, mínimo vital, reintegro laboral y despido.

Abstract

Colombia, in harmony with the international guidelines about the protection of persons in a state of disability and incapacity, enacted the Law 361 of 1997, which in its article 26, creates reinforced labor stability or health protection, in the interest of restricting the unjustified dismissal possibility; this provision has generated conflicting interpretations by the Supreme Court of Justice and the Constitutional Court. With regards to the previously mentioned, the present monograph, afterward reviewing the national and international literature available, describes and analyses the High Courts stances, to lay down their incidents, as concern the validity of dismissal with just cause. Therefore, we identify the posture assumed by the Constitutional Court constitutes an advance in terms of protection of the workers rights in this situation, although its limitations scarcity has generated a law outrage and a restriction to the employers about the faculties of labor entail termination that the normative attributes to them, by the reason, we firmly convinced, that the current Supreme of Justice Court interpretation is the most accurate. As a consequence, solutions are proposed searching maintain the protection, which has been developed in favor of this population group.

Key Words

Social protection, reinforced labor stability, health jurisdiction, disability, minimum vital, labor reinstatement and dismissal.

Introducción

La Constitución política de Colombia en su artículo 2° establece como fin esencial del Estado social de derecho, el garantizar la efectividad de los derechos de las personas residentes en el territorio colombiano; de dicho precepto constitucional, se desprende la protección especial que requieren determinados grupos poblacionales, como es el caso de las personas en situación de debilidad manifiesta, de tal manera que, el Estado en su posición de garante, debe asegurar el ejercicio de sus derechos y su plena participación en la sociedad en igualdad de condiciones frente a los demás.

Sumado a ello, y a partir de los múltiples instrumentos internacionales relacionados con la adopción de políticas públicas, encaminadas al aseguramiento de los derechos de las personas en situación de discapacidad, tales como la Declaración universal de los derechos humanos¹, la Declaración de los derechos de los impedidos², el Convenio 159 de la Organización internacional del trabajo (OIT)³ y la Recomendación 168 de 1983 sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), el Gobierno nacional cuenta con el deber de adelantar y ejecutar políticas públicas para la previsión, rehabilitación e inclusión social de las personas en situación de discapacidad a fin de que sean productivas para la sociedad.

Por lo anterior, y de acuerdo con los parámetros internacionales, el Legislador expidió la Ley 361 de 1997, a fin de establecer mecanismos de inclusión social de las personas que se encuentren en situación de discapacidad, no obstante, en la actualidad, la Corte constitucional y la Corte suprema de justicia cuentan con posturas disímiles frente a la aplicación del fuero de salud derivado del artículo 26 de la misma norma, el cual pretende brindar protección especial a aquellas personas que hacen parte de ese grupo poblacional, en aras de evitar cualquier tipo de discriminación laboral en razón a sus condiciones de salud.

Por ello, con el presente trabajo, se pretende establecer la incidencia de las posiciones de las Altas cortes de cara a la procedencia del despido con justa causa imputable al trabajador, previa descripción de dichas posturas y revisión de literatura respecto de las regulaciones de otros países frente al fuero de salud, con la finalidad de aportar diversas alternativas de solución que permita a los empleadores finiquitar la relación laboral, sin que ello implique una vulneración a los derechos de los trabajadores que se encuentren en situación de debilidad manifiesta.

Planteamiento del problema

La protección a las personas en estado de discapacidad se ha desarrollado no solo por las Organizaciones e instrumentos internacionales, sino también, por los diferentes Estados a través de disposiciones normativas internas. En Colombia, se expidió la Ley 361 de 1997 con la finalidad de crear mecanismos para la incorporación social en el marco de trabajo de las personas con

¹ Proclamada y aprobada por la Asamblea general de las naciones unidas en 1948.

² Proclamada y aprobada por la Asamblea general de las naciones unidas en 1975.

³ Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas invalidas) de 1983.

limitación⁴ en armonía con los artículos 13, 47 y 54 de la Constitución política de Colombia, por ello, en su artículo 26, establece la prohibición de terminar el vínculo laboral por parte del empleador en razón a la discapacidad que padezca el trabajador, de tal manera que, esta norma, garantiza la protección de las personas que se encuentran en debilidad manifiesta, con el fin de evitar actos discriminatorios, desde el ámbito de las relaciones laborales. Para que se materialice la protección especial en razón a la debilidad manifiesta y de las personas en situación de discapacidad, se debe dejar en claro, quiénes hacen parte de este grupo poblacional, de modo que, serán aquellas personas que tengan una limitación o deficiencia física, mental, intelectual o sensorial debidamente comprobada que impida su interacción plena y efectiva en la sociedad.

De la mano con lo expuesto, es necesario memorar que las disminuciones del estado de salud de los trabajadores, han sido un aspecto de gran relevancia en materia laboral, dado que se parte del concepto que las mismas derivaban de las condiciones de trabajo, en virtud de lo cual, y en desarrollo de las disposiciones normativas, en Colombia, se crearon cubrimientos asistenciales y económicos, donde el Legislador trasladó el pago de las incapacidades laborales que se encontraban a cargo del empleador, a las diferentes entidades que conforman el sistema general de la seguridad social, bajo la subrogación del riesgo, dependiendo de los días que se prolongue la afectación de salud del trabajador; razón por la cual, si dicha incapacidad se posterga por más de 180 días, se deberá remitir al trabajador para que sea evaluado de manera integral a fin de verificar su disminución laboral, es decir, que en principio se podría pensar que el sistema cubre todas las contingencias del trabajador, quedando a cargo del empleador, únicamente el pago de la cotización al sistema de seguridad social integral.

Sin embargo, se presentan casos en los cuales el trabajador que como resultado de la calificación integral se le haya determinado un porcentaje de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, situación que deviene en un panorama incierto para el empleador, en los términos de la interpretación expuesta por la Corte constitucional (CC) frente a la aplicación de la Ley 361 de 1997, pues si bien, el sistema de seguridad social integral cubre la contingencia de invalidez a través del reconocimiento y pago de la indemnización por incapacidad permanente parcial, lo cierto es que, por dicho padecimiento de salud, se activa la protección del artículo 26 de la mencionada Ley, lo que en principio resulta idóneo, no obstante, la imposibilidad de terminación del contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador, deviene en una estabilidad laboral perpetua, lo que no se limita a las personas que han sido objeto de calificación, sino que, incluso abarca situaciones de afectación mínima de salud, que en algunos casos, nada se relaciona con la prestación del servicio que da origen al vínculo laboral.

Es así como, la problemática generada por la ausencia de claridad frente a los límites de la interpretación de la norma en mención, ha configurado no solo un abuso del derecho en cuanto a la estabilidad en el empleo, sino a su vez, ha limitado las facultades legales de los empleadores, en específico, la terminación de un contrato de trabajo por justa causa atribuible a un trabajador; lo que de contera, desdibuja la protección contra la discriminación por salud y contrario, se podría incluso evidenciar una discriminación en contra de quienes gozan de buena salud, dado que a estos si les resulta aplicable las normas fijadas por la relación laboral y de infringirlas, pueden ser objeto

⁴ A partir de la Sentencia C-458 de 2015, se modificó el vocablo por *personas en situación de discapacidad* debido a que podría ser entendido como una expresión discriminatoria y en razón a la evolución del concepto mismo a lo largo del tiempo.

de despido justificado. Aunado a ello, resaltamos la inseguridad jurídica que se ha generado, pues pese a que las controversias frente a esta temática se han resuelto por el Juez natural⁵, el empleador estará expuesto a que se ordene un reintegro por vía de acción de Tutela, con toda la carga económica que ello conlleva.

Justificación

La necesidad de investigar el presente tema surge a partir de las implicaciones legales y económicas que ha conllevado el criterio de la Corte constitucional frente a la aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, respecto de los empleadores en virtud de los múltiples reintegros que se han ordenado por acción de Tutela, en casos donde no era aplicable la estabilidad laboral reforzada, ya sea porque no existía una verdadera limitación o afectación de la salud o porque existiendo una justa causa atribuible al trabajador para dar por terminada la relación laboral, no se aplica bajo la figura denominada “Fuero de salud”.

Es menester indicar que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, consagra como medio de protección contra la discriminación que pudiese surgir por padecimientos de salud de un trabajador, la presunción del que el despido injustificado de un trabajador que se encuentra en situación de debilidad manifiesta, deviene de su disminución en la salud, y siendo una presunción, admite prueba en contrario, es decir, el empleador puede desvirtuar que dicho despido se materializó como un acto discriminatorio, de modo que, la intención del legislador con la expedición de dicha Ley, fue evitar actos de discriminación contra los trabajadores que por razones de salud se pudiese presentar en el escenario laboral, creando una estabilidad relativa mas no absoluta como lo ha entendido la CC.

En materia laboral, si bien, se parte del hecho que el trabajador es la parte débil del vínculo laboral existiendo un desequilibrio en dicha relación contractual, lo cierto es que tal desequilibrio se ha venido supliendo no solo con el desarrollo de los principios de rango constitucional que rigen la materia, si no que adicional a ello, se evidencia la creación de normas que tratan de equiparar a las partes; no obstante, bajo tal entendimiento, no es acertado desconocer los derechos legales que tiene los empleadores, verbi y gracia, la facultad de terminación de la relación laboral por la comisión de una justa causa por parte de un trabajador, que por demás, es prevista por el mismo legislador, y en esa dirección, se puede colegir que a partir del criterio de la CC, se ha generado un desconocimiento de los derechos de los empleadores con la imposición de cargas superiores, tales como el deber de reubicar a sus trabajadores en atención a su disminución de la capacidad física de trabajo, sin consideración a eventos donde tal reubicación no es viable por razones completamente ajenas al empleador, precisando frente a este punto, que la carga superior que referimos, es en virtud de que las autorizaciones emitidas por el Ministerio de trabajo, al igual que las decisiones de la Jurisdicción ordinaria laboral, son revocadas y desconocidas por vía de Tutela.

En el marco del panorama expuesto, el problema, a nuestro juicio, surge de la interpretación que le ha dado la CC al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues aplica la garantía de la estabilidad laboral reforzada frente a todas las afectaciones de la salud (incluso afectaciones mínimas que no impiden la realización del trabajo), sin que sea necesario establecer un porcentaje de pérdida de

⁵ Jurisdicción ordinaria laboral

capacidad laboral o, un criterio razonable en términos de incapacidad o padecimientos de salud conocidos por el empleador, incluso, desconociendo el cubrimiento que frente a casos donde existe calificación de pérdida de capacidad laboral, como lo ha establecido la Corte suprema de justicia (CSJ).

Objetivos

General:

- Analizar el contenido y alcance del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 partiendo de los diferentes criterios jurídicos referentes a la estabilidad laboral reforzada por vía de fuero de salud.

Específicos:

- Realizar una revisión de la literatura científica disponible que se ha surtido frente a la estabilidad laboral reforzada derivada del fuero de salud.
- Distinguir los criterios jurídicos acerca de la estabilidad laboral reforzada por vía de fuero de salud desde el punto de vista de la Corte constitucional y la Corte suprema de justicia.
- Establecer las implicaciones de la interpretación de la Corte constitucional frente a la estabilidad laboral reforzada por vía de fuero de salud emanada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.
- Identificar la efectividad de la terminación los contratos de trabajo con justa causa a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.
- Reconocer los vacíos normativos que se han generado en el mundo laboral y de la seguridad social frente a la estabilidad en el empleo respecto de personas con fuero salud.
- Sugerir alternativas de solución dirigidas al manejo de la terminación del contrato laboral para trabajadores con fuero de salud.

Metodología

La metodología desarrollada en el presente trabajo requirió reconocer que el problema jurídico abarcado nos obligaba a revisar los parámetros nacionales que a la fecha cuenta el ordenamiento jurídico en materia de protección a la estabilidad laboral reforzada, es decir, se analizó en primera medida, el espíritu del legislador al momento de la expedición de la Ley 361 de 1997, pues, este es nuestro punto de partida para abordar el presente estudio.

Al tratarse de un método de investigación documental, el cual sentaría una base sobre la cual se desarrollaría el tema, se analizaron diversos textos que dieron cuenta de las posturas frente al tema, tanto en el ámbito nacional como internacional. Lo anterior, con ayuda de la fórmula de búsqueda “(Despido OR Reintegro) AND (“Fuero de Salud” OR Discapacidad OR Incapacidad OR

“Pérdida de Capacidad”) AND (“Mínimo vital” OR “Protección Social”)), que permitió y contribuyó a la consecución de publicaciones y artículos científicos de libre acceso disponibles en las bases de datos de la biblioteca de la Pontificia Universidad Javeriana relacionados con el tema del presente trabajo.

Así mismo, se hizo necesario, realizar un recuento normativo y jurisprudencial acerca del reconocimiento y pago de las incapacidades de origen común, para poder determinar el vacío normativo el cual es punto del problema jurídico planteado.

Posteriormente, se realizó un análisis y parangón de las interpretaciones existentes por parte de las altas cortes colombianas referentes a la estabilidad laboral reforzada, confrontando diferentes providencias judiciales que nos permitió inferir las diferentes interpretaciones que se han desprendido del artículo 26 de la Ley en mención.

Por lo anterior, se consideró que nuestro trabajo debía abordarse desde un nivel exploratorio referente a búsqueda de posibles soluciones al problema jurídico, por ello, la investigación recogió información de libros, jurisprudencia, artículos nacionales e internacionales, entre otros; es decir, que al tratarse de un trabajo de recopilación de datos de carácter cualitativo, se procedió con resumir información sobre el problema jurídico, se identificaron las aproximaciones normativas, jurisprudenciales y teóricas acerca del tema, lo que permitió, efectuar una redacción de análisis crítico y constructivo a partir de publicaciones previas, y con ello, no solo mostrar la evidencia disponible sino también, proponer alternativas de solución y generar conclusiones de nuestra autoría.

Marco teórico y Estado del arte

Para tener más claridad acerca del problema jurídico planteado, se hace necesario, traer a colación un análisis de las normas que han repercutido en el ordenamiento jurídico colombiano.

En el contexto internacional, encontramos la Declaración universal de derechos humanos, proclamada por las Naciones unidas (1948), establece en su artículo 1° “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”; a su vez, el numeral 1° del artículo 23 de la misma norma, consagra “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”.

Como se puede observar, si bien, el texto no hace referencia de manera expresa a personas en situación de discapacidad, el que indique *Todos los seres humanos* o *Toda persona*, integra per se a este tipo de población, por ello, consideramos que, las normas internas deben expedirse dentro del marco de justicia, equidad y dignidad humana, en el cual, incluye incorporar en ámbito social y laboral a las personas en situación de discapacidad.

La Declaración de los derechos de los impedidos (1975), define *impedido* en su artículo 1° como “toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales”; con el presente instrumento, podemos dar cuenta que desde 1975 se habla impedido como sinónimo de discapacidad, el cual hace referencia a todo tipo de discapacidad física y/o mental.

Con el programa de Acción mundial para los impedidos⁶ (1982), define los conceptos relativos a la discapacidad con base en lo señalado en oportunidades anteriores, por la Organización mundial de la salud en esta materia, de la siguiente manera:

Deficiencia: Toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica. Discapacidad: Toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano. Minusvalía: Una situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol que es normal en su caso (en función de la edad, sexo y factores sociales y culturales).

Ahora bien, en el contexto nacional, la Constitución política de Colombia (1991) en su artículo 13 consagra que

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Por otra parte, el artículo 54 *ibidem*, señala:

Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

De la anterior norma podemos destacar que, el Constituyente previó que a todas las personas se les debe brindar un igual tratamiento, y que será el propio Estado quien proteja a las personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, garantizándoles su derecho constitucional al trabajo.

La Ley 361 de 1997 en su artículo 1° indica:

Los principios que inspiran la presente Ley, se fundamentan en los artículos 13, 47, 54 y 68 que la Constitución Nacional reconocen en consideración a la dignidad que le es propia a las personas en situación de discapacidad en sus derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales para su completa realización personal y

⁶ Hoy en día también denominado Programa de acción mundial para las personas con discapacidad.

su total integración social y a las personas en situación de discapacidad severas y profundas, la asistencia y protección necesarias.

A su vez, el artículo 26 ibidem expresa:

Artículo 26. No discriminación a persona en situación de discapacidad. En ningún caso la discapacidad de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta 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

La Ley 1618 de 2013 (Ley estatutaria de discapacidad) se “establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad” en su numeral 1° del artículo 2° define:

Personas con y/o en situación de discapacidad: Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Por su parte, el artículo 7° del Decreto 2463 de 2001 establece los grados de severidad de la limitación a la cual hace referencia el artículo 5° de la Ley 361 de 1997, en los siguientes términos:

Las entidades promotoras de salud y administradoras del régimen subsidiado, deberán clasificar el grado de severidad de la limitación, así: Limitación moderada, aquella en la cual la persona tenga entre el 15% y el 25% de pérdida de la capacidad laboral; limitación severa aquella que sea mayor al 25% pero inferior al 50% de pérdida de la capacidad laboral y limitación profunda, cuando la pérdida de la capacidad laboral sea igual o mayor al 50%

El Manual único de calificación de invalidez adoptado mediante el Decreto 1507 de 2014, en su artículo 3 define entre otras:

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

Discapacidad: Término genérico que incluye limitaciones en la realización de una actividad, esta se valorará en el Título Segundo “Valoración del Rol Laboral, Rol Ocupacional y otras áreas Ocupacionales”.

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

Las definiciones citadas y las demás contenidas en el manual, establecen los aspectos a valorar en las personas al momento de ser calificadas su estado de salud, y en esa medida, consideramos que tales cambios evolutivos, hoy en día, se enmarcan en términos de ampliación y dinamismo del estado de salud, respecto a las definiciones que de manera más restringida se tenía; tan es así que, se ha tenido gran incidencia en la aplicabilidad del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en virtud de que en su literalidad, emana su protección a las personas en estado de discapacidad, restringiendo su alcance claramente a las personas que tiene una limitación en el ejercicio de una labor, la cual evidentemente por el transcurso del tiempo, el dinamismo derivado de las mismas situaciones fácticas que ocuparon la atención de los Jueces laborales y constitucionales al dar alcance a la norma y por las interpretaciones de la Corte constitucional, expandió su aplicación a situaciones que se encontrarían más en el marco de la minusvalía como concepto que abarca la limitación por discapacidad o deficiencia, lo que a todas luces, en nuestro criterio, se acompasa más con el fin buscado por la norma.

Es importante resaltar que si bien existe multiplicidad⁷ de normas nacionales con mirar de favorecer a la inclusión de las personas en situación de discapacidad, debemos destacar que a nuestro juicio, la Ley 361 de 1997, es el punto de partida, ya que, a partir de la expedición de dicha norma, se integra a las personas en situación de discapacidad tanto en el ámbito social como laboral en Colombia con base en las disposiciones internacionales sobre la materia, sumado a que, de allí nace el conflicto de criterios que actualmente tiene la CC y la CSJ referentes a la estabilidad laboral reforzada.

Aunado lo anterior, vamos a presentar las normas, Jurisprudencia y artículos científicos que se usaron como referentes para desarrollar el presente estudio, que resultaron de la revisión de literatura realizada a través de la búsqueda de información en las bases de datos de la biblioteca de la Pontificia Universidad Javeriana. Se encontraron 26 documentos de los cuales seleccionamos 09 e indicamos los más relevantes en la tabla 1, teniendo en consideración los siguientes criterios de inclusión: Año de publicación entre 1997 hasta 2022 y temática desarrollada relacionada con la discapacidad, incapacidad y despido.

Es menester señalar que, se integraron documentos que no se encuentran dentro del rango de año de publicación anteriormente mencionado, como es el caso del Código sustantivo del trabajo, la Constitución política de Colombia y la Ley 100 de 1993, sin embargo, debido a su relevancia jurídica, se hace necesaria su integración debido a que consagran los derechos mínimos de los

⁷ Por ejemplo, Ley Estatutaria 1618 de 2013

trabajadores, preceptos constitucionales orientados a la protección e inclusión de las personas en situación de discapacidad y principios orientados a la protección social.

Tabla 1.

Principales referentes nacionales e internacionales derivados de la revisión de la literatura

TITULO	AUTOR	AÑO	DESCRIPCIÓN
Código sustantivo del trabajo		1950	El artículo 62 numeral 15 de Código sustantivo del trabajo que consagra una justa causa para la finalización del vínculo laboral cuando un trabajador ha estado incapacitado por más de 180 días.
Constitución política de Colombia	Asamblea nacional constituyente	1991	La Constitución política de Colombia es un acuerdo político que se creó con la finalidad de que las personas que se encuentran en territorio colombiano convivan dentro de un marco de derechos sustanciales, los cuales pueden ser ejercidos de manera plena como lo son el derecho al trabajo (art. 25), la estabilidad en el empleo (art. 53), igualdad (art. 13), no discriminación (art. 47) entre otros, sin que sea permitido que alguna autoridad pública o privada atente contra los mismos.
Ley 100 de 1993	Congreso de la república	1993	Es una norma jurídica que contiene principios encaminados a la protección social del trabajador, de modo, que nos permite establecer los alcances y límites de aquellos derechos considerados como irrenunciables por parte de los trabajadores.
Ley 361 de 1997	Congreso de la república	1997	El artículo 26 de la Ley 361 de 1997 establece la prohibición de terminar de manera unilateral por parte del empleador la relación laboral cuando se trate por motivos de la situación de discapacidad en la que se encuentre el trabajador. Razón por la cual, la Ley actúa como mecanismo de protección frente actos discriminatorios frente a personas que se encuentren en debilidad manifiesta, mas no, como una limitación legal para poder efectuar un despido con justa causa de acuerdo con los parámetros establecidos en el Código sustantivo del trabajo.

TÍTULO	AUTOR	AÑO	DESCRIPCIÓN
Sentencia C-531 del año 2000	Corte constitucional Magistrado ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis	2000	La Corte constitucional señala que a partir del artículo 53 de la Constitución política, se crean unos principios mínimos que rigen una relación de trabajo, en especial cuando la misma está conformada por una persona en situación de discapacidad, pues, trae a colación que en virtud del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, establece que la integración laboral de este tipo de personas prevalece el derecho a la estabilidad en el empleo siempre y cuando no exista una causal justificada para la terminación de la vinculación laboral.
Sentencia T- 401 de 2017	Corte constitucional Magistrada ponente Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado	2017	La presente sentencia señala que el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 (Plan nacional de desarrollo 2014-2018) señalaba que, le correspondía a las EPS, reconocer y pagar las incapacidades superiores a 540 días cuando las personas no se hayan podido reintegrar laboralmente y cuando no hayan sido calificados de pérdida de capacidad laboral. Sin embargo, y en atención a que dicha norma fue derogada por la Ley 1955 de 2018, dejó un vacío normativo respecto al punto en cuestión, lo que se puede traducir en una posible responsabilidad solidaria por parte del empleador frente al pago de incapacidades.
Estudio en materia de seguro previsional, incapacidad e invalidez	María Angelica Arbeláez – Fedesarrollo	2018	El presente texto señala el impacto económico que ha implicado el reciente activismo judicial en cuanto a las modificaciones que se han morigerado frente a la estabilidad laboral reforzada generando un desbalance de ingresos y egresos afectando la productividad empresarial.
Análisis de la aplicación del principio de estabilidad laboral en personas en Guayaquil a partir de la expedición del Reglamento a la	Tatiana Edith Aguilar Rivera & Priscila Estefanía Villamar Pérez	2020	Este artículo de análisis sobre el artículo 51 de la Ley orgánica de discapacidades, debido a que aquella norma faculta al empleador previo reconocimiento y pago de la indemnización finalizar la relación contractual.

TÍTULO	AUTOR	AÑO	DESCRIPCIÓN
Ley orgánica de discapacidades			
Complementariedad entre la Ley de riesgos del trabajo y el art. 212 de la Ley de Contrato de trabajo	Nicolas Francisco Niewolski Cesca	2020	El autor hace un análisis referente al artículo 212 de la Ley 20744 de 1974, en atención a que la misma, contempla indemnizaciones acompañadas de procedimientos previos para finiquitar el vínculo laboral una vez finalizada la incapacidad laboral temporaria.
Estabilidad laboral y discapacidad: acerca de la regulación de la situación en el empleo de la persona con discapacidad	Michael Vidal Salazar	2021	El presente artículo hace mención a la Ley No. 29973, haciendo precisión que, la finalización de la relación laboral se debe sujetar a medidas razonables por parte del empleador, en aras de garantizar la estabilidad en el empleo.
Sentencia SL 5700 de 2021	Sala de casación laboral – Corte suprema de justicia Magistrado ponente Dr. Fernando Castillo	2021	La sentencia señala que, si bien las personas pueden presentar condiciones de salud, per se no implica que el trabajador se encuentre en situación de discapacidad, sino solo aquellas relevantes. Es decir, quienes cuenten con una pérdida de capacidad laboral superior al 15%. Igualmente, hace especial énfasis en la diferenciación entre discapacidad e incapacidad como factores para determinar la protección foral de la estabilidad laboral reforzada.
Sentencia STL-1410 de 2022	Sala de casación laboral – Corte suprema de justicia Magistrado ponente Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez	2022	La sentencia indica que existe un vacío normativo frente al pago de las incapacidades generadas después del día 540, sin embargo, señala que, vía jurisprudencial se ha establecido que las AFP deben cancelar las incapacidades cuando no se haya proferido concepto favorable de rehabilitación y cuando el trabajador presente una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, quedando claro que a la fecha, no se ha reglamentado respecto a quien debe asumir las incapacidades

TÍTULO	AUTOR	AÑO	DESCRIPCIÓN
			en caso de establecerse un porcentaje inferior al 50% de PCL.
Sentencia SL 670 de 2022	Sala de casación laboral – Corte suprema de justicia Magistrada ponente Dra. Ana María Muñoz Segura	2022	<p>La presente sentencia hace un recuento jurisprudencial acerca de la procedencia acerca de la protección establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por ello, destaca que para que todo trabajador sea beneficiario de dicha garantía deberá acreditar que ostente una limitación física, psíquica o sensorial con un porcentaje superior al 15% de PCL, que el empleador tenga conocimiento de tal situación y que exista un nexo entre la finalización de la realización laboral con la discapacidad.</p> <p>Así mismo, realiza un análisis acerca de la aplicabilidad del numeral 15 del artículo 62 del CST frente a la terminación del contrato con justa causa cuando el trabajador ha estado incapacitado por más de 180 días.</p>

Nota: Elaboración propia

RESULTADOS

En Colombia, la materialización de los derechos fundamentales y protección de las personas en estado de discapacidad, ha sido una permanente necesidad que de manera progresiva, ha generado el establecimiento de diversas medidas, incluyendo la promulgación de normas en aras de proteger a la población que padece dichas disminuciones desde las diferentes aristas de la vida, es decir, que su cobertura no se ha limitado al campo de la salud sino que cubre aspectos referentes al desarrollo integral de las personas, incluyendo la educación y la protección e integración laboral, manifiestos entre otros, en el Decreto 2358 de 1981 mediante el cual se establece el Sistema nacional de rehabilitación, la Ley 82 de 1988 con el que se aprueba el Convenio 159, Ley 119 de 1994, referente a la capacitación en el empleo, la Ley 909 de 2004, la Ley 361 de 1997, en la que se fijan los mecanismos de integración social y, la Ley 762 de 2002 con la que se ratifica la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación (Congreso de la República de Colombia, 2005).

Bajo ese contexto tal y como señalamos en precedencia, dentro de las diversas medidas adoptadas por el Estado para el cumplimiento de sus fines frente a la población en estado de discapacidad o limitación, se promulga la Ley 361 de 1997, fundada en los artículos 13, 47, 54 y 68 de la Constitución política, que surge como mecanismo para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales y la integración de las personas en estado de discapacidad o limitación, tal y como lo señala en la misma disposición normativa, en especial, en sus artículos 1º y 3º y de la cual destacamos el texto original del artículo 26 de la ley 361 de 1997 que reza:

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.

Como hemos venido señalando, la Corte constitucional se pronunció al respecto, mediante Sentencia C 531 de 2000, en la que en virtud de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 2º y 13 de la Carta política, estableció la ineficacia de los despidos cuando los mismos sean hayan producido en razón de la limitación del trabajador sin la previa autorización de la oficina de trabajo en la que se constate la configuración de una justa causa para el fincamiento del vínculo laboral.

Posteriormente, la norma se modificó por el artículo 137 del Decreto Ley 19 de 2012, quedando en los siguientes términos:

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.

Al tenor de la norma en cita, resulta evidente que la modificación iba dirigida a establecer la posibilidad del despido de un trabajador en estado de discapacidad o en limitación, cuando la razón de ello, es la configuración de una justa causa, y siempre y cuando, se haya respetado el debido proceso, precisando que, en tal evento no se requiere autorización del Ministerio de Trabajo.

Sobre esta modificación, se pronunció la Corte constitucional en Sentencia C 744 de 2012, señalando que, el ejecutivo desbordó los límites de las facultades extraordinarias al reformar dicho precepto, pues, el suprimir la exigencia de la autorización de despido ante el Ministerio del Trabajo respecto de las personas que se encuentran en estado de discapacidad cuando se está frente a una justa causa, es una potestad que recae únicamente en cabeza del Congreso de la república, ya que, el artículo 75 de la Ley 1474 de 2011 establece que el Presidente de la república solo podrá expedir “normas con fuerza de ley para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública,” considerando la alta corporación que ello implica un desconociendo, frente a que el principio de la estabilidad laboral reforzada es un derecho constitucional el cual debe ser protegido mas no restringido por el Estado, decidiendo declarar la inexecutable del artículo 137 de Decreto 019 de 2012, manteniéndose así la vigencia de la norma original.

En este punto cabe señalar, que posteriormente el texto original de la norma se modificó parcialmente, únicamente eliminando del mismo la expresión “limitación” para en su lugar hacer referencia a personas en estado de discapacidad, conforme lo determino la Corte Constitucional en la sentencia C-458 de 2015.

Así las cosas, nuestro análisis se centra en la aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en su texto original y la interpretación que a partir del pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia C 531 de 2000 respecto de la ineficacia del despido, ya que la modificación de dicho artículo, en nuestro sentir, aclaraba la posibilidad de la procedencia del despido fundado en una justa causa, dejando sin soporte el pronunciamiento de la C.C. en la Sentencia en mención, dado que la limitación se dirigía en síntesis, a los despidos injustificados; sin embargo, ante la declaración de inexecutable, el desarrollo de la protección se ha producido vía acción de tutela bajo el amparo del pronunciamiento de la referida sentencia, en tanto, entre otros aspectos, se establece como requisito la autorización del Ministerio de trabajo, sin valoraciones de la causa del despido, esto al señalarse que no tiene eficacia el despido que se realice sin dicha autorización.

Marco normativo y Jurisprudencial respecto del reconocimiento y pago de las incapacidades de origen común

Como primera medida, encontramos que cuando se expide un certificado de incapacidad temporal, de acuerdo con la normatividad vigente, el empleador cancelará los 2 primeros días de incapacidad y a partir del día 3 hasta el día 180, estarán a cargo de la Entidad Prestadora de Salud (EPS) donde se encuentre afiliado el trabajador.

En el eventual caso de que el médico tratante continúe emitiendo incapacidades a favor del trabajador, se debe tener claro que a partir del día 181 hasta el día 540 de incapacidad, el pago de estas, estarán cargo del Fondo de Pensiones (AFP), siempre y cuando la EPS haya expedido y remitido dentro del día 120 al 150 concepto favorable⁸ o desfavorable⁹ de rehabilitación, de lo contrario, será la EPS quien siga cancelando el auxilio económico hasta que emita el concepto respectivo.

Es importante resaltar que, en caso de que la EPS emita concepto favorable, es decir, que aún falten tratamientos médicos que pueden contribuir con la salud del trabajador, la AFP podrá postergar el trámite de calificación de invalidez hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días, pues lo que se busca, es que el trabajador pueda recuperar su estado de salud; si por el contrario, emite concepto desfavorable de rehabilitación, en otras palabras, que existe una baja probabilidad de recuperación del estado de salud del trabajador, la EPS debe iniciar con los trámites correspondientes para que sea valorado a fin de determinar su porcentaje de pérdida de capacidad laboral¹⁰.

Finalmente, el reconocimiento y pago de las incapacidades superiores a 540 días están a cargo de la EPS, siempre y cuando¹¹: i) Exista concepto favorable de rehabilitación; ii) Cuando el paciente no se ha recuperado de la enfermedad o accidente; iii) Cuando se hayan presentado circunstancias que prolonguen el tiempo de recuperación.

Ahora bien, día a día observamos casos en que al trabajador le es emitido por parte de la EPS: i) concepto desfavorable de rehabilitación, de modo que, al ser calificado, cuenta con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral inferior al 50% siendo acreedor de la incapacidad permanente parcial otorgada por la AFP, pero que, a pesar de ello, no ha recuperado su capacidad normal de trabajo por lo que el médico tratante continúa emitiendo incapacidades y, ii) concepto favorable de rehabilitación, pero, no ha tenido recuperación de su estado de salud y pese a ello, no ha sido calificado por la entidad correspondiente una vez vencidos los 540 días calendario y continúa incapacitado o laborando.

De igual forma, debemos memorar que, la incapacidad del trabajador que supere 180 días, se consagra como una justa causa para la terminación del vínculo conforme al numeral 15 del artículo

⁸ Artículo 41 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 142 del Decreto 019 de 2012.

⁹ Sentencia T-401 de 2017, si bien la norma solo hacía referencia a que la AFP cancelaba las incapacidades cuando la EPS haya remitido concepto favorable, la Corte constitucional hizo énfasis a que debido al grado de vulnerabilidad en que el que se encuentra el trabajador le correspondía a la AFP asumir la carga cuando también exista un concepto desfavorable de rehabilitación, lo anterior en términos de igualdad con relación a los afectados por enfermedades de origen laboral.

¹⁰ Artículo 2.2.3.3.2. del Decreto 1338 de 2018.

¹¹ Artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1338 de 2018.

62 del Código sustantivo del trabajo (CST)., la cual ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la CC¹² y la CSJ, en el sentido de precisar que tal disposición normativa no pugna con la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues debe darse aplicación de manera armónica a las dos regulaciones, en razón a que para la terminación del vínculo de la persona en estado de discapacidad, se requiere la autorización previa del Ministerio de trabajo, cuya procedencia depende de la acreditación por parte del empleador del agotamiento de todas las posibilidades para lograr la reincorporación del trabajador, so pena de entender la decisión de finiquitar el vínculo laboral, como un acto de discriminación contra el trabajador, precisando que ello conllevaría a concluir que “se hizo un uso inadecuado e irrazonado de la justa causa prevista en el numeral 15 del literal a) del artículo 62 del CST por parte de la entidad empleadora” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL-4397/20, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, 16 de septiembre de 2020). Así lo expuso la Alta Corporación entre otras, en la Sentencia SL 670 del 28 de febrero de 2022 donde se reiteran múltiples pronunciamientos de la misma Corte frente al tema, citando entre otras la sentencia SL3772 de 2018 y SL 12998 de 2017.

Frente a la autorización por parte del Ministerio de trabajo, exigida para la procedencia de la causal de terminación del vínculo, debemos señalar que también ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Ministerio de protección social, quien fijó los criterios o exigencias para el otorgamiento de la autorización en comento, mediante Concepto 363455 del 3 de diciembre de 2010, señalando que el empleador debe: i) Realizar un estudio de puesto de trabajo, en aras de establecer si existe o no cargos que puedan ser ocupados por el trabajador en estado de discapacidad, ii) Allegar un listado discriminado de los cargos existentes en la empresa, iii) Aportar listado por cargo de las competencias y funciones en comparación con las aptitudes y perfil buscado para el desempeño de cada cargo y, iv) Cualquier otro documento que acredite que el empleador agotó todas las opciones de reubicación del trabajador o que de certeza la inexistencia de un cargo compatible con las condiciones de salud del trabajador.

De lo visto, consideramos que el vacío normativo se encuentra en la ausencia de regulación normativa expresa frente al procedimiento previo a la terminación de un contrato de trabajo de una persona en estado de discapacidad o incapacidad, en aras de obtener la autorización del Ministerio de trabajo, pues si bien es cierto, se encuentra el procedimiento al que hemos hecho referencia, el mismo no es parte de ninguna norma que derive en la obligatoriedad de cumplimiento, aspecto relevante, en tanto su exigibilidad además de consistir una garantía en la protección de estabilidad laboral para esta población, también es el parámetro en que permite dar viabilidad a la terminación de la relación laboral por imposibilidad del cumplimiento del objeto del contrato.

Análisis de la literalidad del artículo 26 de la Ley 361 de 1997

Como hemos venido señalando, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, tiene por objeto eliminar los tratos discriminatorios en el ámbito laboral, otorgando una protección especial a las personas que por su estado de salud presentan una minusvalía en el rol laboral, protección materializada, en el contexto de no discriminación, en la prohibición de que un despido de un trabajador sea originado por su condición de salud o en estado de discapacidad, entendimiento que más allá de constituirse en una garantía laboral, extiende su alcance a la incorporación, integración y materialización de la

¹² Ejemplo de ello, la Sentencia C-200 de 2019

igualdad para la población que se encuentre en tales condiciones, y que a su vez se establece en una situación que en nuestro criterio, de entrada descarta cualquier valoración de la estabilidad o no del empleo de esta población, cuando el finiquito del vínculo laboral deriva de razones diferentes a la condición de salud, en otras palabras cuando la terminación surge de una justa causa, la norma no condiciona al empleador para su procedencia, siendo en nuestro sentir, una redacción normativa clara, que no debería dar cabida a interpretaciones más amplias.

Concluyendo en nuestro análisis, que incluso la misma norma da la posibilidad de terminar el contrato de trabajo a una persona que por su estado de salud se encuentre impedida para realizar la labor objeto del contrato de trabajo, condicionando únicamente a contar con la autorización del Ministerio de trabajo, es decir, que dicha entidad no tendría que valorar la justeza o no de una causa fundante de despido, pues en nuestro entendido, según la misma norma, su autorización es cuando la persona debe ser despedida por razón de su limitación, cuando esta sea *incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar*.

Lo anterior, en razón a que la norma o en este caso el artículo, en nuestro criterio, es clara no tiene cabidas a interpretaciones iterando que no fija prohibiciones tratándose de justas causas para terminar los contratos de trabajo, pues se itera, que lo pretendido es eliminar todo acto discriminatorio derivado de la disminución en el estado de salud o padecimiento de alguna afectación, pero al tenor de la norma, ello no implica que la población en estado de discapacidad tenga un fuero permanente sin consideración a valoraciones como el cumplimiento de las obligaciones contractuales y en específico la comisión de justas causas para el finiquito de la relación.

Experiencias internacionales de protección a las personas en situación de discapacidad

Ecuador, como mecanismo de inclusión y protección a las personas en estado de discapacidad, promulgó la Ley orgánica de discapacidades, donde en su artículo 51, establece como estabilidad laboral que en el evento despedir de manera injustificada a un trabajador en estado de discapacidad o a un trabajador que tenga a cargo la manutención de una persona en estado de discapacidad, el empleador tendrá que reconocer una indemnización equivalente a 18 de meses de la mejor remuneración, sin perjuicio del reconocimiento y pago de la indemnización legal establecida para el efecto, disposición normativa que se ha analizado por Aguilar y Villamar (2020) donde se señala como insuficiente bajo el entendido que no genera la estabilidad laboral pretendida sino que faculta al empleador para que previo reconocimiento de una indemnización pueda finiquitar la relación laboral.

Dentro de otras de las regulaciones fijadas, consideramos oportuno traer a colación la establecida en Perú, la cual, apunta a la protección de todo acto discriminatorio contra las personas en estado de discapacidad, cuyo amparo se logra mediante la figura de *despido nulo*, así mismo, también consagró la posibilidad de terminación de un contrato de trabajo en virtud del estado de salud del trabajador, no obstante, conforme se describe el análisis realizado por Vidal (2021) se estipula que mediante la Ley N° 29973 sobre los Derechos de las personas con discapacidad reglamentado por el Decreto supremo N° 002-2014-MIMP, el finiquito de la relación laboral se sujeta a la previa realización de *ajustes razonables correspondientes* por parte del empleador, lo que sin lugar a dudas equivale a la estabilidad en el empleo, pues en síntesis dichos ajustes corresponde a la

reubicación en un puesto de trabajo acorde a las condiciones de salud en aras de establecer si la discapacidad impide la ejecución de la labor y posterior demostrar si no existe un cargo que se acompañe a la situación del trabajador.

Destacamos la similitud en las restricciones para la procedencia del despido justificado por razones de salud entre Colombia y Perú, puesto en Colombia, si bien no se encuentra una disposición legal taxativa, la exigencia del Ministerio de trabajo para autorizar el despido, implica la acreditación de similares condiciones a las establecidas en el país vecino, que en síntesis, apuntan a esfuerzos del empleador a que previo a considerar el finiquito de relación laboral, agote intentos de reubicación en otros cargos, modificación de funciones o reubicación en cargos que puedan ser ejecutados por el trabajador considerando las afectaciones de salud y por ende, las limitaciones que este pueda tener para ejecutar sus funciones, iterando que es necesario que en nuestro país, dichos condicionamientos se regulen legalmente a fin de que el Ministerio de trabajo tenga claro el procedimiento y criterios de valoración en aras de poder otorgar la autorización de ser el caso.

En Argentina, la regulación frente al tema se encuentra en la Ley de Contrato de trabajo¹³, especialmente sus artículos 208 a 213 y en la Resolución de la superintendencia de riesgos del trabajo SRT 216 de 2003, las cuales se aplican de manera armónica y que básicamente, contemplan una protección consiste en la obligatoriedad del empleador de mantener la vigencia de la relación laboral durante los periodos en que el trabajador esté impedido para prestar el servicio en razón del padecimiento de una enfermedad, disponiendo, igualmente, la reubicación en nuevos puestos de trabajo cuando el trabajador quede impedido para continuar realizando las laborales para las cuales inicialmente fue contratado y fijando ante el incumplimiento de estas medidas indemnizaciones; lo que nos permite reafirmar la tesis dirigida a que la protección o el estado de salud del trabajador, no debe desvanecer las obligaciones del mismo o eliminar las facultades derivadas de la subordinación, incluso si bien existe la obligación de guardar el empleo al trabajador que temporalmente se encuentre impedido de prestar el servicio por su estado de salud, dicha obligación también se fija en un periodo determinado, lo que desdibuja cualquier protección absoluta.

La diferencia entre estas Leyes, según se describe Niewolski (2020) consiste en síntesis, en que la Ley 20.744, tiene una cobertura más amplia en tanto cubre a los trabajadores con enfermedades derivadas de un accidente de trabajo o inculpables, es decir, lo que en Colombia denominamos de origen común, aunado a que según el autor, la diferencia de manera principal radica en que para la procedencia de un despido justo cuando el trabajador es una persona en estado de discapacidad, dichas disposiciones contemplan procedimientos previos diferentes, que por supuesto, radican del origen de la enfermedad y cuya descripción se hace de manera muy específica; no obstante, desde la perspectiva aquí abordada, la principal característica que resaltamos es que las normas argentinas contemplan indemnizaciones¹⁴ que acompañadas de los procedimientos referidos ante

¹³ Ley 2044 de 1974

¹⁴ Un ejemplo de ello es el artículo 225 de la Ley 20.744 de 1974 que señala: Cada accidente o enfermedad inculpable que impida la prestación del servicio no afectará el derecho del trabajador a percibir su remuneración durante un período de tres (3) meses, si su antigüedad en el servicio fuere menor de cinco (5) años, y de seis (6) meses si fuera mayor. En los casos que el trabajador tuviere carga de familia y por las mismas circunstancias se encontrara impedido de concurrir al trabajo, los períodos durante los cuales tendrá derecho a percibir su remuneración se extenderán a seis (6) y doce (12) meses respectivamente, según si su antigüedad fuese inferior o superior a cinco (5) años. La recidiva de enfermedades crónicas no será considerada enfermedad, salvo que se manifestará transcurridos los dos (2) años. La remuneración que en estos casos corresponda abonar al trabajador se liquidará conforme a la que perciba en el

la imposibilidad de la prestación del servicio por parte del trabajador, dan cabida a la procedencia de la finalización del vínculo laboral, una vez culminada la etapa denominada *incapacidad laboral temporaria*.¹⁵

Finalmente, en Brasil, según se refiere Gularte (2014) en virtud de la promulgación de la Constitución federal de 1988, se da viabilidad a la protección de los derechos de los trabajadores en estado de discapacidad, destacando, que dicho fuero se contempla en el artículo 93 de la Ley 8213 de 1991, que es conocida como Ley de cuotas, y que fija la protección de esta población, en la especificación de un porcentaje o número de trabajadores en estado de discapacidad que deben ser vinculados a cada empresa, precisando que solo es viable el despido injustificado cuando el trabajador es reemplazado por una persona que también se encuentre en estado de discapacidad o rehabilitación, destacando que la sanción ante el incumplimiento de esta norma, se estipula en el artículo 8 de la Ley 7853 de 1989, correspondiente a días de arresto más una multa.

Situación en Colombia y postura de las Altas cortes

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997 fue objeto de interpretación por parte de la Corte constitucional inicialmente con la sentencia C-531 del 2000, donde se hace referencia al Convenio 159 de la Organización internacional del trabajo (OIT), el cual establece los lineamientos para la protección de las personas inválidas que deben adoptar los Estados Parte a fin de materializarlos dentro de cada ordenamiento jurídico, haciendo especial énfasis en el numeral 2° del artículo 1° el cual señala que “la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad” (Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983) y el artículo 16 del Decreto 2177 de 1989 debido a que este expresó la obligatoriedad del empleador a “reincorporar a los trabajadores inválidos, en los cargos que desempeñaban antes de producirse la invalidez si recupera su capacidad de trabajo, en términos del Código Sustantivo del Trabajo”, manifestando la CC, que tal artículo no va en contravía de los preceptos superiores, sino por el contrario, evita que la disminución física del trabajador se configure como una causal del despido.

No obstante, la misma corporación expresó que el articulado no hace precisión alguna frente a la eficacia jurídica del despido o terminación del contrato de trabajo, ya que al imponer a cargo del empleador una indemnización correspondiente a 180 días de salario a título de sanción, no brinda eficacia a tal acto jurídico, motivo por el cual, aduce señalar ser una medida insuficiente en cuanto a protección del Principio de la estabilidad laboral reforzada se refiere, por ende, concluye que,

momento de la interrupción de los servicios, con más los aumentos que durante el período de interrupción fueren acordados a los de su misma categoría por aplicación de una norma legal, convención colectiva de trabajo o decisión del empleador. Si el salario estuviere integrado por remuneraciones variables, se liquidará en cuanto a esta parte según el promedio de lo percibido en el último semestre de prestación de servicios, no pudiendo, en ningún caso, la remuneración del trabajador enfermo o accidentado ser inferior a la que hubiese percibido de no haberse operado el impedimento. Las prestaciones en especie que el trabajador dejare de percibir como consecuencia del accidente o enfermedad serán valorizadas adecuadamente.

¹⁵ Según lo normado en el art. 7° de la ley 24.457, la situación de incapacidad laboral temporaria finalizará por: a) Alta Médica, b) Declaración de Incapacidad Laboral Permanente, c) Transcurso de dos años desde la primera manifestación invalidante y, d) Muerte del damnificado. (Niewolski, 2020)

todo despido o terminación del contrato de trabajo es ineficaz siempre y cuando no se haya solicitado la correspondiente autorización por parte de la Oficina del trabajo.

Posteriormente, en sentencia T-1040 de 2001, determinó que los sujetos de especial protección constitucional a los cuales hace referencia el artículo 13 de la Constitución política, no abarca exclusivamente a quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda¹⁶; sino que también, aplica para aquellas personas que han experimentado una afectación de salud que les impida o dificulte de forma sustancial el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, es decir, no es necesario una calificación que acredite la condición de discapacitado, pues lo que se valora es el estado de debilidad manifiesta.

Finalmente, en sentencia SU-049 de 2017 a raíz de las diferentes posiciones de las salas de la CC en cuanto a la protección y consecuencias de la garantía de la estabilidad reforzada, decidió unificar su criterio, reiterando que: i) El derecho a la estabilidad laboral reforzada no solo se configura a partir de la aplicación de la Ley 361 de 1997, sino también encuentra sustento en el artículo 53 de la Constitución política debido a dicho precepto hace referencia a la *Estabilidad en el empleo*, de tal forma, que, la protección especial rige no solamente a las relaciones ceñidas bajo un Contrato de trabajo, sino también, aplica para las demás formas alternativas de trabajo. Lo anterior, por cuanto el derecho a la estabilidad en el empleo y, por consiguiente, la protección especial de las personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta no puede depender de la denominación del vínculo contractual, por ello, optó por el término *Estabilidad ocupacional reforzada* y ii) Que no solamente aplica para aquellas personas que hayan sido calificadas con una pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda sino por el contrario, se extiende a aquellos sujetos que tengan una afectación de salud que les impida o dificulte de forma sustancial el desempeño de sus labores.

Conforme hemos venido señalando, si bien el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en principio se aplicó como mecanismo de protección para las personas en estado de discapacidad, es claro que el amparo de la disposición normativa, bajo el entendimiento de la CC, extendió sus alcances, cobijando no solo a las personas discapacitadas, sino que se incluyó a los incapacitados y en síntesis, a todas las personas que tengan afectaciones de salud catalogadas en estado de debilidad manifiesta, en virtud de la aplicación del artículo 47 de la Constitución política así como la garantía de los derechos fundamentales de igualdad y vida digna bajo el marco del modelo social, lo que ha sido objeto de estudio por Moscoso (2019) donde analiza la postura de la CC a través de diversas sentencias, concluyendo que la discapacidad integra a todas las personas impedidas para desarrollar las actividades normales, y que puede ser determinada por un porcentaje dependiendo el grado de disminución de la capacidad laboral, precisando que, en todo caso, la discapacidad deriva del verdadero estado de salud de la persona y no de la valoración que se emita sobre el mismo, es decir, que la debilidad manifiesta no puede establecerse bajo los grados de discapacidad que se encuentran definidos en la categoría de invalidez, sino por el contrario, se debe a por razones de salud el trabajador no pueda realizar o se le dificulte el ejercicio de sus funciones.

De manera similar, Duque, et al. (2016) señalan que la forma de entendimiento del estado de discapacidad derivada de los derechos humanos como garantía de la materialización de los derechos fundamentales, dirige su enfoque a la inclusión de las personas en estado de discapacidad como medida de corrección o reparación en virtud a que dicho estado deriva de causas sociales,

¹⁶ Criterio adoptado por la Corte suprema de justicia.

ante la omisión de cubrimiento de necesidades como vía de amparo ante la debilidad manifiesta y exposición de estas personas en razón a su estado de salud.

En contraposición, la CSJ a partir de la Sentencia proferida dentro de la radicación 32532 del 15 de julio de 2008, en un principio señaló que la garantía de la estabilidad laboral reforzada emanada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, solo aplica para aquellas personas que hayan sido calificadas con un determinado grado de discapacidad, de conformidad con el artículo 7° del Decreto 2463 de 2001¹⁷ o a quienes a la fecha del despido se encuentran en estado de incapacidad debidamente otorgada por el profesional de medicina. Por ende, las personas que no están en incapacidad o tienen un grado de invalidez inferior a la minusvalía moderada, no le es aplicable las garantías brindadas por la ley en mención.

La distinción referida, constituye un aspecto importante en nuestro criterio, ya que, al resolver acciones de Tutela con base en el criterio expuesto por la CSJ, disminuirá las implicaciones jurídicas y económicas, que ha conllevado en la actualidad el criterio sentado por la CC, tal y como se enuncia a continuación:

Se realizó un estudio de 64 sentencias, el cual arrojó como resultado que las decisiones de la Corte Constitucional efectivamente consideran las implicaciones jurídicas, económicas y sociales de la estabilidad ocupacional reforzada por debilidad manifiesta o discapacidad a cargo de los empleadores, donde el 98.43% tiene en cuenta implicaciones jurídicas debido a que el debate pretende una consecuencia legal sobre la relación de trabajo, el 73.43% considera implicaciones económicas orientadas al pago de prestaciones económicas e indemnizaciones, el 29.68% tiene implicaciones sociales, que si bien pueden considerarse legales, comprometen a los empleadores a acompañar al trabajador en procesos de recuperación del estado de salud, y solo el 1.56% no tiene en cuenta ninguna implicación por considerar improcedente la acción (Moscoso, 2019, p.414).

Posteriormente, la CSJ sintetizó a que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es una presunción en favor del trabajador que se encuentra en situación de discapacidad o con alguna afectación de salud que derive en incapacidad, consistente en que se presume que, ante una terminación sin justa causa del Contrato de trabajo, dicha decisión deriva del estado de salud del trabajador, por ende, surge la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, con el pago de las acreencias compatibles con el reintegro y la indemnización de 180 días de salario consagrada en la Ley, ello en el evento de que el empleador no cuente con la autorización previa al despido del Ministerio de trabajo, es decir, que la estabilidad laboral reforzada solo cobija para los casos en que se configure un despido sin justa causa, quedando abierta la posibilidad para el empleador de dar por terminado el Contrato a una persona en estado de incapacidad o discapacidad, por una causa objetiva o justa, excluyendo la contenida en el numeral 15 del artículo 62 del CST, dado que está relacionada directamente con el estado de salud del trabajo y tiene un tratamiento diferente como veremos más adelante.

La postura expuesta por la CSJ ha sido morigerada, pues inicialmente sus pronunciamientos eran específicos, en el sentido de aplicar la protección foral a quienes padecieran limitaciones calificadas con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, ampliando su criterio en gran medida, al indicar que tal protección también enerva, si se trata de una afectación notoria de

¹⁷ Grados de severidad de la limitación: a) Moderada: Entre el 15 y el 25%; b) severa: Mayor al 25% e inferior al 50% y c) Profunda: Igual o superior al 50%

la salud y si es conocida por el empleador, fijándose así, una alivio probatorio en pro del trabajador, pues le basta con demostrar que el hecho del despido se fundamentó en la afectación de salud, ya sea por discapacidad o incapacidad y que esta es conocida por su empleador, trasladándose la carga probatoria en cabeza del empleador, quien puede derruir dicha presunción, demostrando que el vínculo laboral finiquita por una justa causa, carga probatoria que si es cumplida por aquél, *per se* implica la exclusión de actos discriminatorios por salud y da eficacia al despido. Dicha posición ha sido reiterada por la Sala de casación laboral de la CSJ en sentencias como la SL 5184 de 2020¹⁸, SL 5700 de 2021¹⁹, SL882 de 2022²⁰, SL 1816 de 2022²¹, entre otras.

En síntesis, como resultado del análisis de la Jurisprudencia de la CC y de la CSJ, se puede destacar, la importancia de los pronunciamientos de la CC, en términos de avances progresivos, en términos de amparo o protección de los derechos fundamentales y en especial, su alcance respecto de la protección derivada de la aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 en aras de lograr la eficacia en las políticas de integración de las personas en estado de discapacidad o con afectaciones en su salud; pues sin lugar a dudas, las decisiones por vía de Tutela, han logrado cobijar con el fuero de estabilidad laboral reforzada, a un grupo poblacional que por ausencia de calificación de pérdida de capacidad laboral, pero con afectaciones de salud importantes y limitantes en el campo laboral, se encontraban excluidos de la garantía prevista en la Ley 361 de 1997.

Sin embargo, la CC con el transcurrir del tiempo, amplió de manera ilimitada la protección foral incluyendo situaciones derivadas de cualquier afectación de salud, mientras que la CSJ, en una postura más aplomada y, a nuestro criterio, más acertada, ha establecido parámetros para la procedencia de la fuero de salud, dado que la Jurisdicción ordinaria mantiene vigente la aplicabilidad de la justa causa contenida en el numeral 15 del artículo 62 del CST, armonizando dicha norma con la protección del referido artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en el sentido de que para su efectividad se requiere la previa autorización del Ministerio del trabajo, dado que se requiere la demostración de haber realizado todas las acciones en aras de reintegrar al trabajador en un cargo acorde a sus condiciones de salud, materializándose así el fin de la inclusión y protección.

De igual forma, ha sentado una limitación clara frente a la garantía de la estabilidad laboral reforzada, al establecer con claridad los criterios de aplicabilidad, en tanto fija que tratándose de una persona con discapacidad esta debe corresponder por lo menos a una PCL de 15% o una incapacidad vigente incluso abarca estados o padecimientos de salud que bajo criterios de lógica o análisis simple, permitan concluir que dichas afectaciones impiden el ejercicio de funciones

¹⁸ La CSJ estableció que las incapacidades *per se* no comportan una situación que active la estabilidad laboral reforzada, pues como se ha sentado, no toda afectación de salud es merecedora de la protección foral.

¹⁹ Si la persona cuenta con un porcentaje inferior al 15% el cual no afecta su participación plena en la sociedad, no hay lugar a la aplicación de la garantía de la estabilidad laboral reforzada.

²⁰ No toda afectación de salud es merecedora la protección de la estabilidad laboral reforzada, pues para que opere el artículo 26 de la ley 361 de 1997 debe existir una situación objetiva determinada por el grado de invalidez de la persona entre moderada, severa o profunda de conformidad con el Decreto 2453 de 2011.

²¹ Para que opere la estabilidad laboral reforzada contenida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 debe configurarse tres presupuestos: a) La persona debe contar una pérdida de capacidad laboral mayor al 15%, b) El empleador debe conocer de la situación en la que se encuentra el trabajador y c) Que la relación laboral haya terminado con ocasión a la discapacidad que padece el trabajador.

laborales, y en todo caso, mantiene la atribución legal del empleador de finiquitar la relación contractual por una justa causa.

Así las cosas, a raíz de las posiciones encontradas por parte de la CC y la CSJ y de las inconformidades presentadas por los trabajadores frente a las sentencias judiciales proferidas por la Jurisdicción ordinaria laboral, se han presentado múltiples acciones de Tutela por personas que aducen encontrarse cobijados por el fuero de estabilidad laboral reforzada, en atención a que presentan afectaciones de salud y su vínculo laboral ha sido terminado, conllevando a fallos constitucionales que ordenan a los empleadores reintegrar a los trabajadores y cancelar los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir durante el tiempo que permanecieron desvinculados; configurando así, estabilidades absolutas generadoras de altos costos y a la postre de una posible desprotección a los trabajadores, que realmente debieran estar cobijados por la estabilidad laboral reforzada.

De modo que, más que una protección surgida a raíz de la posición de la CC, se constituye en un factor para el abuso del derecho, un desconocimiento de las facultades legales que tiene el empleador como parte de un contrato y la afectación económica y jurídica de empleadores, situación que conlleva a considerar la necesidad de implementar medidas definidas que contribuyan a la existencia de directrices claras y en especial, que materialicen realmente la inclusión de la población en estado de discapacidad o incapacidad en el campo laboral, dentro de las cuales, se podría considerar la aplicabilidad del criterio fijado por el órgano de cierre de la Jurisdicción ordinaria laboral, mediante el examen riguroso de la procedencia o no de las acciones de Tutela en contra de las decisiones o los casos que surjan frente a este tema, estableciendo con claridad el presupuesto de subsidiariedad para su estudio.

Propuestas para la efectividad del fuero de estabilidad laboral reforzada

Ahora bien, una vez efectuado un análisis de las posiciones de las Altas cortes frente a la estabilidad laboral reforzada, se destaca que si bien, la propia Constitución política fija la obligatoriedad de integración de las personas en estado de discapacidad, incluso refiere la igualdad lo que conlleva la prohibición de discriminación, lo cierto es que, tal inclusión y garantía debe ser por parte del Estado y no de los particulares.

Por lo anterior, se plantea como solución a esta problemática, la adopción de medidas que conlleven a la efectividad real del fuero de estabilidad laboral reforzada, como protección a las personas en estado de discapacidad, medidas que planteamos en tres direcciones: la primera, consistente en robustecer y lograr como interpretación para la generalidad de los casos por parte de los Jueces, ya sean de la Jurisdicción ordinaria laboral o los Jueces constitucionales, la expuesta por la CSJ para la aplicación de la presunción del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, siendo excepcional, la procedencia de la acción de Tutela, puesto que esta figura debe proceder únicamente en situaciones donde realmente se evidencie una vulneración de los derechos fundamentales o un acto discriminatorio; sugerencia que aclaramos, no va en contravía del Principio de la independencia judicial de los Jueces, sino que más bien, se acompasa con la armonía que debe regir en la justicia, pues de verse así la situación, simplemente la acción de Tutela tendría que ser valorada desde un aspecto más exigente, en el sentido de establecer claramente, el requisito de subsidiariedad para su estudio, dado que el Juez natural de este tipo de controversias, es el Juez Laboral, que debe acatar el precedente sentado por el órgano de cierre de la jurisdicción, es decir,

la sala laboral de la Corte suprema de justicia. Dicha alternativa, requiere de mayores debates y estudios frente a las implicaciones y el desamparo que se produce contra la población que se pretende proteger con las decisiones de proteccionismo absoluto por vía de Tutela.

Lo anterior, por cuanto la procedencia de la acción de Tutela frente a esta estabilidad laboral reforzada se fundó por parte de la CC en los siguientes argumentos:

la jurisprudencia consideró que las condiciones necesarias para conceder el amparo consisten en 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. (Corte Constitucional, Sentencia T-018/13, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 25 de enero de 2013)

Aspecto relevante si se tiene en cuenta que todos los Jueces del país son Jueces Constitucionales, y en esa medida, la valoración de los presupuestos fijados por la misma CC para la procedencia de la Tutela, no siempre se da en estricto sentido, dado que la competencia de esta acción no se delimita por materia conforme el Decreto 2591 de 1991, lo que implica que un Juez de cualquier especialidad se pronuncie, es decir, que un Juez Penal en uso de sus competencias como Juez Constitucional, puede ordenar el reintegro en aplicación del fuero de estabilidad laboral reforzada contenido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1991, lo que en nuestro criterio, constituye una de las razones por las cuales la protección derivada de dicha disposición normativa ha sido desenfocada y desmedida, y por ende, es que se requiere mayor claridad por parte de la CC, en los términos excepcionales por los cuales procede el estudio del tema por vía de Tutela.

Máxime si se tiene en cuenta, que en la acción de Tutela no hay un debate probatorio que permita efectivamente establecer si es o no procedente el reintegro, y en todo caso aunque existiera dicho debate o la inclusión de medios probatorios dentro del trámite célere de la Tutela, lo cierto es que, la decisión en sí misma, cuando se pasa por alto el requisito de subsidiaridad so pretexto del amparo a la estabilidad en el empleo, conlleva a la vulneración del debido proceso, en especial cuando se da una orden de reintegro sin la prevención de que es un amparo transitorio, en virtud de que es el Juez de Tutela quien da el alcance (definitivo o transitorio) a su decisión, constituyéndose en consecuencia, la figura de cosa juzgada constitucional que impide que el Juez laboral estudie si efectivamente el despido tuvo como origen un acto discriminatorio o no en orden a dar viabilidad al reintegro, en tal sentido se puede verificar el pronunciamiento de la CSJ del 3 de agosto de 2010 dentro del radicado 37442²².

²² Esta sala de la corte sobre el particular tema propuesto por el recurrente, en diversos fallos, como en los del 3 de marzo de 2009 y 16 de febrero de 2010, radicados 33945 y 35534, respectivamente, ha puntualizado que las decisiones proferidas con carácter definitivo dentro de una acción de tutela no son susceptibles de ser revisadas a través del procedimiento ordinario. Si el juez de tutela no preciso los efectos de su decisión (en forma transitoria o definitiva),

En segundo lugar, se debe garantizar la procedencia de las facultades del empleador, en especial la relacionada con el despido con justa causa imputable al trabajador, lo cual, no solo se logra de la mayor y general aplicación del criterio de la CSJ, frente a la procedencia del fuero del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sino que adicional, requiere reconocer como procedente, la causal contenida en el numeral 15 del artículo 62 del CST, manteniendo por supuesto, la exigencia de autorización previa del Ministerio del trabajo, pero estableciendo sus requisitos en una norma en aras de que implique su obligatoriedad para revestir su total validez, pues al fijarse determinadas prerrogativas, se estaría eliminando cualquier posibilidad de que la terminación sea producto de un acto discriminatorio.

Y finalmente, proponemos que dentro de las medidas, se puede considerar la creación de un seguro colectivo, que pueda ser activado en el evento de la imposibilidad de reintegro de un trabajador, que, aunque su despido haya sido consagrado como justificado legalmente, específicamente por el numeral 15 del artículo 62 del CST, en los casos en que el trabajador no pueda retornar a sus labores y esté en estado de discapacidad inferior al 50% de la PCL, pero tampoco cuente con una incapacidad médica que dé lugar al cubrimiento mediante el auxilio de incapacidad; el seguro cubriría una suma inferior al salario mínimo o al subsidio por incapacidad, el cual tendría una duración de 3 años máximo o antes, si existe mejoría del trabajador, en aras de que se cubra un ingreso económico, impidiendo la orden de reintegro por vía de tutela, ante la inexistencia de la vulneración de derechos fundamentales, en tanto al haberse agotado las instancias administrativas²³, se desvirtúa cualquier duda frente a la mediación de actos discriminatorios, lo cual se ratifica, con la exclusión de la posibilidad de activación del seguro en casos de despidos injustificados, aunado a que con el pago de la suma asegurada se elimina la posibilidad de la vulneración al mínimo vital.

Medida similar al seguro previsional²⁴ que la Ley dispone para el cubrimiento de la pensión de sobrevivientes, pero teniendo en cuenta que, el cubrimiento que se propone en términos económicos, no sería tan alto, lo que permite que el pago de la póliza sea mínimo o equiparable a las tasas fijadas para riesgos laborales, y el término del pago del auxilio de desempleo para personas en estado de discapacidad inferior al 50% cuyo contrato no sea terminado, será por una duración de 3 años, en analogía al término de revisión consagrado para las pensiones de invalidez²⁵, destacando que, la propuesta de una suma mensual mínima e inferior al salario mínimo, se expone bajo el presupuesto que en gran parte de los casos, ya se habrá reconocido o se reconocerá una indemnización por incapacidad permanente parcial y quienes no cuenten con dicho auxilio se entienden excluidos de afectaciones importantes en salud, dado que corresponde a una

era en ese momento (septiembre de 1999), cuando la entidad accionada debió utilizar los mecanismos procesales adecuados para que ello se hubiera clarificado; su inactividad no puede diferirse para que, en proceso distinto, se fije el sentido de aquella decisión

²³ Autorización por parte del Ministerio del trabajo.

²⁴ El Seguro Previsional es un seguro colectivo, esto quiere decir que se hace un único pago mensual por parte de la AFP a la aseguradora y con el pago quedan cubiertos los afiliados de las AFP que cumplan con las condiciones anteriormente explicadas. Este seguro es también un seguro de participación, esto quiere decir que la compañía aseguradora participará a los afiliados de las utilidades que arroje el ramo del Seguro Previsional. El valor del seguro depende por lo tanto del tipo de grupo que se esté cubriendo, por ejemplo, si la mayoría de afiliados de una AFP son hombres jóvenes - la prima del seguro tendrá un valor diferente al de otra AFP en donde la mayoría de afiliados sean mujeres cercanas a la edad de pensión. (Arbeláez, 2018).

²⁵ Artículo 44 de la Ley 100 de 1993.

PCL inferior al 5% y adicional a ello, no se pretende generar un mensaje erróneo en el sentido de incentivar la recepción del auxilio del seguro, sino que por el contrario, se pretende la integración de las personas en estado de discapacidad sin que ello derive en abuso del derecho o el desconocimiento de los derechos que como parte de la contratación tiene el empleador, es decir, que el seguro tiene por finalidad preservar la dignidad humana y mínimo vital de las personas, en atención a que las mismas, no pueden ser considerados como objetos o instrumentos utilizados para un único fin económico.

Lo anterior, dado que como hemos venido señalando, la problemática se presenta por la protección que la Corte constitucional extiende, incluso en casos donde el sistema ya ha cubierto la contingencia y por las implicaciones económicas que tal postura acarrea para los empleadores; por ello, en contraposición, consideramos que se debe garantizar la protección de esa población, mediante su inclusión y garantías de estabilidad en el empleo, conforme el entendimiento de la Corte suprema de justicia que se encuentra materializado en la prohibición de un despido injustificado, es decir, que dicha garantía no puede generar el desconocimiento de los derechos del empleador como parte en la relación laboral, y menos aún el desconocimiento de las disposiciones legales que rigen las relaciones de trabajo, como lo son las justas causas establecidas para la terminación del contrato de trabajo.

Conclusiones y Recomendaciones

En el ordenamiento jurídico colombiano, a la fecha no existe un derecho fundamental que señale de manera expresa la conservación del trabajo, pero pese a ello y gracias a la Constitución política, en especial, a sus artículos 13 y 54, algunas personas cuentan con especial protección referente a su estabilidad laboral, en la medida en que no es viable finalizar el vínculo laboral mientras no exista autorización por parte del Ministerio del trabajo.

Ahora, referente a la expedición de la Ley 361 de 1997, y luego de un análisis acucioso de las posturas de la CC y la CSJ justicia, concluimos que, lo que pretende la norma y en especial, su artículo 26, es garantizar que la personas que se encuentren en situación de discapacidad no sean discriminadas en el ámbito laboral, por ende, cuando un empleador despide a un trabajador con ocasión a su estado de salud y ha omitido la autorización por parte de la oficina del trabajo, el mismo resultará ineficaz, otorgando como sanción, el reintegro, el pago de los salarios dejados de percibir y el pago de 180 días de salario.

No obstante, consideramos que dicha norma, admite que el empleador cuente con la carga probatoria de demostrar que el despido se configuró con ocasión diferente al estado de discapacidad, por ende, dicha norma, no puede ser considerada como una prohibición legal para finiquitar un contrato de trabajo con justa causa, es decir, el empleador cuenta con la posibilidad de demostrar que la desvinculación laboral no tiene nexos de causalidad alguna con la condición de debilidad manifiesta; lo anterior, con la intención de que la garantía de estabilidad laboral reforzada no se convierta en una total inamovilidad por parte de los trabajadores.

Así las cosas, a nuestro juicio, la postura de la CC desborda los alcances y límites planeados en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, ya que considera que, el despido de un trabajador que se encuentra en situación de discapacidad no es admisible desde ninguna óptica, creando así, una estabilidad en el empleo absoluta, dado que no considera la viabilidad de la justeza del despido.

Por tanto, compartimos el criterio sentado por la CSJ, en el que señala que protección emanada de la ley en comento no recae frente a aquellos que aduzcan padecer de cualquier limitación, sino por el contrario, se encuentra limitada a las personas que son consideradas como discapacitadas, es decir, aquellas que cuenten con un grado de invalidez superior al 15% y a las personas cuya afectación notoria y conocida de salud impida la ejecución de sus funciones.

Lo anterior, debido a el quebrantamiento de salud de un trabajador no es motivo suficiente para activar la protección de la que trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997, pues el exigir o acreditar que la persona cuente con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% no es a arbitrio del Legislador, sino por el contrario, obedece a la necesidad de verificar el nivel de desempeño laboral y la relación directa con la circunstancia que dio origen a la terminación de la relación laboral, aunado a que la CSJ no limita la aplicación de la presunción a las personas calificadas, sino que se ha venido extendiendo, lo que permite que los jueces valoren situaciones donde pese a la ausencia de calificación de PCL, hay padecimientos de salud notorios y conocidos que ameritan la protección del trabajador, en especial si dicho estado de salud es conocido por el empleador, sin embargo mantiene la tesis de la presunción, de modo que, es viable que el empleador finalice una relación laboral cuando existe causa objetiva sin que sea necesaria la autorización por parte del Ministerio de trabajo.

Se debe tener presente que, el artículo 54 de la Carta política señala que es una obligación del Estado garantizar a las personas que se encuentren en situación de discapacidad el derecho al trabajo, motivo por el cual, el que la CC traslade dicha carga a los empleadores, a nuestro parecer resulta fuera de los alcances de previstos por el Legislador, por cuanto, la protección especial si bien, en primer término, se consagra bajo el principio de solidaridad el cual implica que las causas ajenas pueden ser asumidas por otras personas o instituciones, dicho deber cuando se trata de personas en situación de debilidad manifiesta, el obrar solidariamente no implica el hacerse cargo total de los costos humanos como en el caso de los empleadores, sino por el contrario, debería distribuir dicha carga de forma razonable entre el Estado y el empleador.

De otro lado, si bien, se ha perdido de vista que el Código sustantivo del trabajo en el numeral 15 del artículo 62 contempla una justa causa para la vinculación de la relación laboral cuando el trabajador que tenga una enfermedad de origen laboral que lo incapacite por más de 180 días, y se encuentre imposibilitado para prestar sus servicios, podrá finalizar la relación laboral siempre y cuando solicite la respectiva autorización del Ministerio del trabajo, sin embargo, pues este planteamiento resulta ser una solución parcial, en la medida de que, en la realidad, este tipo de solicitudes resultan ser inoperantes, debido a que no son resultas en un término prudencial y que por lo general, resultan ser negadas señalando que el empleador cuenta con el deber de reubicar al trabajador.

En ese sentido, es de precisar que de la revisión de las regulaciones internaciones sobre la materia, (Ecuador, Perú, Argentina y Brasil) es claro que la protección de estabilidad laboral para las personas en estado de discapacidad, se consagra como prohibición al despido injustificado, coincidiendo con la literalidad de la norma reguladora en Colombia (Ley 361 de 1991) lo que indudablemente implica la posibilidad de los despidos derivados de una justa causa, lo que resulta apenas lógico, en razón a que las afectaciones de salud de un trabajador, no lo relevan del poder subordinante frente a la comisión de una justa causa, pues la protección se dirige a evitar cualquier acto discriminatorio contra las personas en estado de discapacidad, así como su integración, lo que

de manera alguna, puede derivar en una protección absoluta que la postre, como hemos venido considerando, se traduciría en una desprotección.

Por lo anterior, recomendamos adoptar las medidas referidas en precedencia, y simultáneamente, generar más capacitación empresarial frente a esta temática, en aras de que su vez dicha información se replique a los trabajadores, haciendo especial énfasis en la importancia de la protección y los sujetos de dicho amparo, en pro de obtener concientización colectiva que contrarreste el abuso del derecho.

Así mismo, sugerimos estudiar la viabilidad de incluir dentro de las competencias de los Jueces de pequeñas causas laborales, la emisión de la autorización para el despido de las personas en estado de discapacidad únicamente cuando se trate de la aplicación del numeral 15 del artículo 62 del CST, (más de 180 días de incapacidad del trabajador), sin que ello implique de forma alguna, que el Juez evalúe o no la justeza del despido, ya que simplemente su estudio correspondería a verificar lo relacionado con la imposibilidad de reubicación a un cargo que se acompase con las limitaciones de salud que presenta el trabajador, destacando que tal propuesta, en nuestro sentir, resulta válida, dado que competencias similares bajo la competencia residual, ya han sido compartidas entre la justicia y entes de Estado, un ejemplo que podríamos considerar es el pago de las incapacidades que se tramita ante la Superintendencia nacional de salud en primera instancia.

En la misma dirección, debemos señalar que las decisiones de la CC frente a este tema, lejos de ser garantistas y cumplir con el objeto de protección, a nuestro juicio, se han venido convirtiendo en un factor relevante en contra de la inclusión laboral de las personas en estado de discapacidad, ello atendiendo a la percepción que genera la instauración por vía de tutela de un fuero de salud absoluto, que impide la terminación del contrato incluso bajo las facultades legales, pues a manera de ejemplo, podríamos pensar que el fuero, en los términos de la CC, se extiende incluso en el evento en que es contratado un trabajador en estado de discapacidad, dado que ingresa con el fuero que impide la culminación de dicho Contrato, lo que a la postre, resta la efectividad de otras medidas adoptadas por el Estado en aras de lograr el fin de la inclusión de esta población, incluso le resta efectividad a las demás medidas consagradas en la misma Ley 361 de 1997 como es el caso del artículo 31, donde se estableció un descuento en el impuesto de renta para empleadores que contratan entre otras personas en estado de discapacidad.

Bibliografía

Aguilar, T y Villamar, P. (2020). *Análisis de la aplicación del principio de estabilidad laboral en personas con discapacidad en Guayaquil a partir de la expedición del Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades*. (Tesis de pregrado de derecho, Universidad de Guayaquil). Repositorio Universidad de Guayaquil. <http://repositorio.ug.edu.ec/handle/redug/50749>

Arbeláez, M. (2018). Estudio en materia de seguro previsional, incapacidad e invalidez. https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/3727/Repór_Mayo_2018_Arbelaez.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Asamblea Nacional - Republica de Ecuador. (2012). Ley Organica de Discapacidades. https://oig.cepal.org/sites/default/files/2012_leyorg.dediscapacidades_ecu.pdf

Congreso de la Nacion de Argentina. (1974). Regimen de contrato de trabajo. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-20744-25552/actualizacion>

Congreso de la Republica de Colombia – Programa de Fortalecimiento Legislativo – Oficina de Asistencia Tecnica Legistiva. (2005, febrero). Sistema Nacional de Discapacidad. <https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2017-11/033%20SISTEMA%20NACIONAL%20DE%20LA%20DISCAPACIDAD.pdf>

Constituyente Asamblea Nacional, 06 de julio, 1991, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Convencion sobre los derechos de las personas con discapacidad, 13 de diciembre, 2006. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

Convenio sobre la readaptacion profesional y el empleo (personas invalidas), 20 de junio, 1983. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312304

Declaracion Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre, 1948. https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf

Decreto 2463 de 2001. (2001, 20 de noviembre). Presidente de la República. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6273>

Decreto 019 de 2012. (2012, 10 de enero). Presidente de la República. Diario Oficial No. 48.308. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=45322>

Decreto 1507 de 2014. (2014, 12 de agosto de 2014). Presidente de la República. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=58941>

Decreto 780 de 2016. (2016, 06 de mayo). Ministerio de Salud y Proteccion social. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77813>

Decreto 1333 de 2018. (2018, 27 de julio). Ministerio de Salud y Proteccion social. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=87679>

Duque, S., Quintero, M., Gonzalez, P. (2016). Sobre la proteccion en el trabajo para las personas con discapacidad. *Revista de Derecho*, (45), 59-84. <http://dx.doi.org/10.14482/dere.45.7971>

Gularte, L. (2014). O art. 93 da lei 8.213/91 e a roblematização da empregabilidade das pessoas com deficiência na cidade de Rio Grande. *Repositorio Institucional Universidad Federal do Rio Grande*. <http://repositorio.furg.br/handle/1/7556>

Ley 361 de 1997. (1997, 7 de febrero). Congreso de la República. Diario Oficial No. 42.978. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0361_1997.html

Ley 1346 de 2009. (2009, 31 de julio). Congreso de la República. Diario Oficial No. 47.427. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1346_2009.html

Ley 1618 de 2013. (2013, 27 de febrero). Congreso de la República. Diario Oficial No. 48.717. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1618_2013.html

Ministerio de Protección Social. (2010). Concepto 363455. Fuero de discapacidad de origen común y autorización del Inspector de trabajo.

Moscoso, L. (2019). Estabilidad ocupacional reforzada por discapacidad o debilidad manifiesta: implicaciones de los fallos de la Corte Constitucional de Colombia respecto a los empleadores. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 49(131), 386-421. <http://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v49n131.a07>

Naciones Unidas. (1981). *Declaración de los Derechos de los Impedidos proclamada por las Naciones Unidas*. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000043670_spa

Naciones Unidas. (1982). *Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad*. <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/programa-de-accion-mundial-para-las-personas-con-discapacidad-4.html>

Niewolski, N. (2020). Complementariedad entre la ley de riesgos del trabajo y el art. 212 de la ley de contratos de trabajo. *Revista de Estudio de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral*, (2), 179-186. [https://doi.org/10.37767/2683-8761\(2020\)014](https://doi.org/10.37767/2683-8761(2020)014)

Recomendación sobre la readaptación profesional y el empleo (personas invalidas), 20 de junio, 1983. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312506

Sentencia C-531/00. (2000, 10 de mayo). Corte Constitucional. (Álvaro Tafur Galvis, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-531-00.htm>

Sentencia T-1040/01. (2001, 27 de septiembre). Corte Constitucional. (Rodrigo Escobar Gil, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-1040-01.htm>

Sentencia T-519/03. (2003, 26 de junio). Corte Constitucional. (Marco Gerardo Monroy Cabra, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-519-03.htm>

Sentencia Rad. 32532/08. (2008, 15 de julio). Corte Suprema de Justicia. (Elsy del Pilar Cuello Calderón, M.P.). <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia C-744/12. (2012, 26 de septiembre). Corte Constitucional. (Nilson Pinilla Pinilla, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-744-12.htm>

Sentencia T-018/13. (2013, 25 de enero). Corte Constitucional. (Luis Ernesto Vargas Silva, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-018-13.htm>

Sentencia C-458/15. (2015, 22 de julio). Corte Constitucional. (Gloria Stella Ortiz Delgado, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-458-15.htm>

Sentencia SL-10538/16. (2016, 29 de junio). Corte Suprema de Justicia. (Fernando Castillo Cadena, M.P.). <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia SU-049/17. (2017, 2 de febrero). Corte Constitucional. (María Victoria Calle Correa). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU049-17.htm>

Sentencia T-401/17. (2017, 23 de junio). Corte Constitucional. (Gloria Stella Ortiz Delgado, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-401-17.htm>

Sentencia SL-4397/20. (2020, 16 de septiembre). Corte Suprema de Justicia. (Gerardo Botero Zuluaga, M.P.). <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia SL-5184. (2020, 2 de diciembre). Corte Suprema de Justicia. (Fernando Castillo Cadena, M.P.). <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia SL-5700/21. (2021, 1 de diciembre). Corte Suprema de Justicia. (Fernando Castillo Cadena, M.P.). <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia SL-670/22. (2022, 28 de febrero). Corte Suprema de Justicia. (Ana María Muñoz Segura, M.P.). <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia SL-882/22. (2022, 22 de marzo). Corte Suprema de Justicia. (Omar de Jesús Restrepo Ochoa, M.P.). <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia SL-1682/22. (2022, 03 de mayo). Corte Suprema de Justicia. (Ana María Muñoz Segura, M.P.). <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Soto, M. (2013). La integración social de los discapacitados. Análisis de la normativa internacional en materia de discapacidad desde la perspectiva colombiana. *Justicia Juris*, 9(2), 20-31. <https://doi.org/10.15665/rj.v9i2.87>

Vidal, M. (2021). Estabilidad laboral y discapacidad: Acerca de la regulación de la situación en el empleo de la persona con discapacidad. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 241-255. <https://www.spdts.org.pe/wp-content/uploads/2021/10/VI-Congreso-Nacional-full-241-255.pdf>