



## Fuero de estabilidad laboral reforzada por razones de salud



Louis Del Guercio Ospino

Estudiante de la Especialización Derecho Laboral y de la seguridad social de la Universidad Libre seccional Socorro.

### RESUMEN

La honorable corte constitucional de Colombia en su línea jurisprudencia desarrollo el fuero de estabilidad laboral reforzada por razones de salud, en el cual un trabajador que es limitado físicamente, psicológicamente, debe permanecer en su sitio de trabajo debido a su condición de salud, del cual el empleador deberá solicitar una autorización ante la oficina especial de trabajo de su jurisdicción tal como lo establece la ley 361 de 1997 artículo 26, con el fin de solicitar la terminación del contrato de trabajo, si no solicita el permiso, la terminación del contrato es ineficaz, y puede estar inmerso a que un juez le tutele los derechos fundamentales al trabajador.

Palabras Clave

Capacidad Laboral, Discapacidad, Deficiencia, Fuero, Invalidez, Minusvalía, Limitación.

### ABSTRACT

The honorable constitutional court of Colombia in its line of jurisprudence developed the forum of labor stability reinforced for reasons of health, in which a worker who is physically limited, psychologically, must remain in his workplace due to his health condition, of which The employer must request an authorization from the special labor office of its jurisdiction, as established by law 361 of 1997, article 26, in order to request the termination of the work contract. If the permit is not requested, the termination of the contract is ineffective, and may be immersed in a judge to protect the worker's fundamental rights.

Keywords

Disability, Disability, Deficiency, Disability, Labor Capacity, Limitation, Jurisdiction

### INTRODUCCIÓN

Colombia con la entrada en vigencia de la constitución de 1991, cambio de ser un estado de derecho, a un estado social derecho, donde establece un sin números de derechos fundamentales que gozan de especial protección por parte del estado colombiano, el estado social de derecho propugna por brindar garantías proteccionistas a los derechos humanos y fundamentales a los ciudadanos que le son vulnerados.

La honorable corte constitucional en desarrollo de su jurisprudencia constitucional, el artículo 53 constitucional, ha manifestado que los derechos laborales de los trabajadores sean constitucionalizados en principios, que de igual forma gocen de especial protección por parte del estado colombiano, uno de los principios es el de estabilidad laboral, le permite al trabajador en una condición especial continuar trabajando, salvo que medie autorización de la oficina especial de trabajo, que autorice la terminación del contrato.

Los precedentes constitucionales desarrollados por nuestra honorable corte constitucional con relación a la constitucionalización de los derechos laborales contentivos en la ley, es de imperativo cumplimiento para las jueces de la república y la honorable corte suprema de justicia, con relación a los trabajadores que gozan de fuero de estabilidad laboral reforzada, por razones de salud y limitación física.

El modelo de Estado adoptado por la Constitución de 1991 ha propugnado por la defensa de quienes por su condición de debilidad e indefensión pueden verse discriminados o afectados por acciones tanto del Estado como provenientes de los particulares. Ese modelo de Estado, conocido como Estado Social de Derecho, a diferencia del Estado Liberal Clásico, reconoce no sólo derechos fundamentales, sino que también los promueve y mediante instrumentos jurídicos les otorga a los bienes jurídicos que consagra, una verdadera protección real y no meramente formal, como es la acción de tutela, que de manera rápida y expedita salvaguarda los derechos fundamentales vulnerados.

Este fuero de salud, tiene sustento legal en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, en el cual la corte constitucional ha desarrollado un análisis en sentencia de constitucionalidad de esta ley, tales como la C - 531 de 2000; C - 744 de 2012; C-824 de 2011, para lo cual no exige ningún tipo de valoración de pérdida de capacidad laboral del trabajador para que sea aforado un trabajador, solo basta con demostrar que se encuentra limitado físicamente para cumplir de manera correcta y adecuada sus funciones laborales, para que la constitución política le proteja y ampare sus derechos fundamentales.

Caso contrario es el desarrollo que le ha dado la corte suprema de justicia sala casación laboral a la interpretación jurídica de la ley 361 de 1997 artículo 26, donde genera unas reglas para que se proteja al trabajador discapacitado, como es la exigencia de pérdida de la capacidad laboral en un mínimo del 25%.

*Pregunta problema.* ¿Porque la corte suprema de justicia tiene una línea jurisprudencial distinta a la establecida por la corte constitucional con relación al fuero de estabilidad laboral reforzada por razones salud?

#### Objetivo General

Analizar la posición de la Honorable corte constitucional y la corte suprema de justicia con relación al estado social de derecho, la estabilidad laboral de los trabajadores con fuero de salud (disminuidos físicos síquicos o sensoriales), cotejando el fenómeno jurídico desde la dimensión de los derechos constitucionales, el bloque de constitucionalidad, frente a la autorización para dar por terminado el contrato de trabajo, establecido en la ley 361 de 1997 artículo 26.

#### Objetivos Específicos

Identificar conceptos de derecho al trabajo, derecho a la estabilidad laboral Reforzada, derecho de los disminuidos físicos, psíquicos y sociales.

Identificar los aspectos más relevantes de la visión nacional e internacional de la protección social de la persona en Condición de limitación física, psíquica, sensorial.

Establecer la diferenciación de los diferentes tipos de discapacidad a fin aclarar bajo que estándares se hace necesario aforar al trabajador en condición de discapacidad

Reconocer la capacidad laboral residual de las personas en condición de discapacidad

## **RESULTADOS**

### **Estabilidad laboral reforzada fuero de salud posición doctrinaria**

El fuero de salud suele definirse como la estabilidad laboral reforzada de la cual gozan ciertos trabajadores con limitaciones o que han sufrido una pérdida de capacidad laboral, para no ser despedido en razón a su condición, es decir, es una prerrogativa de permanecer en el empleo y de gozar de cierta seguridad de continuidad, mientras no se configure una causal objetiva que justifique su desvinculación (Valdivieso rueda, 2006).

El constituyente de 1991 estableció en el artículo 47, dentro de los llamados Derechos Sociales Económicos y Culturales, la protección especial a favor de los disminuidos físicos, instituyendo a su favor también la previsión, rehabilitación e integración de estos, al igual que establece atención especializada; esta no es una consagración restrictiva, pues hay varios derechos y normas de contenido constitucional que a pesar de no ser exclusivas del resorte de los disminuidos físicos, aplican a estos en el marco de las relaciones de trabajo, y que favorecen la viabilidad de acción de tutela, tales como el 11 (derecho a la vida); 13 (derecho a la igualdad); 29 (debido proceso) y 54 (ubicación laboral de disminuidos físicos). La principal norma en materia de disminuidos físicos es la Ley 361 de 1997, "Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones", también llamada Ley Clopatofsky, tiene como fundamento (art.1º) la completa realización personal y total integración social de las personas con limitaciones severas y profundas, al igual que su asistencia y protección necesarias. Esto supone que el espíritu de la ley es principalmente la eliminación de la discriminación. Dicha apreciación resulta muy importante para entender la evolución y el contexto actual del fuero de salud, puesto que como lo veremos, dicho contexto ha sido complementado con el deber de solidaridad consagrado constitucionalmente. La Ley 361 de 1997 en su artículo 26 establece una protección laboral reforzada positiva y negativa a favor de las personas con limitación:

"(...) ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo".

Para Godoy, Valdivieso, y Londoño, la Corte Constitucional ha superado las distintas definiciones subjetivas que otorgaban la condición de sujeto de protección especial, hasta llegar hoy en día a la más genérica posible que es "disminuido en salud" (Godoy fajardo, Valdivieso rueda, Londoño hidalgo, 2009). La honorable Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial según la cual la protección de la estabilidad laboral reforzada para personas con limitaciones no se circunscribe a los casos contemplados en la Ley 361 de 1997, sino que ella también procede por aplicación directa de la Constitución Política de Colombia, frente a las personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (Quintero, 2012).

En ese orden de ideas, cuando un trabajador padece una afectación en su salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en "condiciones regulares" y se tema que pueda ser discriminado por ese simple hecho, la Corte Constitucional ha concluido en reiterada jurisprudencia que dichas personas están en circunstancias de debilidad manifiesta y,



por lo tanto, tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada (sentencias T-263 del 2009, T-936 del 2009, T-780 del 2008, T-1046 del 2008 y T-467 del 2010) (Quintero, 2012).

“... el amparo constitucional de las personas en circunstancia de debilidad manifiesta permite al juez de tutela identificar y ponderar un conjunto más o menos amplio y variado de elementos fácticos para deducir la ocurrencia de tal circunstancia y le da un amplio margen de decisión para proteger el derecho fundamental amenazado o restablecerlo cuando hubiera sido vulnerado” (Quintero, 2012).

“En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez...” (Quintero, 2012).

Coincidiendo con la línea argumentativa planteada por el doctor Iván Quintero, en cuanto a la frecuencia con la que se presentan situaciones abusivas e injustificadas por parte de los trabajadores que alegan un estado de debilidad manifiesta, también debemos resaltar que es una oportunidad para que la empresa mejore e implemente, de la mano con la ARL y la EPS, campañas para la promoción de la salud y cómo evitar situaciones que generen riesgos en la salud de los trabajadores, para disminuir las estadísticas de ausentismo laboral.

De esta manera, el trabajador sería corresponsable de velar por el cumplimiento de las medidas que se adopten y, en caso de incumplirlas, poder iniciar un proceso disciplinario que de contera resulte en un despido justificado. Obviamente estas medidas no serían suficientes si los jueces de tutela continúan fallando reintegros y situaciones inexistentes de debilidad manifiesta. Los jueces deberían comprender más al sujeto que goza del fuero y proteger a aquellos que realmente ameriten una protección especial. De la misma manera, vemos que en la mayoría de los casos las sentencias son proformas sin que exista un análisis individual, real y consciente de la situación física del trabajador. Recordemos que el empresario también cuenta con el derecho al debido proceso (Sandoval, 2012).

Colombia no ha sido ajena a la situación de las personas discapacitadas. Las personas con limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales son sujetos de especial protección en la carta política de 1991. El constituyente le reconoció su dignidad como persona, sus derechos fundamentales y garantizó su total integración a la sociedad. En ese orden, al estado le confió la tarea de brindarles una especial protección, de adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración social y de prestarles la atención especializada que requieran. En el ámbito laboral consagro como la obligación del estado de garantizarles el derecho a un trabajo acorde a sus condiciones de salud y en materia de educación le impuso el deber especial de garantizarles ese servicio público. Las personas discapacitadas, sin discriminación alguna gozan de los mismos derechos y garantías que las demás. Empero, por hacer parte de un grupo de poblacional con condiciones particulares son beneficiarias de una protección especial por parte del estado y demandan, de este, una atención concreta, real y efectiva dirigida a garantizarles el pleno ejercicio de sus derechos, su amplia participación en la vida social y un desarrollo vital de sus intereses. El estado protegerá especialmente aquellas personas que por su condición económica, física, o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionara los abusos o maltratos que contra ellas se cometan (Rodríguez garreta, 2012).



El término discapacidad ha evolucionado legal y jurisprudencialmente, así por ejemplo la corte constitucional mediante sentencia T-271 de 2012, definió el concepto de discapacidad en los siguientes términos: "cualquier restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad ocasionados por una deficiencia en la forma o dentro del ámbito considerado normal para el ser humano. Sobre el mismo tema, "la convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas de discapacidad" suscrita en Guatemala el 7 de junio de 1999, entrada en vigor el 14 de agosto de 2001, e incorporada a nuestra legislación interna mediante la ley 762 de 2002, las cuales fueron declaradas exequibles por esta corporación en sentencia C - 401 DE 2003 con ponencia del magistrado Álvaro Tafur Galvis, definieron el concepto de discapacidad, en los siguientes términos: "el término discapacidad significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social (Plazas M, 2014).

La honorable Corte constitucional en la sentencia de tutela T-687/ 2006, consagra:

"... en ciertas circunstancias muy especiales el derecho a la estabilidad laboral reforzada puede oponerse, incluso, a la terminación del contrato a término fijo por el vencimiento del plazo. En efecto, en aquellos contratos que materialmente corresponden a contratos a término indefinido, cuyas obligaciones han sido plenamente satisfechas por el trabajador, que han sido sucesivamente renovados y que satisfacen necesidades permanentes de la empresa, el trabajador tiene derecho a que el patrono no adopte la decisión de no renovar el contrato fundado en razones discriminatorias o con la intención de lesionar o impedir el ejercicio de derechos fundamentales como el derecho a la asociación sindical. En estos casos, como se verá adelante, e/ derecho a la estabilidad en conexidad con el derecho a la no discriminación o con el derecho de asociación sindical, resulta plenamente aplicable.

Sobre la garantía a la estabilidad laboral reforzada en los contratos a término fijo, la Corte ha señalado lo siguiente:

"(...) el sólo vencimiento del plazo inicialmente pactado, producto del acuerdo de voluntades, no basta para legitimar la decisión del patrono de no renovar e/ contrato, sólo así se garantizará, de una parte la efectividad del principio de estabilidad, en cuanto "expectativa cierta y fundada" del trabajador de mantener su empleo, si de su parte ha observado las condiciones fijadas por el contrato y la ley, y de otra la realización del principio, también consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, que señala la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

Dicho principio, ha dicho esta Corporación, implica que "más que las palabras usadas por los contratantes para definir el tipo de relación que contraen, o de la forma que pretendan dar a la misma, importa. a los ojos de/juez y por mandato expreso de la Constitución, e/ contenido material de dicha relación, sus características y los hechos que en verdad la determinen" (Corte constitucional, 2006).

Los inspectores de Trabajo del Ministerio de la Protección Social, en el trámite de autorización del trabajador limitado o discapacitado del artículo 26 de la ley 361 de 1997, se deben ceñir a unos lineamientos jurídicos trazados por el Código Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Laboral y el Código de Procedimiento Civil.



El término de la investigación administrativa para autorizar el despido de una persona limitada o discapacitada es de tres (3) meses conforme al artículo 40 del Código Contencioso Administrativo.

Para que una autorización del Inspector de Trabajo, sea viable los soportes documentales son los siguientes:

Concepto, certificación o dictamen mediante el cual el tratamiento de rehabilitación culminó, no existe posibilidad de culminarse o no es procedente.

Estudios de puesto de trabajo con el objeto de determinar si efectivamente en la empresa existe o no un cargo acorde a la salud del trabajador.

La discriminación de cargos en la empresa.

Un documento que describa las competencias o funciones de cada cargo o puesto de trabajo relacionado en la nómina, versus el perfil, aptitudes físicas, psicológicas y técnicas con las que debe contar el trabajador que va a desempeñar el cargo.

Cualquier tipo de documento mediante el cual el empleador pruebe haber agotado todas las posibilidades de reincorporación o reubicación laboral mencionados y que en los puestos existentes en la empresa, empeorarían la condición de salud del trabajador ó que definitivamente con base en las capacidades residuales del trabajador, no existe un puesto de trabajo para ofrecerle conforme a su estado de salud.

#### **Protección al trabajador discapacitado o limitado:**

En relación a la protección del trabajador discapacitado o limitado, la empresa no puede dar por terminado el vínculo laboral de un trabajador por el hecho de estar incapacitado, limitado o discapacitado, y al respecto se aplica el artículo 26 de la ley 361 de 1997, la Convención Interamericana para la eliminación de todas formas de discriminación contra las personas con discapacidad, aprobada por la Ley 762 de 2002 y la Sentencia C-531 del 10 de mayo de 2000 de la Corte Constitucional, consagran el fuero de discapacidad.

Al respecto el artículo 26 de la Ley 361/97, determina: "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. No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo de Trabajo y demás normas que modifiquen, adicionen, complementen o aclaren" (Subrayado del Despacho) (Ministerio de la protección social, 2011).

#### **Tratados y convenios internacionales que protegen al trabajador discapacitado o limitado de salud (bloque de constitucionalidad)**

La Carta Internacional de Derechos Humanos comprende la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos protocolos facultativos. La Declaración,

definida como el «ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse», fue adoptada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General. Sus treinta artículos enumeran los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales básicos con los que deberían contar todos los seres humanos del mundo. Las disposiciones de la Declaración Universal se consideran normas de derecho consuetudinario internacional por su amplia aceptación y por servir de modelo para medir la conducta de los Estados. Tras la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos, principal órgano intergubernamental en la materia dentro de las Naciones Unidas, convirtió estos principios en tratados internacionales para proteger determinados derechos. Dado el carácter inédito de esta tarea, la Asamblea General decidió redactar dos pactos correspondientes a dos tipos de derechos enunciados en la Declaración Universal: los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales (ONU, 2013).

**La Declaración Universal de los Derechos Humanos.** Adoptada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Su fundamento se encuentra en el amparo y en la protección de todos los seres humanos, en su condición de tal, sin ningún tipo de diferenciación o discriminación.

Convención sobre los Derechos del Niño Los niños que tengan un impedimento físico o mental deben tener la oportunidad de acceder a cuidados y atención. El artículo 1º proclama como principio que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. A su vez, el artículo 23 afirma que toda persona, sin importar su condición, tiene derecho al trabajo y a escogerlo a su elección, y a la protección contra el desempleo (ONU, 1989).

En Colombia esta convención fue aprobada por medio de la Ley 12 de 1991. 28 especiales en razón de vivir dignamente. Además, deben de gozar de un ambiente o nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, social, moral y espiritual.

**El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976)** (PIDESC, 1966) Desde su Preámbulo, reconoce la necesidad de crear condiciones que permitan a cada persona gozar del conjunto de derechos humanos<sup>17</sup>. En igual sentido, se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

**La Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad** (CEDAW, 1981). En Colombia fue aprobada por la Ley 762 de 2002, su propósito es propiciar y lograr la plena integración en la sociedad de las personas con discapacidad. Conforme a lo dispuesto en su artículo 1º “el término “discapacidad” significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. Esta Convención define las circunstancias que pueden concebirse como trato discriminatorio en contra de las personas discapacitadas tales son: “toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”.



Así mismo, la convención define lo que no es discriminación como “la distinción o preferencia adoptada por un Estado a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con esta limitación no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia”.

Atendiendo a dicha Convención, Colombia, como Estado Parte, se comprometió a adoptar las medidas legislativas, sociales, educativas y laborales para eliminar la discriminación contra las personas discapacitadas y a propiciar su plena integración en la sociedad.

Según lo reseñó la Corte en la sentencia C-156 de 2004, la Convención fue suscrita debido a la preocupación que existe por la discriminación de que son objeto las personas en razón de su discapacidad y teniendo de presente el Convenio sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio 159); la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971); la Declaración de los Derechos de los Impedidos (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975, según la cual, atendiendo a la medida de las posibilidades de los discapacitados, éstos tienen derecho a obtener y conservar el empleo ya ejercer una ocupación útil, productiva y remunerativa); el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad (aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1982, el cual señala un marco para la comprensión y manejo de la discapacidad y lo hace a partir de definiciones conceptuales y fijando acciones en los campos de la prevención, la rehabilitación y la igualdad de oportunidades); el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (1988); los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el 20 Literal b) del Artículo 1º. 21 Tanto la Ley aprobatoria como la Convención fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-401 del 20 de mayo de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1991); la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud; las Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1993. Se señalan recomendaciones que conducen a la igualdad en la participación y en las oportunidades para las personas con discapacidad en el entorno de la vida social en el lugar donde viven); la Declaración de Managua (diciembre de 1993); la Declaración de Viena y Programa de Acción (aprobados por la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos en 1993); la Declaración de Caracas (Año 2001; la cual propugnó para que los Estados Miembros desplegaran esfuerzos para crear y actualizar las disposiciones jurídicas que protegen los derechos humanos de las personas con discapacidades mentales); la Clasificación Internacional de Deficiencia, Discapacidades y Minusvalías (Organización Mundial de la Salud año 1980; describe las situaciones relacionadas con el funcionamiento humano y sirve como marco de referencia para identificar y clasificar el nivel de las discapacidad); Declaración de Cartagena de 1992 “Sobre Políticas Integrales para las Personas con Discapacidad en el Área Iberoamericana” y la Declaración de Panamá del año 2000 “ La Discapacidad un Asunto de Derechos Humanos: El derecho a la Equiparación de oportunidades y el Respeto a la Diversidad”



La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha propugnado para que las personas con discapacidad tengan oportunidades de rehabilitación profesional y sean merecedoras de orientación y formación profesional, así como posibilidades de empleo. Una de sus primeras recomendaciones frente al asunto es "Sobre la Adaptación y Readaptación Profesionales de los Inválidos. Tuvo lugar en el año 22 Organismo intergubernamental, el cual contiene dentro de sus funciones la elaboración de un sistema normativo internacional a través del cual se reconozcan los derechos de los trabajadores y empleadores y el cumplimiento de las condiciones de trabajo. La OIT fue creada por el Tratado de Versalles en 1919, junto con la Sociedad de las Naciones. Su creación se dio con la finalidad de tomar conciencia de la necesidad de llevar a cabo reformas sociales, y reflejó la convicción de que estas reformas sólo podían realizarse con éxito en el plano internacional. Además obedeció a una preocupación humanitaria por la situación de los trabajadores, a los que se explotaba sin consideración alguna por su salud, su vida familiar y su progreso profesional y social, en 1955 (es la N° 99) y se constituyó en la base de la promoción de los derechos de los discapacitados.

Posteriormente se aprobó el Convenio N° 15923 Sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas. Y recomendación N° 168, Sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de las Personas Inválidas.

Con estos instrumentos se propende para que la persona con discapacidad, tenga la oportunidad de un empleo adecuado y se promueva la integración o reintegración de ella en la sociedad con la participación de la colectividad.

El Convenio N° 159 fue ratificado por Colombia mediante la ley 82 de 1988; éste formula obligaciones que deben cumplir los Estados que lo ratifiquen en temas referidos a relaciones laborales o condiciones de trabajo de las personas con discapacidad. Este convenio manifiesta que los Estados miembros de la Organización Internacional del Trabajo deberán elaborar una política nacional sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas. Así mismo, consagra que dicha política debe basarse en el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores inválidos y los trabajadores en general y que deberá respetarse la igualdad de oportunidades y de trato.

### **Fundamento Legal**

La principal norma en materia de disminuidos físicos es la Ley 361 de 1997, "Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones", también llamada Ley Clopatofsky, tiene como fundamento (art.1º) la completa realización personal y total integración social de las personas con limitaciones severas y profundas, al igual que su asistencia y protección necesarias (Godoy, Valdivieso, Londoño, 2009).

### **Ley 361 DE 1997 Artículo 26.** No discriminación a persona en situación de discapacidad.

En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá



ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, 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 aclaren.

La concepción legal del fuero claramente buscaba evitar la discriminación del trabajador disminuido, objetivo que desde luego encontraba asiento en la Constitución. En este sentido, los esfuerzos para los empleadores deberían centrarse en asumir la carga probatoria de demostrar la objetividad de la terminación del contrato de trabajo, ya sea ante el ministerio (si la posición era la del permiso previo en todo caso) o ante el juez (si la posición era la de solo pedir permiso cuando la terminación tenía como causa la disminución). Pero ahora, la razón de ser del fuero de salud está adquiriendo nuevas dimensiones, concretamente impulsadas por el deber de solidaridad constitucional, lo cual en últimas tendrá como efecto el que pasen a un segundo plano las argumentaciones sobre la objetividad y la no discriminación (Godoy, Valdivieso, Londoño, 2009).

#### **Desarrollo Jurisprudencial, Sentencias De Constitucionalidad.**

Así por ejemplo, a través de la Sentencia SU-256 de 1996 la Corte Constitucional señaló que se prohíbe la exigencia de pruebas para determinar la infección por VIH para acceder o permanecer en un trabajo y así mismo establece que los trabajadores no se encuentran obligados a informar a los empleadores su condición de infectados de VIH.

La honorable corte constitucional en sentencia de constitucionalidad C-531/2000, declaró la exequibilidad de la expresión "salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo", contenida en el inciso 1o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y Declarar la EXEQUIBLE el inciso 2o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 bajo el supuesto de que en los términos de esta providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.

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

"En efecto, si bien, conforme al artículo 53 de la Carta, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada. Esto sucede, por ejemplo, en relación con el fuero sindical, pues sólo asegurando a los líderes sindicales una estabilidad laboral efectiva, resulta posible proteger otro valor constitucional, como es el derecho de asociación sindical (CP art. 39). Igualmente, en anteriores ocasiones, esta Corporación también señaló que, debido al especial cuidado que la Carta ordena en favor de los minusválidos (CP art. 54), estas personas gozan de una estabilidad laboral superior,



la cual se proyecta incluso en los casos de funcionarios de libre nombramiento y remoción. En efecto, la Corte estableció que había una inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de los minusválidos, por lo cual, en tales eventos "es a la administración a quien corresponde demostrar porqué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión" (Subraya la Sala).

Con esa estabilidad laboral reforzada se garantiza la permanencia en el empleo del discapacitado luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral. Para tal fin deberán adelantarse los programas de rehabilitación y capacitación necesarios que le permitan alcanzar una igualdad promocional en aras del goce efectivo de sus derechos. La legislación nacional no puede apartarse de estos propósitos en favor de los discapacitados cuando quiera que el despido o la terminación del contrato de trabajo tengan por fundamento la disminución física, mental o psicológica. A continuación, se analizará esta situación en los segmentos demandados del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 "por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones".

La honorable corte constitucional en sentencia de constitucionalidad C-744/ 2012, declaro inexecutable el Artículo 137 del Decreto 19 de 2012, que preceptúa: Artículo 137. NO Discriminación A PERSONA EN Situación DE DISCAPACIDAD. El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, quedará así: "Artículo 26. No discriminación a persona en situación de discapacidad. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo. Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, no se requerirá de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador limitado incurra en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato, siempre se garantizará el derecho al debido proceso.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso primero del presente artículo, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren" (corte constitucional, 2012).

La honorable corte constitucional de Colombia en sentencia de constitucionalidad C-824/2011, declaro EXEQUIBLES las expresiones "severas y profundas" contenidas en el artículo 1º de la Ley 361 de 1997. advirtió que no solo las personas con discapacidad severa son destinatarias de la protección de la estabilidad laboral reforzada y de las demás prestaciones establecidas en la Ley 361 de 1997. Así, se incluyen como beneficiarias de dicha protección las personas con una limitación leve y moderada, de modo que "la referencia específica que hace el artículo 1º de la Ley 361 de 1997, a las personas con limitaciones 'severas y profundas' no puede tomarse como expresiones excluyentes para todos los artículos que conforman la citada ley. En punto a este tema, es de aclarar que la clasificación del grado de severidad de una limitación (art. 7º, Ley 361 de 1997) no implica la negación y vulneración de un derecho, sino la aplicación de



medidas especiales establecidas por la misma ley para personas con discapacidad en cierto grado de severidad (vgr. los artículos 2º, 3º y 4º de la Ley 361 de 1997). Más que de discapacidad leve y moderada, la jurisprudencia ha señalado que en estas situaciones debe hablarse de personas que por su estado de salud física o mental se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, que les dificulta trabajar en ciertas actividades o hacerlo con algunas limitaciones y que, por tanto, requieren de una asistencia y protección especial para permitirle su integración social y su realización personal, además de que gozan de una estabilidad laboral reforzada”.

Los beneficiarios de la Ley 361 de 1997 no se limitan a las personas con limitaciones severas y profundas, sino a las personas con limitaciones en general, sin entrar a determinar ni el tipo de limitación que se padezca, ni el grado o nivel de dicha limitación, esto es, sin especificar ni la clase, ni la gravedad de las limitaciones.

Por consiguiente, en la Constitución de 1991, todas las personas con limitaciones o con discapacidad, independientemente de la clase, nivel o grado de las mismas, gozan, sin discriminación alguna, de los mismos derechos y garantías que los demás ciudadanos, y adicionalmente, son reconocidos como sujetos de especial protección constitucional, y les es garantizado la adopción de medidas afirmativas y de derechos especiales en diversos ámbitos, con el fin de lograr el pleno ejercicio de sus derechos, su plena integración e inserción social, su rehabilitación y su activa participación en la vida social.

La Corte ha acogido una concepción amplia del término limitación, en el sentido de hacer extensiva la protección de la que habla la Ley 361 de 1997 a las personas de las que se predique un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad que no necesariamente acarree una pérdida de la capacidad para trabajar. Desde la sentencia T-198 de 2006 se ha dicho que “en materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez”.

La honorable corte constitucional en sentencia de constitucionalidad C-401/2003, declaro exequible la “CONVENCION INTERAMERICANA PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el siete (7) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999)” y Declarar EXEQUIBLE la Ley 762 de 2002.

En uno de sus apartes de la sentencia de constitucionalidad C-401/2003, manifiesta lo siguiente:

*El régimen constitucional y legal de protección de las personas con discapacidad*

Como lo ha señalado reiteradamente la Corporación el Constituyente no fue ajeno a la situación de marginalidad y discriminación a la que históricamente han sido expuestas las personas disminuidas física, sensorial o psíquicamente. Distintos artículos de la Constitución de 1991 están dirigidos en este sentido a proteger su derecho a ser parte de la sociedad y a recibir un trato que

les permita integrarse a ella, de manera que puedan ejercer sus derechos y asumir obligaciones y responsabilidades.

Así, el artículo 47 establece que “El estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.” Luego, el artículo 54, referido a la capacitación laboral, consagra expresamente el deber del Estado de “...garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”, y el artículo 68, acerca de la libertad de enseñanza, precisa en su último inciso que “a erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado”.

A su vez, el artículo 13, referido al derecho a la igualdad, en los incisos 2 y 3 señala que:

“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 circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Es decir que la Carta autoriza expresamente al Estado para tomar medidas en favor de “aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”, precepto del que se deriva la posibilidad de tratar en forma privilegiada a estas personas, a través de medidas de diferenciación positiva.

Al respecto la Corte ha hecho las siguientes consideraciones

El Constituyente no fue ajeno a la situación de marginalidad y discriminación a la que históricamente han sido expuestas las personas disminuidas física, sensorial o psíquicamente. Es así como la Carta Política consagra derechos fundamentales y derechos prestacionales en favor de los discapacitados. La igualdad de oportunidades y el trato más favorable (CP art. 13), son derechos fundamentales, de aplicación inmediata (CP art. 85), reconocidos a los grupos discriminados o marginados y a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. De otra parte, los discapacitados gozan de un derecho constitucional, de carácter programático (CP art. 47), que se deduce de la obligación estatal de adoptar una política de previsión, rehabilitación e integración social.

El derecho a la igualdad de oportunidades trasciende la concepción formal de la igualdad ante la ley. Tiene en cuenta las diferencias naturales o sociales como factores relevantes para determinar el trato a que tienen derecho determinadas personas o grupos. En relación con los discapacitados, la igualdad de oportunidades es un objetivo, y a la vez un medio, para lograr el máximo disfrute de los demás derechos y la plena participación en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (CP art. 2). La igualdad de oportunidades es, por consiguiente, un derecho fundamental mediante el que se “equipara” a las personas en inferioridad de condiciones, para garantizarles el pleno goce de sus derechos.



Los derechos específicos de protección especial para grupos o personas, a diferencia del derecho a la igualdad de oportunidades, autorizan una "diferenciación positiva justificada" en favor de sus titulares. Esta supone el trato más favorable para grupos discriminados o marginados y para personas en circunstancias de debilidad manifiesta (CP art. 13)."

### **Posición de la corte suprema de justicia – sala casación laboral frente al fuero de salud**

En la consideración de la protección laboral de las personas en estado de incapacidad, debemos mencionar el artículo 26 de la ley 361 de 1997, que señala:

Artículo 26. No discriminación a persona en situación de discapacidad. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo. Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, no se requerirá de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador limitado incurra en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato. Siempre se garantizará el derecho al debido proceso. No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso primero del presente artículo, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

El artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo: terminación del contrato por justa causa. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

A). Por parte del empleador: La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al empleador de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad.

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

El ámbito material se refiere a la materia regulada en el precepto de que se trate y en relación con este aspecto es de interés destacar que, tanto el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 26 de la ley 361 de 1997, se ocupan de la protección a personas en estado de discapacidad, pero lo hacen de manera diferente, porque, conforme se ha indicado, la primera considera la posibilidad de despedir a estas personas en atención a unas condiciones y la segunda prohíbe esta decisión material aunque lo permita formalmente mediante la autorización del Estado. Conviene señalar que el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo enlista las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, el primer análisis que hace el operador judicial ordinario frente a un trabajador que se encuentre en una de las justas causas descrita en el artículo 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo pero que a su vez tenga la condición de discapacitado es verificar si cumple con el requisito.



En tal sentido, judicialmente todo aquel que no obtenga o soporte estos niveles de discapacidad no cuenta con la protección especial, razón por la cual debe ser juzgado por las reglas generales, observándose en este aspecto la primera contradicción con los operadores constitucionales, quienes no atienden a esta cualificación, y dan prioridad al hecho puro y simple de estar el trabajador en limitación, estado de debilidad manifiesta hoy entendida como discapacidad.

Una vez alcanzado el hito de la igualdad formal ante la ley para los trabajadores, el siguiente paso que la Corte Suprema de Justicia ha dado para lograr el pleno ejercicio de los derechos fundamentales en igualdad de condiciones para los empleadores y los trabajadores dentro de una relación de trabajo dependiente, ha sido adoptar "una línea de decisión judicial dirigida a establecer los requisitos para la protección laboral en estado de discapacidad"

Construye el honorable cuerpo colegiado una línea jurisprudencial que establece una serie de requisitos para que los trabajadores sean beneficiarios de la protección laboral descrita en la ley 361 de 1997, los cuales describe en forma somera en la Sentencia 35606 del 25 de marzo de 2009:

De acuerdo con la sentencia en precedencia para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: (i) que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación "moderada", que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) "severa", mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad labora, o c) "profunda" cuando el grado de minusvalía supera el 50%; (ii) que el empleador conozca de dicho estado de salud; y (iii) que termine la relación laboral "por razón de su limitación física" y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social.

La protección laboral reforzada de los trabajadores conforme el artículo 26 de la ley 361 de 1997, comprende entonces para la justicia ordinaria el cumplimiento de cinco requisitos sine qua non a saber:

El trabajador se encuentre calificado por las entidades competentes para determinar su pérdida de capacidad laboral.

El porcentaje de pérdida de capacidad laboral sea superior al 25% es decir, se encuentre dentro de los establecidos para una discapacidad en clasificación de severa y profunda.

Una vez calificado el trabajador este debe notificar al empleador la existencia de dicha calificación y el porcentaje determinado.

El trabajador debe contar con el carné de discapacitado expedido por la EPS, en donde se describa su grado de discapacidad.

La causal de despido sea la discapacidad del trabajador.

De no cumplirse cualquiera de estos requisitos por parte del trabajador la protección laboral es nugatoria. Una lectura de las obiter dicta que fundamentan las decisiones judiciales señaladas, nos permiten comprender la envergadura y la trascendencia social y jurídica que tienen estas decisiones en el mundo del trabajo.

La obligación judicial de presentar el dictamen de pérdida de capacidad laboral como requisito para ser beneficiario de la protección laboral, se describe en la Sentencia 37514 de 2010, así:



(...) al referirse a los principios que la inspiran y al señalar sus destinatarios, de modo que delimita el campo de su aplicación a quienes por ley son consideradas discapacitadas, es decir, todas aquellas que tengan un grado de minusvalía o invalidez superior a la limitación moderada, además de que el estado de salud debe ser de conocimiento del empleador, pues la sola circunstancia de que el trabajador se encuentre incapacitado para el momento de la ruptura del contrato de trabajo, no acredita que tenga una limitación física y dentro de los porcentajes anteriormente mencionados, requiriéndose por tanto de una prueba científica como sería el respectivo dictamen o calificación (...).

Esta decisión confirma la línea jurisprudencial, que inicia con la sentencia hito "También es cierto que las incapacidades, por sí solas, no acreditan que la persona se encuentre en la limitación física y dentro de los porcentajes anteriormente mencionados, para efectos de ser cobijada por la protección a la que se refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997" (Sentencia 35606, 2009).

En sentencia se consideró el ostentar una calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 25%:

En las condiciones que anteceden, debe determinarse si a pesar de la demostración de los referidos supuestos fácticos, el proceder del empleador se ajustó al ordenamiento jurídico existente y, en consecuencia, el despido se produjo por una justa causa prevista legalmente, tal como lo aduce el impugnante, o si por el contrario, le asiste el derecho al trabajador a ser reintegrado por no haber perdido su capacidad laboral en forma tal que se considere inválido y no haberse obtenido la autorización del Inspector del Trabajo, conforme lo concluyó el Tribunal, con apego en la especial protección que prevé el inciso 2º del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Para la Corte, el sentenciador de alzada sí incurrió en las violaciones legales denunciadas, pues en el presente asunto, no se dan las condiciones exigidas para obtener la garantía de estabilidad de que trata la Ley 361 de 1997, pues dentro de los requisitos para que proceda la protección estatuida en la citada Ley (inciso 2º del artículo 26), se encuentra el que la pérdida de la capacidad laboral supere el 25%, para esa forma poder ser considerada con una limitación severa, situación en la que no se encuentra el demandante, toda vez que su discapacidad sólo alcanza el 21.55%. En efecto, ya ésta Corporación ha fijado su criterio en torno al tema relacionado con la aplicación de la Ley 361 de 1997, en el sentido de que ella está diseñada para garantizar la asistencia y protección necesaria de las personas con limitaciones "severas y profundas", pues así lo establece el artículo 1º, al referirse a los principios que la inspiran y al señalar sus destinatarios, en cuanto son las personas consideradas discapacitadas, esto es, aquellas que tengan un grado de minusvalía o invalidez superior a la limitación moderada, pues la sola circunstancia de que el trabajador sufra alguna enfermedad que lo haya incapacitado temporalmente para laborar, no lo hace merecedor a esa especial garantía de estabilidad laboral (Sentencia 38992, 2010).

En sentencia 37514 del 27 de enero de 2010, se crea la necesidad de notificación previa al empleador de la discapacidad o minusvalía, por parte del trabajador calificado:

Superados los anteriores escollos y al abordar el fondo del asunto, se observa que la acusación está encaminada a que se determine jurídicamente, que para considerar una persona como limitada y beneficiaria de la protección especial que consagra el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no se requiere que el discapacitado, inválido, minusválido, disminuido, incapacitado, reubicado, etc; tenga un determinado grado de minusvalía, ni una calificación previa de su limitación, sino que éste se encuentre en una manifiesta debilidad al momento del despido o terminación del contrato de trabajo. Planteadas así las cosas, es de anotar, que esta Sala de la



Corte ya tuvo la oportunidad de analizar y definir el tema, fijando su propio criterio, en el sentido de que la Ley 361 de 1997 está diseñada a garantizar la asistencia y protección necesaria de las personas con limitaciones severas y profundas, pues así lo contempla su artículo 1º, al referirse a los principios que la inspiran y al señalar sus destinatarios, de modo que delimita el campo de su aplicación a quienes por ley son consideradas discapacitadas, es decir, todas aquellas que tengan un grado de minusvalía o invalidez superior a la limitación moderada, además de que el estado de salud debe ser de conocimiento del empleador, pues la sola circunstancia de que el trabajador se encuentre incapacitado para el momento de la ruptura del contrato de trabajo, no acredita que tenga una limitación física y dentro de los porcentajes anteriormente mencionados, requiriéndose por tanto de una prueba científica como sería el respectivo dictamen o calificación (...).

(...) De tal modo que, siguiendo las anteriores directrices o enseñanzas jurisprudenciales, el Tribunal no pudo cometer ningún yerro jurídico cuando concluyó que para que opere la protección especial de la Ley 361 de 1997 y se generen las consecuencias previstas en su artículo 26, en el evento de un despido o terminación del contrato de trabajo, se requería establecer en el sub lite la condición de limitado de la trabajadora demandante en los porcentajes establecidos por ley, y que esa discapacidad física, minusvalía o pérdida de capacidad laboral tenga efectos vinculantes, esto es, que esté demostrada su existencia y conocimiento por parte del empleador para el momento en que se ponga fin a la relación laboral, y no en forma ulterior o con posterioridad al rompimiento del vínculo.

Ser portador del carné de discapacitado existe en el artículo 5 de la ley 361 de 1997, pero la Corte Suprema de Justicia, convierte este elemento en un requisito para la protección laboral reforzada, según lo dispuesto en la Sentencia 32532 15-07-2008:

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

**Sentencia del 28 de septiembre de 2010, Rad. No. 37109 En casación, la Sala Laboral dijo:**

"... como quedó dicho, el Tribunal fundó su decisión en razonamientos de orden estrictamente fáctico, como que concluyó que el actor no tenía la condición de discapacitado que le diera derecho a la protección alegada y, además, que su despido no obedeció a esa condición, porque se ajustó a derecho. "En efecto, consideró que las pruebas que analizó "...no dan ninguna luz respecto de la condición de discapacitado que se atribuye al demandante, si bien refleja un



estado patológico especial, la 'invalidez' descrita en el informe médico no configura grado de invalidez alguno...". Aparte de ello, concluyó que la historia clínica aportada no era determinante para la solución del pleito porque es posterior a la fecha de terminación del contrato de trabajo. Basado en esos razonamientos asentó: "Ante la ausencia de la prueba de discapacidad o invalidez del demandante, el procedimiento estatuido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no tenía que observarlo la empresa demandada para tomar la decisión de despedir al ex trabajador; por tanto al no obligarle estas normas, de manera alguna, quebrantó los derechos constitucionales y legales esgrimidos por el apoderado de la demandante". Adicionalmente, estimó que la causa del despido es ajena a la predicada por el actor y los documentos de folios 84 a 92 informan que la demandada se ajustó a derecho al terminar el contrato, porque se probó que la extinción del vínculo fue justa".

Sentencia del 24 de marzo de 2010, Rad. 37235 En casación, la Sala Laboral dijo (las negrillas no son del original): Finalmente valga recordar, que esta Sala ya ha tenido oportunidad de analizar y definir el tema relacionado con la aplicación de la Ley 361 de 1997, fijando su criterio al respecto, en el sentido de que ella está diseñada para garantizar la asistencia y protección necesaria de las personas con limitaciones severas y profundas, pues así lo contempla su artículo 1º, al referirse a los principios que la inspiran y al señalar sus destinatarios, de modo que delimita el campo de su aplicación a quienes por ley son consideradas discapacitadas, es decir, todas aquellas que tengan un grado de minusvalía o invalidez superior a la limitación moderada, pues la sola circunstancia de que el trabajador sufra alguna enfermedad que lo haya incapacitado temporalmente para laborar, no acredita que tenga una limitación física, requiriéndose por tanto para su comprobación de una prueba científica como sería el respectivo dictamen o calificación.

En la Sentencia del 16 de marzo del 2010, Rad. No. 36.115, con el análisis de la especialidad de la ley 361, la Sala Laboral agregó: Claro que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 constituye una valiosa herramienta que propende por garantizar la asistencia y la protección necesarias de las personas con limitaciones significativas, en la medida de reprimir severamente el fenecimiento del vínculo de trabajo que haya tenido causa en esas especiales condiciones que afectan a los trabajadores. Pero no figura consagrada en esa preceptiva legal una presunción, entendida como el razonamiento lógico que hace el legislador -con el fin de darle estabilidad a las relaciones de orden social, familiar y patrimonial- de tener por demostrado o por probable un hecho a partir de otro cuya evidencia probatoria no se discute.

Su redacción no da margen para concluir el establecimiento de una presunción, ya legal, susceptible de ser desvirtuada, ora de derecho, que no admite la posibilidad de ser desmoronada.

No contiene esa norma una inferencia lógica del legislador en el que a partir de un hecho antecedente "se entienda", "se reputa", "se presume" otro hecho, en el sentido de tener por probado o por probable este último. Ahora bien, no desconoce la Sala que como una garantía adicional a los trabajadores discapacitados, quienes ciertamente gozan, según el artículo 54 de la Carta Política (que no se cita en el cargo), de una protección especial, y para garantizar la especial estabilidad laboral que les otorga la Ley 361 de 1997, es razonable extenderles algunas disposiciones legales que consagran mecanismos especiales de amparo, como aquellos de los que gozan otros trabajadores que tienen constitucionalmente reconocida una protección superior, como las trabajadoras en estado de embarazo; de tal forma que les resulte más fácil establecer judicialmente el hecho que genera la protección especial, lo cual se logra siendo beneficiados con una presunción legal sobre los motivos de su despido, tal como lo ha admitido la Corte



Constitucional en varias decisiones de tutela ( Sentencias T- 1083 de 2007 y T- 125 de 2009, entre otras)

### **Obligatoriedad de cumplir la jurisprudencia de la corte constitucional carácter vinculante del precedente y la *ratio decidendi***

La Corte Constitucional es una institución creada por la Constitución Política de 1991, con la función principal de “confiar a ella la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

En este sentido la Corte Constitucional es la intérprete autorizada del contenido de la Carga Magna y de establecer la congruencia o no de las normas, decisiones administrativas y judiciales con ésta, en consecuencia, se ha desarrollado una doctrina que define el carácter vinculante de las decisiones de este cuerpo colegiado, para los administradores de justicia, los servidores públicos y las empresas privadas que cumplan funciones públicas.

Estas sentencias que reciben la calificación de jurisprudencia, dictadas en procesos de constitucionalidad abstracta o en sede de revisión de tutela, generan para la doctrina el precedente judicial en el nivel constitucional.

En sentencia T-292 de 2006 el Tribunal sintetizó las razones que permiten adjudicar el carácter de fuente formal de derecho a los precedentes constitucionales contenidos en Las decisiones de esta Corporación. La Corte fundamentó la fuerza vinculante de la *ratio decidendi* en: el respeto a la cosa juzgada constitucional reconocida en el artículo 243 de la Carta, que se proyecta a algunos de los elementos de la argumentación [*ratio decidendi*] (...).

La posición y la misión institucional de esta Corporación que conducen a que la interpretación que hace la Corte Constitucional, tenga fuerza de autoridad y carácter vinculante general, en virtud del artículo 241 de la Carta. Igualmente, y en especial respecto de las sentencias de tutela, la Corte resaltó con posterioridad otros fundamentos de la fuerza vinculante de la *ratio decidendi*, tales como iii) el principio de igualdad, la seguridad jurídica, el debido proceso y el principio de confianza legítima.

En sentencia SU-1219 de 2001 la Corte precisó que la *ratio decidendi* “integra la norma constitucional y adquiere fuerza vinculante al ser parte del derecho a cuyo imperio están sometidas todas las autoridades en un Estado Social de Derecho”, aspecto que permite predicar de ella la calidad de fuente formal de derecho. En línea con lo expuesto, es pertinente indicar que ya en sentencia T-1317 de 2001 el Tribunal Constitucional, refiriéndose a la *ratio decidendi* identificada a partir de sentencias de revisión, puso de manifiesto que esta tiene la estructura de una regla de derecho, la cual, dicho sea de paso, por definición contiene un enunciado deóntico que autoriza, prohíbe u ordena determinada conducta. Al respecto la Corte enfatizó:

Para ampliar el tema de precedente jurisprudencial se puede consultar las sentencias. Corte Constitucional. Sentencias T-292 de 2006, C-836 de 2001, SU-1219 de 2001, C-036 de 1997, C-447 de 1997, SU-047 de 1999, C-104 de 1993, C-113 de 1993, C-131 de 1993, T-123 de 1995 y C-038 1995.73 Sobre estas consideraciones. Ver Sentencias T-123 de 1995; T-260 de 1995; C-252 de 2001; C-836 de 2001; SU-047 de 1999 y T-698 de 2004.66



Sea lo primero advertir que el precedente judicial se construye a partir de los hechos de la demanda. El principio general en el cual se apoya el juez para dictar su sentencia, contenida en la *ratio decidendi*, está compuesta, al igual que las reglas jurídicas ordinarias, por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho define el ámbito normativo al cual es aplicable la sub-regla identificada por el juez. De ahí que, cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente.

Lo anterior se apoya en el principio de igualdad, que obliga aplicar la misma regla a quienes estén en la misma situación de hecho. En el Estado Social de Derecho, el juez en su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo, desarrolla una tarea de construcción y ponderación de principios de derecho que dan sentido a las instituciones jurídicas, lo cual supone un cierto grado de abstracción o de concreción respecto de las normas particulares para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, que le permita encauzar el ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales.

Traigo a colación el desarrollo del precedente, donde la C.S.J. Sala Penal hace un estudio juicioso del precedente obligatorio y sus efectos de la sanción en caso de no acoger el mismo.

Trascribo varios apartes separados, pero literalmente de la sentencia que a continuación desarrollo el precedente y sus efectos y nodales de expedientes y doctrinas.

Corte Suprema De Justicia -Sala De Casación Penal - Magistrado Ponente-José Luis Barceló Camacho. Aprobado acta N° 106. Bogotá, D. C., diez (10) de abril de dos mil trece (2013).

(...) También la aplicación del derecho por parte de su legítimo intérprete (jurisprudencia) es fuente de derecho, al igual que se predica de la Ley. Ello encuentra su razón de ser en que de tiempo atrás se ha aclarado que el artículo 230 de la Constitución Política, cuando refiere que el juez sólo está sometido al imperio de la ley, no alude únicamente a la acepción de ley en su sentido formal, esto es, la expedida por el Congreso, sino a todo el ordenamiento jurídico, en el que se incluyen, por ejemplo, la jurisprudencia, la costumbre, los tratados internacionales, las convenciones colectivas, entre otros. (Resaltado fuera del texto original)

La fuerza vinculante del precedente, el carácter normativo de la jurisprudencia por razón de su condición de fuente formal de derecho, así como el deber de sujeción de los jueces a la doctrina probable, han sido reafirmados, además, en diferentes situaciones, entre ellas, en la sentencia de unificación SU 120 de 2003, mediante la cual la Corte Constitucional decidió varias acciones de tutela interpuestas precisamente contra decisiones de la Sala de Casación Laboral.

Allí se determinó que el respeto al precedente concreta el derecho a la igualdad, al tiempo que materializa los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, unidad del ordenamiento y la presunción de buena fe que pesa sobre la actuación de las autoridades judiciales, con el fin



de evitar que los jueces actúen arbitrariamente y, de este modo, incurran en una vía de hecho, cuando sin razones que justifiquen su actuar desconozcan la doctrina probable al interpretar el ordenamiento jurídico.

El tema fue reiterado, además, en la sentencia C-539 de 2011, por medio de la cual se declaró la constitucionalidad del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, precepto que ordena a las entidades públicas acoplar sus actuaciones a los precedentes judiciales que, en materia ordinaria o contenciosa administrativa por los mismos hechos y pretensiones, De esta manera se reconoció que el artículo 230 de la Constitución Política le confiere el carácter de vinculante al precedente judicial, tal y como expresamente lo dispone el artículo 241 del mismo estatuto respecto del precedente constitucional.

Más aún: es pertinente recordar que la Corte Constitucional extiende el deber de obediencia del precedente no solamente a las autoridades administrativas pertenecientes al poder ejecutivo, como en principio podría llegar a entenderse, sino que incluye el rol judicial que también implica una función de esta naturaleza, cual es la de administrar justicia (Resaltado fuera del texto original).

Dicha conclusión la fundó en el artículo 230 de la Constitución Política, en cuanto refiere que los jueces sólo están sometidos en sus providencias al imperio de la ley.

Con apoyo en dicho precepto, concluyó, entonces, que “la jurisprudencia constitucional ha esclarecido que, a partir de una interpretación armónica con la integridad de la Constitución, incluye igualmente el precedente judicial que determina el contenido y alcance normativo de la ley”.

Sin embargo, aun cuando el carácter vinculante del precedente judicial se extiende tanto a las autoridades administrativas como a las judiciales, es preciso decir que existen diferencias entre ambas funciones, pues las primeras no gozan de autonomía e independencia, como sí ocurre con las segundas.

De allí que se afirme que el precedente es, en todo caso, obligatorio para las autoridades del orden administrativo, mientras que, respecto de la función judicial, se permite a sus ejecutores apartarse del mismo, siempre que expongan razones atendibles, siguiendo las exigencias argumentativas reseñadas en precedencia.

La Sala de Casación Penal también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema reconociendo el carácter vinculante de su jurisprudencia, citando justamente la línea que ha trazado la Corte Constitucional, concretamente la sentencia C-836 de 2001.

## CONCLUSIONES

Las posiciones de la corte suprema de justicia sala laboral y la corte constitucional frente a las preguntas del tema a desarrollar, son bastantes apartadas en su criterio jurídico y jurisprudencial, desde el punto de vista constitucional estamos en total de acuerdo con la posición de la corte constitucional, como única guardiana de la constitución política, de los derechos sociales, laborales y fundamentales, por lo tanto este criterio jurisprudencia que ha sentado



nuestra corte constitucional es de imperativo cumplimiento para las autoridades administrativas y judiciales, para lo cual los precedentes constitucionales que hace la corte constitucional marca un derrotero de cómo se debe interpretar la ley 361 de 1997 artículo 26, en el cual un trabajador que sufra una limitación física, psicología, que no le permita cumplir el trabajador sus funciones laborales de manera correcta, este trabajador se encuentra con fuero de estabilidad laboral reforzada, y goza de especial protección por parte del estado colombiano, del cual la única forma de despedir a este trabajador limitado, es solicitando un permiso ante las oficina especial de trabajo, con el fin de que autoricen dicho despido.

La corte suprema de justicia sala laboral debe de respetar el análisis de constitucionalidad que hace nuestra corte constitucional en materia de constitucionalidad e interpretación de la ley 361 de 1997 art 26, para lo cual la corte supremas de justicia en su jurisprudencia se aparta de los lineamientos desarrollados por la corte constitucional de la ley 361 de 1997, para cual desarrolla una jurisprudencia paralela y apartada de la corte constitucional, lo cual ha sentado que un trabajador discapacitado es el que este calificado con un 25% o más de pérdida de capacidad laboral y desarrollo una serie de requisitos para que este fuero constitucional proceda, pero la interpretación no es la que desarrolla la corte constitucional.

Los derechos sociales, laborales y constitucionales, tienen desarrollo en un contexto internacional y nacional, donde se debe respetar, la corte ha venido protegiendo en su jurisprudencia a esta población, los funcionarios y operadores de justicia deben de seguir los lineamientos de la jurisprudencia de nuestra corte constitucional en materia de la constitucionalización de los derechos laborales, de lo cual el desarrollo de estos derechos merecen una especial protección, por encontrarse las personas en un estado de debilidad manifiesta.

En el mismo sentido, el requisito de que la discapacidad supere el 25%, supuestamente originado en sentencias de la Corte Suprema de Justicia, no puede aplicarse en contravía de la interpretación que esta Corporación ha realizado sobre una garantía de origen constitucional. Debe recordarse, al efecto, que esta Corporación tiene a su cargo la función de interpretar con autoridad la Constitución Política, y que los precedentes constitucionales vinculan a autoridades judiciales y administrativas por igual, cuando de la aplicación e interpretación de derechos fundamentales se trata. (T – 025 DE 2011)

#### BIBLIOGRAFIA

Plazas, M. (2014). La Nueva Practica Laboral 2014. Bogotá.

Quintero. (2014). Debilidad manifiesta.ÁmbitoJurídico.com. Recuperado de:  
[http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-12100418debilidad\\_manifiesta/noti-121004-18debilidad\\_manifiesta.asp](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-12100418debilidad_manifiesta/noti-121004-18debilidad_manifiesta.asp).

Rodríguez, G. (2012). Guía relaciones laborales y prestacionales. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.





Sandoval. (2014). Debilidad manifiesta. Oportunidad para promover la salud. *Ámbito Jurídico.com*. Recuperado de: [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-12100418debilidad\\_manifiesta/noti-121004-18debilidad\\_manifiesta.asp](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-12100418debilidad_manifiesta/noti-121004-18debilidad_manifiesta.asp).

Valdivieso, R. (2006). Selección y condiciones de salud. *Revista actualidad laboral y seguridad social*, pág. 25.