

**ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA,
UNA GARANTIA CONSTITUCIONAL A LOS TRABAJADORES
DISCAPACITADOS O EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA**

Trabajo presentado para obtener el título de abogado.

Autor:

JOHN FREDY MARTINEZ VIEDA Código 041083474

MÓNICA MIREYA ORJUELA QUINCHARA Código 042062082



**MONOGRAFIA DE INVESTIGACION
UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURIDICAS
BOGOTA D.C.**

2019

**ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA,
UNA GARANTIA CONSTITUCIONAL A LOS TRABAJADORES
DISCAPACITADOS O EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA**

Trabajo presentado para obtener el título de abogado.

Autor:

JOHN FREDY MARTINEZ VIEDA Código 041083474

MÓNICA MIREYA ORJUELA QUINCHARA Código 042062082

ASESOR.

Doctor Otto Josué de Quesada Barona



MONOGRAFIA DE INVESTIGACION

UNIVERSIDAD LIBRE

FACULTAD DE DERECHO

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURIDICAS

BOGOTA D.C.

2017

DEDICATORIA

*A mi hija y a mi familia en general
Por inspirarme y acompañarme en
Todos los momentos de mi vida.
Mónica Orjuela.*

Este trabajo de grado se lo dedicamos a nuestro Dios quien nos dirijo por el buen camino nos dio fuerzas para no desfallecer y no caer ente los problemas que se presentaban enseñándonos a levantarnos para alcanzar nuestra meta y no caer en el intento.

*A nuestra Familia que le debemos todo lo que somos,
Para nuestras madres grandes mujeres trabajadoras, fuertes, sabias que nos apoyaron dándonos los mejores consejos para enfrentarnos a la vida por ayudarnos con los recursos necesarios para poder estudiar nos dieron todos esos grandes valores para ser grandes personas nos enseñaron a tener principios, carácter y a saber perseverar cuando se piensa que todo está perdido.*

*A nuestros Padres por sus enseñanzas por su lucha para hacernos comprender que se llega a la cima cuando nos superamos a nosotros mismos
A todos aquellos que aportaron esa semilla de ayuda en nuestro proyecto de grado que nos dieron su aporte su colaboración gracias.
“La educación es el arma más poderosa para cambiar el mundo”. Nelson Mandela*

John Fredy Martínez

AGRADECIMIENTO

Los autores del proyecto, manifiestan su gratitud a la Universidad Libre de Colombia, por ofrendar soporte y contribución para la elaboración de la monografía, particularmente al docente Otto Josué de Quesada Barona, por su consagración y orientación académica.

En su totalidad al cuerpo de educadores que transmitieron su entendimiento, en aras de amplificar el discernimiento en Derecho, y brindaron su instrucción en la obtención de conocimiento y consolidar la academia como abogados.

A cada una de las personas que cooperaron en el transmitir de su sabiduría y extender nuestros conocimientos en la academia.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO 1 REFERENTES CONCEPTUALES DEL PROBLEMA OBJETO DE INVESTIGACIÓN.....	11
1.1 Estabilidad laboral reforzada	
.....	11
1.1.1 Concepto.....	111
1.1.2 Principio de estabilidad	166
1.1.3 Alcance de la estabilidad laboral reforzada.....	177
1.2 Elementos constitucionales, legales e internacionales que respaldan la estabilidad laboral reforzada.....	18
1.3 Desarrollo histórico del objeto problema de investigación	24
1.4 Variables del conflicto jurídico planteado	30
CAPITULO II LA CORTE CONSTITUCIONA, Y SUS RESPUESTAS AL PROBLEMA PLANTEADO	55
2.1 Analisis de la realidad. implementación de las decisiones judiciales	
.....	59
2.2. Respuestas de la corte constitucional al problema planteado	
.....	67
2.3 En respuesta a lo planteado.....	80
CONCLUSIONES.....	84
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	85

LISTADO DE SIGLAS

- A.R.P** Administradora de Riesgos Profesionales.
- A.T.** Accidente Trabajo
- C.P** Constitución Política
- C.S.J** Corte Suprema de Justicia.
- C.S.T** Código Sustantivo del Trabajo.
- D.F.** Derecho Fundamental.
- D.M** Debilidad Manifiesta.
- E.L.R.** Estabilidad Laboral Reforzada.
- E.P.** Enfermedad Profesional.
- E.P.S** Entidad Promotora de Salud.
- M.P.S** Ministerio de Protección Social
- P.I.D.E.S.C** Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- S.G.R.P** Sistema General de Riesgos Profesionales.
- S.G.S.S.** Sistema General de Seguridad Social.
- S.S.S.P** Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

ACEPTACIÓN

VALORACIÓN:

Calificación: _____

Dr. (a)

Jurado (o Asesor)

Dr. (a)

Jurado (o Asesor)

INTRODUCCIÓN

En fin de la protección del derecho al trabajo, mismo que según normatividad internacional debe ser considerado como un derecho de carácter fundamental, la Carta de 1991 estipula en el artículo 53, que el Estado y la legislación deben reconocer el derecho al trabajo y velar por que los trabajadores puedan gozar de una estabilidad laboral real.

Según el avance en la Jurisprudencia el Tribunal Constitucional, la E.L.R debe ser aplicada en casos muy particulares, entre ellos, la protección a la mujer gestante, a los dirigentes en los sindicatos, es decir, el denominado fuero sindicalista y por último a los empleados en posición de discapacidad o en D.M.; la Corte ha sido clara en establecer que cuando se presentan estas situaciones en el ámbito laboral, no basta con que medie una justa causa para el despido, también se debe solicitar aquiescencia al Ministerio del Trabajo, para desvincular al trabajador de sus funciones.

El **problema jurídico** se plantea de la siguiente manera: a pesar de las garantías legales y constitucionales a favor de los empleados protegidos por la estabilidad laboral reforzada, los empleadores, en muchas ocasiones, no reconocen los derechos de los trabajadores y el amparo estatal del que gozan, llevando a los empleados al límite con conductas que rayan en el acoso laboral, con el objetivo de terminar en renuncia de los mismos y evitarse todo el procedimiento que debe ser agotado para el despido, desconociendo así la obligación de proteger a estos trabajadores que no están en el pleno de sus capacidades.

Partiendo de lo anterior la **pregunta problema** se presenta así: ¿En qué consiste la Estabilidad Laboral Reforzada y cuáles son sus implicaciones con respecto a los empleados que están en condición de discapacidad o debilidad manifiesta?, ¿Qué mecanismos

administrativos permiten la destitución del trabajador discapacitado en los casos en los que no haya sido posible la reubicación?, y finalmente ¿Cuál es la responsabilidad del Estado en garantizar el derecho a la E.L.R. y cuál es su rol en la prevención de situaciones que generen un desmedro en la integridad de los trabajadores?.

Teniendo en cuenta la realidad social, la **hipótesis** que busca comprobarse por medio del presente trabajo investigativo, es la determinación de los protocolos que garanticen al empleado discapacitado el derecho a la E.L.R, o en su defecto la protección de sus derechos fundamentales.

El **enfoque jurídico** utilizado en la presente investigación ha sido, el enfoque funcionalista, toda vez que logra establecer la relación entre la normatividad vigente y la realidad social, determinando la influencia del devenir social en el ordenamiento jurídico y la interpretación del mismo por medio de órganos judiciales, como lo es la Corte Constitucional colombiana.

El **objetivo general** que se ha pretendido con esta investigación es profundizar en la figura jurisprudencial de la E.L.R., entendiendo que el Estado tiene bajo su responsabilidad el velar por el bienestar de los habitantes en la totalidad del territorio nacional, especialmente en aquellos que están en situación de D.M, así mismo indagar la materialización en dicha garantía constitucional dirigida a la población trabajadora, tomando en cuenta los avances históricos y la normatividad vigente en materia de R.P.C.

Al estar en una investigación de índole socio jurídica, en el entendido que se pretende examinar cual ha sido el aporte de una garantía constitucional y el desarrollo de la misma a través de la jurisprudencia, así como su implicación en la realidad social, se ajusta la misma a los postulados establecidos por la universidad, en cuanto a la utilidad, interés y aporte social.

El presente trabajo, se ha propuesto ser una investigación de carácter socio jurídico cualitativo, pues se ha encargado del análisis y estudio de un fenómeno social, cual es la situación de los trabajadores en estado de discapacidad o D.M, así como la implementación y efectiva garantía de derechos constitucionales como el derecho al trabajo y sus implicaciones dirigidos hacia una población específica, que se encuentra en estado de debilidad manifiesta.

Finalmente, se hizo uso del método descriptivo- explicativo, toda vez que se orientó la investigación, en describir los tópicos propios de esta garantía constitucional y a su vez establecer sus implicaciones en la realidad social, específicamente las implicaciones de la misma en favor de un grupo poblacional específico, esto es, los trabajadores a los que cubre la citada garantía.

El primer capítulo del presente trabajo, está enfocado en exponer la situación actual de los trabajadores en el que están en posición de D.M. por causa de accidentes de trabajo o E.P, así como el desarrollo jurisprudencial de la estabilidad reforzada; a su vez en este capítulo se estableció la situación legal y la evolución histórica entre otros componentes de la seguridad social en temas de Riesgo Laboral.

En el segundo capítulo se pretendió desarrollar el problema de Investigación eficientemente y de manera práctica, estableciendo los enfoques utilizados en los resultados de la investigación, y así como la triangulación de la información, con la finalidad de correlacionar variables y lograr la verificar la hipótesis de investigación.

Por su parte, el tercer capítulo se propone validar la hipótesis de investigación, determinando si se lograron consolidar los objetivos planteados y si se ha logrado dar respuesta a la pregunta planteada como problema de investigación.

Finalmente, se establece la utilidad social del presente trabajo en determinar los avances jurisprudenciales, así como el cumplimiento o incumplimiento de lo determinado por la Corte Constitucional en relación a los estados de debilidad manifiesta en materia laboral, así como los protocolos que deben seguir los empleadores al momento de proceder al despido de sus empleados, sin que en ningún momento se menoscaben los derechos fundamentales de este grupo poblacional.

CAPÍTULO 1 REFERENTES CONCEPTUALES DEL PROBLEMA OBJETO DE INVESTIGACIÓN

1.1 Estabilidad laboral reforzada

1.1.1 Concepto.

La E.L.R, es el mecanismo que se implementa con el objeto de brindar la protección laboral, a personas que están en una condición especial, lo cual puede desencadenar a la vulneración de sus derechos en el ámbito laboral, debido a que no se manifiesta en manera formal o abierta, pero su discapacidad genera la constitución de causal de despido.

En este contexto el Gobierno ha expresado, a través de la expedición de leyes que incentivan por defender los derechos de las personas discapacitadas, mujeres gestantes, entre otras, la cual se denomina “Estabilidad Laboral Reforzada, en cuanto está fundamentado y estipulado en el artículo 53 de la C.P..

La E.L.R, garantiza su situación laboral cuando se habla de mujeres gestantes, mujeres en lactación, dirigentes de sindicatos, personas en condición de discapacidad física y sujetos afectadas con limitaciones.

En estos individuos, la norma indica que aun que en el momento el patrono argumente el móvil de justa causa para que haya lugar al despido, la normatividad brinda protección laboral, por tal razón, no da lugar a dicha destitución, es decir, la E.L.R, su fin es el de garantizar la permanencia de los trabajadores que cumplen con las condiciones particulares para ser protegidos e impedir que estas condiciones se conviertan en una causal de despido.

En vocablo generalizado la E.L.R. crea un derecho, en el que estriba en el respaldo que posee todo trabajador, en su permanencia en su ocupación laboral y consecuentemente a adquirir provecho de lo que constituye salario y prestaciones sociales derivados del mismo, incluyendo en situaciones que se perpetre adversativamente a la voluntad del empleador, dándose el caso de ausencia de una causa que sea relevante justificando el despido. La E.L.R. comprende que se da como misión lograr el aval real y objetiva al derecho legítimamente Constitucional, que goza los sujetos que detentan de esta clase especial, (gestación, periodo lactante, discapacidad o directivos sindicales), a no ser procedente su despido en ningún caso, por motivo de su condición.

La protección se obliga a ser eficiente, por lo tanto su reglamentación y su aplicabilidad está sujeta a un control constitucional más estricto, expresando que no es preciso que los preceptos reglamentarios ratifiquen algunos beneficios pecuniarios a esta clase de empleados, sino que es desposta proteger en su totalidad el derecho al trabajo.

Como se señaló en la parte introductoria del presente trabajo, la figura de la E.L.R. es de acúño jurisprudencial nacida de una interpretación más amplia en la Carta Magna estipulada en el artículo 53, en ella la Corte Constitucional establece “los casos específicos en los que aunque medie justa causa, esta no permite el despido de un empleado que están en condición de {*debilidad manifiesta*}, a menos que se solicite autorización al Ministerio del Trabajo; es así como se establece que los trabajadores cobijados bajo fuero sindical, las mujeres gestante y cabeza de familia, los trabajadores en posición de discapacidad o debilidad manifiesta están cubiertos por esta garantía constitucional.” (Corte Constitucional. Sentencia T-003 de 2010).

En cuanto al principio de la E.L.R específicamente en el caso de la mujer gestante, la Corte se ha pronunciado entre otras en la sentencia de la Corte Constitucional:

general el derecho a la estabilidad laboral consiste en la garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. Una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad. La protección tiene entonces que ser eficaz, por lo cual su regulación y aplicación está sometida a un control constitucional más estricto pues, la Constitución ordena un amparo especial a la estabilidad laboral de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, por lo cual no es suficiente que el ordenamiento legal asegure unos ingresos monetarios a esas trabajadoras, sino que es necesario protegerles eficazmente su derecho efectivo a trabajar(Corte Constitucional, Sentencia C-470 de 1997)

La E.L.R abarca su aplicación a los empleados que padecen de alguna discapacidad, u otra condición en la cual se encuentren en desventaja respecto a otros trabajadores.

En relación se pronuncia la Corte Constitucional:

Con esa estabilidad laboral reforzada se garantiza la permanencia en el empleo del discapitado 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 discapitados cuando quiera que el despido o la terminación del contrato de trabajo tengan por fundamento la disminución física, mental o psicológica (Corte Constitucional Sentencia C531 de 2000)

Los beneficios de la E.L.R. cobijan a cada trabajador, la última sentencia de unificación SU 049 de 2017 En sentido, en esta ocasión el Honorable tribunal describe que este derecho debe percibirse a modo de garantía en la cual son personas en las que encabeza alguna aflicción en su estado de salud que se les restrinja o transcendentalmente se le dificulte en su desempeño laboral en condiciones ordinarias o corrientes, independientemente si existe una cualificación de pérdida en la competencia laboral sea profunda, severa o moderada.. Explicó también que es adaptable también en los contratos de prestación de servicios aun así no exista una relación laboral subordinada.

Consecuentemente, a partir de este momento el desenlace general por la transgresión a E.L.R da lugar al resarcimiento de 180 días, conforme a lo constituido en el artículo 26 de

la ley 361 de 1997, incorporado en el entorno de una concomitancia pactada de prestación de servicios, en que el contratante sea un individuo que no posea cualificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa, o profunda.

La sentencia T-097-2015 contra salud Total manifestó en que ya no se requiere la calificación de discapacidad por parte de la junta regional, basta que se encuentre probado por parte del médico tratante, que el trabajador se encuentra en posición de salud que le impiden desarrollar a plenitud las tareas asignadas, para que le sea protegido el derecho violado.

Como medio idóneo para lograr el reconocimiento del derecho, el Tribunal Constitucional ha establecido la acción de tutela un artilugio transitorio para evitar perjuicios irremediables al trabajador, teniendo en cuenta que el mismo podría ser reclamado por vía ordinaria no obstante dilataría la acción de la justicia y en consecuencia se tendría una violación a los derechos, tal como lo aclara la Corte:

En conclusión, la Corte reitera que aunque no existe un derecho fundamental que asegure a los empleados la conservación del trabajo o su permanencia en él por un tiempo indeterminado, debido a la urgencia de conjurar una vulneración irreversible de los derechos fundamentales de un empleado en circunstancias de debilidad manifiesta y, quien, adicionalmente, presenta una estabilidad laboral reforzada, en virtud de su especial condición física o laboral, la tutela procede como mecanismo definitivo para el reintegro labora. (Corte Constitucional, Sentencia T-003 de 2010).

De otro lado y de conformidad con la ley 776 de 2006, se establecen dos tipos de incapacidades, en primer lugar la incapacidad por enfermedad temporal, por E.P. o A.T. y la incapacidad laboral por enfermedad general, estas incapacidades deberán ser cubiertas por el empleador en primer término y si las mismas continúan, E.P.S, en la cual este la afiliación

activa del trabajador; en caso que la incapacidad supere los 180 días habrá que evaluar el estado en el que se encuentra el trabajador y cuál es el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral y así determinar si puede tener acceso a la pensión por invalidez, siempre y en el momento que cumpla con los requisitos estipulados en la normatividad y el Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

1.1.2 Principio de estabilidad

El principio de estabilidad hace la conjetura que el trabajador, en el progreso de su contrato laboral, tiene derecho en que entretanto se sostenga, las circunstancias que dieron procedencia al conjunto laboral, el cual prosigue con la prestación de sus servicios, exceptuado que el Patrono de por finalizado el contrato laboral, en cuanto a la ocasión, el trabajador tendrá el derecho, a la comprobación de resarcirlo. Es conveniente puntualizar que en este sentido lo normativo es proteccionista si se tiene en cuenta que se ofrece la seguridad sobre la continuidad de designados trabajadores que por sus particulares características, poseen de una E.L.R. en sus empleos, dentro de los cuales aparecen trabajadores como las mujeres gestantes, personas discapacitadas o con algún tipo de restricción en su capacidad, entre otras.

Se recalca mencionar como ejemplo importante, un concepto jurisprudencial reciente el señalamiento de la protección a la E.L.R. de una mujer gestante, en los siguientes términos:

Esta Corporación ha señalado en reiteradas oportunidades que la mujer en embarazo conforma una categoría social que, por su especial situación, resulta acreedora de una particular protección por parte del Estado. Esta conclusión deriva de una interpretación sistemática de los artículos 13, 16, 42, 43, 44 y 53 de la Constitución, según los cuales la mujer, como gestadora de vida, ocupa un

lugar preferente en la sociedad que debe ser garantizado por el Estado, como quiera que en ella se integra la defensa de la vida del nasciturus, de la integridad familiar y del derecho a ser madre, sin que por esta decisión pueda ser objeto de discriminación de género. (Corte Constitucional, Sentencia T-198 de 2006.)

La protección exclusiva en materia Constitucional a la mujer gestante y la negativa de discriminarla por esta razón, tiene repercusión particularmente en el círculo laboral, como quiera que::

la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas”. Por lo tanto, la jurisprudencia constitucional ha considerado que, como consecuencia del principio de igualdad, la mujer embarazada goza del derecho fundamental a no ser desvinculada de su empleo por esta razón. (Corte Constitucional. 2005)

1.1.3 Alcance de la estabilidad laboral reforzada

“Consiste en que el contrato de trabajo de un trabajador que goza de una protección especial en materia Constitucional por parte de la administración (trabajadores gestantes, trabajadores resguardados por el fuero sindical, discapacitados, incapacitados, madres cabeza de familia), no podrá finalizar en potencia de su posición en la cual están toda vez que ocurra el cese laboral, sería nulo y genera como efecto la acción de reintegro la acción de

reintegro. La repercusión de la estabilidad como se contempla más adelante ha tenido un considerable desarrollo de modo jurisprudencial”. (Molina. 2009.)

1.2 Elementos constitucionales, legales e internacionales que respaldan la estabilidad laboral reforzada.

Habría entonces que establecer los instrumentos legítimos y reglamentario que respaldan la E.L.R. en Colombia; en primer término el artículo 53 establece el derecho al trabajo, como un derecho de segunda generación, mismo que ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional, logrando avances en el reconocimiento de la E.L.R., como un derecho a la permanencia en el trabajo, teniendo especial cuidado de proteger a aquellos trabajadores que están en posición de D.M., bien sea por estado de gravidez en el caso de las mujeres, fuero sindical, o discapacidad.

De otro lado, estipula el artículo 13, el Derecho a la ecuanimidad ante la legislación y las autoridades; el criterio de igualdad que maneja la Corte en sus decisiones se resume en la necesidad de proteger especialmente a quienes están en posición de debilidad manifiesta, entre ellos a los disminuidos física o mentalmente.

De otro lado el artículo 25 estipula que:

El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas. (Constitución Política 1991)

En punto de este derecho, la Corte ha establecido la inclusión al Derecho a reubicarse, interpretado como la necesidad de respeto a la dignidad del trabajador, de esta manera el patrono deberá abstenerse de dictar ordenes que vayan en contra de su salud física o mental,

proporcionándole el acceso a las mejores condiciones laborales posibles, de conformidad a lo dictado en el S.G.R.P.

Por último, el Artículo 54, que establece la garantía de las *“personas minusválidas a ingresar y mantenerse en el mercado laboral, para que puedan ejercer labores de acuerdo a sus condiciones de salud”*.

En efecto, no solo el Estado en cumplimiento de sus funciones esenciales, debe garantizar el trabajo a los disminuidos en sus condiciones físicas o psíquicas, sino que también los empleadores, tienen un deber concomitante al del Estado y, por lo tanto, la reubicación adquiere una dimensión constitucional por encima de las disposiciones legales.

De otro lado, en los instrumentos internacionales la Recomendación sobre la Adaptación y la Readaptación Profesionales de los Inválidos, R99 de 1955, busca primordialmente la adaptación y readaptación de las personas inválidas para recuperar su capacidad física y mental con miras a que se reintegren a las funciones social, laboral y económica, se busca así la orientación profesional, formación personal, apoyo psicológico, consejería profesional y apoyo financiero, que sean necesarios para lograr este cometido.

Por su parte el Convenio 159 de 1983, ratificado por Colombia, pretende que el Estado:

(...) vele por la protección de las personas con discapacidad, con la finalidad de tener la oportunidad de un empleo adecuado, así como que se promueva la integración o reintegración de las mismas en la sociedad con participación de la colectividad. Su objetivo es proteger la obtención y conservación de un empleo y promover la igualdad con las personas discapacitadas. (1983)

Por último, la Recomendación sobre la Readaptación Profesional y el Empleo (personas inválidas), R168 de 1983, tiene como objeto *“motivar la adopción de normas internacionales*

de protección a los discapacitados, a través de la creación de planes de readaptación profesional, generación de empleo y la extensión de los mismos a las zonas rurales.”

En cuanto a legislación interna referente al tema, la misma ha sufrido grandes cambios atendiendo a las necesidades y situaciones de la población. En primer lugar, se encuentra la Ley 100 de 1993, que en su artículo 254, estipula lo referente a los servicios médicos asistenciales, de esta manera:

“Los servicios de salud derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional, serán prestados por las entidades promotoras de salud de que trata la presente Ley, quienes repetirán contra las entidades encargadas de administrar los recursos del seguro de accidente de trabajo y enfermedad profesional a que este afiliado el respectivo trabajador”. (Congreso de la república, ley 100 de 1993, artículo 254).

En este articulado se establece la obligación de las empresas prestadoras de servicios de salud la obligación de amparar al trabajador que está en situación de discapacidad, toda vez que las mismas hacen parte del S.G.R.P., encargado de velar por el bienestar del trabajador y de que sus condiciones laborales sean optimas, bien que este se encuentre en el pleno de sus capacidades, bien si ha sido afectado por E.P o A.T.

Por su parte la ley 361 de 1997, tiene como principal objetivo establecer dispositivos de incorporación social de individuos en posición de discapacidad; en lo referente al tema objeto de investigación valdrá la pena hacer énfasis en el siguiente articulado:

“Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud, ya sea el régimen contributivo o subsidiado. Para tal efecto las empresas promotoras de salud

deberán consignar la existencia de la respectiva limitación en el carné de afiliado, para lo cual solicitarán en el formulario de afiliación la información respectiva y la verificación a través de diagnóstico médico en caso de que dicha limitación no sea evidente” (Congreso de Colombia, Ley 361 de 1997, Art. 5).

Así mismo el artículo 24 estipula lo referente a empleadores del sector privado que vinculen laboralmente a sujetos en posición de discapacidad, en este caso el gobierno brinda beneficios a estos empleadores, entre ellos, la preferencia en los procedimientos de licitación, concesión y actuación de contratos tanto públicos como privados, en caso de encontrarse que el 10% de los empleados contratos en nómina se encuentran en situación de discapacidad; así mismo se les dará antelación en dispensar en créditos de entidades estatales, con la finalidad de que se orienten estos ingresos en programas que fomente la intervención diligente de sujetos con restricciones en su capacidad, por último se tendrán algunas subvenciones arancelarias en materia de maquinaria para estos empleadores.

A su vez el artículo 33, garantiza que el trabajador que se encuentre pensionado en razón a su discapacidad, tendrá derecho a percibir salario, asiduamente que no responsabilice doble remuneración del erario público.

Finalmente el S.G.R.L., regulado por la ley 1562 de 2012, en sus artículos 4, 8 y 16 reglamenta lo debido a la reubicación y reincorporación laboral de los trabajadores que hayan estado incapacitado; el artículo 16 estipula que la reubicación laboral, una vez termine el termino de incapacidad transitoria, deberá hacerse en los cargos que se desempeñaban antes, en caso de recuperar plenamente la capacidad de trabajo, aun cuando se encuentre el trabajador en un estado de incapacidad parcial; en el caso de los trabajadores incapacitados parcialmente, se les deberá asignar un labores conforme a sus aptitudes, realizando los ajustes

de personal pertinentes, so pena de considerar que el incumplir de estos preceptos como un despido injustificado.

El Decreto 1295 de 1994, Reglamentario de la Ley 100 de 1993, por su parte decreta el ordenamiento e intendencia del S.G.R.P., definiendo toda su estructura, e incluyendo lo referente a los trabajadores discapacitados, así mismo regulando respecto a Los Servicios de asistencia, a los que tiene derecho el trabajador que padezca un A.T. o una E.P.; se señala el derecho a asistencia quirúrgica, medica, farmacéutica y terapéutica, hospitalización, actuaciones odontológicas, entrega de medicamentos, asistencia de diagnosis y procedimientos, recuperación física y profesional, gastos correspondientes a traslado, prótesis y órtesis y la correspondiente restauración y restablecimiento en caso de deterioro o en desadaptarse.

Así mismo, se estipula que este servicio será prestado por las E.P.S, a las que estén afiliados los empleados; en el caso de la rehabilitación profesional y medicina ocupacional estará a cargo de la entidad prestadora de Atención de Riesgos Laborales.

Se regula así la situación de los trabajadores en posición de discapacidad y se orientan todos los mecanismos legales para de esta manera garantizar al trabajador la permanencia en su trabajo, la rehabilitación a que haya lugar con el fin de solventar su situación y aliviarla de algún modo y la atención médica a que haya lugar.

Finalmente, dentro de los decretos atinentes al comité de cualificación de invalidez, se encuentran el Decreto 917 de 1999, en el que se establece el breviario único de cualificación de invalidez y el Decreto 2463 de 2001, Reglamentario del Comité de Cualificación de Invalidez y las tablas de calificación del grado de quebranto de la Competencia laboral y por último el Decreto 2566 de 2009, por medio se acoge la Tabla de E.P.

Estos últimos decretos tienen la finalidad de brindar parámetros para estructurar las incapacidades, o el quebrantamiento de la competencia laboral según sea el caso, regulando que instituciones tienen esta potestad y la manera en que debe llevarse a cabo, para así garantizar un procedimiento transparente y objetivo que no perjudique al trabajador.

1.3 Desarrollo histórico del objeto problema de investigación

En cuanto al desarrollo historicista del objeto problema de investigación, se tiene que la realidad social y la necesidad de cobijar a los trabajadores afectados por determinadas afecciones físicas, desde la antigüedad ha sido una cuestión que interesado al derecho, de allí se tiene que aun las primeras legislaciones de las cuales se tiene referencia en la historia, trataron de abarcar el problema según las necesidades de cada conglomerado social y su sucesiva evolución, de esta manera la primera vez en aparecer regulación referente a este tema es en el Código de Hammurabi del año 1750 A.C., en él se estipulaban las recompensas para los trabajadores que hubiesen perdido alguna parte de su cuerpo.

Luego, con el avance del derecho inglés al finalizar la Edad Media, el renacimiento se proporciona en un marco legal que se extiende hasta principio de la revolución industrial en Europa y América, pero infortunadamente la compensación a los trabajadores en este sistema es bastante restringida y a los trabajadores se les solicitaban demostrar, tras un proceso largo, que el accidente o la enfermedad no haya sido provocada por su propia negligencia.

Con la Revolución Industrial se incrementa la fortaleza laboral y aumentando el número de trabajadores de las empresas utilizando maquinas e instrumentos más peligrosos que vuelven más factibles los accidentes en el trabajo. Es así como los accidentes en el trabajo se

convierten en una preocupación constante y más formal, organizando sistemas de seguridad laboral.

En Alemania, a finales del siglo XIX, con la ideología socialistas, el proteger a los trabajadores, se tenía en cuenta en la agenda política, adoptándose un programa específico de seguro social para la vejez, el cual fue diseñado por el canciller Otto Von Bismarck, su inclusión se dio por medio de la ley de responsabilidad de los empleadores en 1871, el cual exigía límites a la responsabilidad a los trabajadores en algunas fabricas, minas y ferrocarriles.

En 1940 el economista inglés William Henry Beveridge revisa los esquemas de seguridad social del país y da sus recomendaciones, en el reporte de "*Social Insurance and Allied Services*", publicado en diciembre de 1942 y allí propone que el sistema "*sea financiado por el presupuesto estatal, así como la inclusión de toda la población*" (Beveridge, 1940). Este modelo junto con el propuesto por Bismarck, son las bases para cimentar los sistemas de seguridad social, seguro en accidentes y enfermedad profesional.

En Colombia, el tema de prestaciones sociales, comienza en el país, desde el siglo XX; La primera norma respecto al tema fue la Ley 57 de 1915, que regulo los accidentes de trabajo, estableciendo al patrono como responsable de los accidentes de trabajo de sus operarios así mismo, se determina el accidente de trabajo y la indemnización por esta causa. El patrono contaría con un seguro que favorecería a la parte obrera que sufrieran los accidentes.

En el año 1945, con el decreto de la Ley 6, se expresa la definición y posteriormente prestaciones por enfermedad profesional, luego con el decreto 3170 en el año 1964, establece el ICSS, el reglamento general del seguro obligatorio de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; a continuación, con el decreto 183 del mismo año se crea la

comisión de clasificación de Empresas, para la asignación de la clase y el grado de riesgo de cada empresa, exponiendo una tabla de actividades económicas por cada clase de riesgo, realizada a cargo del riesgo intrínseco y extrínseco en cada actividad, en el que se define la cotización de cada empresa a cuidado únicamente del empleador.

Antes de la Carta de 1991, el Seguro de contingencias profesionales era divulgado por el Estado, sin embargo, con la validez de la actual Carta Política, y en la exposición del artículo 48 de la misma, se da la expedición de la ley 100 de 1993, el cual se constituye el S.G.R.P. En continuidad, el Decreto ley 1295 de 1994, establece el escenario preceptivo en materia de aseguramiento respecto a contingencias profesionales: A.T y E.P

La ley 1562 de julio de 2012, *“por la cual se modifica el sistema de riesgos laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional”*(Congreso de Colombia, Ley 1562 de 2012), nace con el objetivo de coadyuvar a que los individuos posean una ocupación solemne y con calidad, la dirección a la que se desea es a que no haya ningún empleado en Colombia fuera del sistema de protección social, y esta ley en materia de contingencia laboral progresa hacia tal objetivo, al determinar la imposición de hacer inclusión a nuevos trabajadores, como arquetipo los trabajadores autónomos con un contrato mayor a 30 días, al S.G.R.L, y de manera facultativa a trabajadores informales.

Alguno de los temas más destacados ha sido que los patronos, se obligan a afiliarse al S.G.R.P. a contratistas e independientes.

En razón de revestimiento así mismo hace inclusión como contingencia laboral, estos que pueda padecer el trabajador dentro de sus ocupaciones en asuntos sindicales. En la actualidad, la regulación del S.G.R.P. en Colombia está ceñido en normas de vital

importancia como la Ley 1562 de 2012 que habla un tema importante el cual hace mención que en peripecia los patronos detentan del compromiso en afiliar al S.G.R.P. a los contratantes y sujetos que laborean de modo independiente.

En convenio con esta ley los contratantes que detenten contratos mayores a 30 días se comprometen a estar afiliados al S.G.R.P.

De igual forma pasa con los trabajadores que ejercen actividades de contingencia, los miembros del Subsistema nacional de Primera Respuesta, los bomberos y los miembros de la Defensa Civil. La obligación de afiliar a esta clase de individuos al S.G.R.P. es del Ministerio del Interior.

Los sujetos que sean estudiantes y desarrollen labores que evidencie ingresos a alguna Institución educativa y los que para su aprendizaje deben subyugarse a una contingencia profesional deben estar también en el sistema de riesgo Profesional.

De acuerdo con esta ley los contratantes que posean contratos superiores a 30 días debes estar obligados al S.G.R.P.

De acuerdo con esta ley los contratistas que tengan el Decreto Ley 1295 de 1994 y la Ley 776 de 2002, este sistema cubre a los trabajadores subordinados intervenido por un contrato laboral, los trabajadores independientes, los jubilados que ejercen con ánimo laboral y estudiantes en practica que deben realizar funciones que generen ingreso a la institución educativa y sea requisito para la culminación de su función académica.

En cuanto a la E.L.R. como respaldo constitucional y el desarrollo jurisprudencia hecho por la Corte Constitucional, se tiene como punto de referencia la Sentencia T-441 de 1993, en la que la Corte reconoce que:

Las personas discapacitadas no se encuentran en circunstancias de igualdad real respecto a otros trabajadores, en esta providencia se ordena tomar medidas en favor de grupos discriminados, bien sea por condiciones físicas, psíquicas o económicas que coloquen a las personas que se encuentren en condiciones desfavorables o de debilidad manifiesta. (Corte Constitucional, Sentencia T-441 1993)

Un segundo momento de gran importancia en el desarrollo jurisprudencial de la E.L.R, estipulada en la Sentencia 094 de 1993, en la que establece que:

Excluye las tendencias que pretenden hacer de la igualdad un rasero único, inmodificable y no susceptible de adaptaciones. En ese orden de ideas, la posición que fije el Estado en ejercicio de su actividad, en especial si de la función legislativa se trata, no puede ser ajena al reconocimiento de la diversidad como dato de obligada referencia al adoptar sus decisiones. (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-441 de 1993).

Es así como la Corte reconoce la necesidad de tratar diferente a aquellas personas que son diferentes, en el entendido que requieren atención diferente, con el fin de lograr una igualdad real, como lo plantea Vargas (2009):

Esta función que tiene fundamento en el concepto del Estado Social de Derecho, excluye las tendencias que pretenden hacer de la igualdad un rasero único, inmodificable y no susceptible de adaptaciones. En ese orden de ideas, la posición que fije el Estado en ejercicio de su actividad, en especial si de la función legislativa se trata, no puede ser ajena al reconocimiento de la diversidad como dato de obligada referencia al adoptar sus decisiones. De esta manera la Corte

Constitucional, ofreció a los trabajadores disminuidos la posibilidad de manera inminente a razón de la efectividad y eficacia a la solución del conflicto, siendo está prácticamente inmediata en el desarrollo de la relación contractual entre trabajador y empleador, ofreciendo a los trabajadores, reglas que determinan las causales, mediante las cuales podrán ser acreedores a dichos derechos, informando al empleador las consecuencias de las cuales podría ser merecedor por el hecho de cumplir los parámetros establecidos por la Corte Constitucional en cada uno de sus pronunciamientos. (Corte Constitucional, Sentencia C- 094 de 1993)

Más adelante la Corte establece la figura de la E.L.R. Imperfecta en la sentencia T-1040 de 2001, centrándose en defender los derechos de los individuos que están en D.M., “*incluyendo a aquellas personas que sus condiciones de salud le dificulta el desempeño a plenitud de sus labores*”, estableciendo que no es necesario acreditar dicha situación por medio de ningún veredicto o dictamen pericial, para que se materialice la estabilidad laboral.

Más adelante en la Tutela 392 de 2008, establece la Corte que el Patrono están la responsabilidad de reinstalar al empleado que no se encuentra en el pleno de sus capacidades en un lugar de trabajo el que no suponga contingencia para su estado de salud, así como se obliga educar al individuo para el nuevo oficio comisionado.

Ese mismo año, de manera en sentencia T-1245 el Tribunal extiende la protección constitucional a todo tipo de contrato laboral, incluyendo el de obra o labor de tal manera que aun a los trabajadores contratados bajo esta modalidad se les debe garantizar la continuidad laboral, de manera que se deberá garantizar la prórroga, por parte del empleador.

En consonancia con el enfoque funcionalista escogido para el desarrollo investigativo del presente trabajo se puede dirimir una clara interdependencia entre el orden jurídico vigente y la realidad social, toda vez que la garantía al trabajo y a las condiciones de igualdad y dignidad de los trabajadores son derechos de aplicación directa por vía constitucional, y su desarrollo y evolución en el reconocimiento del Tribunal Constitucional del derecho a la E.L.R. como una ampliación a la interpretación de los derechos ya mencionados, se desplegó como resultado de casos reales planteados en las múltiples acciones de tutela llevadas ante este órgano judicial colegiado, como máximo garante del cumplimiento de la Carta Política, que dieron como resultado el nacimiento de la figura jurídica objeto de estudio de la presente investigación.

Así mismo se procuró realizar un análisis histórico, conceptual y legal del problema de investigación, es decir, realizando una observación clara de la realidad social, consistente en la situación de los trabajadores en estado de discapacidad y en posición de D.M., la protección al derecho a la E.L.R. y el estudio de los mecanismos administrativos que permiten la desvinculación del trabajador discapacitado.

Al ser esta una investigación de carácter socio jurídico, se han tomado como objetos principales para el estudio un grupo poblacional cual es el de los empleados, que por móviles de salud no pueden ejercer sus labores en el pleno de sus capacidades, así como la figura y desarrollo de la estabilidad laboral reforzada y sus implicaciones en las relaciones laborales, a su vez se ha buscado determinar cuál es el papel del Estado en la implementación de garantías fundamentales dirigidas a este grupo poblacional.

Por ello es de vital importancia resaltar que la presente investigación pretende determinar el cumplimiento de las garantías constitucionales, partiendo de la realidad social y haciendo una comparación de la misma con los instrumentos legales y jurisprudenciales con los cuales se

cuenta actualmente en Colombia para representar los derechos de los empleados, de lo que se ha logrado determinar que en la evolución histórica que ha tenido el problema de investigación, la situación de los trabajadores siempre ha logrado influir en la creación de instrumentos legales y en el caso de Colombia, desarrollos jurisprudenciales que permita la realización de una efectiva protección a los derechos de los trabajadores.

1.4 Variables del conflicto jurídico planteado

Tomando en cuenta el enfoque funcionalista, se procederá a realizar el análisis conceptual de las variables y la explicación del conflicto jurídico de conformidad con el mismo.

De esta manera se tienen las variables que se tomaron en cuenta para el avance del actual estudio, primero a los trabajadores; La figura del trabajador es descrita como todo sujeto que cumple con función laboral por parte ajena salarial. Incorporados los empleados que son independientes y los empleados de organismos públicos. (Decisión 584 Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo 2004).

De esta manera, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha consolidado la garantía de la E.L.R, de lo que se deriva que en la actualidad es bastante difícil para los empleadores despedir a las personas discapacitadas, pues como se anotó en párrafos anteriores, sin desconocer la clase de contrato laboral de que se trate, el patrono está obligado a la renovación del mismo; de otro lado en caso de trabajadores que se encuentren padeciendo enfermedad profesional o que hayan sufrido accidente de trabajo, una vez se haya logrado su recuperación, el empleador está comprometido de restituir al empleado a su puesto o reubicar al mismo en un

puesto de iguales condiciones al que tenía, así como la obligación de capacitarlo para el cumplimiento del nuevo cargo.

Es clara entonces el crecimiento de la Corte, en causa de la E.L.R., que en un primer estadio, protege a las mujeres en estado de gravidez, prohibiendo el despido de las mismas a causa de su estado de gravidez; más adelante se promueve la protección a los empleados en D.M., tras lo cual considera el tribunal constitucional que en virtud del derecho a la igualdad, las personas discapacitadas deben gozar no solo de protección estatal, sino que la misma debe hacerse extensible en la práctica, de tal manera que obliga al empleador a la asunción de compromisos reales con los trabajadores a su cargo que se encuentren mermados en su capacidad laboral.

Otra variable de vital importancia para el presente trabajo es la constituida por la figura del *empleador*, definido “como una persona física o jurídica que emplea a uno o varios trabajadores.” (Decisión 584 Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo 2004); a este la ley obliga en varios aspectos, pero en lo que concierne al tema de investigación, primordialmente en dos, en primer lugar, a garantizar la estabilidad laboral y en segundo término a velar por la ventura de los empleados a su custodia.

Dentro de las responsabilidades del patrono, se encuentran el velar por que la estabilidad laboral tenga pleno cumplimiento, acogándose a las causales ya mencionadas, del artículo 62 del C.S.T, para efectuar un despido regular; en caso de demostrarse que el despido ha sido irregular permanecerá constreñido a la cancelación del resarcimiento correspondiente.

En caso de trabajadores aforados en salud, deberá cuidar de no retirarlos, sino de procurar las condiciones necesarias para lograr su continuidad laboral; como ya se mencionó, cuando el empleado este afectado por E.P o A.T., una vez se encuentre en estado de recuperación, deberá

ser reintegrado, ocupando el lugar de trabajo que fungía con anterioridad, o reubicarlo en uno que pueda facilitarle su permanencia, así como la capacitación en este último caso.

De otro lado, deberá agotar el procedimiento administrativo en caso de despido con justa causa; en caso de despido sin justa causa, se deberá resarcir al empleado y reinstalarlo en su puesto de trabajo, es necesario hacer claridad que la cancelación de la reparación no perfecciona la destitución para dar lugar a una justa causa.

Es de aclarar como acápite final que las recomendaciones dadas por el médico tratante del trabajador, son de obligatorio cumplimiento para el empleador, tomando en cuenta que se trata de la recuperación integral y posterior reintegración laboral.

La ultima variable a tomar en cuenta, será el Estado, que a través de las ramas del poder público se ha encargado de establecer las directrices tendientes a proteger a los empleados en posición de D.M., en primer lugar, por medio de leyes que regulan lo concerniente a la seguridad laboral, la protección e incorporación al mercado laboral de personas en estado de discapacidad y la creación del S.G.S.S. en materia de riesgos laborales.

Los órganos judiciales, principalmente la Corte Constitucional, mediante su jurisprudencia ha ordenado en proteger a los empleados que se estén en posición de D.M, en la necesidad de ampliar el sentido constitucional del derecho a la ecuanimidad y el raigambre laboral, con un criterio inclusivo y tomando en cuenta las circunstancias particulares de trabajadores discapacitados.

Finalmente, el ejecutivo, a través del Ministerio del Trabajo, ha procurado, por medio de mecanismos administrativos implementar las directrices necesarias, tanto en lo concerniente a la E.L.R, como en materia de salud ocupacional, que prevengan el acaecimiento del A.T y E.P, como los procedimientos tendientes al despido de trabajadores discapacitados.

Finalmente, otros términos que son de trascendental envergadura en el progreso del trabajo se desarrollaran a continuación, está la *debilidad manifiesta*, es descrita por la Corte Constitucional como “*un estado en el cual se encuentran las personas por su condición económica, física o mental*”. (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T -132 de 2011).

Se establece la generación de estados de D.M. cuando un empleado sobrelleva una aflicción en su salubridad que le imposibilita fundamentalmente el ejercicio de sus quehaceres en “condiciones regulares”, esta situación es la que ha generado múltiples acciones de tutela ante la Tribunal Constitucional, en la protección no solo de los derechos de los asalariados, sino también en el caso de las mujeres, niños, ancianos, desplazados por la violencia, miembros de minorías étnicas y en general personas que por sus condiciones individuales estén en condiciones vulnerables, que les impidan estar en un nivel de igualdad frente a otros miembros de la sociedad.

De otro lado el C.S.T. define la *enfermedad profesional* de la siguiente manera: “todo estado patológico que sobrevenga como consecuencia obligada de la clase de trabajo que desempeña el trabajador o del medio en que se ha visto obligado a trabajar, bien sea determinado por agentes físicos, químicos o biológicos.” (Código Sustantivo del Trabajo, art.200)

Otro concepto de vital importancia es el de *Invalidez*, es definida por La Corte Constitucional siguiente manera:

“Un elemento definidor del estado de invalidez, radica en que la persona por sí misma no pueda procurarse los medios de subsistencia que le posibiliten vivir de manera digna y decorosa, especialmente cuando tales medios emanan de

una actividad laboral remunerada”. (Corte Constitucional, Sentencia T-268 de 2011).

Por su parte habrá que definir lo que se entiende por *puesto de trabajo*, como “todo sitio o área donde los trabajadores permanecen y desarrollan su trabajo o a donde tienen que acudir por razón del mismo” (Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo, 2004).

Otro concepto importante es el de *rehabilitación profesional*, que es definida en la conferencia internacional del trabajo en 1995, por medio de la recomendación 99 así:

Aquella parte del proceso continuo y coordinado de adaptación y readaptación, que comprende el suministro de medios, especialmente orientación profesional, formación profesional y colocación selectiva, para permitir que una persona invalida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o reintegración de la persona a la sociedad.
(Readaptación Profesional y empleo de personas invalidas, Cita, 1956)

En cuanto a las investigaciones consultadas para la elaboración del estado del arte, en primer lugar, se encuentra la realizada por Giraldo (2002), titulada *Fuero Laboral Constitucional*; al ser un trabajo de investigación un tanto antiguo, teniendo en cuenta los avances jurisprudenciales realizados por la Corte Constitucional, el autor se limita a mencionar los aspectos generales del derecho a la E.L.R...

Así mismo, pone de manifiesto que en caso que el trabajador contratado no dé a conocer la discapacidad que padece, se está frente a un vicio del consentimiento que puede darse la oportunidad de concluir el contrato, al considerarse justa causa según el Artículo 62 Numeral 1 Literal a del C.S.T.

Finalmente establece el autor que el fuero laboral modifica el contrato de trabajo, de esta manera:

El principal efecto del fuero constitucional consiste en que modifica el contrato de trabajo en su terminación, cuando se trate de decisión unilateral del empleador prevista en el literal h) del artículo 5 de la ley 50 de 1990, que subroga el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo. De tal manera que la terminación unilateral con o sin justa causa de los contratos de trabajo, queda sometida a especiales condiciones y, en algunos casos, a un procedimiento particular. (Giraldo, 2002, Pg. 94).

El mayor aporte que surge de este trabajo es el estudio de la complejidad de la E.L.R. en sus inicios, sin todo el desarrollo hecho posteriormente por la Corte Constitucional, lo que permite apreciar la figura en su forma más pura, atendiendo a lineamientos puramente legales para su aplicación.

Posteriormente aparece el texto de Vargas, titulado “*De la estabilidad laboral reforzada, un estudio sobre línea jurisprudencial y abuso del derecho*”, del año 2009, en el enuncia la autora que a pesar de las garantías constitucionales y la legislación referente al asunto, se hallan patronos que despiden a sus empleados, sin repercutir que estos estén en D.M., admitiendo la Contingencia del litigio laboral, argumenta también que la ignorancia del procedimiento y de la normatividad son factores determinante para que los trabajadores nunca reclamen el reintegro y de esta manera resulten vulnerados en sus derechos fundamentales.

De otro lado el acoso laboral genera estabilidad laboral reforzada dentro del margen de la ley 1010 de 2006 que regula el acoso laboral existe la estabilidad laboral reforzada para aquellos que tengan la calidad de víctimas o testigos en las diligencias o procedimientos en las

denuncias de acoso laboral según la sentencia SU 07012013 de 33 mujeres contra distintas personas naturales y jurídicas que por acoso laboral por parte del Empleador por el hecho de estar embarazadas.

Vargas, sugiere la implementación de la consideración de la C.S.J., así mismo expone que es obligación del patrón implementar Regímenes de restauración a cabalidad colectivamente para los empleados reducidos en sus condiciones de salud que laboren para él, pues esto va a generar un mejor ambiente laboral y productivo.

Puede citarse como principal aporte a esta investigación el que no adopta una posición parcial a favor del trabajador, ni del empleador, sino que de manera objetiva busca crear un punto de encuentro que pueda beneficiar a ambas partes; De otro lado se comparte la posición mencionada por la autora en lo atinente a la ignorancia por parte de los trabajadores que desconocen la actuación a proceder en caso de despido, lo que deriva en que el trabajador no reclame el reintegro, tesis que se apoya en el presente trabajo investigativo.

A continuación y mucho más escudriñada la figura de la E.L.R. por parte de la Honorable Corte, aparecen trabajos como el de Aristizabal (2011), titulado *“la terminación del contrato de trabajo frente a la situación de discapacidad, un análisis a partir del principio de la estabilidad en el empleo en Colombia”*, en el que se pone en evidencia el choque de trenes existente entre las decisiones de la C.Const. y la C.S.J., toda vez que el tribunal constitucional hace extensiva la protección a cualquier clase de trabajador, teniendo en cuenta el estado de debilidad manifiesta en que se encuentra, sin tomar en cuenta que exista o no una calificación de la discapacidad, lo que sería contrario a lo estipulado en la ley 361 de 1997, que establece que la protección *“debe brindarse a aquellos trabajadores cuya discapacidad este calificada*

y que la misma sea igual o superior al 15 % de la capacidad laboral”, criterio que ha sido hito en la jurisprudencia en la sala de casación laboral de la C.S.J.

Anota Aristizabal que existe un proteccionismo extremo por parte de la Corte Constitucional, toda vez que no se realiza un estudio acucioso del caso, sino que se aplica la protección al trabajador, si tener en cuenta las circunstancias fácticas reales en las que se encuentra; concluye que no se le debe dar el mismo trato al trabajador que ingresa con discapacidad que al que se incapacita en el transcurso del contrato de trabajo.

Para finalizar, propone que no debería solicitarse el asentamiento del Ministerio del Trabajo, en el momento que exista una justa causa real que amerite la terminación del contrato, expone como ejemplos el vencimiento del plazo pactado (contrato a término fijo); o la realización de la ocupación contratada.

El principal aporte de este trabajo es que pone en evidencia el choque de trenes de las cortes, tema que será una constante en otras investigaciones posteriores.

En el año 2012, aparece el trabajo *“Análisis, presupuestos y mecanismos de garantía en la protección laboral reforzada en trabajadores con limitación física, psíquica y/o sensorial”* trabajo elaborado por Garzón, quien sustenta que los avances normativos en materia de la protección a los trabajadores discapacitados, se sustentan en la normatividad internacional. Así mismo denuncia la negligencia estatal pues cita que *“no se han adoptado las herramientas necesarias para asumir la responsabilidad que la situación laboral reforzada de los limitados merece”* (Garzón, 2012).

De otro lado propone que debería tomarse más en cuenta la apreciación de la C.S.J, esto es, que:

“solo deberían ser cobijados aquellos trabajadores que se encuentren calificados con discapacidad igual o superior al 15 %, pues anota que muchas personas acuden a la protección constitucional cuando no existe merito suficiente para ello, proponiendo la creación de medios más eficaces que actúen como filtros de control y vigilancia ante situaciones como estas, sin tener que esperar necesariamente el funcionamiento del aparato judicial” (Garzón, 2012).

Con el paso del tiempo el asunto de E.L.R. ha pasado a ser de especial interés para los investigadores socio jurídicos, de tal manera que de aquí en adelante se encuentran la mayoría de trabajos investigativos, entre ellos resalta el de Acero (2013), *“Aportes jurídicos para las distinciones de las discapacidades y su efecto en la estabilidad laboral reforzada”*, aquí el autor sostiene que debe existir un punto medio entre el derecho a la E.L.R. y la sostenibilidad de la libre empresa, así mismo denuncia que no hay una normatividad clara respecto a las directrices que debe seguir el Ministerio del Trabajo en cuanto a las autorizaciones de despido, lo que ha devenido en muchas solicitudes denegadas por la entidad, aun cuando existen justas causas reales que ameritan el despido, lo que genera un desmedro para la economía del empleador.

De esta manera expone que las condiciones actuales del derecho a la E.L.R. generan una serie de condiciones excesivamente favorables al trabajador y desfavorables al empleador, lo que genera una gran inseguridad jurídica para los empresarios; de esta manera plantea que los operadores judiciales deben realizar una ponderación entre los intereses político-económicos y el derecho al trabajo, proponiendo el autor la ejecución de un modelo más equitativo usado

en países como Estados Unidos, en el que se realiza una clasificación laboral para ubicar al trabajador en el puesto más conveniente para sus capacidades y de esta manera no se cause un detrimento a la economía del empleador.

Para finalizar, defiende la tesis formulada por la C.S.J., y pone de presente la necesidad de *“establecer criterios delimitantes y un proceso que refuerce la objetividad de los procesos tendientes a obtener el reconocimiento de la protección laboral”* (Acero, 2013).

Es de resaltar en este trabajo la propuesta de un modelo equitativo que podría dar solución a la situación de trabajadores discapacitados, como a la economía del empleador, posición que se apoya en el presente trabajo en el entendido que no puede ser defendible un abuso del derecho por parte del trabajador, pero tampoco un abuso de poder por parte del empleador, por lo que para generar una solución y que la estabilidad laboral reforzada cumpla su cometido, será necesario fijar ciertos límites que garanticen los derechos a ambas partes.

De 2013 también, se encuentra el trabajo *“Estabilidad laboral reforzada, fundamentación jurisprudencial para la mujer trabajadora en estado de embarazo y los trabajadores discapacitados o disminuidos,”* presentado por Botello, Delgado y Medina (2013), en el denuncian los autores que el despedir las mujeres en gravidez y los trabajadores discapacitados, se hace con frecuencia sin autorización del Ministerio del Trabajo; sostienen también la frecuencia con la que los trabajadores discapacitados son obligados a renunciar, pues se tensa la relación laboral, generando casos de acoso laboral.

Otro caso importante como resultado en el desarrollo del concepto de la E.L.R. es la sentencia T-521 de 2016 “En la que la peticionaria Ordanis Enrique Gonzales contra Invarten Ltda. Por el presunto desconocimiento de sus derechos fundamentales al mínimo vital a la salud a la igualdad. a la seguridad social. al trabajo, a la vida en condiciones dignas y a la

estabilidad laboral reforzada. Como fundamento explicó que después de sufrir un accidente laboral como "mulero" que le generó, entre otros padecimientos. Dolor lumbar crónico y radiculopatía crónica de columna fue despedido por la accionada' sin acreditar una justa causa y sin la autorización del Ministerio de Trabajo. En consecuencia. el actor solicitó el reintegro y la reubicación en la empresa accionada. Mientras se determina el origen y el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral o se define su situación en la jurisdicción ordinaria laboral". Estableciendo la garantía de la estabilidad laboral reforzada exige que el empleador hubiese conocido de las afecciones de salud del trabajador retirado con anterioridad al despido.

“Se presume la discriminación cuando el empleador. Conociendo la situación, retira del servicio a una persona que por sus condiciones de salud es beneficiario de la estabilidad laboral reforzada”.(Corte Constitucional, Sentencia T-521 de 2016).

“La estabilidad laboral reforzada se establece frente a distinta modalidad de contrato y con independencia del origen de la enfermedad, el estado de discapacidad o de la debilidad manifiesta” (Corte Constitucional, Sentencia T-521 de 2016).

Otro trabajo de vital importancia, en esta misma anualidad, es el realizado por Jaramillo, titulado “*La estabilidad laboral del trabajador incapacitado temporalmente*” en el que denuncia el choque de trenes de las altas cortes, mismo que genera una gran inseguridad jurídica en cuanto a la interpretación y aplicación de la E.L.R.; explica que este hecho se debe a la falta de parámetros reglados para calificar los estados de debilidad manifiesta por parte de la Corte Constitucional, y que en aras de llenar estos vacíos legislativos se ha dado lugar a la estabilidad laboral extrema.

De otro lado anota que en los instrumentos internacionales el concepto de discapacidad se encuentra en constante evolución, de lo que se deriva que probablemente esta sea la interpretación hecha por la Corte Constitucional, lo expone Jaramillo de esta manera:

Entonces, si la tesis de la Corte Constitucional aplica la ampliación y evolución del concepto de discapacidad; ¿deberá asumirse que las limitaciones a corto o mediano plazo están comprendidas en el concepto de discapacidad?; o ¿que la incapacidad temporal debe entenderse como una limitación a largo plazo? La última hipótesis sería contraria a lo acordado en la convención, es decir, contrario a la naturaleza de la institución de la incapacidad, por lo que puede considerarse que la línea jurisprudencial colombiana prohíja por incluir dentro del concepto de discapacidad a las situaciones de incapacidad temporal.(Jaramillo, 2013, Pg. 33).

Frente a lo anterior, más adelante anota:

No es reprochable esta situación, como quiera que la incapacidad temporal no cuenta con un fuero independiente que permita establecer los parámetros bajo los cuales el trabajador que se encuentre en esta situación, cuente con plena garantía de la protección de sus derechos fundamentales.(Jaramillo, 2013, Pg. 68).

De esta manera se puede colegir que el autor interpreta la posición de la Corte como acertada, a causa de los vacíos legislativos en torno a la figura del discapacitado temporal, o lo que la línea jurisprudencial ha denominado trabajador en estado de debilidad manifiesta, pero también se puede deducir que es una solución temporal para que no se vulneren los sus

derechos, toda vez que más adelante propone creación legislativa con la finalidad de evitar los excesos en la aplicación del derecho.

Frente a la anterior situación hace una propuesta, cual es, la suspensión del contrato de trabajo; sostiene que en aras del bienestar del trabajador es necesario que este deje de prestar sus servicios, durante el tiempo que dure la incapacidad, inferior a 180 días, para que de esta manera no se le desvincule totalmente del puesto de trabajo y siga recibiendo el pago a seguridad social, que es el que necesita durante el periodo de inactividad laboral.

Es importante resaltar la solución que da el autor a la actual situación del empleador incapacitado transitoriamente, referente a la suspensión del contrato de trabajo, propuesta que abriría un nuevo punto de investigación en cuanto a su viabilidad según el ordenamiento jurídico y la posición que la Corte tenga al respecto.

Otra de las posiciones encontradas en los textos consultados es la de Sanabria (2014), en su trabajo *“Estabilidad laboral reforzada. Un estudio jurisprudencial y sobre los abusos a esta protección constitucional”*. Expone Sanabria, que la protección al trabajador discapacitado, en muchas ocasiones es usada de manera incorrecta por los aforados.

Alega que existe un abuso del derecho por parte de los trabajadores, de manera que es utilizada la protección constitucional para evadirse de las responsabilidades laborales sin que el patrono pueda ejercer su autoridad, sostiene que no existe un método eficaz y adecuado que promueva un uso correcto de la estabilidad laboral reforzada. De otro lado se hace una crítica al operador judicial que, según Sanabria, no realiza un estudio del caso, otorgando el derecho de manera subjetiva, así mismo accede a pretensiones *extra petita*, como ordenar la cancelación de salarios adeudados y reparaciones, lo que considera el autor como una extralimitación en las funciones del juez de tutela.

Así mismo, sugiere que el ejercicio incorrecto de esta garantía constitucional puede crear situaciones de desventaja tanto para el empleador como para el trabajador, con lo que se propone que exista una colaboración mutua entre los puntos del vínculo laboral y que el reintegro del trabajador al puesto de trabajo se lleve a cabo con todas las garantías en materia de salud ocupacional.

Se puede citar como aporte significativo de lo expuesto por Sanabria, el hacer hincapié en que una garantía constitucional otorgada judicialmente, no puede dar lugar a un abuso del derecho por parte del receptor del mismo, señalando que la falta de equilibrio debe ser corregida por parte de los operadores jurídicos, en aras de garantizar también los derechos del empleador.

Dentro de las investigaciones consultadas también se encuentra la realizada por Salazar y Franco del año 2014, titulada “*Algunas problemáticas en relación con el derecho de las personas con estabilidad laboral reforzada en Colombia*”¹, en él se evidencia la problemática generada por el choque de trenes de las altas cortes. También exponen que en la práctica existen muchas barreras para garantizar los derechos de la población discapacitada, aunque también reconocen que los derechos como la igualdad y la solidaridad no han sido ponderados

En Colombia la garantía a la estabilidad laboral reforzada se constituye como un derecho de rango constitucional, con amplio desarrollo jurisprudencial y doctrinal, que tiene como fin proteger los derechos de personas en situación de discapacidad, derecho que ha sido ampliamente tratado, debatido y reclamado, y que en el presente trabajo se analiza desde la óptica de las “problemáticas” que se han generado en relación con el derecho de las personas con estabilidad laboral reforzada, desde que la Corte Constitucional, le reconoció el rango de derecho fundamental, mediante el tipo de investigación básica, con la utilización de la hermenéutica, como método de investigación ante la amplia normatividad nacional y extranjera que rige la materia. Algunas problemáticas en relación con el derecho de las personas con estabilidad laboral reforzada en Colombia de Salazar Lozada, Astrid y Franco Bahamón, Edwin Yovanni. Tesis de grado titulada Derechos fundamentales a la igualdad; Equidad estabilidad laboral; Persona invalida; Persona discapacitada Fecha de publicación: 2014. Universidad de San Buenaventura Cali Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Especialización en seguridad social Santiago De Cali

correctamente, poniendo en situación de desventaja al empleador, de otro lado denuncian que el Estado ha sido un ente ausente en la resolución de esta problemática.

Se sugiere adoptar la posición de la C.S.J; de otro lado proponen que la carga económica del trabajador discapacitado sea soportada también por el Estado; de otro lado se propone que por medio de Decreto se esclarezcan las diferencias conceptuales entre: inválido, discapacitado, minusválido, disminuido y limitado para poder aplicarlos correctamente.

Puede citarse como principal aporte de esta investigación la solución dada al problema de los empleadores, que propone que el costo generado por el empleado discapacitado sea solventado juntamente con el Estado, con lo que se comparte la tesis del papel ausente del Estado.

Finalmente, en el año 2015, se encuentra el mayor número de investigaciones referentes al tema objeto de investigación, entre ellas destaca la realizada por Boada, *“De la estabilidad laboral reforzada: un estudio jurisprudencial sobre esta institución jurídica y los mecanismos para garantizar este derecho”*, en este tal como su nombre lo indica, se aborda el tema en consonancia con el estudio de la línea jurisprudencial de la Corte, haciéndose un paralelo con la normatividad vigente.

Apoya la igualdad como base para reconocer y proteger del derecho a la E.L.R., aunque al igual que Sanabria (2014), considera que este no puede ser considerado un derecho absoluto desconociendo los intereses propios del Estado y otros derechos legítimos, es decir, el Estado garantiza a los discapacitados el debido proceso y a la estabilidad laboral mientras se cumplan los requisitos establecidos para tal fin (Boada, 2015).

Así mismo denuncia los artificios de los que se valen las empresas para la desvinculación laboral, bien dando por terminados los contratos por vencimiento del plazo pactado

inicialmente, o porque no se realiza la solicitud ante la Oficina de Trabajo, pues en muchas ocasiones el empleador prefiere incurrir en el gasto de la restauración por despido sin justa causa, que solventar el gasto propio de un trabajador al que considera improductivo por su situación de salud.

Puede citarse como aporte a esta monografía el tener en cuenta la realidad de muchos trabajadores que son vulnerados en sus derechos al ser desvinculados de sus trabajos cuando el empleador argumenta que se ha vencido el contrato o hace transacciones con el mismo evitando el procedimiento que debe surtir legalmente para la desvinculación laboral, hecho desconocido por la mayoría de los investigadores consultados.

También del año 2015 aparece la investigación de Gómez y Gutiérrez, *“Afectación al principio de igualdad, respecto a la estabilidad laboral reforzada en personas con limitación en el cumplimiento de sus actividades”*, en este texto se enuncia como principal referente investigativo el choque de trenes entre las altas cortes, alegando que los jueces de tutela han hecho de la E.L.R. un derecho incondicional en donde no existe duda alguna a favor del Patrono. Se manifiesta por parte de los autores que en la actualidad la protección del derecho a la E.L.R constituye una posición desfavorable al empleador, proponen la sujeción al concepto de la C.S.J.

Es escaso el aporte de este trabajo, toda vez que se limita a hacer una descripción de lo consignado en otros trabajos de la misma categoría, en cuanto a la temática del choque de trenes y acogimiento del precedente de la C.S.J.

Otro de los textos consultados es el elaborado por Wolff, titulado *“El impacto de la estabilidad laboral reforzada en el derecho laboral colombiano”*, del año 2015, en este se anota que no existe una posición clara del Ministerio del Trabajo respecto a las autorizaciones

que corresponden a su competencia, pues en la mayoría de los casos se deniegan las mismas sin que preceda un estudio de factibilidad que acredite la negativa.

De otro lado apoya Wolff los contratos de transacción entre los trabajadores y empleadores, en los que el primero recibe la liquidación de su salario y la respectiva reparación por despido sin justa causa, sugiriendo que los mismos no deberían ser condenables por parte de la Corte Constitucional, pues estas situaciones son aprovechadas por el trabajador para recibir estos emolumentos por parte de su jefe y luego reclamar ante la jurisdicción la reinscripción y la cancelación de salarios y prestaciones dejadas de recibir.

Cita como consecuencias del proteccionismo de la Corte, la pérdida de la oferta laboral, pues los empleadores se abstienen de contratar para no tener que incurrir en gastos de trabajadores con problemas de salud o que de entrada presenten una discapacidad; finalmente denuncia que en la práctica la reubicación del trabajador discapacitado es casi imposible y el empleador debe continuar pagando salarios y prestaciones aun cuando no se esté prestando el servicio.

Si bien la posición asumida por Wolff es bastante crítica, ha de tenerse en cuenta lo anotado respecto al Ministerio de Trabajo, pues este debe tener criterios claros para las autorizaciones de despido, sin excusarse en la jurisprudencia de la Corte para denegar las solicitudes, sin realizar el estudio de factibilidad necesario, pues entonces su labor viene a ser ineficaz.

Dentro de los textos consultados aparece la tesis *“Estabilidad laboral reforzada: mirada constitucional Vs. Empresarial”* de Rueda, Londoño, Arias y Cardona, publicada en el año 2015 por el repositorio de la Universidad Libre seccional Pereira, en este trabajo se enuncia que el ausentismo laboral generado por la incapacidad del trabajador limitado en su salud

genera detrimento económico en las empresas, lo que hace plausible su posición de favorabilidad hacia el empleador.

Finalmente, el trabajo elaborado por Aguilón y Rivera, del año 2015, titulado “*Análisis de la jurisprudencia constitucional en torno a la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores en situación de discapacidad*”, expone en primer lugar “que el derecho al trabajo es y debe ser considerado como un derecho dinámico ya que se adecua a las situaciones sociales, económicas, históricas y políticas permitiendo su constante evolución.” (Aguilón y Rivera, 2015), así mismo sostienen que el trabajo es una responsabilidad social que debe hacerse en categorías dignas y justas, toda vez que aporta al desarrollo de la sociedad.

Exponen Aguilón y Rivera que la reubicación del trabajador discapacitado ha llevado a la creación de puestos de trabajo sin sentido lo que genera grandes costos operacionales y sobrecostos a la empresa; así mismo alega que el Ministerio de Trabajo también ha asumido una posición bastante sesgada y como lo anoto Wolff (2015), no se otorgan los permisos aunque exista justa causa para la desvinculación del trabajador discapacitado, hecho que han tratado de subsanar las empresas por medio de la conciliación extrajudicial en derecho, para lograr un acuerdo sobre la finalización del contrato laboral, frente a esto, la Honorable Corte expreso en la sentencia T-217 de 2014, en la que se avala el uso de conciliaciones para la terminación de la concomitancia laboral, siempre y en momento en que se consigne en el acta de conciliación la situación del empleado, y que cuente la misma con el aval del inspector de trabajo; pero denuncian que a pesar esta sentencia, el Ministerio de Trabajo no acepta las actas de conciliación para aprobación, pues alega que no está dentro de su competencia el expresar la coexistencia de derechos ciertos e indiscutibles.

Se procederá entonces a la agrupación de textos según las temáticas tratadas para encontrar la ruptura y la continuidad del contenido de las mismas. En primer lugar se pudo observar tres posiciones respecto a la E.L.R., la primera de contenido extremo en favor del empleador, esta posición esgrime como principal raciocinio que en la pluralidad de los casos es visible un abuso del derecho por parte del trabajador aforado y que el mantenimiento del trabajador discapacitado es un gasto para el empleador, por lo que la actitud proteccionista de la Corte Constitucional es desproporcionada y perjudicial para la economía de las empresas, dentro de este primer gran grupo se encuentran autores como Aristizabal (2011), Sanabria (2014), Gómez y Gutiérrez (2015), Wolff (2015) y Rueda, Londoño, Arias y Cardona (2015).

Luego puede enunciarse una posición más equilibrada y realista en la que se evidencia la situación real de los trabajadores, sin desconocer que puede llegar a existir un abuso del derecho a causa del proteccionismo de la Corte, pero que propone soluciones que beneficien tanto al trabajador como al empleador pues no desconoce que si bien el trabajador podría llegar al abuso del fuero de la salud también reconoce que de no existir esta figura los empleadores ejercerían su autoridad, sin ninguna clase de miramiento. Su propuesta principalmente es que:

“se creen límites legales para el uso de la estabilidad laboral reforzada, para que el trabajador siga gozando de una protección mucho más ajustada a la realidad, que no pongan en situación de desventaja al empleador, en otras palabras, que se acoja la tesis de la Corte Suprema de Justicia, sobre la calificación de la invalidez, así como la creación de instrumentos legales que delimiten y conceptualicen las clases de incapacidad y/o discapacidad para

aplicarlas correctamente". Garzón (2012), Acero (2013), Vargas (2009), Salazar y Franco (2014) y Aguilón y Rivera (2015).

Un tercer grupo que reconoce el proteccionismo de la Corte, que proponen creación legislativa para delimitar el concepto de discapacidad, pero que a diferencia del anterior, consideran que la Corte en cierta medida ha sido acertada, pues la finalidad es proteger al trabajador de los abusos del empleador, proponen diversas soluciones, que van desde un papel más activo por parte del Estado, hasta la aplicación de la complejidad de la supresión del contrato de trabajo, es así como figuran las investigaciones de Jaramillo (2013), Botello, Delgado y Medina (2013) y Boada (2015).

Finalmente pudiera mencionarse una cuarta categoría, en la que no se teoriza, ni se argumentan posiciones a favor o en contra de la apreciación de la tesis usada por la Honorable Corte pues para el momento de la publicación aún no se había hecho un desarrollo jurisprudencial como el que se tiene en la actualidad, es el caso de Giraldo (2002), cuya investigación se encarga de enunciar los postulados existentes hasta ese momento en nexos con la E.L.R., partiendo de lo normado en el C.S.T y la ley 361 de 1997, sin mayor pretensión que describir los criterios a tener en cuenta para la configuración del derecho mencionado.

La ruptura podría ubicarse en punto de la especial atención que todas las investigaciones hacen a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, tendientes bien a aprobar o a rechazar sus tesis, pero se deja de lado el indagar cuál es la representación del Estado como normalizador de los veredictos y garantizador del cumplimiento de los mismos; cabe preguntarse si el único papel que debería cumplir el ministerio del trabajo es hacer una recepción de solicitudes de desvinculación laboral.

Las investigaciones apuntan a concluir que existe, en muchos casos, un abuso del derecho por parte del trabajador, así como la imposibilidad de reubicar al trabajador en la empresa, de lo que se puede concluir que los fallos emitidos por el juez de tutela están totalmente desligados de la realidad, sería pertinente entonces que el Ministerio del Trabajo como entidad encargada de la inspección y vigilancia en procura del derecho al trabajo, implementara mecanismos administrativos que regulen la eficacia de los fallos o brinden la oportunidad al empleador de lograr la desvinculación ante la imposibilidad material de buscar un nuevo puesto de trabajo para el trabajador discapacitado, teniendo en cuenta que este tipo de situaciones solo logran la tensión de la relación laboral y no una solución a las necesidades del trabajador y de la empresa.

De otro lado las investigaciones que abogan por el despido del trabajador improductivo no proponen una solución clara y factible para el empleado discapacitado, solo limitan su objeto de estudio a exponer la situación de desventaja del patrono y el detrimento de su economía, lo cual es plenamente viable, pero valdría preguntarse en estos casos, ¿Qué mecanismos administrativos permitirán la desvinculación laboral del trabajador discapacitado cuando no exista posibilidad de reubicarlo?, dado que la situación planteada en las mismas expone una gran deficiencia practica gracias al mentado proteccionismo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional.

En clave de la brecha metodológica será necesario determinar los referentes teóricos para el desarrollo necesarios para obtener una resolución al interrogante la pregunta objeto de investigación.

En primer lugar, Para establecer cuáles son los mecanismos administrativos que permiten la desvinculación laboral del empleado discapacitado o en estado de D.M., valdrá citar a dos importantes escritores que describen la funcionalidad de los mismos.

En primer lugar Garzón (2013), abogada de la Universidad CES, en desarrollo de trabajo de investigación publicado en la revista Derecho CES, expone lo establecido en la norma, esto es la ley 361 de 1997, en la que se estipula que ningún trabajador en estado de discapacidad podrá ser despedido sin anticipada licencia del Ministerio del Trabajo, en cuyo caso de haberse efectuado la terminación de la relación laboral sin dicho permiso, el empleador se hace acreedor a una multa equivalente a 180 días del salario a beneficio del empleador; esto sin perjuicio de los demás gastos generados por valoración de reparaciones adicionales, sueldos adeudados o prestaciones sociales.

De otro lado declara Garzón, que a fin de lograr la desvinculación laboral se debe inicia la solicitud ante el Ministerio del Trabajo declarando la inviabilidad de proseguir imposibilidad de continuar con la relación laboral y demostrando que el despido no ha sido tenido su origen en la posición discapacitante del empleado, hecho que deberá ser probado y cuya carga recae sobre el empleador.

De igual manera la autora describe la necesidad de tomar en cuenta la posición expuesta por la C.S.J., de cobijar bajo los parámetros de la E.L.R., únicamente los empleados entendidos con detrimento de la capacidad laboral superior al 25%, deduciéndose así que no todo quebranto de salud encuadra en las conjeturas planteadas por la Corte Const. Para conceder el apoyo y de esta manera estaríamos frente a otra causal que restaría responsabilidad al empleador, al no estar obligado a solicitar permiso a la oficina del trabajo cuando disponga el destituir de empleados en situación de D.M.

Reconoce el deber del empleador de intentar la reubicación del trabajador discapacitado para que esta pueda continuar con su desarrollo laboral, pero presume que al encontrarse impedido para realizarla deberá sustentar las causas, es decir, acreditar las circunstancias objetivas (Garzón, 2013), que le impidan disponer de otro lugar de trabajo para el individuo discapacitado.

Finalmente, sustenta la necesidad de calificación de detrimento de la competencia laboral, en aras de la obtención de la pensión de invalidez por parte del trabajador, lo que señala como una circunstancia aún más garantista de sus derechos.

En esta misma línea teórica, Chávez Rojas (2004), reconocido tratadista en materia laboral, autor de “Aspectos Legales y Jurisprudenciales sobre la Intermediación laboral”, en “Revista ACTUALIDAD LABORAL, número 125, septiembre- octubre de 2005”, quien cuenta con variadas publicaciones en esta rama del derecho, realiza un estudio de la estabilidad laboral reforzada, dejando como principales aportes los siguientes:

“En primer lugar establece que para solicitar el despido el empleador debe acreditar que el mismo es producto de una justa causa y no de la situación de discapacidad en la que se encuentra el trabajador; hace referencia a situaciones como expiración del tiempo inicialmente pactado o desaparición de las causas que dieron origen al contrato de trabajo”.

Finalmente cita al entonces M.P.S., que en criterio 014237 del 7 de mayo de 2002 establece que concierne al empleador acreditar la inhabilidad del trabajador para el desempeño del trabajo, aun cuando haya operado la reubicación laboral a la que el trabajador tiene derecho, así:

“La intervención del inspector del trabajo deberá dirigirse única y exclusivamente a corroborar que el trabajador es inepto para realizar no sólo la labor encomendada, sino cualquiera otra por razón de la limitación física, síquica o sensorial, configurándose de esta manera la causal legal de despido o de terminación del contrato de trabajo, en razón a que convierte al trabajador en inepto para realizar la labor encomendada” (cs. T., Art. 62, literal a- 13).

De esta manera aclara lo concerniente a la imposibilidad de reubicación por parte del empleador de la siguiente manera:

“Debe quedar en claro que la ineptitud del trabajador discapacitado como causal para la extinción por justa causa del contrato de trabajo sólo sería viable si la ineptitud le impide desempeñarse en otros puestos de trabajo que puedan ser ofrecidos por el empleador; por lo tanto, primero debe agotarse la posibilidad del traslado del trabajador, con el fin de garantizarle el puesto de trabajo, y como última medida cabría la extinción del contrato de trabajo, por no ser posible su traslado a un nuevo puesto de trabajo; despido que debe ser autorizado por el inspector del trabajo. Ahora, si se configura otra justa causa que motive la extinción del contrato de trabajo distinta a la ineptitud del trabajador, el empleador previamente debe agotar el trámite frente al Ministerio de la Protección Social para obtener la autorización del despido”. (Chávez, 2003)

Expone como justificación del despido la expiración del término inicialmente pactado, en los casos de contratos a término fijo o de obra labor por la clausura concluyente de la compañía, o por deceso del patrono, casos en los que expone que no se hace necesaria la

autorización de la autoridad administrativa para efectuar el despido y que el mismo sea considerado eficaz.

De otro lado Chávez Rojas y Garzón tienen conceptos disimiles sobre la aplicación del derecho a la E.L.R., el primero prioriza el derecho de los empleadores sobre el de los trabajadores, exponiendo que gracias al proteccionismo extremo de la Corte Constitucional, los empleadores están cada vez en menos disposición de contratar a un empleado discapacitado o a mantenerlo dentro de su planta de personal, pues la vinculación o permanencia equivalen a mantener la relación laboral de manera indefinida, con lo que se deriva que la oferta laboral para este grupo de trabajadores sea cada vez menor.

Por su parte Garzón, da cuenta de la poca intervención del Estado en la protección del derecho a la E.L.R. enfatiza “el hecho de la aplicación de las normativas internacionales mismas que obligan al Estado a la elaboración de regímenes que contemplen la concisión de esos derechos atendiendo a las condiciones propias de los limitados” (Garzón, 2013), lo que equivale a pensar en una responsabilidad directa por parte del Estado de proteger los derechos de los población trabajadora discapacitada.

De lo anterior se puede deducir que la finalidad de los mecanismos administrativos que permiten la desvinculación laboral del trabajador discapacitado siempre ha sido la defensa de sus D.F. y esta es la razón por la que exigir una autorización por parte del Ministerio del Trabajo, tiene como único objetivo el preservar la permanencia en el trabajo.

De esta manera y tomando en cuenta lo expuesto por Rojas Chávez y Garzón, se establecerán las categorías para comprobar si lo planteado en la norma tiene aplicación en la realidad social. En primer lugar, será necesario partir del hecho que si bien la E.L.R. expuesta en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, expone como único mecanismo apto para el despido la

autorización ante el Ministerio del Trabajo, no expone a profundidad ni las causas bajo las cuales opera la terminación de la relación laboral, ni las posibles soluciones en caso de que no pueda configurarse la continuidad laboral por la imposibilidad de reubicar al trabajador.

En primer lugar será necesario hacer énfasis en que la mayoría de lineamientos referentes a la aplicación de la E.L.R. y de los mecanismos administrativos para la eficacia del despido, tienen su origen en la jurisprudencia de la Corte Const., que ha logrado establecer una interpretación mucho más amplia de la normatividad laboral, tomando principios constitucionales que dan un mayor alcance a la aplicación de los D.F. de los empleados en posición de discapacidad o D.M.

CAPITULO II LA CORTE CONSTITUCIONAL, Y SUS RESPUESTAS AL PROBLEMA PLANTEADO.

Como se expuso en la introducción del presente trabajo, se hizo uso del enfoque funcionalista, en aras de advertir la actualidad del tema de investigación y la necesidad de hacer hincapié en la conexión existente entre la realidad social y la normatividad legal y jurisprudencial vigente, de lo que se pudo deducir, que el desarrollo del derecho a la E.L.R., está en continua progresión dado la interpretación de derechos innominados en cabeza de la Corte Constitucional, de esta manera se puede evidenciar la interconexión existente entre el desarrollo de la existencia colectiva, especialmente en lo conectado con los empleados en posición de discapacidad y D.M. y el desarrollo de la protección a los mismos por parte del Tribunal Constitucional.

Así mismo se pudo establecer la vigencia de los mecanismos administrativos que permiten la desvinculación laboral del empleado discapacitado o en posición de D.M., reiterando que los mismos buscan proteger a los trabajadores, así como buscar un punto de equilibrio que beneficie también al empleador, en aras a que no se este frente un desbalance de derechos entre los dos extremos de la relación laboral.

Al ser una investigación socio jurídica cualitativa, se ha hecho un exhaustivo análisis de los mecanismos administrativos que permiten la desvinculación laboral de trabajadores que han sido reubicados y a su vez de la E.L.R. dirigida a los trabajadores en posición de discapacidad y D.M., análisis efectuado sobre las valoraciones de la Honorable Corte y la normatividad vigente tanto a nivel nacional, como internacional; así mismo se ha tomado en cuenta la realidad social como fenómeno para evaluar el cumplimiento y efectividad de lo normado.

A su vez, se ha hecho uso del método descriptivo-explicativo, orientando la investigación a la explicación de los requerimientos para configurar la destitución eficaz de los empleados discapacitados, así como de los presupuestos propios de la E.L.R.

También se ha analizado cual es el deber del Estado en el cumplimiento de este Derecho, para poder establecer las implicaciones del mismo en la realidad social, determinando su efectividad, aplicabilidad y así detectar las falencias existentes respecto del mismo, de manera que pueda comprobarse la hipótesis de investigación y en la medida de lo posible proponer una solución al problema originario del presente trabajo.

Se justifica la utilización del paradigma y el método de investigación, entendiendo que los mecanismos administrativos que permiten la desvinculación laboral y la estabilidad laboral reforzada se dan como resultado de una necesidad social y constitucional de proteger a un grupo poblacional en estado de D.M., razón por la que se eligió el paradigma funcionalista; de

otro lado se escogió el método cualitativo, en razón a que se busca establecer las implicaciones fácticas de la aplicación del derecho, de allí que también se orientara la investigación mediante el método descriptivo explicativo, para establecer los componentes reales de la garantía constitucional y determinar si los mismos tienen un cumplimiento en la realidad del grupo poblacional.

Las técnicas e instrumentos para la recolección de la información, fueron principalmente la observación de la normatividad vigente, como ya se señaló, leyes, jurisprudencia y decretos reglamentarios, que han regulado la aplicación del derecho a la E.L.R.; partiendo de estos postulados se procedió a realizar un análisis de la realidad social.

En cuanto a la unidad de análisis, se ha tomado principalmente los mecanismos administrativos que permiten la desvinculación del empleado en posición de discapacidad o D.M., para lo cual se han estudiado tratadistas para establecer la funcionalidad de los mismos; de otro lado se han contrastado estas teorías con los pronunciamientos que al respecto ha hecho la Corte Constitucional.

Los criterios analizadores utilizados fueron:

En primer lugar, como categorías independientes, la definición de los elementos que incurren en el derecho de reinstalación laboral en caso de pérdida de la capacidad laboral por parte del trabajador discapacitado, cuyo estudio requirió del análisis de la normatividad nacional e internacional y la jurisprudencia, así como algunos aportes doctrinarios y la relación de todos ellos con la realidad social.

Así mismo, determinar cuáles son las causales bajo las cuales el empleador puede solicitar de manera justificada la terminación de la relación laboral, cual es el procedimiento y cuales

las alternativas que permiten que aun cuando los trabajadores sean desvinculados no se vean vulnerados sus derechos fundamentales.

Como Categorías dependientes, se tienen el papel del estado y sus instituciones en la garantía del derecho a la E.L.R.; la aplicabilidad de las normas relacionada con la seguridad en el trabajo.

Se tuvo como universo de estudio la aplicabilidad de las normas referentes a la E.L.R. y el alcance de la jurisprudencia y las normas para determinar la efectividad de la protección constitucional.

Finalmente, como criterio de selección del caso se acudió a la necesidad de evidenciar el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la figura de la estabilidad laboral reforzada, incluyendo los mecanismos administrativos para lograr esta finalidad, esto es la permanencia del trabajador en la relación laboral o su desvinculación sin que se menoscaben sus garantías fundamentales al trabajo, seguridad social, vida y salud.

Se buscó establecer si el cumplimiento de los fallos del Tribunal Constitucional es una realidad, así mismo determinar cuál es el aporte de cada una de las entidades estatales a las que les compete la reglamentación de los nexos laborales, en la búsqueda de una protección efectiva al trabajador.

Dentro de estos criterios se puede especificar lo siguiente:

➤ ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

Orígenes: determinar cuáles fueron los factores determinantes para el surgimiento del derecho.

Evolución: establecer las razones fácticas y jurídicas que han jugado un papel clave para el desarrollo de esta protección constitucional.

Durabilidad: Inferir que hechos han contribuido a la perdurabilidad de la violación al derecho a la E.L.R..

➤ APLICACIÓN DE NORMATIVIDAD

Normatividad: exponer la normatividad constitucional y legal laboral tanto nacional como internacional aplicable al tema objeto de investigación.

Vigencia: establecer los casos en los que la normatividad es aplicable para determinar conflictos referentes a la E.L.R.

Jurisprudencia: Estimando que el surgimiento de la estabilidad laboral reforzada es el resultado de la interpretación de derechos innominados realizada por la Corte, misma que le ha asignado sus presupuestos y requisitos para su configuración.

Legislación laboral: Exponer en qué medida la normatividad en materia laboral ha coadyuvado en el establecimiento de cimientos legales que den forma a la estabilidad laboral reforzada, Principalmente la ley Clopatofsky y el Código Sustantivo del Trabajo.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Determinación: dilucidar cuál es el papel del Estado como responsable en el cumplimiento de las garantías constitucionales que protegen a los empleados discapacitados o en estado de D.M.

Mecanismos de defensa: evaluar el cumplimiento de la garantía constitucional estableciendo cuales han sido los planes implementados por el Estado para consolidar un bienestar real para este grupo de trabajadores que por sus condiciones son individuos de particular protección por parte de todas las instituciones estatales según su competencia.

2.1 Análisis de la realidad. implementación de las decisiones judiciales

En nuestro país los sujetos con alguna aflicción en su salubridad que les imposibilite transcendentamente el ejercicio de sus quehaceres, en las posiciones moderadas cuentan con

extendida custodia constitucional, que obliga la responsabilidad del Estado y a los patronos de asegurar su derecho a trabajar en situaciones que se compaginen a su estado de salud.

La ley constituye respaldo a la población en posición de conculcación, entre las cuales están la incorporación y estabilidad en el mercado laboral, preservando a los empleados con restricciones en su salubridad, denegando que sean destituidos sin causa justa, o sin aval del Ministerio de Trabajo con la reparación legal de 180 días de salario.

La realidad nos indica que el extenso amparo constitucional procedente la tutela, ha originado extralimitación del derecho por parte de empleados que no están en posición de D.M., desfigurando el objetivo de la E.L.R. a beneficios del empleado con fragilidad, cerciorada.

Por ello, es responsabilidad de la autoridad laboral cotejar que el empleado actual una restricción física, sensorial o psíquica, que el patrono tenga entendimiento de cierto estado y que la destitución se provoca sin que medie la licencia del Ministerio.

Por lo cual, es considerable que las compañías ejerzan los exámenes ocupacionales para poseer lucidez frente al Estado de salud de sus empleados.

Dentro de los criterios seleccionados se logró establecer dentro de los casos analizados en la jurisprudencia el Tribunal Constitucional, que si bien desde hace casi una década, el Tribunal Constitucional ha determinado dar un alcance mayor a derechos de segunda generación, estableciendo una interpretación más allá de lo normativo de derechos que son considerados innominados, aun es patente que no existe una unidad conceptual respecto a los alcances de la defensa al derecho a la E.L.R., ello se evidencia principalmente con el choque de trenes existente con la Corte Suprema de Justicia, que no reconoce el precedente jurisprudencial ya dictado por el tribunal.

De esta manera surgió la necesidad, por parte de la Corte Constitucional de llenar el vacío jurídico existente en la ley anteriormente mencionada, dando regulación a casos que aparentemente autorizaban al patrono a finalizar el nexo laboral, pero que en su análisis dicha desvinculación devenía en una clara transgresión a los derechos del empleado, por tal razón en la actualidad la estabilidad laboral reforzada goza de un mayor alcance, aun sobreponiéndose a lo determinado legalmente.

Por otra parte, se regulo lo referente a la reubicación del trabajador, determinando que es obligación del empleador hacer ejercicio del ius vairandi en fin de proteger el derecho al trabajo de los individuos discapacitados, determinándose así que la ineptitud para el ejercicio de nuevas tareas y la imposibilidad de reubicación deben ser probados por el empleador ante el Ministerio del Trabajo, para obtener la respectiva autorización que permita la desvinculación laboral.

La conciliación en forma extrajudicial con el Patrono y el empleado no siendo este requerimiento de procedibilidad en asunto laboral, como puede pasar en otra clase de conflicto.

Esto indica determinar que el empleado no se obliga a realizar o determinar un acuerdo con el Patrono ante el inspector de trabajo, por ejemplo, sino que podría demandar en particular al Patrono directamente.

Para la Corte sentencia C- 893 DE 2001 indica “ las normas transcritas son inconstitucionales en los apartes que se acusan, puesto que dada la naturaleza voluntaria de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en general, y de la conciliación laboral, en particular, el legislador no podía establecerla como un requisito obligatorio de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción laboral, además porque al hacerlo

desconoce el derecho de los particulares de acceder libremente a la administración de justicia para solicitar la tutela judicial efectiva de sus derechos."

Posteriormente la conciliación laboral es rara vez de utilidad para el trabajador, debido a que los funcionarios públicos competentes para ello no tienen facultades suficientes para conseguir que el empleador respete los derechos de los trabajadores, de manera que muchos trabajadores terminan conciliando mucho menos de lo que les corresponde según lo establecido en la ley, o finalmente no se concilia y consecuencia de este se pierde la ventilación procesal, por lo que pediría como base para poder demandar ante la jurisdicción laboral.

De otro lado la imposibilidad de reubicación o la terminación del objeto y tiempo del contrato ha sido la excusa principal de los empleadores para dar por finalizado el nexo laboral sin acudir al uso de los mecanismos administrativos que permiten la desvinculación laboral, violentándose de esta manera los derechos del empleado en posición de D.M.

En cuanto a la normatividad vigente, habrá que resaltar que la Estabilidad Laboral Reforzada fundamenta sus principios en instrumentos internacionales que obedecen a la defensa de la dignidad y derechos del empleado en estado de discapacidad, es así como el Convenio 159 de la O.I.T. de 1983, sobre la readaptación profesional en el empleo de personas invalidas, establece la obligación que tiene el Estado de garantizar la obtención y conservación del empleo, así como la declaración de los derechos de los impedidos, en la cual se enuncia la necesidad de establecer medidas que permitan la reintegración social y laboral de las personas que padezcan de algún tipo de discapacidad física, psíquica o sensorial. También cabe citar el P.I.D.E.S.C. ratificado por medio de la ley 74 de 1968, entre otros

instrumentos y convenios normados por la O.I.T., aplicables a la población trabajadora en estado de discapacidad y que tienen plena aplicación en Colombia.

Por su parte la normatividad nacional tiene como pilar de la E.L.R. artículo 26 de la ley 361 de 1997, mismo que establece las condiciones para que opere el despido del trabajador discapacitado, enunciando la obligación del empleador de solicitar el respectivo permiso de la oficina del Trabajo, y advirtiendo que la omisión de este requisito generara la ineficacia del despido y la obligación de reparando al empleado con 180 días de salario, además facultando al trabajador a solicitar la reinstalación en un lugar de iguales o mayores condiciones al que venía ejerciendo antes del despido.

Llama la atención que, en poder del derecho a la ecuanimidad, a la solidaridad, al trabajo y a la vida digna, al Tribunal Constitucional ha desarrollado el derecho a la E.L.R., dictando ciertos parámetros bajo los cuales debe ser protegido el trabajador discapacitado o en Posición de D.M., y delimitando las causales que aplican para que el empleador pueda solicitar ante el Ministerio del Trabajo la autorización de despido.

En primer lugar, establece el derecho a la reubicación laboral, en el cual el empleador está en la obligación de trasladar al trabajador discapacitado del puesto de trabajo para el cual fue contratado, cuando se tenga que ha sufrido algún desmedro en sus condiciones de salud. En este caso se procederá por medio de la Aseguradora de Riesgos Laborales a evaluar las condiciones de salud del trabajador para determinar cuáles son los cuidados que debe seguir, cuidados que son responsabilidad del empleador.

De otro lado junto con la reubicación se encuentra el deber de capacitar al empleado en las nuevas tareas a desarrollar, con la finalidad de que siga siendo productivo para la empresa y pueda darse continuidad al desarrollo profesional y personal del trabajador.

Se tiene entonces que antes de solicitar la autorización para la terminación de la relación laboral ante el Ministerio del Trabajo, el empleador deberá agotar todas las posibilidades de reubicación que le sean posibles, de lo contrario el empleador deberá probar la imposibilidad y buscar otros mecanismos de resarcimiento a favor del trabajador, sin embargo, será necesaria la autorización del inspector de trabajo.

De otro lado se evidencio la poca participación del Estado en la protección de los derechos de los trabajadores en estado de discapacidad o debilidad manifiesta, pues no existen políticas proactivas de generación de empleo para población discapacitada, ni regulación en la ejecución de las sentencias proferidas por los operadores judiciales, de manera que los reintegros en las empresas resultan ser un problema. La intervención de la autoridad administrativa podría lograr que, bajo un estudio de factibilidad, se reubique al trabajador en las mejores condiciones de trabajo posibles, sin generar un resentimiento en la productividad de la empresa, ni en la economía del empleador, de esta manera se estaría evidenciando la protección efectiva del derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Así mismo, se pudo deducir, que los planteamientos de la Corte no tienen la repercusión que debieran dentro de las decisiones judiciales a nivel regional, de ahí que se continúe generando jurisprudencia en sede de revisión, para decidir de los más variados aspectos y situaciones referentes a la violación del derecho a la estabilidad laboral reforzada.

2.2 Respuesta de la corte constitucional al problema planteado

Se procederá entonces a argumentar la respuesta a las preguntas propuestas como problema de investigación, en este caso ¿En qué consiste la Estabilidad Laboral Reforzada y cuáles son sus implicaciones con respecto a los empleados que se encuentran en situación de discapacidad o debilidad manifiesta?, ¿Cuáles son los mecanismos administrativos que

permiten la desvinculación laboral del trabajador discapacitado cuando no exista la posibilidad de reubicarlo?

Para establecer una respuesta a la pregunta objeto de investigación, de conformidad con el paradigma de investigación escogido, se acudirá a una observación científica de la línea jurisprudencial de la Corte sobre los aspectos que puedan dilucidar que la misma sea acorde a la realidad social.

De esta manera los primeros pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la estabilidad laboral reforzada datan de 1993, en la sentencia T-441/93, en la que se toma en cuenta el derecho a la igualdad real y efectiva para consolidar una protección al trabajador discapacitado, tomando en cuenta que su situación de vida no es la misma que la de un trabajador normal. La Corte asiente la necesidad de emplear los criterios de discriminación positiva para la protección de derechos fundamentales, por lo que decide que si bien el empleador o nominador en este caso, esta es la libertad de renovar su planta de personal, no puede hacerlo en menoscabo de los derechos fundamentales de los trabajadores que se encuentran en estado de discapacidad.

En este pronunciamiento la Corte hace especial énfasis en el respeto a la dignidad de los trabajadores discapacitados, al ser esta una de las prioridades del Estado Social de Derecho, de manera que propugna por la eficiencia de la actividad estatal, en punto de la igualdad para proteger a las personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

De otro lado al no estar desarrollada la figura de la estabilidad laboral reforzada, pues la entrada en vigencia de la ley 361 se vino a dar años después, esta sentencia no establece criterios referentes a la reubicación, ni a los mecanismos administrativos para la terminación de la relación laboral.

Luego, con la expedición de la Ley 361 de 1997, que en su artículo 26 determina en la norma el derecho a la estabilidad laboral reforzada, surge la sentencia de Constitucionalidad C-531 de 2000, en la que se determina que la disposición normativa de indemnizar al trabajador discapacitado no hacia eficaz en despido, de manera que era obligatoria la autorización ante el ministerio del trabajo para la terminación del contrato de trabajo, de manera que procedía el reintegro, sin solución de continuidad en materia de salarios y prestaciones sociales.

En esta sentencia se establece que la Estabilidad Laboral Reforzada busca garantizar la permanencia en el empleo de la persona discapacitada que padezca de limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales. Se debe propugnar entonces por la rehabilitación y capacitación necesarias que permitan alcanzar el acceso al trabajo en condiciones de igualdad.

Se enfatiza entonces que:

Deber del Estado de garantizar que el discapacitado obtenga y conserve su empleo y progrese en el mismo, para promover la integración de esa persona en la sociedad, hasta el momento en que no pueda desarrollar la labor para la cual fue contratado, ni ninguna otra de acuerdo con la clase de invalidez que presenta, debidamente valorada por la autoridad del trabajo. (Corte Constitucional, C-531 de 2000).

En la T-1040 de 2001, se determinan claramente los postulados del derecho a la estabilidad laboral reforzada y a la reubicación laboral; en primer lugar, se estipula que para que la reubicación laboral deberá hacerse de conformidad a las recomendaciones hechas por el médico tratante, esto en aras de evitar un desmedro en las condiciones de salud del trabajador.

De esta manera se establece la reubicación laboral como una obligación en cabeza del empleador, así:

“La obligación de los empleadores de abstenerse de impartir órdenes que afecten la salud de sus empleados implica una restricción general en el ejercicio de una prerrogativa legal de los empleadores, por virtud del respeto que estos deben a la dignidad de sus trabajadores. Sin embargo, bajo determinadas condiciones, el respeto por esta dignidad implica, además, el deber de reubicar a los trabajadores que, durante el transcurso del contrato de trabajo sufren disminuciones de su capacidad física.” (Corte Constitucional, T-1040/2001).

Siguiendo este argumento, expresa la Corte que si bien la reubicación se realiza para no afectar las condiciones de salud del trabajador, se debe tener en cuenta que no se limita solo a este hecho, sino a la capacitación que se le debe brindar al trabajador para el buen ejercicio de las nuevas funciones a desempeñar, de manera que su estadía en la empresa no se configure como una carga, sino que pueda seguir siendo productivo.

Finalmente establece la Corte, en relación a la Estabilidad laboral, que “la misma es garantizada a cualquier tipo de empleado, y ante la decisión unilateral del empleador de dar por terminada la relación laboral, deberá hacerse el pago de la respectiva indemnización mencionada en el Código Sustantivo del Trabajo, este tipo de estabilidad laboral, es denominada por la Corte como imperfecta. De otro lado establece que no puede actuar de forma equivalente con los trabajadores discapacitados estableciendo que la en este caso se trata de garantizar otros derechos, que por las circunstancias particulares del caso, se verían desprotegidos si su amparo se limitara a la protección imperfecta.” (Corte Constitucional, Sentencia T-1040 de 2001).

Más adelante en T-198 de 2006, se discute si la acción de tutela es mecanismo idóneo para obtener el reintegro laboral por parte de los trabajadores discapacitados o disminuidos. De igual manera se amplía la cobertura de la estabilidad laboral reforzada, no solo a aquellos trabajadores discapacitados que hayan sido calificados como tales, sino también a aquellos trabajadores que padezcan de quebrantos de salud que les impidan el pleno desarrollo de las tareas encomendadas por el empleador, de esta manea el tribunal expone lo siguiente:

En efecto, “en virtud de la aplicación directa de la Constitución, constituye un trato discriminatorio el despido de un empleado en razón de la enfermedad por él padecida, frente a la cual procede la tutela como mecanismo de protección. Para justificar tal actuación no cabe invocar argumentos legales que soporten la desvinculación como la posibilidad legal de despido sin justa causa. Nace el deber del empleador de reubicar a los trabajadores que, durante el transcurso del contrato de trabajo sufren disminuciones de su capacidad física.” (Corte Constitución, Sentencia T-198 de 2006).

De otro lado considera la Corte que la utilización de los mecanismos administrativos que permiten la desvinculación laboral, se han configurado por el legislador con la finalidad que la autoridad pública intervenga para corroborar la situación fáctica que amerite el despido del trabajador discapacitado.

Uno de los argumentos que la Corte había esgrimido para la configuración del derecho a la estabilidad laboral reforzada, era que el empleado debía probar el nexo de causalidad existente entre el despido y sus condiciones de salud, pero a partir de la T-198/06, aplica la presunción de despido injusto, cuando se tiene que el empleador que está en la obligación de reubicar al trabajador, solo se limita a despedirlo, en este caso se tendrá por cierto que la desvinculación

laboral opero por la situación incapacitante y estará obligado, el patrono a la cancelación de las respectivas indemnizaciones y al reintegro del trabajador.

Finalmente, el Tribunal establece los presupuestos bajo los cuales procederá el reintegro, “se deberá tener en cuenta: 1) El tipo de función que desempeña el trabajador; 2) La naturaleza Jurídica del empleador y; 3) Las condiciones de la empresa y/o la capacidad del empleador para efectuar los movimientos de personal.” (Corte Constitucional Sentencia T-198 de 2006).

Exponiendo a su vez:

Si la reubicación desborda la capacidad del empleador, o si impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador. Sin embargo, éste tiene la obligación de poner tal hecho en conocimiento del trabajador, dándole además la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación.

En la Tutela 449 de 2008, la Corte estipula que en los contratos laborales celebrados a término fijo celebrado por una persona que se encuentre en estado de debilidad manifiesta y en los que el objeto jurídico que dio inicio a la relación laboral no haya desaparecido, se tendrá que no basta con el vencimiento del termino inicialmente pactado o de la prórroga para la terminación del contrato de trabajo, de esta manera no se exime el empleador de acudir ante el inspector de trabajo para obtener la autorización de despido. Es necesario aclarar que en jurisprudencia posterior se amplió dicha protección también para trabajadores que se encontraban en contratos con empresas de servicios temporales y aquellos contratados bajo la modalidad de obra o labor.

Por su parte la T- 263 de 2009, se establece que las entidades públicas y privadas pertenecientes al sistema de seguridad social en materia de salud, son responsables de la

prestación del servicio, de manera que no pueden suspender válidamente el mismo, de manera que la desvinculación laboral del trabajador no constituye una causal válida para la interrupción de tratamientos médicos en curso. De esta manera se tiene que es deber de las entidades del Estado y de los particulares el seguir prestando los servicios de salud cuando el trabajador discapacitado haya sido desvinculado de la relación laboral.

Más adelante en Sentencia 269 de 2010, la Corte hace reiteración de jurisprudencia en cuanto a los postulados de la estabilidad laboral reforzada, enunciando las personas cobijadas por ella, y reiterando que en muchas ocasiones la tutela es el mecanismo idóneo para solicitar el reintegro laboral, que en ocasiones se hace más como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y una afectación mayor de los derechos fundamentales del trabajador discapacitado.

Por otra parte, se postulan las condiciones bajo las cuales debe operar la reubicación del trabajador discapacitado así:

En el anterior sentido, la jurisprudencia de la Corte ha fijado como criterios mínimos que deben ser tenidos en cuenta al momento de la reubicación por el empleador o el juez constitucional, los siguientes:

- “(i) Gozar de todos los beneficios que se desprenden de la ejecución de su trabajo;
- (ii) Permanecer en su cargo mientras no se configure una causal objetiva que justifique su desvinculación;
- (iii) Desempeñar trabajos y funciones acordes con sus condiciones de salud que le permitan acceder a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia;
- (iv) Obtener su reubicación laboral en un trabajo que tenga los mismos o mayores beneficios laborales al cargo que ocupaba antes, es decir, de ninguna manera el nuevo cargo podrá derivar en la violación de su dignidad o en la afectación de su derecho

fundamental al mínimo vital; (v) Recibir la capacitación necesaria para el adecuado desempeño de las nuevas funciones; (vi) Obtener de su empleador la información necesaria en caso de que su reubicación no sea posible, a fin de que pueda formularle las soluciones que estime convenientes.” (Corte Constitucional, Sentencia T-269 de 10).

Finalmente, la Corte enfatiza que la obligación del empleador a la reubicación laboral tiene su origen en el derecho a la igualdad y a la solidaridad en aras del respeto a la dignidad del trabajador, así:

Conforme a la prueba de la ARP referida, el empleador tenía la obligación Constitucional y legal sobre la base del respeto de la dignidad humana y del principio de solidaridad, de considerar sobre la base de las recomendaciones de la ARP si el actor podía seguir desempeñando la misma función o de lo contrario reubicarlo en un puesto o función de trabajo conforme a sus condiciones de salud. Consideración que no fue tomada en cuenta en el presente caso, razón por la que se presume que la terminación contractual del señor Johan Leonardo Soto fue discriminatoria debido a la minusvalía que padece.

Más adelante en 2011, la T- 529 de 2011, esclarece que si bien en principio el empleador tiene el deber de reubicar y/o reintegrar al trabajador, pues como lo aclaran sentencias anteriores, deberá hacerse lo posible para lograr la reubicación, incluyendo el movimiento de personal que sea necesario, también sucederán casos en los que sea imposible el reintegro o la reubicación. En estos casos se ha establecido por vía jurisprudencial que el empleador debe comentar la situación al trabajador para que puedan plantearse soluciones, misma que en ocasiones incluye la creación de nuevos puestos de trabajo, pero también se debe dar vía libre a soluciones intermedias que pueden incluir la compensación salarial o la indemnización contemplada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, como opciones de último recurso.

Posteriormente la T- 837 de 2014, hace una relación del procedimiento que debe seguirse en la autorización de despido por parte del Ministerio del Trabajo, en el cual el inspector asignado deberá verificar si subsisten las causas materia del contrato de trabajo y si el empleado a pesar de su discapacidad ha cumplido plenamente con las obligaciones derivadas del puesto de trabajo, en caso que llegue a ser afirmativa la respuesta, deberá denegar entonces la autorización.

En los casos de contratos de obra o labor, deberá determinar si realmente existe uno, pues se tendrá que establecer la primacía de la realidad por encima de las formalidades, determinando si realmente existe un contrato de obra o un contrato a término indefinido. En caso que se trate del primero, deberá verificar si realmente cesaron las causas que dieron inicio a la relación laboral, definiéndose si la terminación fue adecuada o en se está frente a una discriminación por el estado de salud del trabajador.

En caso que se determine la violación a los derechos fundamentales del trabajador discapacitado, la Corte establece que el juez constitucional está en la obligación de reconocer:

- a) la ineficacia del despido (bien sea por obviar la autorización del Ministerio, o porque no se logre desvirtuar la presunción de trato discriminatorio);
- b) el reintegro en un puesto de iguales o mejores condiciones al que venía ocupando antes del despido y en el cual no se menoscaben sus condiciones de salud;
- c) El derecho a recibir la capacitación necesaria en las nuevas tareas encomendadas por el empleador;
- d) se deberá ordenar la indemnización equivalente a 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones que concurran.

Como mecanismo subsidiario expone el Tribunal, que en caso de haber cesado la labor para la que fue contratado, le corresponde al empleador el pago de una indemnización equivalente a los salarios dejados de percibir desde el momento que ocurrió el despido hasta la

fecha de finalización de la obra y el pago correspondiente a salud y pensión en el mismo periodo de tiempo y hasta que las condiciones de salud del peticionario sean óptimas.

Finalmente, en reciente sentencia T-141 de 2016, la Corte hace un resumen de los avances jurisprudenciales, determinando que la estabilidad laboral reforzada aplica a todo tipo de contrato laboral, de lo que se deduce que para la terminación se debe agotar primero la reubicación y de no ser esta posible, la necesidad de acudir al Ministerio del Trabajo para el trámite que valide el despido.

Así mismo hace énfasis en los requisitos para poder reclamar ante la jurisdicción constitucional, por vía de tutela, el reintegro, estos son:

“(i) Que el demandante pueda considerarse una persona discapacitada, o en estado de debilidad manifiesta; (ii) Que el empleador tenga conocimiento de tal situación; (iii) Que se encuentre acreditado el nexo causal entre el despido o la terminación del contrato y las condiciones deplorables de salud del trabajador y, (iv) Que no medie la autorización del inspector del trabajo en los casos en que ella resulta necesario.” (Corte Constitucional, Sentencia T-141 de 2016).

Por otra parte, se hace énfasis en la acción de tutela como mecanismo para obtener el reintegro, estableciéndose que, según la necesidad, en algunos casos se otorga como mecanismo permanente, si así lo requiere la situación del accionante y en otros se concede el amparo como mecanismo transitorio, de manera que al cesar el mismo se debe acudir a la jurisdicción laboral para dirimir la controversia. En cuanto al pago de acreencias laborales la Corte establece:

Teniendo en cuenta que no existe unificación respecto de las órdenes que se deben proferir al conceder el amparo como mecanismo transitorio, la Sala Tercera de Revisión acogerá la posición adoptada en la sentencia T-351 de 2015. La Sala justifica esta

decisión entendiendo que esta fórmula cumple tres finalidades: (i) por una parte, materializa la sanción contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 -en los términos de la jurisprudencia constitucional- por despido de persona en condición de debilidad manifiesta sin autorización de la autoridad laboral competente; (ii) por otra parte, ordenar el pago de la indemnización, brinda una protección más efectiva al empleador despedido que si se ordenara el simple reintegro, resguardando además, su mínimo vital; (iii) resolver con esta fórmula hace menos gravosa la situación para el empleador que si se ordenara el pago de salarios y prestaciones, los cuales, generalmente, se ordenan cancelar desde el despido hasta la notificación de la sentencia de tutela proferida por la Corte Constitucional -término que puede superar los 6 meses-; y (iv) siendo una protección transitoria, deja a disposición del juez natural el debate definitivo sobre el reintegro, el pago de salarios dejados de percibir y de las prestaciones sociales, pretensiones principalmente, económicas. (Corte Constitucional Sentencia T-141 de 2016).

Según las categorías tomadas se procederá a hacer el balance de cada una de ellas, en cuanto a la determinación de los factores que inciden en el derecho a la reubicación laboral, en caso de pérdida de la capacidad laboral por parte del trabajador discapacitado, Rojas Chávez, reconoce que es un derecho que debe ser otorgado al trabajador, mismo que no se limita únicamente a al ejercicio del Ius Variandi, sino también a la capacitación para las funciones delegadas, pero expone que el empleador está en su derecho de solicitar la autorización para el despido cuando pruebe la ineptitud de su empleado en el desempeño de cualquier función que se le asigne.

Al respecto la Corte establece, como ya se denoto en párrafos anteriores, que el empleador debe agotar todos los recursos que estén a su alcance con el fin de continuar a

relación laboral y que este hecho no represente una pérdida para él, ni para el trabajador, por esta razón debe hacer todos los movimientos de personal que sean necesarios para lograr la reubicación, así mismo deberá brindarle la correspondiente capacitación y en caso de no tener una solución a su alcance, discutir la misma con el trabajador.

En cuanto a las causales bajo las cuales el empleador puede solicitar de manera justificada la terminación de la relación laboral, cual es el procedimiento y cuales las alternativas que permiten que aun cuando los trabajadores sean desvinculados no se vean vulnerados sus derechos fundamentales, se logró determinar por medio de los planteamientos de la Corte, que en caso de no poder reubicar o reintegrar al trabajador a sus labores, aun cuando se haya intentado bajo todos los medios, corresponderá al empleador probar esta imposibilidad ante la Oficina del Trabajo, solicitando el correspondiente permiso para la terminación del contrato de trabajo, y en ultimo termino indemnizando al trabajador, con una compensación salarial, o cancelando a favor del trabajador, la multa establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Contrario a lo afirmado por Rojas Chávez, se hace necesaria la autorización del Ministerio del Trabajo, si se quiere despedir a trabajadores discapacitados que se encontraban laborando bajo contrato a término fijo, o bajo la modalidad de obra o labor. En estos casos si han cesado las razones que originaron el contrato el empleador estaría obligado a una indemnización equivalente a los salarios dejados de percibir por el tiempo total de la obra o contrato, en caso de que omitiera la solicitud administrativa.

En cuanto al papel del Estado, Carolina Garzón Ruíz en su escrito “Análisis, presupuestos y mecanismos de garantía en la protección laboral reforzada en trabajadores con limitación física, psíquica y/o sensorial”, afirma que se hace necesario un papel más activo por parte de los organismos gubernamentales, que garanticen los derechos de la población discapacitada,

papel que debería estar orientado a la creación e implementación de políticas públicas que permitan una inclusión real.

Se presume el cumplimiento del Estado en la expedición de leyes que protegen los derechos de la población discapacitada, aun así, Garzón expone que:

No obstante, si bien el legislador colombiano se ha ocupado de crear normas que fortalezcan el respeto de los derechos y la garantía de su ejercicio, es claro que no hay una injerencia propia o directa del Estado, en el sentido de que éste no ha adoptado las herramientas necesarias para asumir la responsabilidad que la situación laboral reforzada de los limitados. (Garzón, 2013, Pg. 33).

Por esta razón propone la creación de políticas de empleos especiales para la población discapacitada o en estado de debilidad manifiesta, toda vez que la carga que debe soportar el Estado está recayendo únicamente sobre los particulares aduciendo que los trabajadores discapacitados podrían llegar a ver afectados sus derechos por la inexistencia de medios, herramientas o instancias a las cuales acudir, cuando el empleador ya ha sometido sus actuaciones al marco legal demandado y no hay en ese ámbito laboral ninguna otra norma que ampare al limitado. (Garzón, 2013).

Por su parte las sentencias de la Corte únicamente se limitan a establecer los deberes de protección constitucional, pues tampoco es de su competencia el establecer normas para subsanar vacíos legales ni tampoco determinar políticas públicas para salvaguardar los derechos fundamentales de un grupo poblacional determinado.

2.3 En respuesta a lo planteado

Se pretenderá en este acápite dar respuesta a la pregunta de investigación, de esta manera se hace evidente establecer que la Estabilidad laboral reforzada consiste en una serie de mecanismos que parten de la normatividad consignada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional basándose en el derecho a la igualdad, el trabajo y la inclusión laboral de la población discapacitada, se ha propuesto desarrollar este derecho, dándole forma a los requisitos de configuración, derechos adyacentes, como el derecho a la reubicación y el reintegro y finalmente ha complementado la interpretación acerca de los mecanismos administrativos de los que debe hacer uso el empleador para poder efectuar el despido.

Se puede colegir de los acápites anteriores la evolución en la aplicación del derecho a la estabilidad laboral reforzada como garantía constitucional dirigida a la población discapacitada o en estado de debilidad manifiesta. En primer lugar, se amplía la cobertura del derecho, no solo protegiendo a los trabajadores que se encuentran calificados o en proceso de calificación de invalidez, sino también a aquellos que se encuentran padeciendo estados de salud que les impiden desempeñarse a plenitud.

Esta protección constitucional propende por que el empleado no sea despedido a causa de su situación de salud, por lo que para lograr la desvinculación laboral debe mediar, en primer lugar, una justa causa conforme a las causales que exhibe el artículo 62 del código sustantivo del trabajo y la correspondiente autorización por parte del Ministerio del Trabajo, en la que el inspector encargado determine si realmente hay fundamentos para autorizar el despido del trabajador disminuido.

De otro lado se tiene en la Sentencia T-141/16 Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo Bogotá, D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil dieciséis que:

“la garantía de la estabilidad en el empleo cobija todas las modalidades de contratos, incluidos los que suscriben las empresas de servicios temporales, los cuales tienen, en principio, una vigencia condicionada al cumplimiento pactado o a la finalización de la obra. Lo anterior, teniendo en cuenta que dicha estabilidad surge justamente por las condiciones de debilidad manifiesta en que se encuentra el grupo de personas que son beneficiarias de la misma, no por la naturaleza del contrato. Entonces, también en estos casos, es necesario que la empresa de servicios temporales acuda a la autoridad laboral competente con el fin de obtener la autorización de despido de la persona en condición de debilidad”.

La sentencia T-320 2016 Shirley Veloza contra Sodexo S.A. Determino que el derecho de Estabilidad Laboral Reforzada no solo cobija a Empleadores que suscribieron contratos a término indefinido sino también a los que se encuentran vinculados mediante contrato a término fijo, en la modalidad de obra oh labor también para aquellos con vinculación con temporales, cooperativas trabajo asociado, miembros de fuerza pública y cualquier otro

Se ha tenido que la tutela acude como mecanismo transitorio para salvaguardar los derechos de los trabajadores en estado de discapacidad o debilidad manifiesta, de esta manera aunque el juez natural sea el laboral, atendiendo a la naturaleza del asunto, la Corte ha determinado que en los casos que sea necesario evitar un perjuicio grave al accionante procederá la tutela, de otro lado también queda claro que dependiendo de las condicione del trabajador se otorgara como mecanismo permanente o definitivo.

De otro lado para que la tutela sea viable se deben probar los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, así mismo el accionante deberá probar que el empleador tenía conocimiento de su estado de salud, que esta fue la causa por la cual se efectuó el despido.

Se deriva también de la estabilidad laboral reforzada el deber del empleador de reubicar al trabajador limitado, a un puesto en el que no se desmejoren sus condiciones de salud y pueda seguir siendo productivo para la empresa, de esta manera se deberán hacer todos los cambios de personal que se requieran para lograrlo, algunas sentencias plantean la creación de nuevos puestos de trabajo. De no ser posible dicha reubicación, se tendrá que el empleador debe exponer la situación al trabajador para llegar a posibles soluciones.

Se le debe garantizar al trabajador la continuidad laboral, así como la generación de condiciones suficientes para el desarrollo de las tareas encargadas, lo que implica capacitación para las labores requeridas, no sobrecargar al empleado forzando su precario estado de salud y asegurando que las condiciones en las que se llevaran a cabo las mencionadas tareas son suficientemente seguras para su salud.

Se tiene entonces que las directrices dadas por el médico tratante o por la Aseguradora de Riesgos Laborales, son de obligatorio cumplimiento para el empleador, de la misma manera tiene el deber de acoplar el lugar de trabajo a los estándares necesarios para dar cumplimiento a las directrices en materia de salud y seguridad en el trabajo.

Ante la imposibilidad de reubicación no es excusa para generar el despido sin la autorización del Ministerio del Trabajo, pues tendrá que sustentarse la imposibilidad y la ineptitud del trabajador para desarrollar cualquier tarea al interior de la empresa.

En cuanto a los mecanismos administrativos que permiten la desvinculación del trabajador en estado de discapacidad se tiene que el único viable es la solicitud ante el

Ministerio de Trabajo, en el cual el empleado deberá, como ya se explicó, probar la imposibilidad de reintegro o reubicación.

En este último caso y como recurso final, la Corte ha dispuesto el resarcimiento o indemnización económica, mayormente consistente en la del artículo 26 de la ley 361 de 1997, esto es la de 180 días de salario, este último punto no autoriza al empleador al despido sin que medie la autorización administrativa. De ser así deberá proceder al reintegro del trabajador, a cancelarle los salarios y prestaciones adeudadas desde el día del retiro hasta la del reintegro, sin perjuicio de las demás indemnizaciones de que trata el Código Sustantivo del Trabajo.

Como requisitos para elevar la solicitud de autorización de despido el Manual del Inspector del Trabajo enuncia los siguientes:

1. Se debe tramitar por escrito dirigido al Ministerio del Trabajo.
2. Se deben anexar los siguientes documentos:
 - Concepto, certificación o dictamen mediante el cual el tratamiento de rehabilitación culminó, no existe posibilidad de culminarse o no es procedente.
 - Estudios de factibilidad acerca del puesto de trabajo con el objeto de determinar si efectivamente en la empresa existe o no un cargo acorde a la salud del trabajador.
 - Un listado de los puestos de trabajo existentes en la empresa.
 - Documento que describa las competencias o funciones de cada cargo o puesto de trabajo relacionado en nómina, en relación con las aptitudes físicas, psíquicas y técnicas con las que debe contar el empleado para el desempeño del cargo.

- Documento que acredite que se han agotado, por parte del empleador las posibilidades de reincorporación o reubicación al trabajo, y que en los puestos existentes en la empresa se deterioraría el estado de salud del trabajador o que las capacidades residuales del mismo no lo facultan para ocupar otro puesto de trabajo. (Ministerio del Trabajo, Manual del inspector del trabajo, Numeral 7).

Es necesario aclarar que mediante sentencia T-225 de 2012, la Corte Constitucional estableció que la estabilidad laboral reforzada no supone que el trabajador se perpetúe en el puesto de trabajo aun cuando incumpla con las tareas encomendadas por el empleador de manera que ante la indisciplina, ineficiencia en el trabajo y bajo rendimiento, la Corte autorizó la terminación unilateral del contrato de trabajo; de ser así, se le debe garantizar al trabajador el derecho a la defensa, de manera que pueda controvertir los hechos que originaron la inconformidad del empleador, de igual manera vale recordar que debe mediar autorización de la autoridad administrativa.

En esta misma sentencia la Corte ha determinado los grados para la aplicación del derecho a la estabilidad laboral reforzada de esta manera:

i) La absoluta, ii) la impropia, iii) la precaria. La primera está dada por la seguridad plena de conservar intacto el vínculo laboral; la segunda permite el pago de una indemnización a cambio de la efectividad del despido o desvinculación; y la última se representa en el contexto de las relaciones donde el patrono goza de un amplio grado de discrecionalidad, como ocurre en los cargos de libre nombramiento y remoción (Corte Constitucional, Tutela T-225 de 2012)

Finalmente, como criterios jurisprudenciales la Corte ha determinado que para la aplicación del principio de estabilidad laboral reforzada, deben concurrir requisitos como:

1. La debilidad manifiesta verificable, de manera que se obligue al empleador a garantizar el bienestar físico o psíquico requerido por el trabajador.

2. Nexo de causalidad entre el despido y el conocimiento que tenga el empleador de la discapacidad del trabajador, en caso de probarse, el empleador deberá pagar al trabajador la indemnización de ciento ochenta (180) días, por haber despedido al trabajador sin las formalidades esgrimidas en la ley y en la jurisprudencia (autorización de despido).

3. En caso de imposibilidad de reubicación, el derecho a la reubicación deberá ceder ante el interés del Empleador, como se indica en la Tutela 019 de 2011.

4. No se exige calificación de discapacidad, basta con acreditar la situación que impide el desarrollo pleno de las actividades laborales

5. En caso que el trabajador haya perdido más del 50 % de su capacidad laboral, deberá procederse a la calificación de la misma por parte de la Junta Regional de calificación de Invalidez, y proceder a solicitar la respectiva pensión de invalidez.

Según la Sentencia emitida por la Corte Constitucional T194 de 2016 señor Juan Zapata Perilla contra Industrial Aeronáutica S.A., Colfondos y Salud Total EPS; Nancy Sacha Parada contra Col pensiones; Sonia A/arcón Ramírez contra Ca/pensiones; y Daniel Hugo Vélez Rojas contra Colpensiones. En caso que el trabajador haya perdido más del 50% de su capacidad labora, procede a la calificación de la misma por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez y podrá solicitar la respectiva pensión de invalidez.

Finalmente se hace necesaria la exigencia por parte del Estado de asumir un papel más activo que rebase la simple actividad judicial y se implementen políticas públicas que velen de manera fehaciente por los derechos de los trabajadores, propendiendo por condiciones más justas y dignas en la ejecución de las actividades laborales.

El papel más activo, por parte del estado, se sustentaría en la posibilidad de continuidad del trabajador discapacitado o disminuido en el mercado laboral, de esta manera la reubicación y reincorporación del trabajador a sus labores, bajo condiciones dignas y según su capacidad, no tendría por qué derivar obligatoriamente en el resentimiento de la salud del trabajador, ni en el detrimento patrimonial del empleador.

De otro lado, se hace necesario que el Ministerio del Trabajo, propenda por evaluar que trabajadores, a pesar de sus condiciones de discapacidad, continúan siendo productivos para la empresa, para encontrar un punto de equilibrio entre la protección laboral y la productividad empresarial, sin que ninguno de los extremos de la relación laboral se vea afectado, esto sustentado en la normatividad vigente, a lo que habría que añadir que el concepto de trabajo digno supera los límites de una remuneración justa, como lo expone el Observatorio de Mercado del Trabajo, dependencia del Ministerio del Trabajo, así:

No es posible concebir el derecho al trabajo aislado de la dignidad humana. La responsabilidad del Estado va más allá de garantizar el derecho a tener un trabajo, no se trata de que garantice un trabajo o una actividad económica, sino que el empleado se encuentre en condiciones de seguridad, tranquilidad, estabilidad, igualdad, remuneración justa y en fin que se cumplan con los postulados y normas de carácter nacional e internacional. (Observatorio de Mercado del Trabajo, Cap. I).

De lo anteriormente expuesto, se demuestra la necesidad de políticas públicas claras por parte del Estado, que rebasen la actividad judicial, para así evidenciar una protección real al trabajador tanto en el plano de la estabilidad laboral reforzada como en sus condiciones de salud, todo ello en la medida de lo posible.

CONCLUSIONES

Se puede concluir que a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991 el alcance de los principios del derecho laboral han variado sustancialmente, la forma de interpretarlos y entenderlos ya no puede realizarse de una manera aislada, sino que deben revisarse en el contexto de la doctrina Constitucional construida a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

Mediante estos pronunciamientos se ha desarrollado un principio superior a la estabilidad laboral, principio que ha denominado la estabilidad laboral reforzada, el cual cobija a las mujeres en estado de embarazo, a los trabajadores por fuero sindical y a los trabajadores con alguna discapacidad o condición que los coloque en desventaja frente a otros trabajadores, con el cual busca garantizar y proteger la estabilidad de los trabajadores en casos muy particulares y que puedan afectar gravemente los principios constitucionales así como derechos fundamentales del trabajador.

Se evidencia la poca intervención del Estado en la implementación de políticas públicas en la protección de los derechos del trabajador en estado de discapacidad, pues hasta el momento esta protección se ha limitado a la emisión de fallos judiciales, y el establecimiento del precedente por parte de la Corte Constitucional.

La Estabilidad Laboral Reforzada es predicable de cualquier contrato, sea un contrato laboral o un contrato de prestación de servicios, pues, finalmente, el objetivo perseguido por la Constitución es proteger el derecho que tiene la persona o trabajador que sufre graves limitaciones o discapacidades, y se encuentra en situación de vulnerabilidad, busca que su vínculo contractual sea estable y se mantenga para que su especial situación no sea afectada o agravada por una medida arbitraria tomada por el contratante.

Es importante recalcar que en cuanto al fuero sindical en un trabajador que posea un contrato a término fijo, no se crea la obligación de renovar el contrato, pues entre las partes se estableció el término de duración; el empleador debe notificar con anterioridad al empleado la decisión de no renovar el contrato.

Finalmente es evidente que toda la responsabilidad en la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada no debe recaer únicamente en cabeza del empleador, pues la garantía de los derechos constitucionalmente creados también está en cabeza de las instituciones del Estado y el Sistema General de Riesgos Laborales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DOCTRINA

Acero, C.J. (2013). *Aportes jurídicos para las distinciones de las discapacidades y su efecto en la estabilidad laboral reforzada* acero, Bogotá D.C., Repositorio Universidad Nacional de Colombia.

- Aguirre, J.O. & Pabón, A.P. (2007). *El derecho como un campo según Pierre Bourdieu: el caso del precedente constitucional sobre protección laboral a la maternidad. Posibilidades y límites del activismo constitucional*, Bogotá D.C., Revista Prolegómenos, Derechos y Valores Vol. X. núm. 20 julio-diciembre. Universidad Militar Nueva Granada.
- Aguilón, N. C & Rivera, M. F. (2015). *Análisis de la jurisprudencia constitucional en torno a la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores en situación de discapacidad*, Santiago de Cali, Repositorio de la Universidad ICESI.
- Aristizabal, K. V. (2011). *La terminación del contrato de trabajo frente a la situación de discapacidad, un análisis a partir del principio de la estabilidad en el empleo en Colombia*, Barranquilla, Repositorio Fundación Universidad del Norte.
- Boada, N. C. (2015). *De la estabilidad laboral reforzada: un estudio jurisprudencial sobre esta institución jurídica y los mecanismos para garantizar este derecho*, Bogotá D.C., Repositorio Universidad Católica de Colombia.
- Botello, J. F., Delgado. D. C., & Medina, E. C. (2013). *Estabilidad laboral reforzada, fundamentación jurisprudencial para la mujer trabajadora en estado de embarazo y los trabajadores discapacitados o disminuidos*, Cúcuta, Revista Digital Hipótesis Libre, Volumen 8.
- Chávez, A (2003). *Trabajadores con limitación física, psíquica y sensorial*. Barranquilla, Revista Derecho Universidad del Norte 20: 280-294, 293.
- Garzón, C. (2013). *Análisis, presupuestos y mecanismos de garantía en la protección laboral reforzada en trabajadores con limitación física, psíquica y/o sensorial*, Medellín, Revista CES Derecho volumen 4 No. 2 Julio-diciembre de 2013, Páginas 32 - 47.

- Godoy, C. H., Valdivieso, D. F. & Londoño, J. M. (2006). *Hacia un entendimiento adecuado del fuero de salud*, Bogotá D.C., Revista Actualidad Laboral y Seguridad Social. Mayo – Junio.
- Gallego, C. A. (2012). *El concepto de seguridad jurídica en el Estado Social*, Manizales, Repositorio Universidad de Caldas. Julio-diciembre.
- Garzón, C. (2012). *Análisis, presupuestos y mecanismos de garantía en la protección laboral reforzada en trabajadores con limitación física, psíquica y/o sensorial*, Medellín, Repositorio Universidad CES.
- Giraldo, J. A. (2002). *Fuero Laboral Constitucional*, Bogotá D.C., Repositorio Pontificia Universidad Javeriana.
- Gómez, A. M., & Gutiérrez, C. H. (2015). *Afectación al principio de igualdad, respecto a la estabilidad laboral reforzada en personas con limitación en el cumplimiento de sus actividades*, Manizales, Repositorio Universidad de Manizales.
- Gayes, I & Hidalgo, M. (2012). *¿Los principios del Derecho Laboral y la seguridad social dinamizan la jurisprudencia constitucional en Colombia?*, Santiago de Cali, Revista Entramado de la Universidad Libre Seccional Cali, Volumen 8 No. 2, Julio- diciembre.
- Jaramillo, J. A. (2013). *La estabilidad laboral del trabajador incapacitado temporalmente*, Bogotá D.C., Repositorio Universidad Nacional de Colombia
- Rojas chaves, Armando Mario (2004). “Aspectos Legales y Jurisprudenciales sobre la Intermediación laboral”, en Revista ACTUALIDAD LABORAL, número 125, septiembre-octubre de 2005, páginas 10-15. Editorial Legis. Bogotá.
- Rueda, E., Londoño, I. Y., Arias, J. A., & Cardona, X. (2015). *Estabilidad laboral reforzada: mirada constitucional Vs. Empresarial*, Pereira, Repositorio de la Universidad Libre, Seccional Pereira.

- Salazar, A. & Franco, E. Y. (2014). *Algunas problemáticas en relación con el derecho de las personas con estabilidad laboral reforzada en Colombia*, Santiago de Cali, Repositorio Universidad de San Buenaventura, Seccional Cali.
- Sanabria, L. A. (2014). *Estabilidad laboral reforzada. Un estudio jurisprudencial y sobre los abusos a esta protección constitucional*, Bogotá, Repositorio Universidad Católica de Colombia.
- Vargas, E. J. (2009). *De la estabilidad laboral reforzada, un estudio sobre línea jurisprudencial y el abuso del derecho*, Bogotá D.C., Repositorio Universidad Católica de Colombia.
- Wolff, C. (2015). *El impacto de la estabilidad laboral reforzada en el derecho laboral colombiano*, Medellín, Repositorio de la Universidad EAFIT.
- Organización internacional del trabajo (1999), Memoria del director general. 87a reunión. Ginebra.

WEBGRAFIA

- Comunidad Andina de Naciones, Decisión 584 Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo 2004, Recuperado de: <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/DEC584s.asp>
- Observatorio de mercado del trabajo, *Del trabajo y derecho del trabajo*, Ministerio del Trabajo. Recuperado de: www.mintrabajo.gov.co.
- Organización Internacional del Trabajo, Conferencia internacional del trabajo en 1995, por medio de la recomendación 99, Recuperado de <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/r-iii1b.htm>.

Organización Internacional del Trabajo (1999). Memoria del director general.87ª reunión. Ginebra. Recuperado de <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/r-iii1b.htm>.

NORMATIVIDAD

Ministerio De Protección Social, Concepto 0003440, del 06 de enero de 2011, Rad. 328726,
Directora General de Riesgos Profesionales

JURISPRUDENCIA

Congreso de la Republica de Colombia, Código Sustantivo del Trabajo, Ley 2663 de 1950,
Diario Oficial, 9 de septiembre de 1950.

Congreso de la República de Colombia, Ley 361 de 1997, Diario Oficial, 11 de febrero de 1997.

Congreso de la República de Colombia, Ley 9 de 1979, Diario Oficial, 24 de enero de 1979.

Congreso de la República de Colombia, Ley 100 de 1993 Diario Oficial, 23 de diciembre de
1993

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia 094 de 1993, Gaceta Oficial, Acta del 27 de febrero
de 1993.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T 441 de 1993, Gaceta Oficial, Acta del 12 de
octubre de 1993

Corte Constitucional Colombiana Sentencia C 531 de 2000, Gaceta Oficial, Acta del 10 de mayo del 2000.

Corte Constitucional Colombiana Sentencia T 1040 de 2001, Gaceta Oficial, Acta del 27 de septiembre de 2001.

Corte Constitucional Colombiana Sentencia T 198 de 2006, Gaceta Oficial, Acta del 16 de marzo de 2006.

Corte Constitucional Colombiana Sentencia T 448 de 2008, Gaceta Oficial, Acta del 8 de mayo de 2008.

Corte Constitucional Colombiana Sentencia T 504 de 2008, Gaceta oficial, Acta del 16 de mayo de 2008

Corte Constitucional Colombiana Sentencia T 263 de 2009, Gaceta Oficial, Acta del 3 de abril de 2009.

Corte Constitucional Colombiana Sentencia T 003 de 2010, Gaceta Oficial, Acta del 14 de enero de 2010.

Corte Constitucional Colombiana Sentencia T 269 de 2010, Gaceta Oficial, Acta del 19 de abril de 2010.

Corte Constitucional Colombiana Sentencia T 132 de 2011, Gaceta Oficial, Acta del 3 de marzo de 2011.

Corte Constitucional Colombiana Sentencia T 529 de 2011, Gaceta Oficial, Acta del 6 de julio de 2011.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T 225 de 2012, Gaceta Oficial, Acta del 20 de marzo de 2012.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T 268 de 2013, Gaceta Oficial, Acta del 22 de mayo de 2013.

Corte Constitucional Colombiana Sentencia T 834 de 2014, Gaceta Oficial, Acta del 11 de noviembre de 2014.

Corte Constitucional Colombiana Sentencia T 141 de 2016, Gaceta Oficial, Acta del 28 de marzo de 2016.

Corte Constitucional. Sentencia T-026/10 Expediente T-2389570 Fecha sentencia 28-1-2010 0:00 .Ponente NILSON PINILLA PINILLA. Demandante / Demandado NORA YANCES RODRIGUEZ VS. MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

Corte Constitucional. Sentencia T – 727 de 2005. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda