

Estabilidad laboral reforzada por una situación de discapacidad en Colombia: Un análisis a partir del Artículo 26 de la Ley 361 de 1997¹

Job stability reinforced by a disability situation
in Colombia: An analysis based on
Article 26 of Law 361 of 1997

Paula Alejandra Martínez Posada 

Magíster en Derecho
Universidad Cooperativa de Colombia
Correo electrónico: paula.martinezp@campusucc.edu.co
ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-6624-3278>

Omar Ernesto Castro Guiza 

Doctor en Derecho
Universidad Cooperativa de Colombia
Correo electrónico: omar.castro@campusucc.edu.co
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3018-1135>

¹ Artículo derivado del proyecto de investigación denominado “Estabilidad laboral reforzada por situación de discapacidad en Colombia: Un análisis crítico de la evolución y efectos de las normas que buscan garantizar los derechos laborales y el acceso al empleo de la población en situación de discapacidad, a partir del Artículo 26 de la Ley 361 de 1997”, asociado al Grupo de Investigación Trabajo y sociedad, adscrito al Centro de Investigaciones del programa de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Ibagué.

Ludivia Hernández Aros

Magíster en Auditoría y Gestión Empresarial

Universidad Cooperativa de Colombia

Grupo de investigación: PLANAUDI y SINERGIA UCC

Correo electrónico: ludivia.hernandez@campusucc.edu.co

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1571-3439>

Resumen

La estabilidad laboral reforzada como beneficio de los trabajadores en situación de discapacidad en Colombia se desarrolla a partir del derecho a la no discriminación que sustenta el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Ese postulado ha generado diversos debates jurídicos, los cuales se exponen en este artículo de manera reflexiva y propositiva; además, se aborda el análisis de la evolución legal, jurisprudencial y doctrinal del fuero por discapacidad, sus cimientos constitucionales y la ampliación de sus alcances; terminando con la observación de los efectos prácticos de las normas en cuanto a la calidad y accesibilidad al empleo de los trabajadores bajo esa condición. Desde un método jurídico analítico, se presenta la controversia jurisprudencial existente entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia sobre la interpretación del mentado artículo. Al respecto, este artículo presenta su aporte a través de ejemplos prácticos que favorecen la comprensión del derecho a la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, concluyendo en la importancia de implementar un modelo social de comprensión de la discapacidad que entienda la existencia de esta, como parte de la diversidad humana; y desde esa postura, favorezca la inclusión y la dignidad de los trabajadores bajo esa condición.

Palabras clave

Estabilidad laboral reforzada, Discapacidad, Derecho laboral, Inclusión, Dignidad humana, Libertad de empresa.

Cómo citar este artículo:

Martínez Posada, P. A., Castro Guiza, O. E. y Hernández Aros, L. (2024). Estabilidad laboral reforzada por una situación de discapacidad en Colombia: Un análisis a partir del Artículo 26 de la Ley 361 de 1997. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 54(140), 1-29. doi: <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v54n140.a10>

Recibido: 17 de mayo de 2023

Aprobado: 22 de agosto de 2023

Abstract

Reinforced job stability as a benefit for workers with disabilities in Colombia is developed based on the right to non-discrimination supported by Article 26 of Law 361 of 1997. This postulate has generated various legal debates, which are set out in this article in a reflective and purposeful way. In addition, the analysis of the legal, jurisprudential and doctrinal evolution of disability jurisdiction, its constitutional foundations and the expansion of its scope is addressed. The study ends with the observation of the practical effects of the standards regarding the quality and accessibility of employment for workers under that condition. From an analytical legal method, the existing jurisprudential controversy between the Constitutional Court and the Supreme Court of Justice on the interpretation of the aforementioned article is presented. In this regard, the article contributes through practical examples that enhance the understanding of the right to job stability for individuals reinforced by disability. It concludes by emphasizing the importance of implementing a social model that comprehends disability as an integral part of human diversity. It is expected that from that position, the inclusion and dignity of workers under that condition are favored.

Keywords

Reinforced job stability, Disability, Labor law, Inclusion, Human dignity, Business freedom.

Introducción

Desde la implementación de la Constitución de 1991, la nueva forma del Estado modificó sustancialmente el contenido de las discusiones jurídicas, y bajo este aspecto, el presente artículo aborda un tema del derecho laboral que ha sufrido cambios importantes a lo largo de estas tres décadas: la estabilidad laboral reforzada por situación de discapacidad en Colombia, la que se entiende desde el derecho a la no discriminación, a partir de la Ley 361 (1997), o Ley antidiscriminación.

Para la correcta comprensión del tema se han revisado las normas que rigen la materia, empezando por los antecedentes de la Ley 361. También se ha efectuado el análisis cronológico de la jurisprudencia relevante, evidenciando una controversia interpretativa entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional en lo que tiene que ver con el alcance de las medidas de protección, donde, en cuanto a los criterios que definen la discapacidad, la Corte Constitucional se ha dirigido hacia una protección casi absoluta, mientras la Corte Suprema de Justicia ha optado por delimitar los alcances de la norma.

La investigación se llevó a cabo desde la metodología de investigación analítica jurídica, partiendo de la reflexión crítica de la figura de la estabilidad laboral reforzada desde su sustento jurídico y jurisprudencial, hasta su impacto en las relaciones laborales y el acceso al empleo en condiciones dignas y justas para la población a la que va dirigida la protección constitucional. Esta metodología se aplica por etapas: la primera de ellas corresponde a la contextualización, que permite alcanzar un conocimiento completo del tema; y las siguientes etapas corresponden al desarrollo de la investigación, sus resultados, la discusión pertinente y, por último, las conclusiones y recomendaciones.

De este modo, se establecen en un primer momento, los resultados del análisis del desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal de las normas laborales que buscan proteger a la población en situación de discapacidad desde su papel garantista en la materialización de los fines del Estado social de derecho; en un segundo momento, la revisión del impacto de las normas antidiscriminación para la empresa desde su papel como empleador, para lo cual se analizaron casos de estudio; y, finalmente, se presenta la discusión entre la evolución normativa y su impacto en la realidad.

Se concluye alrededor de la necesidad de adoptar en forma efectiva el *modelo social* que entiende la discapacidad no desde las características limitantes del individuo, sino desde los obstáculos que encuentra este en su entorno (Albrecht, Seelman & Bury, 2001), conforme lo cual, la estabilidad laboral reforzada por situación de discapacidad debe ser abordada por el legislador y por los jueces bajo criterios de no discriminación, de inclusión, de dignidad humana, de igualdad y de adaptación al entorno. Todo esto sin dejar de lado la obligación constitucional del Estado de propender por el desarrollo empresarial (Constitución política de Colombia, Art. 333), atendiendo a que en Colombia el 78 % de empleos son generados por la pequeña y la mediana empresa y un 24% por los micronegocios (entes económicos con menos de nueve trabajadores) (DANE, 2022). Por lo anterior, se ha de considerar el impacto de asumir los costos que conlleva mantener un contrato laboral justificado únicamente en el deber de solidaridad.

Planteamiento del problema de investigación

A partir de la Ley 361 de 1997 en su artículo 26, se ha venido implementando una serie de reglas para garantizar el acceso al empleo de las personas

en situación de discapacidad (Benítez Pinedo et al., 2019). Estas normas que buscan proteger a la población mencionada pueden implicar una carga desproporcionada para la empresa en Colombia, llevando a que los empleadores establezcan políticas internas para evitar la contratación de personas aforadas e incluso de quienes sean susceptibles de llegar a tener tal calidad, lo que impacta de forma negativa en el acceso al empleo de la población que se busca proteger (Camacho & Romero, 2019).

De igual forma, se empieza a hablar de la inseguridad jurídica que padecen los empleadores a la hora de enfrentarse a conflictos que involucran a trabajadores en situación de discapacidad, toda vez que esta clase de estabilidad laboral reforzada ha tenido un desarrollo jurisprudencial contradictorio (Albornoz Chaparro, 2018): por una parte, la Corte Suprema de justicia ha adoptado una postura moderada, mientras que la Corte Constitucional le ha dado un enfoque mucho más garantista, ampliando los efectos de la norma a niveles casi absolutos de protección (Camacho & Romero, 2019).

Conforme con lo expuesto, es importante determinar si las diferentes normas y el desarrollo jurisprudencial analizados en conjunto han logrado el objetivo de afectar positivamente las condiciones de vida y de acceso al empleo en condiciones dignas y justas a la población en situación de discapacidad o si, por el contrario, las normas garantistas se han convertido en obstáculos para la contratación de esta población, desencadenando un verdadero escenario de discriminación, es decir, todo lo contrario a los fines de la ley.

En el estudio, se resaltan cifras expuestas por el DANE (2023), en donde el porcentaje de personas en edad laboral en situación de discapacidad que pueden acceder a un empleo es del 25,2 %, mientras que el de las personas en edad laboral que no se encuentran en condición de discapacidad es del 66,5 %, es decir que la brecha en el acceso al empleo es del 41,3 %; y en este sentido, atender dicho cuestionamiento es un tema prioritario para el Estado en virtud del Artículo 47 de la Constitución. Por tal motivo, a través de esta investigación se responderá la pregunta: ¿Cuál ha sido el efecto del desarrollo normativo y jurisprudencial de la estabilidad laboral reforzada por situación de discapacidad en Colombia a partir de la vigencia del Artículo 26 de la Ley 361 de 1997?

Justificación

Es pertinente, necesario y oportuno investigar sobre este tema por su relevancia constitucional, teniendo en cuenta el carácter prevalente de la protección de las personas en situación de discapacidad y del derecho al trabajo en Colombia, ya que la Constitución Política vigente establece que Colombia es un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana y en el trabajo en condiciones dignas y justas.

El establecimiento de un Estado social de derecho hace que el ordenamiento jurídico otorgue una relevancia superior a la salvaguarda de los derechos fundamentales bajo criterios de igualdad y justicia, esto explica en parte el hecho de que progresivamente se minimicen los estándares para definir cuándo un trabajador cuenta con estabilidad reforzada por salud (Camacho & Romero, 2019).

Lo que ha sucedido es que, a través de la jurisprudencia, en pro de esa salvaguarda de los derechos fundamentales, se obliga al empresario en su calidad de empleador a mantener contratos de trabajo en razón a criterios diferentes a los que dictan la utilidad económica; en donde se protege a cualquier trabajador que tenga incluso dolencias moderadas o afecciones pasajeras (Benítez Pinedo, Bermúdez Alarcón & Orozco Espinosa, 2018).

Esta carga impuesta al empleador con fundamento en el principio de solidaridad, ampliando el alcance del beneficio de estabilidad, puede resultar desproporcionada y, además, injusta, pues releva al Estado del deber de atender estos focos de injusticia social, deber que es sustento del convenio superior al que Rousseau (1999) denomina *Contrato social*.

En la investigación se observan los efectos sobre la relación laboral, en la cual, el trabajador adquiere el estatus de aforado dentro de una organización productiva, esto con base en el análisis de la experiencia en cinco empresas de la región del Tolima, y se exponen recomendaciones que son resultado del análisis práctico y jurisprudencial.

Marco teórico y estado actual de la investigación

La estabilidad laboral es un derecho constitucional de índole general y que se predica de cualquier relación de trabajo a partir del Artículo 53 de

la Constitución Política de Colombia. En ese orden de ideas, todo trabajador tiene derecho a conservar su empleo siempre que no existan circunstancias relevantes para la terminación del vínculo contractual. Este derecho a la estabilidad laboral *impropia* se materializa con el pago de una indemnización cuando el empleador, sin justa causa, da por terminado el contrato (lo que a su vez es un límite de dicha estabilidad laboral). La *estabilidad propia* se refiere a cuando el empleador no puede dar por terminado el contrato de trabajo en forma deliberada y sin que medie justa causa (Ossorio, 2009).

Para Cabanellas (1994), la estabilidad en el empleo es un beneficio en doble vía: para el empleador representa la posibilidad de contar con trabajadores leales, unidos al ente económico y suficientemente especializados en el campo requerido; mientras que para el trabajador significa seguridad económica que garantiza su propio sostenimiento y el de su familia. El mismo autor se refiere a la estabilidad en el empleo como un derecho que se predica únicamente en beneficio del trabajador (p 560). En esta investigación, que aborda la estabilidad laboral reforzada, se hace referencia a la que ha sido denominada *estabilidad propia*. Cabanellas (1994) la define como la estabilidad absoluta, entendiéndola esta como “el derecho que tiene el trabajador de conservar su puesto mientras lo desee y el empresario carezca de causa justa para poderlo despedir” (p. 560).

La estabilidad laboral reforzada, como protección de las personas en situación de discapacidad en Colombia, se sustenta en el Artículo 26 de la Ley 361 (1997), parte del sistema de seguridad social del país consignado en la Ley 100 (1993), y busca garantizar la no discriminación de la población vulnerable estableciendo medidas como: el requisito de obtener autorización del Ministerio de Trabajo para la terminación del contrato laboral cuando el trabajador sea una persona en situación de discapacidad; o la sanción de 180 días de salario en caso de omitir el requisito anterior; entre otros. Así, la Ley 361 nació como respuesta a la necesidad de implementar de manera efectiva los principios que sustentan la Constitución Política a la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación y el principio de solidaridad.

En la Carta Magna se declara que: “[Se trata de] personas que por su condición [...] física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta” (Art. 13), de disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (Art. 47), de minusválidos (Art. 54), de personas con limitaciones físicas o mentales (Art. 68), de personas con incapacidad física (Arts. 190, 194 y 205). No obstante, a partir de la Sentencia C-043 del 2017 se estableció el término de *personas en situación de discapacidad* como expresión generalmente aceptada.

También, es importante precisar que la definición de discapacidad depende del entorno cultural y social de quien lo define. En consonancia con el bloque de constitucionalidad que comprende la discapacidad a partir de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por la Ley 1346 de 2009, se define la discapacidad como “un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones [...]”.

En ese sentido, en la cultura occidental la acepción de la discapacidad ha tenido una evolución identificable que ha sido clasificada en modelos (Palacios, 2008): 1) El modelo de prescindencia, que excluye a la persona de la interacción social por asumir su nula capacidad de aportar a las necesidades comunitarias. 2) El modelo de marginalidad: la exclusión en este caso es indirecta y está acompañada de compasión y caridad. 3) El modelo rehabilitador o médico, que considera a la persona en situación de discapacidad como un individuo científicamente defectuoso y susceptible de ser sanado o normalizado. 4) El modelo social, del que parten las convenciones internacionales vigentes sobre discapacidad, en donde se define la discapacidad desde un origen social, a partir de los obstáculos del entorno para las personas con diferencia funcional: “[...] no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la propia sociedad” (Palacios, 2008, p. 103).

Conforme a estos antecedentes y en desarrollo de los mandatos constitucionales, surge la Ley antidiscriminación o Ley 361, con la que nace la estabilidad laboral reforzada por situación de discapacidad, en la manera en que se concibe actualmente, a través del Artículo 26, y que establece, entre otras cosas, que “en ningún caso la discapacidad de una persona podrá [...] obstaculizar una vinculación laboral”, o causar la terminación del contrato laboral, teniendo que es ineficaz el despido de una persona cuando el motivo sea su situación de discapacidad y no medie permiso del Ministerio de Trabajo (Sentencia C-531, 2000).

Sin embargo, es perentorio adoptar el modelo social de la acepción de la discapacidad para revisar el articulado de la Ley 361 de 1997 que, sumado a las medidas altamente garantistas mencionadas, se colige de su simple redacción que la forma en la que es percibida la discapacidad en el contexto jurídico colombiano obedece a modelos obsoletos (tales como el modelo médico o el de marginalidad). Esto se nota de manera especial en el artículo 42 en donde se usa la expresión *normal* para referirse a las personas que no se encuentran en

situación de discapacidad, lo que lleva a deducir por antonomasia que quienes sí se encuentran en dicha situación son anormales.

La tendencia garantista, asimismo, plantea el debate en cuanto a un desequilibrio desproporcionado para el empresario que asume los deberes que pueden corresponder al Estado (Camacho & Romero, 2019). Esto queda reflejado, por ejemplo, en la Sentencia SU 049 de 2017, a través de la cual se dio la ampliación de la protección constitucional a los contratos de naturaleza civil o por prestación de servicios, ampliación que reprocha Márquez Serrano (2019).

Otros estudios (Benítez Pinedo et al., 2019) sostienen que el avance y la ampliación de garantías ha dado pie a la desestimulación de contratación de personas en situación de discapacidad; de igual forma, hace un llamado a la revisión y posible anulación de la misma Sentencia SU 049 por su “[...] manifiesta inconstitucionalidad e ilegalidad” (Benítez Pinedo et al., 2019, p. 210).

Este análisis de efectos negativos de la ampliación de la protección pasa por el examen de la expedición de el Decreto 1333 de 2018 que tiene por objeto prevenir el abuso de los derechos relativos a la situación de discapacidad en el contexto laboral, además de regular las incapacidades superiores a 540 días, y dictar algunas directrices sobre las incapacidades médicas ocupacionales.

La necesidad en la inclusión de una reglamentación específica para evitar que los trabajadores en situación de discapacidad abusaran de la garantía legal es el resultado de lo que se ha venido presentando al interior de las empresas con el complejo manejo de este tema. Al ser un asunto que se ha desarrollado principalmente a través de pronunciamientos jurisprudenciales de dos cortes diferentes (la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia) que no se encuentran sometidas mutuamente, y cuyas posturas no siempre han estado alineadas, pudo resultar en un escenario de inseguridad jurídica e incertidumbre que da pie a situaciones de abuso del derecho. Teniendo en cuenta, además, que los pronunciamientos de las Altas Cortes son diarios y que son una fuente del derecho; incluso las sentencias de tutela, que en principio no tienen efectos *erga omnes*, sientan precedente a través de su *ratio decidendi*² (López Medina , 2002, p. 89). Es así como los criterios jurisprudenciales para que un trabajador cuente con esta garantía de protección se modifican, amplían o limitan de forma igualmente frecuente, sin que existan parámetros claros que el empleador pueda acoger.

2 Ver Sentencia T-569 de 2001 de la Corte Constitucional.

Línea jurisprudencial

En razón a que el desarrollo de la figura estudiada ha estado marcado por los pronunciamientos judiciales, en especial de las sentencias de la Corte Suprema y de la Corte Constitucional, se hace necesario revisar las diferentes variables y contraposiciones en las posturas de estos órganos colegiados, a través del método propuesto por López Medina (2002) para el análisis jurisprudencial. A continuación, se enuncian algunas sentencias analizadas.

Por parte de la Corte Constitucional, a partir de la Sentencia T-427 de 1992 y la Sentencia T-441 de 1993 se sentaron las bases para el avance de la figura, indicando que, debido al especial cuidado que la Carta Magna ordena en favor de las personas en situación de discapacidad (Art. 54), su protección laboral se aplica también a los funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción. En las sentencia SU-256 de 1996 y T-427 de 1992 se aborda el tema con base en criterios de solidaridad, acudiendo a los preceptos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la liberalidad del empleador de finiquitar sin justa causa el contrato de trabajo.

Posterior a la entrada en vigor de la Ley 361 (1997), la Corte Constitucional, en la Sentencia C-237 (1997), incluye el concepto de solidaridad como fuente de deberes contractuales, más específicamente, como fuente de deberes patronales. En la Sentencia T-351 (2003) se impone al trabajador en situación de discapacidad, a causa de las secuelas de un accidente de tránsito, la obligación de someterse a los procesos administrativos establecidos por su empleador.

En la Sentencia T-170 (2005), la Corte Constitucional, al resolver una solicitud de tutela en el contexto de un conflicto económico de tipo civil, en donde los demandantes habían sido diagnosticados con el VIH, desempleados y con hijos menores a cargo, la Corte decidió que frente a las personas afectadas, si bien recae sobre el Estado el deber de protección, también recae sobre los particulares con base en el principio de solidaridad. En las sentencias T-1040 (2001) y T-198 (2006), la Corte ratificó su postura, pero añadió la indicación en la cual, para que se predique en cada caso la protección constitucional, no es necesario que exista un dictamen de calificación previa.

En las sentencias T-309 (2005), T-198 (2006) y T-361 (2008), la Corte Constitucional establece que la protección de las personas en situación de discapacidad cobija a quienes “ven menguadas sus capacidades laborales

debido a inconvenientes de salud”. Lo anterior, aplicado al derecho al trabajo de la población en situación de discapacidad desencadena en la latente separación entre la línea jurisprudencial y los parámetros establecidos en el Artículo 26 de la Ley 361 (1997), en especial en lo referente a la preexistencia de una calificación de pérdida de capacidad laboral.

No obstante, en la Sentencia T-309 (2005) puede verse una variación en cuanto a la decisión de la Corte en los presupuestos fácticos de cada caso. Allí concretamente se impone una limitación al trabajador en situación de discapacidad, al igual que en la Sentencia T-198 (2006), adicionando el requisito de demostrar la existencia de circunstancias que afecten de manera sustancial el desempeño de las funciones a cargo del trabajador contratado.

Virando en sentido opuesto, la Sentencia T-661 (2006) reconoce que el procedimiento ordinario no es idóneo ni eficaz para garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad; también indica que la protección de dicho grupo poblacional no se supera con el pago de una indemnización.

La Sentencia T-1210 (2008) y la Sentencia T- 490 (2010) establecen criterios garantistas relacionados con el sistema de salud colombiano. Por su parte, la Sentencia T-760 (2008) marcó un hito para el sistema de salud al constituir un cambio de paradigma y dar cuenta de cómo ha evolucionado la política pública en ese sentido. En cuanto al sector público, en las sentencias T-031 (2005), SU 250 (1998), T-576 (1998), T-519 (2003), T-1011 (2003), y T-597 (2004), la Corte Constitucional aclara que para que se pueda acudir a la acción de tutela para solicitar el reintegro laboral debe demostrarse, además de la situación de discapacidad, la necesidad de evitar un perjuicio irremediable o la violación de derechos fundamentales.

En la Sentencia T-996 (2010) se ordena el reintegro de un trabajador en situación de discapacidad a pesar de que la terminación se dio en razón a la expiración del plazo pactado, con fundamento en el principio de continuidad. En la Sentencia T-988 (2012), la Corte retoma la tendencia ultraproteccionista al ratificar que la situación de discapacidad se predica de quienes no cuenten con una calificación de pérdida de capacidad laboral emanada de una entidad competente para tal fin.

En la Sentencia T-148 (2012), la Corte establece que los trabajadores del sector público en situación de discapacidad también son sujetos del derecho

de estabilidad laboral reforzada, en el entendido que “también les corresponde integrarse al mundo social”. La Sentencia T-372 (2012) ratifica la pertinencia de la aplicación de la Ley 361 de 1997 en el sector público.

Contrario de la línea de la Corte Constitucional, la Corte Suprema (Sentencia CL Rad. 41845, 2012) estableció la obligatoriedad de contar con un porcentaje legal de pérdida de capacidad para exigir la procedencia de la garantía pactada en el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, “en armonía con los grados y porcentajes de discapacidad previstos en el artículo 7.º del Decreto 2463 (2001)”, en el cual debe acreditarse un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 15 %. La misma corporación ha reiterado este concepto en sus diferentes pronunciamientos como, por ejemplo, en la Sentencia de la Sala de Casación Laboral con radicado 39207 (2012), al igual que en las decisiones contenidas en las sentencias SCL 14134 (2015), SCL 10538 (2016), SCL 11411 (2017), SL 5109 (2020), SCL 5700 (2021), SCL 4632 (2021), SL 3145 (2021), SL 996 (2022) y SL 1034 (2022), entre otras.

Por su parte, la Corte Constitucional en la Sentencia T-920 (2013), en decisión que acumuló varios expedientes, T-4.016.687, T-4.023.519, T-3.980.128, T-4.008.003, T-4.013.446 y T-4.031.605, en razón a la unidad de materia existente entre ellos, de conformidad con el Artículo 157 del actualmente derogado Código Procesal Civil y el Artículo 5 del Decreto 2067 de 1991, estableció que: “[...] entre mayor vulnerabilidad del accionante, mayor debe ser la intensidad de la protección para realizar de esa manera el principio de igualdad real, contemplado en el artículo 13 superior [...]”; lo anterior, con relación a las personas que padecen enfermedades catastróficas como el VIH o el cáncer.

En un pronunciamiento que podría considerarse contradictorio con el sustento de la acción de tutela en la Sentencia T-317 (2017), el máximo órgano de la jurisdicción constitucional concluyó que frente a las personas en situación de discapacidad los mecanismos ordinarios no resultan idóneos para la protección de sus derechos fundamentales, por cuanto no existen procesos preferentes o sumarios.

Todo lo anterior lleva hasta la sentencia hito, SU-049 (2017), en donde la Corte Constitucional aclara que la estabilidad laboral reforzada “no deriva únicamente del Artículo 26 de la Ley 361 de 1997”, sino que esta protección tiene un origen constitucional para lo cual cita los artículos 53, 13, 93, 25, 47, 1, 94, 48 y 95, en ese orden. Del mismo modo, unificó su jurisprudencia con

referencia al tema en el sentido que no es necesario que el trabajador cuente con una calificación de pérdida de capacidad laboral, ni que su situación de discapacidad sea permanente.

Por su parte, la Corte Constitucional, en ponencia de la Magistrada María Victoria Calle, reitera que el derecho a la estabilidad laboral reforzada deviene especialmente del principio de solidaridad, que “supone asumir como propias causas en principio ajenas” cuando la persona que padece la situación de discapacidad se encuentra en imposibilidad de hacerse cargo de su protección individual de forma integral.

La Sentencia C-824 (2011), reiterando que no es necesaria una calificación de pérdida de capacidad laboral, establece que la estabilidad laboral reforzada se predica de todo tipo de trabajadores sin importar la naturaleza de su contratación. En la Sentencia T-041 (2019), la Corte aclaró que, frente a las personas en situación de discapacidad, sin desconocer los procesos ordinarios para hacer valer los derechos laborales, y sin dejar de lado las reglas sobre la acción constitucional, “la Corte ha entendido que las reglas relativas a la procedencia de la acción tendrán que ser matizadas”.

Los requisitos determinados por la Corte Constitucional para que una persona sea cobijada con el beneficio de estabilidad laboral reforzada se pueden resumir así: a) que la persona cuente con una discapacidad que limite su desempeño laboral; b) que el empleador tenga conocimiento de lo anterior; c) que el despido se realice sin autorización del Ministerio de Trabajo, caso en el cual se presumirá que el despido se dio en razón de la situación de discapacidad del trabajador, por lo tanto, surge para el empleador la obligación de desvirtuar dicha presunción.

En la Sentencia SL 058 (2021), la Corte Suprema de Justicia, como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, en total sintonía con la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional precisó que “no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad”, debiendo verificarse en cualquier caso que el trabajador se encuentre afectado por una situación de discapacidad, y que esta situación fuera del conocimiento de su empleador.

En la reciente Sentencia T-020 (2021), la Corte Constitucional exige del trabajador que quiera demostrar la discapacidad dos requisitos contrapuestos: que demuestre el cumplimiento adecuado de sus funciones y, al mismo tiempo,

que demuestre que su discapacidad le impide o dificulta sustancialmente el desempeño de estas.

Como se puede observar, la disparidad de criterios de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional ha sido una constante en el debate: la Corte Suprema de Justicia ha mantenido casi inamovible, salvo contadas excepciones (Sentencia SL 36115, 2010), su línea bajo el criterio de que para que opere el beneficio de estabilidad laboral reforzada, la persona debe encontrarse con una pérdida de capacidad laboral superior al 15 %; criterio que deviene del directamente de la Ley 361 de 1997, en su Artículo 26.

Metodología

El uso de la metodología de investigación analítica jurídica, a partir de su propuesta de reflexión crítica, y su aplicación a la figura de la estabilidad laboral reforzada partiendo del sustento legal y jurisprudencial, hasta su impacto en las relaciones laborales, permite abordar el tema minuciosamente, sin dejar de lado la visión sistemática que exige la investigación sociojurídica, concluyendo en una revisión crítica y reflexiva de la figura. Por tal motivo, a través del análisis jurídico y práctico de la figura de la estabilidad laboral, desde la visión metodológica de Ludwing Von Bertalanffy (Ñaupas, Valdivia, Palacios, & Romero, 2018), se analiza el conflicto propuesto desde una perspectiva jurídica, sin dejar de lado los pormenores sociológicos ligados al problema de investigación.

La investigación se llevó a cabo mediante un proceso deductivo desde el contexto general de la figura hasta su aplicación última. Este proceso se verá reflejado en los resultados de la investigación y en las conclusiones, abordando puntos clave como: la revisión documental, el análisis de la problemática desde el punto de vista de la empresa, el contraste de resultados de la revisión documental y el estudio de caso, con los trabajos de investigación que han abordado el tema, y, por último, se presentan las conclusiones.

La investigación analítica jurídica facilitó la reflexión crítica de la figura de la estabilidad laboral reforzada desde su sustento jurídico y jurisprudencial, hasta su impacto en las relaciones laborales en que la parte contratada es una persona en situación de discapacidad.

Acorde a esto, se aborda la perspectiva jurisprudencial de la Corte Constitucional que ha evolucionado hacia el establecimiento de una estabilidad laboral reforzada casi absoluta por parte de la población en situación de discapacidad, lo que ocasiona que desde la empresa se obstaculice el acceso al empleo en razón, en gran parte, a que en la aplicación de la norma se acude al principio de solidaridad (que puede desbordar el deber social de la empresa).

Dentro del proceso de investigación se hizo un análisis de la experiencia del manejo de la estabilidad laboral reforzada en cinco empresas del Tolima; tres de ellas del sector agrícola y dos del sector textil, con la que se ha trabajado prestando asesoría jurídica laboral externa y permanente. Esta cercanía específica permitió un panorama integral y de primera mano del problema objeto de investigación.

Para el logro de los objetivos de la investigación se hizo uso del análisis documental y la observación no experimental para entender el enfoque del problema desde el punto de vista de los trabajadores y de los empleadores, específicamente de las personas a cargo de los departamentos de Talento Humano de las empresas estudiadas.

Resultados

El análisis jurisprudencial expuesto lleva a cuestionarse acerca de la forma en que los empresarios han abordado el tema de la estabilidad laboral reforzada, entendiendo que en la relación contractual a la que van dirigidas las normas de protección participan un trabajador y un ente económico que, en la mayoría de los casos, se compone de un director general o administrador, un jefe de recursos humanos, un área de seguridad y salud en el trabajo (en donde se incluyen las empresas prestadoras de servicios médico-ocupacionales), y de los demás trabajadores compañeros del aforado.

Toda esta gama de participantes desemboca en una serie de interacciones, políticas y efectos en diferentes niveles relacionados con el manejo de la estabilidad laboral reforzada por situación de discapacidad y la forma en la que se percibe la discapacidad de los trabajadores y los potenciales trabajadores, y que se revisarán a través del estudio de cinco empresas. A cada empresa se le asigna una letra y a cada trabajador un número; no obstante, los datos consignados corresponden fielmente a la información real que se ha tenido a la vista y con la que se ha trabajado en la asesoría jurídico laboral.

Empresa A

Esta es una empresa del sector agrícola fundada en 1979 cuyo objeto social, según su certificado de existencia y representación legal, se enfoca en el cultivo de arroz y otras semillas. La empresa tuvo un departamento de recursos humanos a partir del año 2007 y su planta de personal fija para el año 2015 contaba con un 15 % de personas en situación de discapacidad, correspondiente a 23 trabajadores; dos de ellos calificados con 0 % de pérdida de capacidad laboral, ocho calificados con otros porcentajes, y el resto sin calificación. Las patologías por las cuales se encuentran aforados son de diferente tipo: un caso de diabetes, un caso de tumor cerebral, discopatías variadas, algunos con trastornos de disco lumbar y radiculopatías, lumbagos, ciática, túnel del carpo.

La información que se analizó corresponde al 2015. A partir del año 2016 la empresa inició su proceso de reducción de personal en las diferentes áreas, sin haber contado con una asesoría jurídica especializada en derecho laboral frente al tema de la estabilidad laboral reforzada. Finalmente, la empresa es liquidada. De la entrevista del personal encargado se infieren las siguientes conclusiones.

Previo a la declaración de disolución de la sociedad y consecuente trámite de liquidación, la empresa tenía establecidas políticas pasivas en el manejo de los casos de estabilidad laboral reforzada, tales como:

1. Mantener contratos sin prestación personal del servicio sin que mediara una orden de incapacidad laboral del médico tratante bajo criterios subjetivos de sospecha de ausencia de capacidad laboral.
2. Ejecutar procesos de reubicación por recomendaciones médicas creando cargos innecesarios dentro de la empresa, tales como: limpieza de bolsas usadas, barrer más de lo necesario las áreas de la empresa, embellecimiento locativo reiterado e innecesario, etc.
3. Omitir vincular a las entidades estatales tales como ARL, Ministerio de Trabajo, SENA, etc., que podrían haber prestado asesoría y acompañamiento para la rehabilitación funcional de los trabajadores en situación de discapacidad, incluyendo específicamente a la ARL y a las EPS para el seguimiento médico de los casos.
4. No efectuar exámenes médicos posteriores a la incapacidad, ni periódicos.
5. No realizar procesos disciplinarios ante los incumplimientos contractuales de las personas en situación de discapacidad.

En consonancia con lo anterior, las medidas que implementó la empresa a partir de la declaratoria de liquidación para hacer frente a la problemática descrita fueron las siguientes:

1. Se inició un proceso de rehabilitación funcional con todos los trabajadores con estabilidad laboral reforzada; proceso que se llevó a cabo con el acompañamiento del SENA y mediante capacitaciones en panadería, enfermería, repostería, conservación de alimentos, mampostería, etc. De igual forma, se les capacitó en elaboración de hojas de vida, manejo del dinero y cuidado de la salud física y mental en el entorno laboral.
2. Se llevó a cabo un proceso de seguimiento médico a través de un equipo interdisciplinar externo y de naturaleza privada, contratado y pagado por la empresa, mediante una evaluación médica ocupacional pormenorizada y enfocada en la recuperación funcional del trabajador y diagnóstico integral del trabajador: grado de escolaridad, entorno familiar, aptitudes emocionales frente a la enfermedad, entre otras.
3. Finalmente, la empresa llevó a cabo procesos de retiro programado a través de métodos alternativos de solución de conflictos. En este caso, la transacción con el 98 % de los trabajadores. Actualmente la empresa no cuenta con procesos jurídicos ni administrativo relacionado con el derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Del análisis de esta empresa se concluye que el manejo inadecuado del personal con problemas de salud derivó en un pasivo insostenible, donde, en promedio, más de cinco trabajadores eran improductivos y se encontraban en sus viviendas sin estar incapacitados por su médico tratante, y otros tantos se dedicaban a actividades improductivas.

La empresa analizada llegó a brindar más de 400 empleos en el departamento del Tolima y a ser pionera en temas de investigación en su campo, por lo tanto, su cierre definitivo implicó un gran perjuicio para el desarrollo regional.

De la entrevista al personal encargado, se detectaron diversas conductas por parte de los trabajadores aforados que constituyen abuso del derecho, figura que no se encontraba reglamentada a la fecha, 2016, sino hasta el año 2018 a través del Decreto 1333. No obstante, la empresa tenía la opción de exigir a través de procesos disciplinarios el cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores según lo dispuesto en el numeral 7º del Artículo 58 del Código Sustantivo de Trabajo, además se detectó omisión por parte de la ARL frente al acompañamiento a esta empresa.

Empresa B

Empresa del sector agrícola cuyo objeto social es el cultivo de arroz, de conformidad con el certificado de existencia y representación legal; es una empresa de más de 50 años de antigüedad, por lo que muchos de sus trabajadores se encuentran o están próximos a la categoría de prepensión La empresa cuenta con 27 casos de estabilidad laboral reforzada por situación de discapacidad, donde tres trabajadores se encuentran calificados con 0 % de pérdida de capacidad laboral; las patologías que padecen estos trabajadores son, entre otros: discopatías de diferentes tipos, trastornos de disco lumbar, radiculopatía, lumbago y uno de los casos es de amputación traumática por accidente de trabajo.

Del análisis de la información proporcionada por la empresa se logró establecer que muchos de los casos que se venían manejando como de estabilidad laboral reforzada, no tenían tal categoría por contar únicamente con recomendaciones médicas que no se encontraban vigentes, o por presentar patologías que no tenían relación alguna con la labor desempeñada, ni interferían en el desarrollo de su cargo, ni tenían el carácter de catastróficas.

Esta empresa ha adoptado políticas para evitar la estructuración de la estabilidad laboral reforzada por situación de discapacidad intensificando los exámenes médicos de ingreso para detectar *a priori* posibles patologías que puedan darse durante la ejecución del contrato laboral. Lo anterior, en razón de los altos costos que implica mantener un contrato de trabajo por motivos distintos a la necesidad productiva de la empresa, es decir, ante el riesgo de dar terminado el contrato en caso de ser necesario.

No obstante, se evidencia que una gran parte de los trabajadores aforados se encuentran desarrollando cargos creados para amoldar las recomendaciones médicas, por lo que son contratos laborales que no representan un retorno productivo para la empresa.

En opinión de la persona encargada, gran parte de la población en situación de discapacidad asume posturas de abuso del derecho así: a) solicitud constante de permisos para asistir a citas de medicina general y odontología durante la jornada laboral; b) efectuar actividades contrarias a las restricciones médicas por fuera de la empresa; c) negarse a realizar actividades que, de acuerdo con sus restricciones médicas, se encuentran en capacidad de realizar; d) insubordinación; e) retardos injustificados; f) actitud negativa.

De todo lo expresado por la persona encargada no se encuentra soporte alguno, pues la empresa no ha llevado a cabo procesos disciplinarios de ningún tipo para contrarrestar estas actitudes que pueden llegar a estructurar incumplimientos contractuales.

Empresa C

Es una empresa del sector agrícola categorizada, por su tamaño, como pequeña (cuenta con 12 trabajadores), cuyo objeto social se enfoca en el desarrollo de actividades de ganadería. Cuenta con un caso relacionado con el tema de la estabilidad laboral reforzada por situación de discapacidad, único caso valioso para ilustrar una de las facetas del problema jurídico propuesto.

El trabajador 1 fue contratado por la empresa en el año 1997, en el año 2013 empezó a presentar dificultades de salud que desencadenaron en algunos días de incapacidad y en unas restricciones médicas laborales que tuvieron vigencia hasta el año 2016.

En el año 2019 el trabajador inicia un proceso para que le sea calificada la pérdida de capacidad laboral, dando como resultado un dictamen de origen común, primero, y posteriormente un dictamen de origen laboral. En diciembre del año 2019 el empleador da por terminado el contrato de trabajo asumiendo la consecuente indemnización luego de 23 años de labor ininterrumpida argumentando la desaparición de las causales objetivas que le dieron origen al cargo.

El trabajador 1 interpone una acción de tutela solicitando su reintegro laboral, la indemnización por despido en situación de discapacidad y el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir; acción negada por improcedente en primera y en segunda instancia, al no encontrarse que se hubieran vulnerado los derechos fundamentales del extrabajador con la terminación del contrato. Algunos meses después intenta de nuevo la misma acción, con idénticos resultados, por lo que completó cuatro sentencias que le negaron sus pretensiones.

En entrevista con el empleador, este indica que previo a la terminación del contrato intentó llegar a un acuerdo de terminación con el trabajador, en razón a su antigüedad, ofreciendo para ello pagar el doble del valor de la indemnización legal. No obstante, el trabajador tenía unas expectativas dinerarias muy superiores al valor ofrecido.

Finalmente, el trabajador adelantó una demanda ordinaria, con las mismas pretensiones de las acciones de tutela que le fueron negadas y sin haber tramitado la calificación del porcentaje de pérdida de la capacidad laboral.

En sus argumentos de defensa ante la acción ordinaria, el empleador manifiesta que el mismo extrabajador en su demanda expresó que sus limitaciones nunca le impidieron desarrollar las funciones del cargo a cabalidad, por lo tanto, no hay forma alguna en que pueda estructurarse una situación de estabilidad laboral reforzada: a) el trabajador no tenía restricciones al momento de la terminación del contrato; b) el trabajador no tenía una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o leve; c) el trabajador no contaba con afecciones de salud que dificultaran el desarrollo de sus funciones; y d) el empleador nunca incurrió en conductas discriminatorias.

En primera instancia se emitió sentencia absolutoria, coincidiendo la decisión del juez natural con las cuatro decisiones previas; no obstante, en segunda instancia, en conocimiento de la magistrada ponente Amparo Emilia Peña, se accedió a las pretensiones de la demanda, ordenando el reintegro del trabajador y el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, dando como resultado una condena que se encontraba por debajo del valor ofrecido directamente por el empleador, esto es, una suma muy por debajo de las expectativas dinerarias del demandante (la condena correspondió al 5,6 % de lo pretendido) (Tribunal Superior-SL de Ibagué, Sentencia 73001310500620200028401, 2023).

Empresa D

Es una empresa de más de 400 trabajadores, algunos reubicados y con recomendaciones médicas en razón a los dictámenes resultantes de los exámenes médicos periódicos o posincapacidad. No obstante, al observar los reportes de los exámenes médicos ocupacionales, se evidencia que los mismos no especifican la evaluación del puesto de trabajo o los riesgos a los que se ve expuesto el trabajador. Vale aclarar que la empresa no cuenta con plan de manejo del personal en situación de discapacidad.

Es decir, no hay una justificación debidamente motivada de la necesidad de emitir recomendaciones médicas, en contradicción a lo señalado en la Resolución 2346 (2007) del Ministerio de la Protección Social, que determina, en el Artículo 8º, los requisitos con los que debe contar dicho soporte. Tampoco se evidencia que la empresa de salud ocupacional esté cumpliendo con la

obligación establecida en el Artículo 12 de la misma norma, en lo referente a la remisión de los casos complejos al médico tratante.

En la empresa analizada, como se evidencia, se está posiblemente constituyendo el escenario de la estabilidad laboral reforzada a través de los exámenes médicos ocupacionales periódicos, y no a través de procesos médicos ante la ARL o la EPS, lo que, en principio, sería el deber ser.

Se considera que de la lectura de las normas que rigen la materia no se logra concluir claramente si este manejo es adecuado o no, ya que la Resolución 2346 (Ministerio de la Protección Social, 2007), que regula todo lo referente a las evaluaciones médicas ocupacionales, determina, en su artículo 12, que cuando como resultado de la evaluación médica ocupacional se detecte en el trabajador una enfermedad de origen común o profesional, la obligación del médico ocupacional es remitirlo a la entidad encargada, EPS o ARL, ya que del articulado de la Resolución no se deduce que cuando no sea favorable el resultado de la evaluación periódica, el médico ocupacional sea competente para emitir restricciones médicas que generen la estabilidad laboral reforzada en beneficio del trabajador. Por lo tanto, puede concluirse que la misión del médico ocupacional es remitir al trabajador a la entidad competente.

Empresa E

Se trata de una empresa PYME que cuenta con 4 trabajadores fijos y 12 trabajadores contratados a través de una empresa temporal. Su objeto social se enfoca en la transformación agrícola. En visita a la empresa se detectan políticas muy laxas en cuanto a la prevención de accidentes de trabajo e instalaciones operativas con condiciones poco seguras para laborar, como: instalaciones con exceso de polvo, cubículos muy pequeños sin adecuada ventilación, ausencia de señalización junto a maquinarias peligrosas, etc.

La empresa cuenta con un trabajador con estabilidad laboral reforzada que ya cumplió la edad pensional, pero solicitó previamente al fondo pensional devolución de saldos, por lo que no cuenta con la expectativa de recibir una pensión algún día.

La persona encargada refiere que el mencionado trabajador es el único caso que se ha presentado y que su situación de discapacidad se determinó a partir de un examen médico ocupacional periódico, que indica que padece una enfermedad lumbar, por lo que se emitieron algunas restricciones médicas.

Pero a pesar de estos hallazgos, el trabajador no fue remitido al médico tratante, por lo tanto, no se le ordenaron exámenes médicos especializados para confirmar o tratar el diagnóstico.

El trabajador lleva cuatro años reubicado y manifiesta que nunca ha sentido dolores de ningún tipo, y a la fecha no entiende la razón por la cual se le impidió seguir desempeñando la labor para la cual fue contratado en un principio.

La empresa no cuenta con un Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST). Los pocos trabajadores se encuentran en riesgo constante, riesgo que el gobierno corporativo no percibe. Además, carece de señalización adecuada y sus trabajadores están expuestos a material particulado de forma constante, sin embargo, el uso de mascarillas es limitado; y las instalaciones presentan condiciones antihigiénicas en el área de producción, entre otras.

En estas cinco empresas se puede observar que la discapacidad de los trabajadores es vista como un obstáculo en sí misma y como fuente de riesgos y altos costos sin retorno de inversión. Esto afecta a potenciales trabajadores pues ven frustrada la posibilidad de acceder a empleos formales y de calidad, pero también afecta a los trabajadores en situación de discapacidad con contrato vigente, que no están siendo productivos dentro de la empresa y esto los hace objeto de burlas por parte de sus compañeros. En conclusión, la discapacidad de los trabajadores es vista bajo criterios excluyentes de percepción de la discapacidad.

Por último, como resultado del análisis normativo, jurisprudencial y atendiendo a las conclusiones en cuanto a la deficiente adopción del modelo social de percepción de la discapacidad, se interpuso una demanda de inconstitucionalidad en contra de la expresión *normal* contenida en el Artículo 42 de la Ley 361 (1997), que fue admitida por la Corte Constitucional bajo el radicado D-14288, correspondiéndole por reparto al Magistrado Alejandro Linares Cantillo y en su trámite contó con nueve intervenciones de apoyo. De estos conceptos, dos se limitaron a exponer los antecedentes del reproche constitucional, uno se decantó por la declaratoria de exequibilidad condicionada de la norma y seis apoyaron la solicitud de declarar la inexecutable de la demanda dio como resultado la Sentencia C-108 del 19 de abril (2023) que declaró la inconstitucionalidad de la expresión acusada.

Discusión

En los casos analizados de las empresas A y B, se evidenció que los trabajadores que se encontraban reubicados en cargos que no ofrecían beneficio alguno para el empleador, además se veían sometidos al acoso de sus compañeros, lo que afectó su salud mental. Con referencia a este aspecto, sobresale el hecho en el cual, de las empresas entrevistadas, ninguna hizo uso de los beneficios a que tenían derecho por contar con personas en situación de discapacidad en su planta de personal (Ley 361, 1997, Arts. 24 y 31).

Otra constante en las empresas revisadas es la percepción del empleador de la existencia de abuso del derecho por parte de los trabajadores aforados. Estos consideran, incluso, que la estabilidad laboral reforzada de un trabajador tiene el efecto de “bola de nieve”, es decir, los trabajadores no aforados, al ver los beneficios con los que cuenta el trabajador en situación de discapacidad, busca los medios para adquirir tal condición.

Es determinante el hecho de que, aun teniendo la facultad de hacerlo, los empleadores no hacen control disciplinario de los trabajadores en situación de discapacidad en su empresa, aclarando que el empleador puede estructurar justas causas para dar por terminado el contrato de los trabajadores en situación de discapacidad, considerando que debe solicitar la autorización ante el Ministerio de Trabajo y considerar los plazos que la norma contempla unos plazos más cortos cuando se presenta esta situación. Vale mencionar que el trámite continúa siendo engorroso y los plazos pueden ampliarse exponencialmente.

Así, se evidenció, por ejemplo, que en la Empresa A, que solicitó autorización para la terminación de los contratos de su personal en situación de discapacidad por la situación de liquidación inminente de la empresa en el mes de febrero de 2018, la resolución aprobatoria fue expedida en el mes de octubre de 2020 cuando ya la sociedad se encontraba disuelta y en estado de liquidación.

Con el desarrollo de las medidas de protección del empleo de las personas en situación de discapacidad si bien las personas con estabilidad laboral reforzada no pueden ser despedidas de sus puestos de trabajo, el resto de la población en situación de discapacidad en busca de empleo no está siendo contratada, en razón a que las empresas endurecen sus filtros de selección a fin de evitar la contratación de trabajadores con estabilidad laboral reforzada y así evitar el riesgo económico que ello representa.

En el panorama actual, en donde el mundo atraviesa una pandemia global (Mercader Uguina, 2020) y el nivel de desempleo en Colombia alcanza nuevamente dos cifras después de varios años (DANE, 2022), la crisis de acceso al empleo para esta población se intensifica, además de los pocos e irrelevantes incentivos legales existentes que no compensan los riesgos a los que se expone el empleador al contratar una persona en situación de discapacidad. Por otra parte, se evidencia que el papel de las entidades públicas o que prestan servicios públicos en lo que tiene que ver con la readaptación y reinserción de las personas en situación de discapacidad es muy débil en las empresas analizadas.

Una de las conclusiones dogmáticas de la presente investigación es que aún no se suple la necesidad de implementar el modelo social de percepción de la discapacidad, por lo que se demandó la constitucionalidad parcial de la Ley 361 (1997), denunciando la inconstitucionalidad de la palabra *normal* contenida en el Artículo 42 para hacer referencia a las personas que no se encuentran en situación de discapacidad: “[...] de tal manera que pueda ser fácilmente distinguible por toda persona, sea esta *normal* o limitada”. Insinuando, por antonomasia, que son anormales las personas en situación de discapacidad; teniendo que este tipo de expresiones dificulta y limita el proceso de reinserción, readaptación o adaptación funcional de las personas en situación de discapacidad y es contrario al modelo social de la percepción de la discapacidad.

La expresión *normal*, incluida en la Ley, resulta a toda luces inconstitucional y violatoria de los derechos fundamentales de la población en situación de discapacidad, pues la insinuación que implica aleja al Estado del logro de sus fines: la efectiva recepción del modelo social de la discapacidad (Albrecht, Seelman & Bury, 2001).

Entidades como el Ministerio de Trabajo o las Administradoras de riesgos Laborales no cuentan con programas ni planes de acción más allá de la prevención del despido, lo que no cumple con los criterios de la OIT (1983) o de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2008) para el cumplimiento de los objetivos con relación a la población en situación de discapacidad que se enfocan en la integración social (modelo social de percepción de la discapacidad), más que en la sobreprotección (modelo médico de percepción de la discapacidad).

Conclusiones

En el desarrollo de la investigación, tres de las cinco empresas analizadas presentaron filtros severos para evitar la contratación de personas en situación de discapacidad, en razón a las consecuencias de la estabilidad laboral reforzada, dejando claro que las otras dos empresas no presentaron esta clase de conducta debido más a su tamaño y recursos escasos, y no a la intención consciente de contratar personas en situación de discapacidad. Esto sumado a que el 100 % de las empresas observadas no contaba con políticas adecuadas para el manejo de los casos de trabajadores con estabilidad laboral reforzada, es decir: carecían de seguimiento constante y adecuado a los casos desde el punto de vista médico, no invertían recursos en la integración funcional de los trabajadores en situación de discapacidad, no efectuaban controles disciplinarios a estos trabajadores, etc.

En ese orden de ideas, en aras de frenar el desestímulo de la contratación de personas en situación de discapacidad, la estabilidad laboral reforzada no debe beneficiar a los trabajadores que son contratados con patologías previas, de cualquier tipo; debe tenerse como una presunción legal, frente al hecho de que si un empleador que contrata a una persona en situación de discapacidad, siendo conocedor de esta circunstancia al momento de la contratación, no dará por terminado el contrato por motivos discriminatorios, pues no hubiera llevado a cabo la contratación en un principio.

Una reglamentación clara al respecto de la no estructuración de estabilidad laboral reforzada en la contratación de trabajadores en situación de discapacidad, sumada a una mejora en los incentivos tributarios, promoverá la contratación de este grupo poblacional. Teniendo en cuenta que al igual que existen patologías que son incompatibles con ciertos cargos, hay otras que no representan obstáculo alguno, por lo que el empleador deberá tener la libertad de desvincular a un trabajador en estas condiciones sin que medien engorrosos trámites administrativos; considerando, además, el escenario actual de desempleo, o lo que es igual la disminución de la demanda de trabajadores.

Por otra parte, actualmente para los trabajadores en situación de discapacidad los contratos a término fijo o por obra o labor se encuentran vedados, por los mismos motivos que se han analizado ampliamente: al no poderse terminar el contrato sin que medie la autorización del Ministerio de Trabajo, un contrato a tres meses puede perdurar por varios periodos más mientras el Ministerio se pronuncia; esto limita las posibilidades de acceso al

empleo de la población protegida, pues ningún empleador iniciaría un contrato de manera consciente bajo esas condiciones.

La estabilidad laboral reforzada debe aplicarse únicamente a los casos en los que el trabajador adquiere el estatus de aforado durante la vigencia del contrato de trabajo; es decir, cuando el trabajador no es contratado estando en situación de discapacidad.

De igual forma, es necesario retomar el aparte eliminado del proyecto de ley que dio paso a la Ley 361 (1997), que en el Artículo 28 originalmente establecía la obligación para las entidades estatales de “reservar en sus nóminas un porcentaje de cargos para ser ofrecidos a personas en situación de discapacidad” (Congreso de la República, 1995, p. 11). El Estado debe dar ejemplo y contratar a personas en situación de discapacidad en consonancia con la motivación pertinente del proyecto de ley inicialmente presentado.

De las cinco empresas observadas ninguna había hecho uso de los beneficios tributarios por contar con trabajadores en situación de discapacidad, ni tampoco tenían conocimiento de estos; y para ello, se requiere que la ARL capacite a los empresarios en este aspecto.

Las normas e interpretaciones normativas, que se han revisado de forma crítica, reducen el debate a posturas superadas (modelo rehabilitatorio) con posturas ultraproteccionistas que obstaculizan el acceso al empleo por parte de las personas en situación de discapacidad y aumentan la brecha cultural, social y económica que separa a las personas en situación de discapacidad del resto de la población. Esto evidentemente amplifica la discriminación y priva a la sociedad del fortalecimiento que genera el la diversidad como fuente de riqueza cultural.

Referencias

- Albornoz, C. (2018). *La estabilidad laboral reforzada por debilidad manifiesta: Tesis de la Corte Suprema de justicia Vs. la Corte Constitucional. Un choque de trenes que impacta al sector industrial y empresarial colombiano*. Universidad Católica de Colombia. <https://core.ac.uk/download/pdf/213560477.pdf>
- Albrecht, G., Seelman, K. & Bury, M. (2001). *Handbook of disability studies*. Sage Publications Inc.
- Banco de la República (septiembre 4 de 2020). *Sistema pensional colombiano: descripción, tendencias demográficas y análisis macroeconómico*. Bogotá.

- Benítez Pinedo, J. M. (2012). *La protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la relación de trabajo en el ordenamiento jurídico español* [Tesis para el Master de Derecho de la empresa y de los Negocios, Universidad de Barcelona].
- Benítez Pinedo, J. M., Bermúdez Alarcón, K. & Orozco Espinosa, C. A. (2018). *Estabilidad laboral por debilidad manifiesta en salud: omisión estatal, inseguridad jurídica y alternativas para remediarlas*. Universidad Externado de Colombia.
- Benítez Pinedo, J. M., Bermúdez Alarcón, K., Frías Ávila, P., Manrique Villanueva, J. E., Ponce Bravo, G., & Sánchez Acero, D. A. (2019). La influencia de la constitución política en el derecho laboral: escritos sobre algunos temas. *Universidad Externado de Colombia*.
- Cabanellas, G. (1994). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (Vol. III). Heliasta.
- Camacho, A. & Romero, M. C. (2019). *De la estabilidad laboral reforzada ¿a la estabilidad laboral absoluta? Estabilidad laboral reforzada en el empleo*. Universidad del Rosario.
- Constitución Política de Colombia. Julio 7 de 1991. (Colombia).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T441 de 1993 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo; octubre 12 de 1993).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T427 de 1992 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; junio 24 de 1992).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C237 de 1997 (M. P. Carlos Gaviria Díaz; mayo de 1997).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 576 de 1998 (M. P. Alejandro Martínez Caballero; octubre 14 de 1998).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C531 de 2000 (M. P. Álvaro Tafur Galvis; mayo 5 2 de 2000).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T1040 de 2001 (M. P. Rodrigo Escobar Gil; septiembre de 2001).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 351 de 2003 (M. P. Rodrigo Escobar Gil; mayo 5 de 2003).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T519 de 2003 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; junio 26 de 2003).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 1011 de 2003 (M. P. Eduardo Montealegre Lynett; octubre 29 de 2003).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 597 de 2004 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; junio 15 de 2004).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 031 de 2005 (M. P. Jaime Córdoba Triviño; enero 21 de 2005).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 170 de 2005 (M. P. Jaime Córdoba Triviño; febrero 25 de 2005).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 309 de 2005 (M. P. Jaime Córdoba Triviño; abril 1 de 2005).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 198 de 2006 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; marzo 16 de 2006).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 661 de 2006 (M. P. Álvaro Tafur Galvis; agosto 10 de 2006).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 361 de 2008 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla; abril 17 de 2008).

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 760 de 2008 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; julio 31 de 2008).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 1210 de 2008 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández; diciembre 5 de 2008).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 490 de 2010 (M. P. Jorge Pretelt Chaljub; junio 16 de 2010).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 996 de 2010 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; diciembre 3 de 2010).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C824 de 2011 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; noviembre 2 de 2011).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 148 de 2012 (M. P. Juan Carlos Henao Pérez; marzo 2 de 2012).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SCL 39207 de 2012 (M. P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz; agosto 28 de 2012).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia CL Rad. 41845 de 2012 (M. P. Carlos Ernesto Molina Monsalve; septiembre 18 de 2012).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 988 de 2012 (M. P. María Victoria Calle Correa; noviembre 23 de 2012).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 920 de 2013 (M. P. Jorge Pretelt Chaljub; diciembre 4 de 2013).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SCL 14134 de 2015 (M. P. Rigoberto Echeverri Bueno; octubre 14 de 2015).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 141 de 2016 (M. P. Alejandro Linares Castillo; marzo 28 de 2016).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 372 de 2012 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; mayo 16 de 2012).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SCL 10538 de 2016 (M. P. Fernando Castillo Cadena; junio 29 de 2016).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 317 de 2017 (M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo; mayo 12 de 2017).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SCL 11411 de 2017 (M. P. Rigoberto Echeverri Bueno; agosto 2 de 2017).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 041 de 2019 (M. P. José Fernando Reyes Cuartas; febrero 4 de 2019).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SCL 5109 de 2020 (M. P. Omar Jaime Mejía Amador; noviembre 11 de 2020).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SCL 3145 de 2021 (M. P. Luis Quiroz Alemán; julio 7 de 2021).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SCL 4632 de 2021 (M. P. Gerardo Botero Zuluaga; octubre 6 de 2021).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SCL 5700 de 2021 (M. P. Fernando Castillo Cadena; diciembre 12 de 2021).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SCL 1034 de 2022 (M. P. Donald José Dix Ponnefz; marzo 23 de 2022).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia SU256 de 1996 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; mayo 30 de 1996).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia SU 250 de 1998 (M. P. Alejandro Martínez Caballero; mayo 26 de 1998).

- Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL 36115 de 2010 (M. P. Gustavo Gineco Mendoza; marzo 16 de 2010).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia SU 049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle Correa; febrero 2 de 2017).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL 058 de 2021 (M. P. Iván Mauricio Lenis Gómez; enero 20 de 2021).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia SCL 996 de 2022 (M. P. Donald José Dix Ponnefz; marzo 23 de 2022).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C108 de 2023 (M. P. Alejandro Linares Cantillo; abril 19 de 2023).
- DANE (2022). Demografía y dinámica empresarial. <https://www.dane.gov.co/index.php>
- Decreto Ley 2463 de 2001. Por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez. Noviembre de 2001.
- Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diciembre 23 de 1993. DO. 41.148.
- Ley 361 de 1997. Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones. Febrero 11 de 1997. DO 42.978.
- López Medina, D. E. (2002). *El derecho de los jueces*. Legis y Uniandes.
- Márquez Serrano, M. (2019). *Análisis del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre el principio de la estabilidad laboral reforzada establecido en el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997*. Universidad Santo Tomas, Craijusta, Centro de recursos para el Aprendizaje y la Investigación. <http://hdl.handle.net/11634/20825>
- Mercader Uguina, J. R. (2020). Derecho al Trabajo y Covid 19: tiempos inciertos. *Labos*, 1(2), 4-15.
- Ministerio de Justicia. Concepto MJD-DEF22-0000155-DOJ-20300 de 2022 (Alejandro Mario de Jesús Melo Sadde; agosto 18 de 2022).
- Ministerio de la Protección Social. Resolución 2346 (julio 11 de 2007). Por la cual se regula la práctica de evaluaciones médicas ocupacionales y el manejo y contenido de las historias clínicas ocupacionales. <https://n9.cl/n2gq2>
- Ministerio de salud y protección social (2018). Decreto 1333 por el cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, se reglamenta las incapacidades superiores a 540 días y se dictan otras disposiciones. <https://n9.cl/vpzijq>
- Ministerio de Trabajo. (01 de agosto de 2019). Circular 049 de 2019. Autorización del Ministerio del Trabajo para desvinculación de trabajador o funcionario aforado por vulnerabilidad. <https://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/61000077>
- Ñaupas, H., Valdivia, M., Palacios, J., & Romero, H. (2018). *Metodología de la investigación*. Ediciones de la U.
- OIT (1983). *Convenio 159. Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas invalidas)*. <https://n9.cl/ilfgk>
- Ossorio, M. (2009). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Heliasta.
- Rousseau, J. J. (1999). *El contrato social o principios del derecho político*. El Aleph.