

ANDI (Medellín).

Salud y estabilidad en el empleo: retos jurídicos y económicos para la sostenibilidad de las empresas.

Arrieta, Enán, Vélez, Manuela, Arango, Daniel y Sepúlveda, Catalina.

Cita:

Arrieta, Enán, Vélez, Manuela, Arango, Daniel y Sepúlveda, Catalina (2017). *Salud y estabilidad en el empleo: retos jurídicos y económicos para la sostenibilidad de las empresas*. Medellín: ANDI.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/enan.arrieta.burgos/7>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/p2eW/46s>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.
Para ver una copia de esta licencia, visite
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

ANDI

**MÁS
PAÍS**



SALUD Y ESTABILIDAD EN EL EMPLEO:
retos jurídicos y económicos para la sostenibilidad de las empresas



Salud y estabilidad en el empleo:
retos jurídicos y económicos para la sostenibilidad de las empresas

Colección Trabajo y Sociedad
Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI)

© Todos los derechos reservados.

Bajo sanciones establecidas en las leyes, queda rigurosamente prohibida, sin autorización escrita de los titulares del Copyright, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, así como la distribución de ejemplares mediante alquiler o préstamo público.

Editores:

Bruce Mac Master

Alberto Echavarría Saldarriaga

Colaboradores:

Enán Arrieta Burgos

Manuela Vélez Ramírez

Catalina Sepúlveda Zea

Daniel Arango Vieira

Primera Edición

ISBN:

978-958-56311-1-3

Tiraje:

500 ejemplares

Diseño, diagramación e impresión:

Editorial Mundo Libro

www.editorialmundolibro.com

Medellín - Colombia

2017

CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS	5
PRESENTACIÓN	7
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO 1. MARCO TEÓRICO Y METODOLÓGICO	15
1.1. Nuevas tendencias del derecho y constitucionalización laboral	15
1.2. Tipos de estabilidad en el empleo	21
1.3. El enfoque de los derechos humanos	28
1.4. Ausentismo laboral	33
1.5. Empresas sostenibles	36
1.6. Metodología	39
CAPÍTULO 2. CONSTRUCCIÓN NORMATIVA DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA	41
2.1. Aforados sindicales y trabajadores en conflicto colectivo	41
2.2. Mujeres embarazadas y lactantes, sus cónyuges, compañeros o parejas	49
2.3. Mujeres y hombres cabeza de familia	55
2.4. Personas en situación de discapacidad, invalidez o en condición de debilidad manifiesta por razones de salud	58
2.5. Personas próximas a pensionarse	76
2.6. Reclamantes y testigos de acoso laboral	79
2.7. Víctimas de secuestro, toma de rehenes y desaparición forzada	81
2.8. Personas en razón de su religión	84
2.9. Personas en razón de su sexo o género	86
2.10. Personas en razón de su etnia	89
CAPÍTULO 3. LA ESTABILIDAD OCUPACIONAL REFORZADA POR RAZONES DE SALUD	91
3.1. ¿Qué entender por discapacidad?.....	96
3.2. ¿Qué entender por invalidez?.....	99
3.3. ¿Qué entender por debilidad manifiesta?.....	99
3.4. ¿Certidumbre jurídica?: el conflicto entre las altas cortes	108
3.4.1. Condición subjetiva de salud en el supuesto de hecho.....	109
3.4.2. Consecuencias jurídicas	112
3.4.3. Otros aspectos sustantivos y su prueba	114
3.4.4. Relaciones contractuales en que aplica	119
3.4.5. Interpretación del numeral 15 del artículo 62 del C.S.T.	120
3.4.6. Aspectos procesales	125
3.5. Los argumentos de defensa de los empleadores	131

CAPÍTULO 4. EL IMPACTO ECONÓMICO DEL AUSENTISMO LABORAL	143
4.1. Aspectos operativos de la salud y la estabilidad en el empleo	144
4.2. Costos monetarios del ausentismo laboral	152
4.3. Costos no monetarios del ausentismo laboral	157
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	163
Diagnóstico y propuesta de lineamientos	169
REFERENCIAS	191
ANEXO. Cuadro de patologías y debilidad manifiesta	199

AGRADECIMIENTOS

Este libro es fruto del apoyo de diversas personas y empresas. A ellas debemos nuestra gratitud por haber confiado en la creación de un tanque de pensamiento dedicado a la investigación, formación, consultoría e incidencia en el campo de las relaciones sociales y laborales en Colombia. Así, el libro que el lector tiene en sus manos es el primer resultado de esta iniciativa y da cuenta, pues, de la apuesta decidida que, desde el Centro de Estudios Sociales y Laborales de la ANDI, hemos hecho para contribuir a la explicación, comprensión y transformación de las políticas públicas en materia de empleo y desarrollo del país.

Como siempre, además de reiterarle nuestra gratitud a los empleadores afiliados a la ANDI, queremos hacer explícito nuestro mensaje de agradecimiento a las empresas que, con sus aportes, hicieron posible la creación de este Centro.

Finalmente, también queremos expresar nuestra gratitud a los comités de abogados laboristas de la ANDI, por los amables comentarios y aportes que recibimos al compartir los resultados preliminares de esta investigación.

PRESENTACIÓN

El 2017 ha sido un año particularmente difícil para la economía colombiana y ello, necesariamente, ha impactado el mercado laboral. Desde la ANDI estamos convencidos de que las políticas públicas deben ser sensibles a las necesidades empresariales, pues solo de la mano de una robusta estrategia de industrialización es posible construir *más país*. El impacto de las rigideces laborales viene afectando, desde hace algunos años, la competitividad empresarial y plantea serias inquietudes en lo que tiene que ver con la certidumbre jurídica que resulta indispensable para el fomento del desarrollo.

La tasa nacional de desempleo, que venía presentando una tendencia a la baja, se estabilizó a partir de 2014, y a septiembre de 2017 asciende a 9,2% (DANE, 2017). De esta manera, la reducción del desempleo, impulsada por la economía, parece haberse estancado. Los datos son más alarmantes si nos referimos al empleo formal. De acuerdo con el Sistema Integral de Información de la Protección Social, y enfocándonos en la información que revela la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA), encontramos que la tasa de crecimiento del empleo formal se ha contraído desde el 2014 hasta la fecha. Así, veníamos de un incremento anual del 5,8% en todo el país y, entre los primeros trimestres de 2016 y 2017, la tasa cayó un 0,4%. La situación es más dramática en las 13 principales áreas metropolitanas. El incremento anual del 5,6% se detuvo y, para el 2016 y el 2017, se evidencia una reducción del 2,1% en la tasa de empleo formal.

Todo ello sugiere la necesidad de repensar medidas que favorezcan la productividad y la competitividad del país, de forma tal que, en últimas, se beneficien las posibilidades de empleo formal. Así las cosas, para hacerle frente a esta tendencia negativa, la legislación debe ajustarse a las modernas formas de trabajo, incentivar la formalización y adaptarse a los nuevos esquemas de negocio. En este sentido, hay que superar el discurso binario y maniqueo que opone el trabajo decente a la sostenibilidad empresarial. Ambos principios son inseparables y entre ellos se presenta un círculo virtuoso. Las organizaciones son más productivas si favorecen condiciones de trabajo decente y, al mismo tiempo, solo es posible hablar de trabajo decente en el escenario de empresas sostenibles.

En este contexto, con esta publicación hemos querido aportar elementos de reflexión que permitan asumir, de manera ponderada, los retos jurídicos y económicos derivados de la garantía de estabilidad laboral reforzada, con especial atención a las situaciones de salud que le sirven de fundamento. Ha sido un tema de preocupación recurrente por parte de los empresarios, pues, de un lado, el grado de indeterminación jurídica de esta figura ha dado lugar a abusos que, hoy por hoy, parecen incontrolables. Asimismo, los costos de las empresas se han incrementado debido a nóminas de trabajadores que permanecen ausentes por largos períodos o que no desarrollan su potencial en los cargos en donde son reubicados. Lo anterior, claro está, sin tener en cuenta los costos de oportunidad, en términos de eficiencia, productividad y competitividad para las empresas.

De igual modo, pensamos que, a nivel social, las consecuencias de la estabilidad ocupacional reforzada aún están por verse. En no pocos casos, garantías de este tipo refuerzan concepciones disfuncionales del trabajador, constituyen barreras de acceso en términos de inclusión laboral y generan dificultades en los ecosistemas organizacionales. No es fortuito, entonces, que habiendo pasado más de veinte años de haberse promulgado la Ley 361 de 1997 y habiendo transcurrido más de quince años desde la Sentencia T-1040 de 2001 de la Corte Constitucional, la inclusión laboral de las personas en situación de discapacidad sea, todavía, una tarea pendiente. Así, a pesar de las nobles intenciones de nuestra legislación, para 2015 se estimaba que tan solo un 9% de la población en situación de discapacidad se encontraba trabajando (Ministerio de Salud y Protección Social, 2016). Dejando aproximadamente un 91% de estas personas sin acceso al trabajo. Si el análisis se centra en los trabajadores en situación de discapacidad y con empleo formal representado en contratos laborales, tenemos que tan solo el 2% de esta población se encontraba vinculada con contratos a término fijo y a término indefinido.

No obstante, si hacemos énfasis en los retos es porque creemos que, a la par, un mundo de oportunidades puede ser construido. Por ello, este libro también presenta propuestas concretas que, en últimas, no solo contribuyen a dar respuesta a las inquietudes y preocupaciones de los empleadores, sino que, asimismo, sirven de base para estimular la creación y la formalización de más empleos, lo cual solo es posible si valoramos el papel de las empresas en la

edificación de un mejor país. No hay duda. La mejor y quizás la única forma de derrotar el desempleo y la informalidad es creando las condiciones para que más trabajos formales sean una realidad. Y esta realidad se encuentra estrechamente ligada con el hecho, incontrovertible por demás, de que solo empresas sostenibles pueden servir de motor al desarrollo de Colombia.

De esta manera, esperamos que el lector encuentre en este libro un ejercicio de contribución reflexiva para el mejoramiento de la competitividad laboral de nuestro país. Esta es y ha sido nuestra principal intención al apostar por la creación de un Centro de Estudios Sociales y Laborales en el interior de la ANDI.

Bruce Mac Master

Presidente

Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI)

INTRODUCCIÓN

Este estudio tiene por objeto de análisis la estabilidad en el empleo y, particularmente, las situaciones de salud que le dan origen. Queremos evaluar los retos jurídicos y económicos que esta garantía supone para la sostenibilidad de las empresas.

La estabilidad laboral reforzada comprende un conjunto de hipótesis que atienden a diferentes condiciones subjetivas o fueros: (i.) miembros de sindicatos o trabajadores en conflicto colectivo de trabajo; (ii.) mujeres embarazadas y lactantes; (iii.) mujeres y hombres cabeza de familia; (iv.) personas en situación de discapacidad, invalidez o en condición de debilidad manifiesta por razones de salud; (v.) personas próximas a pensionarse; (vi.) víctimas y testigos de acoso laboral; (vii.) víctimas de secuestro, toma de rehenes y desaparición forzada. Además de estas hipótesis, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la protección laboral de los trabajadores que son desvinculados en razón de (viii.) su religión; (ix.) su sexo o género y; (x.) su etnia. En estos tres últimos casos, aun cuando no estamos, propiamente hablando, en presencia de fueros o condiciones subjetivas, las consecuencias jurídicas son similares a las referidas en los primeros supuestos.

Todos los eventos de protección laboral reforzada se han edificado sobre la prohibición de despidos discriminatorios y alrededor del concepto de debilidad manifiesta. Así, estamos en presencia de una garantía legal y constitucional, desarrollada, principalmente, a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y que protege a trabajadores de los sectores público y privado —y en algunos casos a contratistas y a otras alternativas productivas— frente a desvinculaciones de esta naturaleza.

Ahora bien, de cara a los diversos supuestos de estabilidad reforzada, esta investigación se concentra en aquellas situaciones de salud que hacen operativa esta figura, con especial referencia a la condición de debilidad manifiesta. Para mayor exactitud, y teniendo en cuenta la reciente jurisprudencia constitucional, en estos casos será preciso hablar, mejor, de estabilidad *ocupacional* reforzada. El acento se justifica en los usos y abusos de esta institución, los cuales se

encuentran asociados a un amplio margen de indeterminación inherente a las situaciones de salud que se encuentran amparadas.

En el primer capítulo se identifican los marcos teórico y metodológico que sirven de referente a nuestro análisis. Así, se comienza por aclarar el conjunto de categorías matrices que orientan el estudio. En el contexto de una particular concepción del derecho, se evalúa cómo ha sido la recepción de esta garantía laboral en la academia nacional, señalando, especialmente, las corrientes teóricas que afinan su propuesta en los derechos humanos y en el constructivismo social. Posteriormente se esbozan los tipos de estabilidad en el empleo y se delimitan, conceptualmente, las nociones de ausentismo laboral y empresas sostenibles. Finalmente, en este primer capítulo hacemos explícitos los métodos, enfoques y técnicas de los cuales se hizo uso en la investigación.

En el segundo capítulo se examina cómo se ha construido, en términos normativos, la estabilidad laboral reforzada, a fin de identificar el origen y los desarrollos que resultan problemáticos debido a su alto grado de indeterminación. En este acápite se revisan, para cada una de las hipótesis que le dan origen, los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas que estructuran esta especial protección al trabajador, así como los universos poblacionales susceptibles de ser protegidos.

El tercer capítulo centra su atención en el denominado fuero de salud, especificando qué se entiende por discapacidad, invalidez y debilidad manifiesta, a efectos de advertir las dificultades ligadas a una interpretación amplia de estas categorías. Por este motivo, se realiza un análisis comparativo entre las sentencias del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia a propósito de las situaciones de salud cobijadas por el concepto de estabilidad ocupacional reforzada. Entre las altas cortes existe una disparidad de criterios en lo que tiene que ver con la concepción misma de las situaciones de salud que activan la protección reforzada, las relaciones laborales en que aplica, las consecuencias jurídicas de la desvinculación de un trabajador protegido por esta figura, el régimen probatorio y el tratamiento procesal de la misma. Todo ello, naturalmente, en desmedro de la certidumbre jurídica.

A partir de lo anterior, en el cuarto capítulo se evalúa el impacto económico que representa el ausentismo laboral para la estabilidad de las empresas. En esta sección se explican los aspectos operativos del sistema de seguridad social en salud para la gestión de las incapacidades temporales. Igualmente, se analizan las dinámicas de ausentismo laboral en las organizaciones vinculadas a la ANDI, con el objetivo de evidenciar los costos monetarios y no monetarios derivados de este fenómeno. Nuestra intención es problematizar los casos de abuso, en los cuales se presenta un círculo vicioso entre la situación de debilidad manifiesta por razones de salud y la estabilidad ocupacional reforzada.

Para finalizar se esbozan algunas conclusiones y recomendaciones que exploran vías alternativas encaminadas a afrontar los retos jurídicos y económicos que se suscitan con ocasión del amplio grado de indeterminación presente a raíz del denominado fuero de salud. De esta manera, la investigación cierra con una propuesta de lineamientos que, desde el rango legal, busca racionalizar y ponderar los efectos de esta protección reforzada en el marco de los principios de sostenibilidad empresarial y no regresividad laboral.

CAPÍTULO 1. MARCO TEÓRICO Y METODOLÓGICO

En esta sección, por un lado, fijaremos el andamiaje teórico que sirve de soporte a esta investigación y, por otra parte, haremos explícito el instrumental metodológico empleado en los distintos análisis. Así, haremos alusión a las nuevas tendencias teóricas del derecho y la constitucionalización laboral, los tipos de estabilidad en el empleo, el enfoque de los derechos humanos, el concepto de ausentismo laboral y la categoría de empresas sostenibles. Posteriormente, sobre la base de una perspectiva interdisciplinaria, se define el marco metodológico que circunscribe la presente investigación.

1.1. Nuevas tendencias del derecho y constitucionalización laboral

La constitucionalización del derecho laboral es un fenómeno innegable. Cada vez más el derecho constitucional permea otras parcelas jurídicas, incluyendo las normas del trabajo. Muestra de ello son los principios laborales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, los cuales han sido instrumentalizados, estratégicamente, a efectos de extender las garantías laborales en favor de los trabajadores¹.

La ampliación del derecho laboral al ámbito constitucional sugiere nuevas implicaciones en la gestión humana de las empresas. Estas orientaciones más contemporáneas han llevado a que se entienda que la relación de trabajo no consiste en un problema exclusivo entre un trabajador y un empleador. A la luz de lo anterior, el contrato laboral responde a una relación entre dos titulares de derechos humanos y fundamentales, de modo que el ejercicio legítimo de un derecho, como lo es la terminación unilateral del contrato por parte del

¹ Respecto de estos principios laborales, en la Sentencia C-330 de 2000 la Corte Constitucional dejó en claro que “Todos estos principios, si bien no han sido compilados en un estatuto laboral de la manera como lo previó el constituyente -en el artículo 53 Superior-, sí han gozado de plena protección judicial a través de la jurisdicción constitucional, pues no cabe duda de que parte de la eficacia sobre la que se apoya la vigencia del ordenamiento jurídico -expresado en la Constitución y las leyes-, depende de la protección del trabajo en general, como actividad que dignifica la existencia humana, y del trabajador en particular, como figura central del proceso de producción. Para la Corte ha sido evidente la relevancia que, a partir de la Constitución del 91, ha ganado el derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad”.

empleador, tiene limitaciones cuando se afectan los derechos fundamentales del trabajador (Hernández F. , 2002). En este orden de ideas, el final de la década del noventa fue determinante en el proceso de constitucionalización del derecho laboral, momento en el cual la Corte Constitucional abanderó, a través de su constitucionalismo social, lo que algunos califican como “resistencia a los procesos económicos globalizadores” (Dueñas, 2001)².

Para entender a cabalidad este proceso de constitucionalismo social a nivel laboral conviene analizar el contexto teórico en el que este emerge. Las nuevas tendencias del derecho plantean retos importantes de cara a la comprensión del fenómeno jurídico. Estos presupuestos teóricos son indispensables para analizar cómo se ha formado el concepto de estabilidad reforzada en el empleo. En últimas, porque el papel activo de los tribunales constitucionales a lo largo y ancho del mundo apunta hacia estos nuevos horizontes teóricos, de suerte tal que la construcción jurisprudencial del concepto de estabilidad reforzada no puede ser leída como un resultado aislado.

A un lado y poco a poco han ido quedando concepciones estáticas y formalistas del derecho. La estructura del sistema de fuentes del derecho no puede asumirse ya bajo esquemas piramidales. Hoy por hoy el derecho se asume, en todo el sentido de la palabra, como una verdadera construcción social (Berger & Luckmann, 1991). En este orden de ideas, la mayor parte de los debates jurídicos transcurren, con inusitada frecuencia, alrededor del uso de etiquetas (Becker, 1997). Así, en muchos casos, los problemas jurídicos se relacionan con discusiones hermenéuticas sobre cómo nombrar un fenómeno determinado.

Ello es así, más que nada, porque la ley ha dejado de concebirse como un faro de seguridad y claridad, toda vez que a ella le es connatural un grado de indeterminación. De este modo, el texto legal constituye un verdadero campo de debate entre actores que se disputan el poder nominativo del derecho

² El derecho laboral no ha sido la única parcela del derecho en que se evidencian los influjos del constitucionalismo social. En general, este ha permeado todas las facetas de exigibilidad de los derechos sociales, económicos y culturales. Al respecto puede verse el libro editado por Courtis y Ávila (2009).

(Bourdieu, 1986)³. En este sentido, en el campo de discusión acerca de la construcción jurisprudencial del concepto de estabilidad laboral reforzada vale la pena considerar, al menos, dos intereses en juego. Por un lado, el interés de los trabajadores, como agentes sociales, el cual se encuentra referido a la expectativa de permanecer vinculados a una alternativa productiva y; por otra parte, el interés de los empleadores en adaptar el volumen de trabajo de acuerdo con las dinámicas productivas y organizativas de su empresa. El quid del asunto, como sucede en todas las parcelas del derecho, es encontrar un justo medio o, si se quiere, una transacción adecuada que satisfaga los intereses que, a primera vista, se presentan como contrapuestos (Montoya, 1999). En este sentido, la ponderación de intereses a través del principio de proporcionalidad podría ser una herramienta útil para resolver la pugnacidad propia de las relaciones laborales (Charria, 2013).

En este orden de ideas, la textura dúctil de las normas constitucionales propicia el entendimiento del derecho como un campo de discusión permanente (Zagrebelsky, 2003). La principalística y la argumentación jurídica (Alexy, 1993; 2007), que actualmente constituyen los principales nortes teóricos del derecho, han jugado un papel determinante en el activismo judicial. Así, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido un terreno fecundo en el desarrollo de estas concepciones contemporáneas del derecho (López, 2006; 2016).

Una muestra fehaciente de todo lo que viene de decirse es la construcción jurisprudencial del concepto de estabilidad laboral reforzada. Salvo en algunos pocos casos que no han llegado a conocimiento del Tribunal Constitucional, en todos los demás eventos, como veremos, la Corte Constitucional ha dado un uso maleable a las normas jurídicas, para así extender el amparo constitucional a supuestos de hecho que carecen de un sustento legal explícito. Es el caso, por ejemplo, de la protección que se tributa a personas próximas a pensionarse o a las mujeres y hombres cabeza de familia. Otra ilustración palpable es la ampliación que la Corte Constitucional ha hecho del alcance del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el cual, a juicio del Tribunal Constitucional, protege no

³ Un análisis a la luz del pensamiento de Bourdieu, referido a la estabilidad laboral reforzada en el fuero de maternidad, puede verse en el texto de Aguirre y Pabón (2007).

solo a las personas discapacitadas, sino, también, a personas en condición de debilidad manifiesta por razones de salud.

En general, en los círculos académicos el activismo judicial de la Corte Constitucional en materia laboral ha sido recibido como una forma de *realización* de los derechos de los trabajadores (Arango, 2016). La literatura especializada, en su mayoría, celebra, bajo el denominado progresismo constitucional, los desarrollos jurisprudenciales que se han dado a propósito de la estabilidad reforzada (Naranjo 2006; Rodríguez y Rico, 2009; Toro, 2016). Por el contrario, las críticas al activismo judicial de la Corte Constitucional, en este punto, se encuentran, en gran medida, en el nivel técnico de los abogados litigantes (Quintero & Sandoval, 2012; Sánchez J., s.f.) y en tesis de pregrado y posgrado de derecho (D. Giraldo 2006; Fernández y Quijano 2012; Riascos, 2012; Cogollo 2013; L. Martínez 2014; Garzón 2015; Gómez 2015; Sánchez 2015; Boada 2015; Rico, 2015; Rueda, Londoño, Arias, & Cardona, 2015; Wolff, 2015), las cuales, aunque valiosas para el análisis aquí pretendido, difícilmente tienen la posibilidad de incidir en la jurisprudencia constitucional.

De lo dicho hasta ahora se desprenden algunas intuiciones.

En primer lugar, para ningún tipo de agente social resulta estratégico cuestionar las nuevas tendencias teóricas del derecho. La defensa de una concepción estática y formalista del derecho parece estar en desuso, lo cual no puede entenderse en desmedro de la seguridad jurídica. Es en el terreno de la construcción social del derecho en donde deben ventilarse las disputas de intereses. Para ello se precisa de un ejercicio de traducción entre el derecho y la economía, de modo tal que los intereses económicos de los actores sociales puedan expresarse en clave de argumentos jurídicos. Se insiste, todo ello sin necesidad de descalificar, de entrada, el campo en el que se suscita el debate.

En segundo lugar, es conveniente que los sectores económicos posiblemente afectados por la continua ampliación jurisprudencial del concepto de estabilidad laboral reforzada apoyen la realización de estudios sociojurídicos tendientes a evidenciar el impacto que esta institución ha tenido en la sostenibilidad de las empresas. La literatura especializada, en este aspecto, es

prácticamente inexistente. Por ello mismo, investigaciones como la aquí consignada pretenden poner de relieve:

- a) La afectación de la competitividad empresarial como consecuencia de las rigideces laborales⁴. Como veremos, el problema del ausentismo laboral, la duración indefinida de las incapacidades médicas y las condiciones generales de inflexibilidad laboral resultan altamente preocupantes (ANDI, 2015). Todo ello cobra especial relevancia de cara a las políticas de competitividad inclusiva promovidas por la entidad gremial (ANDI, 2016), las cuales requieren de condiciones propicias para su adopción, so pena de que, por ello mismo, sean poco acogidas. Máxime si se tiene en cuenta que las inflexibilidades de este orden constituyen rigideces ajenas a los modelos adoptados por los países de la OCDE (Nickell, 1997). En el renglón latinoamericano, podría comenzarse por advertir que en México, Chile y Brasil no existe una estructura tan rígida, como lo es la de la estabilidad laboral reforzada, en clave de la afectación de la competitividad laboral⁵.
- b) Los efectos negativos de la estabilidad reforzada en las poblaciones protegidas (Buitrago, Giraldo, & Silva, 2015, pág. 155). En particular, sería necesario revisar, en qué medida, rigideces de esta naturaleza constituyen invitaciones subrepticias a que los empleadores se abstengan de vincular formalmente, por ejemplo, a discapacitados, mujeres, personas de avanzada edad, entre otras personas. De allí que un terreno fértil de investigación estaría encaminado a demostrar cómo la estabilidad laboral reforzada se traduce, en no pocas ocasiones, en la más reforzada inestabilidad: el desempleo (Carrillo, 2001, pág. 15; Nogueira, 2014). Dicho de otro modo, con ayuda del análisis económico del derecho sería pertinente investigar cómo los excesos de estabilidad en el empleo redundan en defectos de accesibilidad laboral

⁴ En Colombia existen pocos estudios jurídicos de esta naturaleza. Una investigación ejemplar fue la realizada por los profesores Luis Eduardo Fajardo y Juan Carlos Guataquí de la Universidad del Rosario a comienzos del milenio (2000).

⁵ Vale la pena anotar que estos desarrollos jurisprudenciales en Colombia se han extendido a otros países de América Latina, como es el caso de Perú (Franco 2013).

(barreras de acceso)⁶. No en vano, estudios de percepción revelan que las empresas, en un 55%, no están dispuestas a contratar a personas en situación de discapacidad (Revista Dinero, 2015), básicamente, por cuanto existe el imaginario de que los trabajadores pertenecientes a esta población no pueden ser desvinculados bajo ninguna circunstancia (Rojas, 2009). Por ello mismo, mientras las rigideces laborales persistan, el 78% de los empresarios se muestra renuente a vincular laboralmente a trabajadores en esta condición (Pacto de Productividad, 2013, pág. 30).

- c) La modesta eficacia de las leyes y las sentencias que sustentan el marco jurídico de la estabilidad ocupacional reforzada. Por ejemplo, transcurridos quince años desde la Sentencia T-1040 de 2001, sería conveniente evaluar su eficacia, para determinar si ella ha significado, realmente, una mayor protección de los grupos poblacionales destinatarios de la misma. Como veremos, el resultado de los procesos de inclusión laboral de la población discapacitada es bastante modesto. En este sentido, análisis de este tipo revelarían la necesidad de implementar programas integrales orientados a posibilitar la inclusión de estas poblaciones, no solo en el trabajo, sino, a nivel macro, en el colectivo social. Asimismo, estudios de esta índole sugerirían la importancia de adoptar modelos no sancionatorios, sino, más bien, programas integrales que estimulen la vinculación laboral de estas personas a través de beneficios tributarios, incentivos comerciales y

⁶ Las barreras de acceso al empleo de la población discapacitada se encuentran ampliamente diagnosticadas (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2013). Una advertencia es necesaria. La Corte Constitucional ha rechazado conclusiones de este tipo, pues, a juicio del Tribunal Constitucional, aun si ello fuese cierto: “no resultan admisibles, los argumentos que concluyen que las medidas de protección reforzada de ciertos grupos, así como las acciones afirmativas en su favor, sugieren efectos perversos sobre los miembros del grupo en cuestión (...) Reconocer lo anterior, implicaría aceptar que los derechos y su protección, logrados a lo largo de la historia, admiten retrocesos según las circunstancias” (SU-070 de 2013). Así, por el contrario, para el Tribunal Constitucional: “La protección constitucional excepcional de los empleados/contratistas debe ser entendida como una acción positiva en favor de quienes, por razones particulares, se encuentran en una situación de debilidad manifiesta en razón de su estado de salud o por su condición de discapacidad. Es decir, que se requiere de una intervención activa por parte del Estado para que estas personas puedan superar esa posición de debilidad y disfrutar de sus derechos de la misma manera en que lo hacen otros ciudadanos” (T-188 de 2017).

otros mecanismos efectivos que beneficien a los empleadores que cuentan dentro de su planta de personal con trabajadores de estas características.

Aproximarnos a una respuesta a algunos de estos problemas es, propiamente, lo que hemos pretendido esbozar con la presente investigación. Sin embargo, antes de ello conviene seguir precisando nuestro marco teórico.

1.2. Tipos de estabilidad en el empleo

En una síntesis muy apretada, podría decirse que la estabilidad laboral es la antípoda de la flexibilidad laboral⁷. Ninguno de estos principios es absoluto y, por el contrario, deben desarrollarse en condiciones razonables a fin de evitar los abusos⁸. Ni una flexibilidad laboral que desconozca el trabajo decente, ni una estabilidad laboral que soslaye la sostenibilidad empresarial, son, pues, escenarios propicios para el diálogo social.

En cuanto a la estabilidad en el empleo, hay que reconocer que esta ha evolucionado a lo largo del constitucionalismo social colombiano⁹. Los primeros acercamientos teóricos consideraban que la estabilidad laboral no era, en sí mismo, un derecho, sino un principio generador de derechos. Por ello se asociaba, más bien, a las expectativas laborales que desarrollaban el principio fundamental mínimo consignado en el artículo 53 de la Constitución Política. En este orden de ideas, se asumía que la estabilidad en el empleo:

(...) no se refiere a la duración infinita del contrato de trabajo, sino que lo relevante es la expectativa cierta y fundada del trabajador de conservar el empleo en cuanto cumpla con sus obligaciones laborales y el interés del empleador motivado en las necesidades de la empresa, de prolongar o mantener el contrato (C-588 de 1995,

⁷ La flexibilidad laboral alude a la facilidad que necesita el empleador, por razones productivas, para realizar cambios en su planta de personal (Guatequí & Fajardo, 2001).

⁸ Así, “El abuso de algunos trabajadores y algunas sentencias proferidas por la Corte Constitucional han desnaturalizado el derecho a la estabilidad laboral reforzada, afectando la productividad y la competitividad del país” (Araujo 2015). Véase, también, el texto de Sanabria (2014).

⁹ Para el caso referido al fuero de salud puede verse una descripción detallada de esta evolución en el artículo de Martínez y Ávila (2015).

reiterada, entre otras, por las sentencias C-016 de 1998, T-426 de 1998, SU-879 de 2000 y C-1507 de 2000).

Sin embargo, en la medida en que el constitucionalismo social comenzó a involucrarse con mayor fuerza en el derecho del trabajo, el concepto de estabilidad laboral varió en esta misma dirección. Así, a partir de las sentencias C-470 de 1997 y T-426 de 1998, la estabilidad en el empleo empezó a concebirse, ya no como una simple expectativa, sino, por el contrario, como una “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”, por cuanto el contrato de trabajo “no se rige exclusivamente por el principio de autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales”. Así lo ha expresado la Corte Constitucional:

En efecto, en 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. La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado. Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo (CP arts 25 y 53), no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo, sino que es necesario que se configure una justa causa, en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales (C-470 de 1997).

De este modo, dependiendo del tipo de relación contractual y de ciertas condiciones subjetivas del trabajador, a nivel doctrinal¹⁰ y jurisprudencial suelen distinguirse tres tipos de estabilidad en el empleo, las cuales difieren, fundamentalmente, según el grado de protección del trabajador, contratista o servidor público frente al *ius variandi* del “empleador” y la facultad que este tiene de dar por terminado unilateralmente el vínculo contractual (T-576 de 1998, T-445 de 2014).

¹⁰ Un resumen de las posiciones doctrinales puede consultarse en el texto de Aristizábal (2011).

En este orden de ideas, es preciso aclarar que el ordenamiento jurídico colombiano adoptó un modelo general de estabilidad laboral *impropia o relativa*. El artículo 53 de la Constitución Política consagra este principio, de suerte tal que, por regla general, en nuestro país el trabajador se encuentra protegido frente a despidos injustos, toda vez que, so pena de cancelar una indemnización, el empleador solo está habilitado a dar por terminada la relación laboral alegando una justa causa. Esta estabilidad impropia implica, pues, que aun en el evento en que el despido no se fundamente en una justa causa, el ordenamiento laboral lo permite, previendo a favor del trabajador una indemnización.

En un menor grado de protección se encuentran los trabajadores del sector público que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción. En estos casos es preciso hablar de estabilidad laboral *precaria*, como quiera que el empleador, dotado de amplia discrecionalidad, puede dar por terminada la relación laboral sin argüir una justa causa y sin que por ello haya lugar a indemnización alguna.

En el máximo nivel de protección se encuentran aquellos trabajadores que gozan de una estabilidad laboral *reforzada* (Plá Rodríguez, 1987; Ermida, 1983)¹¹, la cual, en el caso de las situaciones de salud, advertíamos, debe entenderse, propiamente, como una “estabilidad ocupacional reforzada” (Sentencia SU-049 de 2017), en tanto que esta se activa en cualquier tipo de alternativa productiva, revista o no la forma de un contrato de trabajo. En este último punto también ha coincidido el Ministerio del Trabajo, quien en Concepto 106368 de 2017 reitera que la protección reforzada por situaciones de salud no solo opera respecto de vínculos laborales, sino, también, en presencia de cualquier tipo de alternativa productiva.

¹¹ En estricto sentido, en Colombia no sería preciso hablar de “estabilidad laboral absoluta”, pues los casos tratados como estabilidad laboral reforzada no prohíben tajantemente el despido del trabajador, sino que exigen, para proceder de esta manera, “el más alto grado de razonabilidad para que en la terminación del contrato se cumplan los procedimientos establecidos y se eviten contadas de presión avasallantes, arbitrarias o vulneratorias de la dignidad, por la flagrante violación o amenaza de la razón pública que motiva dicha garantía reforzada (Carrillo, 2001).

Nuestra hipótesis de investigación sugiere que, en Colombia, el concepto de estabilidad laboral reforzada ha sido utilizado por la jurisprudencia constitucional para “suplir” los “vacíos” legislativos y la ausencia de ratificación de algunos instrumentos internacionales¹². En verdad, a través de esta figura se ha creado, en líneas generales, todo un fuero laboral constitucional (Giraldo J. , 2002; Arévalo, Barbosa, Bermúdez, & Varón, 2016). En estos casos, y hay que aclararlo desde ya, el ordenamiento jurídico no prohíbe las terminaciones unilaterales del contrato por parte del empleador. Lo que hace el fuero laboral constitucional, en sus diferentes variantes, es restringir el *ius variandi* del empleador y la facultad que este tiene de dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, de modo tal que, para ello, se requiere del cumplimiento de algunos requisitos que, en la mayoría de los casos, son concurrentes. Los elementos esenciales son comunes a todas las hipótesis de estabilidad laboral reforzada, mientras que los accidentales varían según el caso:

Cuadro 1. Elementos de la estabilidad ocupacional reforzada

Esenciales	Accidentales
La existencia de un vínculo laboral, contractual o reglamentario de carácter previo.	Autorización o calificación previa de autoridad judicial o administrativa.
La condición subjetiva de debilidad manifiesta en que se encuentra un trabajador, contratista o funcionario respecto de los demás.	Indemnización a cargo del empleador.
La desvinculación del trabajador, contratista o funcionario, por parte del empleador, calificable como	Reintegro sin “solución de continuidad”.

¹² En esta materia resulta especialmente importante el Convenio 122 de 1964 de la OIT sobre la política del empleo y el Convenio 158 de 1982 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, los cuales no han sido ratificados por Colombia. Al respecto pueden verse, asimismo, las recomendaciones 119 de 1963 de la OIT y 166 de 1982 de la OIT, ambas referidas a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. El Convenio 158 de la OIT ha sido ratificado por países que, en su mayoría, carecen de un contexto macroeconómico ejemplar (Organización Internacional del Trabajo, 1985) Si estas restricciones cumplieran su función de proteger a los trabajadores, se vería una mejora en el mercado laboral y, por ende, en la eficiencia del tejido empresarial y en la economía en general.

discriminatoria en el sentido de que esta se produjo, única y exclusivamente, en razón o a pesar de la señalada condición de debilidad manifiesta. Este nexo de causalidad se presume ¹³ .	
Ineficacia de la desvinculación.	

Así, por regla general, la estabilidad laboral reforzada se estructura de la siguiente manera: (i.) una condición de debilidad manifiesta que, de ser conocida por el empleador, se presume, por tanto, que la desvinculación es discriminatoria; (ii.) una prohibición absoluta de despidos sin justa causa y; (iii.) una exigencia orientada a que, existiendo justificación o una causal objetiva, la desvinculación sea autorizada por una autoridad administrativa o judicial, según el caso. De esta suerte, salvo en algunos eventos específicos que posteriormente serán detallados, estas tres condiciones concurren en los diferentes supuestos de estabilidad laboral reforzada.

De otro lado, en líneas generales, la jurisprudencia constitucional ha dejado en claro que la estabilidad laboral reforzada es, en sentido objetivo, un principio laboral y, en sentido subjetivo, un derecho fundamental de aquellos trabajadores —no una mera expectativa— que se encuentran en “situación de vulnerabilidad” (T-445 de 2014). La Corte Constitucional ha señalado que, en el marco de las relaciones laborales, el ordenamiento jurídico tributa una especial protección constitucional a aquellos sujetos que por su condición económica o de salud se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta o indefensión (T-663 de 2011). En estos casos, las personas son titulares del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, el cual comprende, por un lado, la garantía a permanecer en el empleo hasta que se configure una

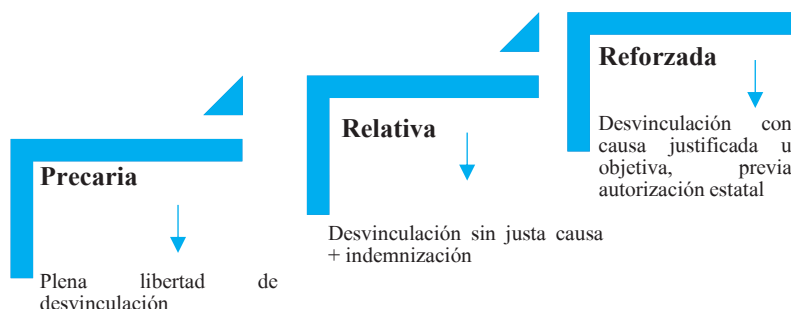
¹³ En síntesis, este es el elemento más problemático de todos, puesto que la jurisprudencia constitucional ha divagado al respecto. En algunas decisiones se ha establecido que “la simple desvinculación unilateral de una persona que presenta una enfermedad o una discapacidad, por parte del empleador, no es suficiente para que prospere la protección vía tutela, pues para ello es necesario además que esté demostrado el nexo de causalidad entre la condición de debilidad manifiesta por el estado de salud y la desvinculación laboral, de forma tal que pueda extraerse la existencia de un trato discriminatorio, violatorio, entonces, del ordenamiento constitucional” (T-866 de 2009). Sin embargo, en algunos casos excepcionales se activa la estabilidad laboral reforzada aun si el despido no puede considerarse como discriminatorio.

causal objetiva o justificada que amerite la desvinculación y, por otra parte, la posibilidad de exigir, por vía de una acción de tutela, que se declare la ineficacia de la terminación unilateral, que se ordene el reintegro y, según el caso, que se le cancelen las sumas indemnizatorias y los demás emolumentos laborales (T-263 de 2009).

Vemos, por lo pronto, que esta categoría protege, ambiguamente, la “situación de vulnerabilidad”, “debilidad manifiesta” e “indefensión” por diversas razones, por ejemplo, de índole económica o de salud. El grado de indeterminación inherente a estas categorías resulta bastante problemático, en tanto que, en últimas, deja al arbitrio del operador jurídico la definición de las circunstancias fácticas que hacen operativa la protección constitucional. El problema, *per se*, no es la discrecionalidad del operador jurídico, pues ella es inherente a cualquier labor de adjudicación del derecho. El problema surge y se torna dramático en tanto que esta discrecionalidad deriva, en no pocos casos, en arbitrariedad, puesto que los operadores del derecho se encuentran facultados, no solo para calificar los hechos a la luz de un supuesto de hecho asociado a una consecuencia jurídica (discrecionalidad), sino, también, para definir, en sí, los supuestos de hecho que activan la protección constitucional y las consecuencias jurídicas que se siguen de la misma (arbitrariedad). En realidad, la discrecionalidad de los operadores jurídicos debería versar respecto de la adecuación o calificación jurídica de las circunstancias fácticas conforme a una norma jurídica, la cual, por definición, debería ser del resorte exclusivo del legislador.

Para cerrar este acápite, en la siguiente gráfica intentamos resumir las tipologías de estabilidad en el empleo:

Gráfico 1. Tipos de estabilidad en el empleo



En el caso puntual de la estabilidad laboral reforzada, veremos que, en conjunto, si tenemos en cuenta los distintos fueros y las prohibiciones de despidos discriminatorios decantados a nivel jurisprudencial, diez hipótesis, hoy por hoy, se encuentran vigentes y son discernibles¹⁴:

Gráfico 2. Tipos de estabilidad reforzada en el empleo



¹⁴ El Decreto 2351 de 1965 consagraba, en el numeral 5 del artículo 8, un tipo de estabilidad laboral reforzada que, hoy por hoy, ha perdido vigencia: “(...) cuando el trabajador hubiere cumplido diez (10) años continuos de servicios y fuere despedido sin justa causa, el Juez del Trabajo podrá, mediante demanda del trabajador, ordenar el reintegro de éste en las mismas condiciones de empleo de que antes gozaba y el pago de los salarios dejados de percibir, o la indemnización en dinero prevista en el numeral 4, literal d) de este artículo”. Esta disposición fue derogada, respetando los derechos adquiridos, por la Ley 50 de 1990.

Entender adecuadamente el principio de estabilidad en el empleo resulta fundamental si realmente queremos sopesar el impacto que este tiene en otro principio de suma importancia: la sostenibilidad empresarial.

1.3. El enfoque de los derechos humanos

En términos globales, las diferentes hipótesis de estabilidad laboral reforzada descansan en un marco normativo común: los derechos humanos. Si bien en algunos casos los derechos humanos han sido utilizados como una especie de categoría “comodín”, en el análisis de la estabilidad laboral reforzada no hay duda de su relevancia. Así lo ha hecho notar la jurisprudencia constitucional, básicamente, porque, en el fondo, la estabilidad laboral reforzada opera como una herramienta de estabilización contrafáctica que busca materializar el derecho a la igualdad en las relaciones laborales, sancionando, en este sentido, las desvinculaciones discriminatorias¹⁵. Así, por ejemplo, en el Informe Mundial sobre la Discapacidad (2011, pág. 11), la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha referido la necesidad de entender la discapacidad a la luz de los derechos humanos¹⁶.

La Organización de Naciones Unidas ha insistido, recientemente, en la importancia de que las empresas se apropien del discurso de los derechos humanos. Sin desconocer el carácter obligatorio de estos derechos, se ha hecho énfasis, sobre todo, en la responsabilidad social empresarial respecto de las obligaciones de protección, respeto y remedio de las violaciones a los derechos humanos¹⁷. Diferentes guías e instructivos se han elaborado con esta finalidad (Castan Centre for Human Rights Law, International Business Leaders Forum & Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2008;

¹⁵ La protección del derecho a la igualdad material a nivel laboral en la jurisprudencia constitucional colombiana se ha nutrido, fuertemente, de la jurisprudencia norteamericana (Agudelo 2012). Al respecto, también, puede verse el artículo de Fernández (2013).

¹⁶ En ello también ha insistido buena parte de la academia (Correa 2009; Ospina, 2010). Un estudio pormenorizado de los derechos humanos de la población discapacitada puede consultarse en el libro editado por Eroles y Fiamberti (2008).

¹⁷ Técnicamente, la responsabilidad de las empresas se traduce en un deber de respetar los derechos humanos (Ibáñez & Ordóñez, 2014).

ACNUDH, 2012)¹⁸, pero, fundamentalmente, el principal paradigma normativo, aunque constituye una disposición de *Soft Law*, lo constituyen los *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos*, aprobados en 2011 por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU. El Grupo de trabajo de la ONU sobre empresas y derechos humanos, al igual que el Relator especial de la ONU sobre esta materia, promueven la observancia de estos principios.

No es un asunto menor, pues, como veremos, hoy por hoy las circunstancias fácticas que activan la protección reforzada no se entienden tanto, por ejemplo, como patologías o estados de salud, sino, más bien, a partir del enfoque de derechos (Hernández M. , El Concepto de Discapacidad: De la Enfermedad al Enfoque de Derechos, 2015). Este es un punto neurálgico y a la vez un factor determinante para entender la disparidad de criterios existentes entre la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que, frente a las situaciones de salud que hacen operativa la estabilidad ocupacional reforzada, el Tribunal Constitucional ha adoptado un enfoque de derechos, mientras que el Tribunal Laboral ha asumido un enfoque patológico que depende de la calificación del grado porcentual de discapacidad del trabajador.

En este contexto, veamos los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que resultan comunes a las situaciones fácticas que, en el ordenamiento jurídico colombiano, gozan de especial protección constitucional a nivel laboral.

En el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos (ONU) el derecho a la igualdad y la correlativa prohibición de discriminación están previstos en los siguientes instrumentos de *Hard Law*:

- Artículos 7 y 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

¹⁸ Así, también, puede verse la quinta recomendación de las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para Empresas Multinacionales (2013).

- Artículos 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).
- Artículos 2, 3, 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

A su turno, en el ámbito del derecho internacional del trabajo, además de la Declaración de Filadelfia de 1944, es importante el Convenio 111 de 1958 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. En su artículo 1, el Convenio define la discriminación como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. En este Convenio se aclara que las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación¹⁹. Ello es apenas natural por cuanto, por ejemplo, en algunos casos, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia, la patología que afecta a un trabajador puede resultar incompatible con el desempeño de una determinada labor (Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL11643 de 2016).

Asimismo, en el Convenio se legitiman las acciones afirmativas que comprenden medidas de promoción o facilitación y de discriminación positiva que, en general, establecen un tratamiento ventajoso a favor de determinadas personas o grupos poblaciones históricamente marginados o discriminados, con el fin de hacer efectiva la igualdad material o sustancial (C-293 de 2010). Así, en dicho Convenio se prevé la posibilidad de que los Estados establezcan medidas especiales de protección o asistencia a favor de personas o grupos poblaciones por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural²⁰. Así, en general, el derecho a no ser

¹⁹ Esta definición es interesante puesto que permite construir estrategias de defensa dirigidas a demostrar que el perfil del trabajador desvinculado no se ajusta a las necesidades del cargo.

²⁰ Más recientemente puede consultarse la Recomendación 202 de 2012 de la OIT sobre los pisos de protección social.

discriminado laboralmente ha hecho carrera en el marco de las políticas lideradas por la OIT sobre el trabajo decente²¹.

Por su parte, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos la prohibición de discriminación está contenida en las siguientes disposiciones:

- Artículos 2 y 37 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).
- Artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).
- Artículos 3 y 5 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988).

Es importante mencionar que, por mandato del artículo 93 de la Constitución Política, estos instrumentos internacionales de *Hard Law* hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, de suerte tal que, por su fuerza vinculante, pueden ser directamente aplicados en la solución de casos concretos. Hay que decir, asimismo, que las normas de *Soft Law*, como lo son, por ejemplo, los *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos* (2011), si bien carecen de fuerza vinculante y constituyen simples parámetros hermenéuticos, en algunas ocasiones la Corte Constitucional las ha incorporado al bloque de constitucionalidad en sentido amplio²².

A nivel constitucional, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, consagratorio del derecho a la igualdad, es determinante para la comprensión de la estabilidad laboral reforzada. La igualdad prevista en esta disposición normativa se entiende, al menos, en una doble connotación (Bernal, 2005). Por un lado, la norma ordena que se le dé un trato paritario a las situaciones esencialmente similares, el cual se traduce en la prohibición de cualquier tipo

²¹ Sobre el desarrollo y el estado del trabajo digno y decente en Colombia puede verse el juicioso estudio elaborado por la Procuraduría General de la Nación (2011).

²² Así ha sucedido, por ejemplo, frente algunos principios en materia de desplazamiento forzado, refugiados, restitución de tierras y reparación de víctimas. En el ámbito laboral la Corte Constitucional ha señalado que las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT integran el bloque de constitucionalidad y poseen fuerza vinculante (T-568 de 1999).

de discriminación por razones de sexo, etnia, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o ideológica, entre otros criterios sospechosos. Por otra parte, la norma establece un mandato de trato diferenciado a favor de grupos históricamente marginados o discriminados, al tiempo que asegura una especial protección a favor de las personas “que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”.

En este orden de ideas, en la Sentencia T-462 de 2015 la Corte Constitucional dejó por sentada la prohibición absoluta de cualquier tipo de despido con ribetes discriminatorios. A juicio del Tribunal Constitucional, despidos de esta naturaleza desconocen los derechos fundamentales de los trabajadores, con lo cual la actuación del juez de tutela se hace indispensable. Así, en adición al despido con justa causa y al despido sin justa causa, la Corte Constitucional ha creado toda una nueva categoría de despido laboral, esto es, aquellos despidos sin justa causa y con carácter discriminatorio, los cuales, al sentir de este Tribunal, resultan constitucionalmente inaceptables:

Este es el caso de los despidos que se realizan con ocasión de actos de discriminación por razón de criterios sospechosos, tales como la raza, filiación política, religión, género, maternidad, ejercicio del derecho a la libre asociación, etc. En este caso, el juez constitucional está facultado para remediar el acto discriminatorio, aun cuando se haya pagado una indemnización, toda vez que la finalidad de la tutela es dar protección a los derechos fundamentales del trabajador, y no a los derechos económicos derivados del acto de despido. La Corte ha establecido que la facultad de despedir injustificadamente por parte del empleador, aun pagando la indemnización, se encuentra limitada, toda vez que en dicho trámite el empleador no puede desconocer derechos fundamentales, como es el caso de la garantía constitucional a no ser discriminado, la libertad de opinión, conciencia y cultos, la libre asociación sindical, y la estabilidad laboral reforzada. De esta manera, si bien el empleador tiene la potestad de dar por terminado un contrato de trabajo en virtud del principio de autonomía de la voluntad privada, ésta encuentra límites claros en los derechos fundamentales del trabajador (T-462 de 2015).

Así las cosas, todo despido que suponga un tratamiento discriminatorio debe ser considerado como un abuso del derecho contenido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. Ahora bien, conviene aclarar que no todo trato diferenciado constituye una discriminación. Por virtud del principio de

igualdad, solo los tratamientos diferenciados que puedan clasificarse como irrazonables o desproporcionados merecen ser calificados como discriminatorios (T-691 de 2012). De este modo, es preciso decir que la “Constitución no prohíbe el trato desigual sino el trato discriminatorio” (C-862 de 2008). En este punto se sancionan las “desvinculaciones abusivas” que se producen en razón de la condición subjetiva del trabajador, por considerarse que ellas constituyen un tipo de discriminación (T-057 de 2016). De esta suerte, para que la terminación del contrato laboral no sea discriminatoria se requiere de una justificación válida a nivel constitucional (C-104 de 2016).

La importancia de todo esto radica en el hecho de que, a la larga, la estabilidad laboral reforzada solo sanciona las terminaciones contractuales que puedan calificarse como discriminatorias. A juicio de la Corte Constitucional, esta protección especial se justifica “cuando se trata de sujetos cuyas características personales hacen suponer que pueden ser susceptibles de discriminación laboral” (T-002 de 2011). Por esta razón, la decisión del empleador de dar por finalizado el contrato de trabajo no puede basarse en criterios sospechosos²³, tales como las opiniones políticas o ideológicas del trabajador, su sexo, género, religión, etnia o estado de salud, so pena de las consecuencias jurídicas señaladas para cada uno de los casos de estabilidad laboral reforzada. Como veremos, en este punto se juega la discusión que posteriormente estudiaremos acerca del nexo de causalidad de la desvinculación y la necesidad o no de su prueba.

1.4. Ausentismo laboral

El ausentismo es un fenómeno recurrente e inevitable en el mundo del trabajo. Aunque suele asociarse a problemas de salud medibles por las incapacidades médicas, esta no es la única causa en que opera este fenómeno. En general, dentro del ausentismo laboral caben todas aquellas conductas o motivos que

²³ En general, y es importante recordarlo para efectos de la estabilidad laboral reforzada, “se consideran como ‘criterios sospechosos’ de clasificación, aquellas categorías que (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) esas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales” (C-481 de 1998).

impiden que un trabajador asista a cumplir con sus labores. Es por esto que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) define al ausentismo laboral como la no asistencia al trabajo por parte de un empleado que se pensaba que iba a asistir, quedando excluidos, por tanto, los períodos de vacaciones y las huelgas, entre otros factores (Oficina Internacional del Trabajo, 1989, pág. 8).

Esta definición, no obstante, puede resultar insuficiente a la luz de las nuevas realidades del mundo del trabajo. El ausentismo, visto únicamente como la falta de asistencia al lugar de trabajo, no aborda la complejidad del problema. En algunos casos, aun estando presente el trabajador en su puesto de trabajo, se verifica una fuerte disminución en su rendimiento, lo cual, en últimas, representa un aumento de costos y pérdida de competitividad para la empresa. Lo anterior es conocido con el nombre de ausentismo presencial o presentismo laboral (Martínez & Jané, 2014). Aunque es difícil de medir, las empresas deben tomar conciencia del mismo, pues bien puede terminar expresándose en una ausencia efectiva del trabajador con relación a su puesto de trabajo²⁴.

Ahora bien, si retomamos la definición propuesta por la OIT, observamos que en ella se diferencian dos tipos de ausentismo laboral: el ausentismo involuntario (por causas médicas) y el voluntario. Ello pone de presente la importancia de que, a la hora de analizar el concepto de ausentismo laboral, no podemos centrarnos, únicamente, en las variables individuales, sino que es necesario contemplar un contexto más generalizado, que articule diversos factores externos, como podrían ser los socioculturales. Ello es así en la medida en que las causas del ausentismo, por lo general, responden a factores interrelacionados, como lo pueden ser la familia, la religión, la comunidad a la que pertenece el trabajador, su nivel educativo, sus actividades deportivas y de esparcimiento. Asimismo, el factor salud, con independencia del origen de la patología, juega un rol determinante en el ausentismo involuntario. De allí la

²⁴ Las principales causas del ausentismo presencial son: la monotonía y rutina de una labor; un ambiente laboral hostil o poco propicio para las actividades productivas; falta de motivación y pérdida de interés por parte del empleado, entre otras. Todo ello termina afectando el comportamiento organizacional, lo que se traduce, a su vez, en consecuencias negativas para la sostenibilidad empresarial.

necesidad de asumir un verdadero enfoque preventivo en materia de seguridad y salud en el trabajo²⁵.

Ahora bien, cuando el ausentismo supera ciertos límites contemplados dentro de lo “normal”, no cabe duda de que este representa un problema para la organización, puesto que se ve afectada la productividad de la empresa al interrumpirse el ciclo cotidiano de las labores propias de la compañía. Más aún, el ausentismo se puede ver prolongado por actitudes negativas por parte del trabajador. En los casos de abuso, de forma voluntaria, el trabajador aprovecha una determinada condición de salud con el objetivo de prolongar su ausencia en la empresa. Bajo esta lógica, el riesgo moral se hace evidente, dado que el empleado, al contar con una protección laboral reforzada, no ve materializado ningún riesgo de perder su trabajo y puede, en algunos casos, abusar de su situación de salud para prolongar su ausencia.

El impacto del ausentismo laboral en las empresas puede llegar a ser considerable, por lo que debe estudiarse detenidamente. Ello presupone un conjunto de herramientas efectivas para su gestión. De hecho, la ANDI cuenta con investigaciones que, desde 2013, dan cuenta de la magnitud del fenómeno. Asimismo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha destacado la importancia de analizar las implicaciones del ausentismo laboral en la salud y la satisfacción de los trabajadores, así como en la productividad de las empresas.

En el caso de Colombia, de acuerdo con las cifras oficiales de la II Encuesta Nacional de Condiciones de Seguridad y Salud en el Trabajo realizada en el 2013 por el Ministerio del Trabajo, el 84,9% de las causas de incapacidad en el trabajo correspondían a enfermedades o accidentes de origen común, mientras que el 1,4% correspondían a enfermedades o accidentes laborales (Ministerio del Trabajo, 2013a). Asimismo, la ANDI encontró que, para el año 2015, el 59,9% de los casos de ausentismo laboral en sus empresas agremiadas se debían a enfermedades de origen común, en tanto que el 10,4% de los casos

²⁵ No es una preocupación menor. Organización Internacional del Trabajo (OIT), por su parte, estima que el 4% del PIB global se destina a cubrir accidentes y enfermedades ocupacionales, por costos directos e indirectos tales como las indemnizaciones, los gastos médicos, daño a propiedad, pérdida de ingresos y entrenamiento de reemplazos (OIT, 2012).

correspondían a enfermedades y accidentes laborales, mientras que el restante 29,5% se distribuía en otros permisos y licencias, entre las que se encontraban las licencias de maternidad, paternidad, luto, entre otras (Vargas, 2016).

De esta manera, esperamos haber caracterizado someramente el concepto de ausentismo laboral, el cual será de vital importancia para la comprensión del cuarto capítulo de este libro.

1.5. Empresas sostenibles

En 1987, en el informe *Nuestro Futuro Común*, la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo de la Organización de Naciones Unidas (ONU) definió el desarrollo sostenible como “aquel que atiende las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de las futuras generaciones para atender sus propias necesidades” (World Commission on Environment and Development - ONU, 1987).

Así, el desarrollo sostenible, a nivel general, compromete los capitales físico y humano, los cuales suponen recursos que, por esencia, son limitados. De allí que un crecimiento pensado en su protección sea fundamental para un adecuado desarrollo. Para asegurar dicha sostenibilidad se debe considerar el manejo de los recursos y la distribución de los costos y beneficios. Las políticas deben promover la integración de las iniciativas ambientales y sociales como instrumento para el logro de los objetivos económicos.

Estas tres dimensiones se conectan inevitablemente con el mundo de las empresas y de los trabajadores. En este contexto cobra relevancia el concepto de empresas sostenibles. En este sentido, la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, en su reunión número 96 llevada a cabo en junio de 2007, adoptó de manera tripartita las *Conclusiones relativas a la promoción de empresas sostenibles*. En ellas se identifican diecisiete pilares del entorno empresarial que resultan propicios para desarrollar el principio de sostenibilidad y se enumeran las seis características que definen a una empresa como sostenible.

Bajo la categoría de empresas sostenibles, de acuerdo con el programa establecido por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se busca alinear el crecimiento empresarial y el trabajo decente con los objetivos de desarrollo sostenible, a partir de tres pilares fundamentales: (i.) creación de entornos propicios para el empleo y las empresas sostenibles; (ii.) iniciativa empresarial y desarrollo de las empresas; (iii.) lugares de trabajo sostenibles y responsables (International Labour Organization, 2010).

El primero de estos pilares atiende a una preocupación sentida por el sector empresarial: es indispensable evaluar y adaptar las políticas públicas y las normas jurídicas a efectos de fomentar la inversión y la iniciativa industrial, equilibrando, así, las necesidades y los intereses de la empresa con los requerimientos de un mundo globalizado. Con este objetivo, los estudios deben centrar su atención en el desarrollo de las condiciones y de las herramientas necesarias para fortalecer las empresas, bajo el entendido de que esta es la vía adecuada para promover la inclusión social y el trabajo decente. Así lo resumió la XVII Reunión Regional Americana llevada a cabo en 2010 en Santiago de Chile, en donde gobiernos, empleadores y trabajadores concluyeron por unanimidad que:

(...) entre los temas respecto de los cuales se debe avanzar y hacer un examen en profundidad por medio del diálogo social más efectivo, figuran los siguientes: La creación de nuevas oportunidades de trabajo decente y productivo mediante la promoción y el desarrollo de empresas sostenibles (Organización Internacional del Trabajo, 2013, pág. 6).

En este sentido, el trabajo decente es un componente ineludible a la hora de hablar de empresas sostenibles. Con el trabajo decente no solo se busca crear mayores fuentes de empleo y de ingresos, sino, también, garantizar los derechos de los trabajadores, extender la protección social y promover el diálogo social entre los diferentes actores del mundo del trabajo.

De esta manera, lo importante es destacar cómo el trabajo decente y la sostenibilidad empresarial no son principios mutuamente excluyentes, sino que, por el contrario, se reclaman de manera íntima. En una palabra, para el fortalecimiento del trabajo decente se requiere de un contexto empresarial

adecuado. De esta manera, así como las empresas no tendrían razón de ser sin los trabajadores, el trabajo decente depende, directamente, de la sostenibilidad de las empresas. Así, por ejemplo, el maridaje entre estos dos principios, en el marco del diálogo social, motiva la eficiencia y la productividad de los trabajadores, lo cual, a su vez, se refleja positivamente en la sostenibilidad de las empresas. Y, a la inversa, un tejido empresarial robusto favorece condiciones propicias para la creación y el mantenimiento de empleos formales, sin los cuales los trabajadores se encontrarían desprotegidos socialmente. Así, entre sostenibilidad empresarial y trabajo decente se produce un círculo virtuoso en el que los empleados que sienten que sus derechos son respetados y están cobijados bajo instrumentos formales, valoran y hacen mejor su trabajo, posibilitando el crecimiento y la creación de empresas.

En este orden de ideas, con el fin de identificar los elementos que inciden en la generación de un contexto adecuado para la sostenibilidad empresarial y, en últimas, para el trabajo decente, es importante considerar el impacto de las rigideces laborales. Así, como condiciones favorables para la sostenibilidad empresarial se tiene en cuenta, entre otros aspectos, la existencia de un entorno jurídico y reglamentario adecuado. En línea con esta finalidad, la Conferencia Internacional del Trabajo recomendó a los gobiernos dar mayor flexibilidad y protección a las empresas para facilitar, así, los cambios que requiere el mundo contemporáneo. En este sentido, se concluyó que:

Las empresas y economías sostenibles deben desarrollar la capacidad de adaptarse a los rápidos cambios de las condiciones del mercado. A fin de ayudar a las empresas y a sus trabajadores a afrontar esos desafíos, los gobiernos deberían elaborar un marco jurídico e institucional, incluida la reglamentación laboral, la protección social, las políticas activas de mercado de trabajo y servicios de empleo eficaces que también apoyen la capacidad de adaptación de las empresas (Organización Internacional del Trabajo, 2008, pág. 9).

Por lo anterior, no hay duda de que un mercado laboral rígido implica altos costos salariales y no salariales que afectan la competitividad y la productividad de las empresas. De modo que el adecuado diseño de herramientas que generen los estímulos correctos es clave para lograr un mercado laboral inclusivo. De hecho, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en su Estudio Económico de Colombia para

2017, menciona que el alto grado de informalidad en el mundo del trabajo limita el acceso a los beneficios públicos y, de esta manera, acentúa aún más la desigualdad en nuestro país. Adicionalmente, este organismo recomienda una disminución en los impuestos y contribuciones sobre salarios, la simplificación de los procesos asociados con empresas y trabajadores, así como la importancia de establecer un diálogo social con el fin de lograr una diferenciación del salario mínimo (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, 2017).

En esta perspectiva, la estabilidad reforzada en el empleo debe entenderse como un tipo de rigidez laboral que, en principio, si bien busca beneficiar a grupos poblacionales especialmente vulnerables, también puede repercutir, negativamente, en la creación y formalización de empleos. Así, debe determinarse hasta qué punto esta protección especial cumple su objetivo y en qué momento, su abuso, se convierte en un desincentivo para la sostenibilidad empresarial. Esto es, justamente, lo que analizaremos en el capítulo cuarto de este libro.

1.6. Metodología

Aquí se presenta el resultado de una investigación analítica basada en el reconocimiento de la complejidad. Se emplea la hermenéutica como método general de la investigación (Heidegger, 1999, pág. 33). La labor de interpretación se concentra en fuentes normativas y científicas, así como en otros referentes documentales. La complejidad del objeto de estudio exige, de nuestra parte, de un aparato crítico que solo se enriquece mediante la sumatoria de perspectivas²⁶. Por esta razón, en esta investigación se conjugan lecturas jurídicas, económicas y sociales orientadas a la comprensión del fenómeno de la estabilidad reforzada en el empleo, con énfasis en las situaciones de salud que le sirven de fundamento.

²⁶ En este sentido, hacemos propias las palabras de Ortega y Gasset: “La verdad integral solo se obtiene articulando lo que el prójimo ve con lo que yo veo, y así sucesivamente. *Cada individuo es un punto de vista esencial*. Yuxtaponiendo las visiones parciales de todos se lograría tejer la verdad omnímoda y absoluta. Ahora bien: esta suma de las perspectivas individuales, este conocimiento de lo que todos y cada uno han visto y saben, esta omnisciencia, esta verdadera «razón absoluta», es el sublime oficio que atribuimos a Dios” (Ortega y Gasset, 1966, pág. 202).

En primer lugar, desde la lente del derecho, y reconociendo la herencia de la hermenéutica jurídica (Grondin, 2006)²⁷, los análisis aquí consignados son el resultado de una labor de dogmática jurídica (Solano, 2016, pág. 62), pues se indaga por las condiciones en que es posible y legítima la interpretación del texto normativo de conformidad con determinados límites de sentido. Estas condiciones de posibilidad y estos límites de validez se traducen en un ejercicio interpretativo referido a la estabilidad laboral reforzada en Colombia, con especial mención de las situaciones de salud que colocan al trabajador en condición de debilidad manifiesta (estabilidad ocupacional reforzada).

Además de las normas nacionales e internacionales que se tuvieron en consideración, el estudio tiene por objeto privilegiado de análisis una muestra de 170 sentencias de la Corte Constitucional, y 50 providencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Asimismo, en el universo de la literatura especializada de carácter jurídico, se tuvieron en cuenta cerca de 100 fuentes teóricas, en su mayoría de carácter científico.

En segundo lugar, desde la perspectiva económica, el fenómeno de ausentismo laboral por razones de salud se analiza, entre otras fuentes, a partir de las encuestas realizadas por la ANDI para los años 2014 y 2015. Las encuestas fueron enviadas a las compañías afiliadas a los principales gremios empresariales del país, obteniendo una muestra de 232 empresas de diferentes tamaños y sectores de la economía. En total, las empresas encuestadas generan más de 201.000 puestos de trabajo y tienen gastos de nómina superiores a los seis billones de pesos al año, lo que implica una alta representatividad de la muestra. Es importante resaltar que en el procesamiento de los resultados de las preguntas cuantitativas se pondera o escala de acuerdo al número de trabajadores de cada empresa, de tal forma que la muestra pasa a representar a más de 192.000 trabajadores.

²⁷ Grondin (2006) recuerda que, en sentido clásico “la hermenéutica designaba el arte de interpretar los textos. Este arte se desarrolló, sobre todo, en aquellas disciplinas que tienen por asunto la interpretación de los textos sagrados o canónicos: la teología (hermenéutica sacra), el derecho (hermenéutica iuris) y la filología (hermenéutica profana). La hermenéutica cumplía una función auxiliar que venía a secundar la práctica de la interpretación que tenía necesidad de una ayuda hermenéutica para la interpretación de los pasajes ambiguos o chocantes” (traducción libre del original en francés).

CAPÍTULO 2. CONSTRUCCIÓN NORMATIVA DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

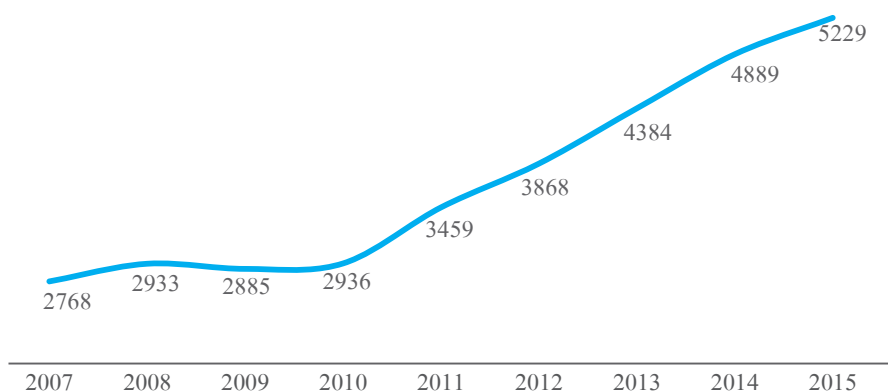
Debido a los alcances poblacionales a los cuales se extiende la protección laboral reforzada, es necesario hacer un acercamiento a cada tipo de población, desde una visión demográfica, a fin de dar cuenta de las implicaciones de esta medida desde el dato real y cuantificable.

Además de esta aproximación cuantitativa, en este capítulo se hará explícito el marco normativo para cada una de las hipótesis de estabilidad laboral reforzada, destacando, puntualmente, aquellos referentes normativos que han sido instrumentalizados por la jurisprudencia constitucional, los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas ligadas a cada una de las hipótesis. Para estos efectos, se diferencian las condiciones subjetivas o fueros que dan lugar a esta protección reforzada, así como las prohibiciones de despidos discriminatorios que tienen igual resultado.

2.1. Aforados sindicales y trabajadores en conflicto colectivo

A diciembre de 2015, y de acuerdo con el *Sistema de información laboral y sindical (SISLAB)* de la Escuela Nacional Sindical (ENS), en Colombia había un total de 5229 sindicatos activos, para un total 1.006.150 afiliados a nivel nacional. Del global de sindicatos activos, el 72,79% correspondían a sindicatos de empresas privadas, mientras que el 27,21% a sindicatos de entidades estatales. Según el tipo de sindicatos, se evidencia que el 46,17% de estos son sindicatos de gremio, el 34,84% de empresa, el 16,50% corresponden a sindicatos de industria, mientras que solo el 2,49% son sindicatos de oficios varios. Desde 2007 hasta 2015, este ha sido el comportamiento de sindicatos activos en Colombia:

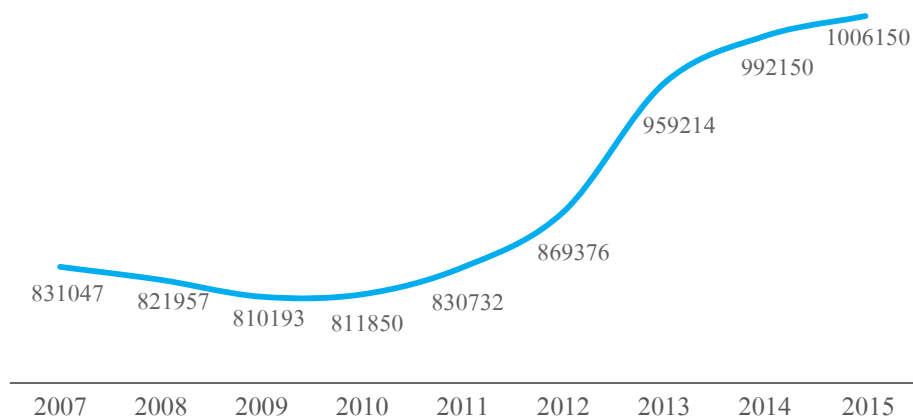
Gráfico 3. Sindicatos activos 2007-2015



Fuente: elaboración propia con datos del Sistema de Información Sindical y Laboral (Sislab), subsistema Censo sindical, alimentado con información suministrada por el Ministerio de Trabajo, la CUT y los sindicatos.

Esta tendencia hacia el alza también se manifiesta en el número de afiliados activos a estos sindicatos.

Gráfico 4. Afiliados activos 2007-2015



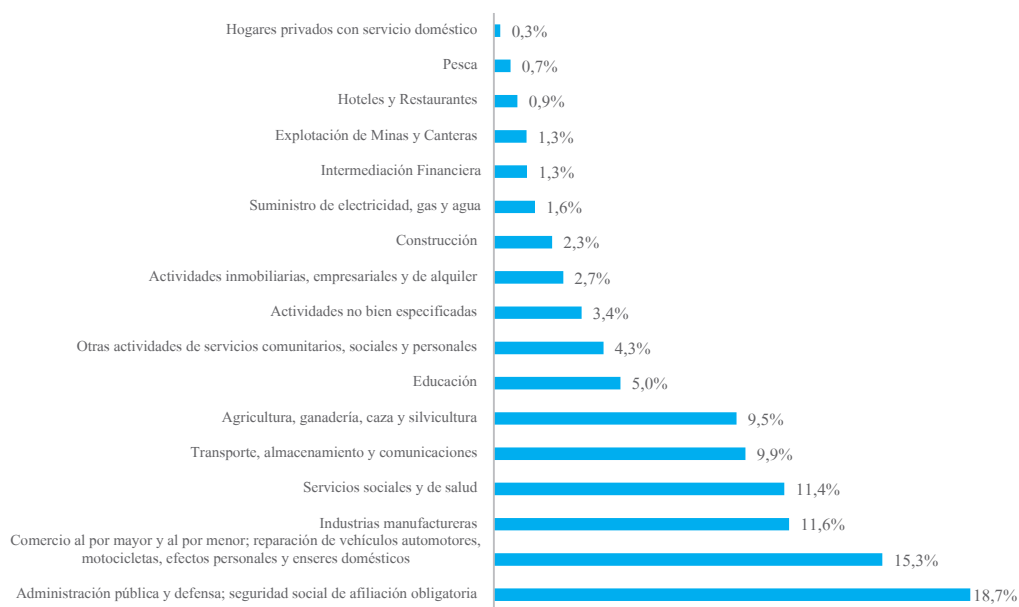
Fuente: elaboración propia con datos del Sistema de Información Sindical y Laboral (Sislab), subsistema Censo sindical, alimentado con información suministrada por el Ministerio de Trabajo, la CUT y los sindicatos.

De esta manera, si nos enfocamos en los últimos tres años de la medición, en donde el aumento ha sido más evidente, tenemos que, a nivel nacional, en promedio se crean 454 sindicatos y se afilian 45.591 personas cada año. Este es un dato relevante para nuestro estudio en la medida en que los socios fundadores de los sindicatos, así como quienes se afilien a ellos antes de la inscripción en el registro sindical, se encuentran amparados bajo la protección laboral reforzada. Así, no es un dato menor en esta materia el pico que viene presentándose en lo que respecta a la constitución de sindicatos en Colombia.

De otro lado, si tenemos en cuenta que también se encuentran amparados bajo la garantía de la estabilidad laboral reforzada ciertas directivas y subdirectivas sindicales, así como dos miembros de la comisión estatutaria de reclamos, estaríamos hablando de que, en la práctica, más de 60.000 afiliados activos a sindicatos son titulares de esta protección especial. Así, el fuero sindical de que trata el artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo estaría cobijando a cerca del 6% de los trabajadores sindicalizados en Colombia. Lo anterior, claro está, sin contar los fueros sindicales que tienen origen convencional y que aumentan el panorama descrito en la ley.

Ahora bien, para mayor precisión, el fenómeno debe ser desagregado por sectores económicos, pues es claro que no todas las ramas de la economía presentan el mismo comportamiento en cuanto a la constitución de nuevos sindicatos y número de afiliaciones. Así, los sectores económicos en los cuales hay mayor número de sindicatos activos son, en su orden, los correspondientes a administración pública y defensa, seguridad social (18,7%), comercio al por mayor y al por menor, reparación de vehículos automotores, motocicletas, efectos personales y enseres domésticos (15,3%), así como el sector de las industrias manufactureras (11,6%). A su vez, los sectores económicos con menor cantidad de sindicatos activos registrados son los correspondientes a hogares privados con servicio doméstico (0,3%), pesca (0,7%), hoteles y restaurantes (0,9%), explotación de minas y canteras (1,3%) e intermediación financiera (1,3%).

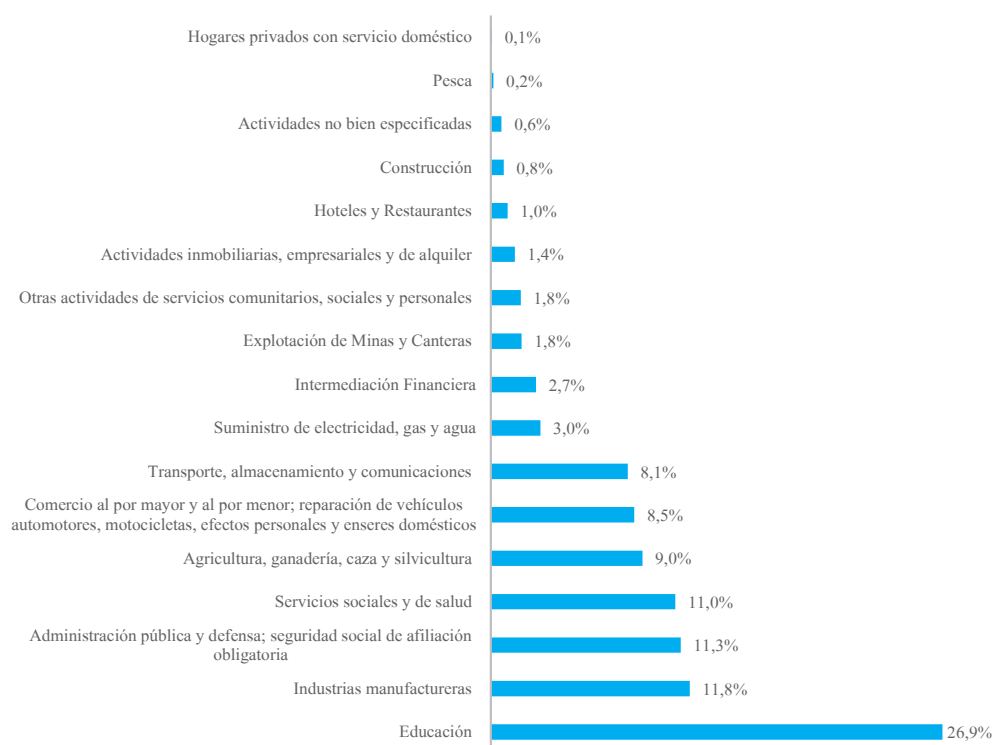
Gráfico 5. Número de sindicatos activos según sector económico (2015)



Fuente: elaboración propia con datos del Sistema de Información Sindical y Laboral (Sislab), subsistema Censo sindical, alimentado con información suministrada por el Ministerio de Trabajo, la CUT y los sindicatos.

Ahora bien, el número total de sindicatos activos por sector económico no necesariamente se corresponde con las tasas de afiliación. Por ejemplo, si bien los sindicatos pertenecientes al sector de educación corresponden solo al 5% sobre el total de sindicatos activos en Colombia, son estos los que cuentan con una mayor cantidad de afiliados, al representar el 26,9% sobre el total de los trabajadores sindicalizados en el país. La correlación podría hacerse respecto de los diferentes sectores económicos.

Gráfico 6. Afilados activos según sector económico (2015)



Fuente: elaboración propia con datos del Sistema de Información Sindical y Laboral (Sislab), subsistema Censo sindical, alimentado con información suministrada por el Ministerio de Trabajo, la CUT y los sindicatos.

De este modo, la protección laboral reforzada que se deriva del fuero sindical tiene mayor impacto en los sectores económicos que, como dijimos, más número de sindicatos activos representan, y no tanto en razón al volumen de afiliados.

Así las cosas, llevando el análisis al punto de vista normativo, tenemos que, desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección del derecho de asociación sindical se desarrolla en diferentes disposiciones normativas. Cobran particular relevancia los artículos 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos y 8 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Las normas internacionales del trabajo también resultan relevantes y, en especial, deben considerarse los artículos 11 del Convenio 87 de 1948 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, al igual que los artículos 1 y 2-b del Convenio 98 de 1949 de la OIT sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva. Estas disposiciones deben leerse de la mano de las decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT (párr. 789-792, 2005) sobre despidos discriminatorios.

En el rango nacional, la Constitución Política de 1991, en sus artículos 39, 53 y 93, protege el derecho de asociación sindical. Estas normas de raigambre constitucional son desarrolladas, en el plano legal y reglamentario, en los artículos 405 y 406 del Código Sustantivo del Trabajo, para el caso del fuero sindical; así como en los artículos 25 del Decreto 2351 de 1965 y 10 del Decreto 1373 de 1966, en relación con el fuero circunstancial²⁸.

Lo dicho, de la mano de la jurisprudencia constitucional (Cf. T-363 de 1994, T-476 de 1998 y T-998 de 2010), permite construir, de la siguiente manera, esta protección reforzada:

Cuadro 3. Estabilidad laboral reforzada por fuero sindical

Fuero sindical	
Supuestos de hecho	Consecuencias jurídicas
Despido, desmejora en las condiciones de trabajo, o traslado; todo ello sin justa causa previamente calificada por el juez laboral, respecto de cualquiera de las siguientes personas:	

²⁸ Las similitudes y diferencias entre el fuero sindical y el fuero circunstancial han sido decantadas a nivel jurisprudencial, entre otras, particularmente, en la Sentencia de octubre 2 de 2007 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (proceso 29822).

a) Fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses. b) Trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores. c) El numero legal de trabajadores miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más²⁹. d) Dos trabajadores miembros de la comisión estatutaria de reclamos, durante el mismo período señalado en el literal anterior.	Ineficacia del despido, la desmejora o el traslado y, por ello, reintegro del trabajador, lo que supone la continuación del vínculo contractual a nivel salarial, prestacional y de seguridad social (salarios dejados de percibir, aumentos y reajustes en el período de despido; prestaciones sociales y obligaciones del empleador en materia de seguridad social).
Relaciones en que aplica	Jurisprudencia de referencia
Contratos de trabajo y vinculaciones por relación legal o reglamentaria.	Sentencias T-363 de 1994, T-476 de 1998, SU-998 de 2000, T-436 de 2000, T-920 de 2002, T-764 de 2005, T-660 de 2010, T-998 de 2010, T-386 de 2011 y T-340 de 2012, entre otras de la Corte Constitucional.

²⁹ La jurisprudencia ha señalado, además: “En caso de cambio en los miembros de la Junta Directiva, el antiguo miembro continúa gozando del fuero durante los tres (3) meses subsiguientes, a menos que la sustitución se produzca por renuncia voluntaria del cargo sindical antes de vencerse la mitad del periodo estatutario o por sanción disciplinaria impuesta por el sindicato, en cuyos casos el fuero cesa ipso facto para el sustituido; y en los casos de fusión de dos o más organizaciones sindicales, siguen gozando de fuero los anteriores directores que no queden incorporados en la Junta Directiva renovada con motivo de la fusión, hasta tres (3) meses después de que ésta se realice” (Sentencia 29822 de octubre 2 de 2007 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia).

La terminación del contrato de trabajo por la realización de la obra contratada, por la ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio, por mutuo consentimiento o por sentencia de autoridad competente, no requiere previa calificación judicial en ningún caso (artículo 411 del C.S.T). A diferencia de otras hipótesis de estabilidad laboral reforzada, en este no existe sanción indemnizatoria.

Asimismo, es preciso diferenciar la estabilidad laboral reforzada que se protege vía procesos de tutela de la acción especial de reintegro. La Corte Constitucional ha establecido que la tutela es el mecanismo idóneo solo en aquellos eventos en que se demuestre que el despido fue un hecho doloso que se produjo, explícita o implícitamente, en razón de la condición subjetiva indicada en los supuestos de hecho. En estos casos el despido se constituye como un despido discriminatorio que atenta en contra del derecho de asociación y libertad sindical, de suerte tal que el juez de tutela puede ordenar el reintegro. En el resto de situaciones debe agotarse el procedimiento laboral (T-399 de 1996, T-728 de 1998, T-001 de 1999, T-800 de 1999, T-096 de 2010 y T-220 de 2012).

En el caso específico del **fuero circunstancial** tenemos:

Cuadro 4. Estabilidad laboral reforzada por fuero circunstancial

Fuero circunstancial	
Supuestos de hecho	Consecuencias jurídicas
Despido sin justa causa de trabajadores afiliados a un sindicato o de trabajadores no sindicalizados que hubiesen presentado un pliego de peticiones, hasta que se haya solucionado el conflicto colectivo en las etapas legales (convención, pacto, ejecutoria del laudo arbitral o terminación anormal).	Ineficacia del despido y reintegro del trabajador, lo que supone la continuación del vínculo contractual a nivel salarial, prestacional y de seguridad social (Sentencia del 5 de octubre de 1998 [11071] de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia).
Relaciones en que aplica	Jurisprudencia de referencia
Contratos de trabajo y vinculaciones por relación legal o reglamentaria.	Sentencias T-998 de 2010 y T-057 de 2016 de la Corte Constitucional.

En este supuesto, para el despido no se requiere de autorización judicial previa, pero sí que este se funde en una justa causa (Sentencia del 2 de octubre de 2007 [29822], Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia). En esta hipótesis, hay que advertirlo, no procede indemnización alguna (Sentencia del 10 de julio de 2012 [38962], Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia).

2.2. Mujeres embarazadas y lactantes, sus cónyuges, compañeros o parejas

No es fácil aproximarnos a la realidad de los trabajadores amparados por los fueros de maternidad y paternidad. Un dato relevante es el promedio estimado de embarazos en Colombia. Para estos efectos es posible tomar la información brindada por el DANE, relativa a nacimientos y a defunciones fetales. De esta manera, para el año 2015, el número total de embarazos estimados fue de 692.270, lo cual indica que el 2,9% de las mujeres en Colombia se encontraba, para esa anualidad, en estado de gravidez.

Si filtramos el resultado de acuerdo con el rango de edad, y si tenemos en cuenta que, según el DANE, la edad productiva de la mujer en el país va desde los 15 hasta los 54 años, tenemos que, para el año 2015, el 5% de las mujeres en edad productiva en Colombia se encontraban embarazadas. Así, de las 14.033.508 mujeres en edad productiva, 703.688 se encontraban en embarazo para el 2015. Esta tendencia, según el DANE, se mantiene prácticamente invariable para el 2016. Y este sería, justamente, el universo poblacional potencialmente beneficiario de la estabilidad ocupacional reforzada derivada de la maternidad.

Dicho esto, analizando la dimensión normativa de este fenómeno, es claro que la maternidad se encuentra protegida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en normas tales como el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 10-2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los artículos 1, 2, 3, 5-b, 11-1, 11-2 y 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979; y el artículo 6 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1994. Estas disposiciones de *Hard Law* se complementan con las

siguientes disposiciones de *Soft Law*: la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 1967, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer de 1993, la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de 1995 (Declaración de Beijing) y los Objetivos de Desarrollo del Milenio elaborados por las Naciones Unidas (integrados al CONPES Social 091 de 2005).

Las normas internacionales del trabajo también se enfocan, particularmente, en la protección de la madre trabajadora. Artículos 3 y 4 del Convenio 03 de 1919 de la OIT sobre la protección de la maternidad³⁰ constituyen el principal referente en la materia, de la mano con las recomendaciones 012 de 1921 de la OIT, 095 de 1952 de la OIT y 191 de 2000 de la OIT sobre la protección de la maternidad. Más recientemente, la Resolución relativa a la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, a la igualdad de remuneración y a la protección de la maternidad, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo el 21 de junio de 2004³¹, puede servir como criterio hermenéutico.

En el escenario nacional, la Constitución Política de 1991 tributa una especial protección a las diferentes facetas de la maternidad. Los artículos 5 (familia), 13 (debilidad manifiesta), 11 (vida del hijo por nacer), 42 (familia), 43 (protección del embarazo y la lactancia), 44 (vida del hijo por nacer) y 53 (principios laborales de protección especial de la mujer y la maternidad) son fundamentales para entender las garantías constitucionales del fuero de maternidad.

Por su parte, del artículo 236 al 240, el Código Sustantivo del Trabajo regula lo pertinente, de manera que la lectura de las disposiciones nacionales debe articularse con las sentencias T-568 de 1996, C-470 de 1997 y C-005 de 2017 de la Corte Constitucional. A partir de allí tenemos, con relación a los fueros de maternidad y paternidad, la siguiente configuración normativa del que también podríamos calificar como un tipo de estabilidad *ocupacional* reforzada:

³⁰ Este instrumento fue revisado en 1952 y 2000 en los convenios 103 y 183 de la OIT, ninguno de los cuales ha sido ratificado por Colombia.

³¹ Sobre la maternidad y paternidad en el trabajo puede verse el Informe de la OIT: *Maternity and paternity at work: law and practice across the world* (International Labour Organization, 2014).

Cuadro 5. Estabilidad ocupacional reforzada por fuero de maternidad

Fuero de maternidad	
Supuestos de hecho	Consecuencias jurídicas
Son diferentes los supuestos de hecho unificados vía jurisprudencial: a) Despido sin justa causa, previamente calificada por el Inspector del Trabajo, de una trabajadora vinculada a término indefinido, fijo, por obra o labor contratada y en estado de embarazo o en los tres meses posteriores al parto; con previo conocimiento de esta situación por parte del empleador. b) Despido sin justa causa de una trabajadora vinculada a término indefinido, fijo, por obra o labor contratada y en estado de embarazo o en los tres meses posteriores al parto; sin previo conocimiento de esta situación por parte del empleador. c) Despido con justa causa de una trabajadora vinculada a término indefinido, fijo, por obra o labor contratada y en estado de embarazo o en los tres meses posteriores al parto, sin previo conocimiento de esta situación por parte del empleador. d) Terminación objetiva del contrato por vencimiento del plazo o cumplimiento de la obra o labor contratada, previamente	Para cada uno de los supuestos de hecho referidos aplica su respectiva consecuencia jurídica: a) Ineficacia del despido y reintegro de la trabajadora, lo que supone la continuación del vínculo contractual a nivel salarial, prestacional y de seguridad social. Asimismo, procede una indemnización equivalente al salario de 60 días. b) Reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación. Además, el despido es ineficaz y el reintegro/renovación es procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral no han desaparecido. En esta última hipótesis opera el pago de los salarios, prestaciones y cotizaciones de seguridad social dejados de percibir, los cuales serán compensados con las indemnizaciones recibidas por el despido sin justa causa (T-092 de 2016). c) Reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No procede el reintegro y, asimismo, la justeza o no del despido debe discutirse a través de los procedimientos laborales.

autorizada por el Inspector del Trabajo, de una trabajadora vinculada a término fijo y en estado de embarazo o en los tres meses posteriores al parto; con previo conocimiento de esta situación por parte del empleador. e) Terminación objetiva del contrato por vencimiento del plazo o por cumplimiento de la obra o labor contratada, en ausencia de autorización del Inspector del Trabajo, de una trabajadora en estado de embarazo o en los tres meses posteriores al parto; con previo conocimiento de esta situación por parte del empleador. f) Terminación objetiva del contrato por vencimiento del plazo o cumplimiento de la obra o labor contratada respecto de una trabajadora vinculada a término fijo, por obra o labor y en estado de embarazo o en los tres meses posteriores al parto; sin previo conocimiento de esta situación por parte del empleador. g) Despido sin justa causa de una mujer en el cuarto, quinto o sexto mes de lactancia.	d) Reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación y la licencia de maternidad. e) Reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación y renovación del contrato si subsisten las causas que le dieron origen. Procede, asimismo, una indemnización equivalente al salario de 60 días. f) Reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación y renovación del contrato si subsisten las causas que le dieron origen. No procede sanción indemnizatoria. g) Ineficacia del despido y reintegro de la trabajadora, lo que supone la continuación del vínculo contractual a nivel salarial, prestacional y de seguridad social. Asimismo, procede una indemnización equivalente al salario de 60 días.
--	---

Relaciones en que aplica	Jurisprudencia de referencia
Contrato de trabajo a término indefinido, a término fijo, por obra o labor contratada ³² , contrato de aprendizaje, contrato de prestación de servicios, miembros de cooperativas de trabajo asociado, contratos de empresas de servicios temporales y vinculaciones por relación legal o reglamentaria.	T-095 de 2008, T-120 de 2011, T-559 de 2010, T-082 de 2012, SU-070 de 2013, SU-071 de 2013 de la Corte Constitucional.

El conocimiento del embarazo por parte del empleador puede darse por notificación directa de la trabajadora, por tratarse de un hecho notorio, por incapacidades o permisos relacionados con el estado de gravidez o a través de cualquier circunstancia que permita inferirlo.

Siguiendo la legislación laboral, la Corte Constitucional ha señalado que la estabilidad laboral reforzada se extiende durante los tres primeros meses posteriores al parto (T-559 de 2010 y SU-070 de 2013; artículo 239 del C.S.T.). Sin embargo, por veces se genera una confusión con lo dispuesto en el artículo 238 del C.S.T., el cual refiere un período de seis meses para el período de lactancia. Para salvar esta confusión la jurisprudencia ha señalado que, durante el período de embarazo y los tres meses posteriores a este, conforme al artículo 239 del C.S.T., se presume que la terminación unilateral del contrato se efectuó en razón de la condición subjetiva de la mujer. Después de los tres meses del parto, pero antes de que se cumpla el período de seis meses de lactancia, si bien existe la prohibición de despido, corresponde a la trabajadora probar que este se produjo en razón de su condición de lactante (Sentencia del 10 de julio de 2002 [17193], Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia). Hay que agregar, en este orden de ideas, que el despido con justa causa de una mujer en el cuarto, quinto o sexto mes de lactancia no requiere de autorización del Inspector del Trabajo, a diferencia de lo que ocurre en relación con las mujeres embarazadas o dentro de los tres meses siguientes al parto (Ministerio del Trabajo, concepto 115407 del 30 de junio de 2015).

³² Sobre este particular puede verse, para más detalles, el estudio de Ayola (2016) y Buitrago (2014).

Hay que aclarar que, en los contratos de prestación de servicios, solo se activa la estabilidad laboral reforzada si se logra demostrar, en sede de tutela, que este oculta, auténticamente, un contrato laboral (contrato realidad) (T-848 de 2004).

Por otra parte, en cuanto al denominado **fuero de paternidad**, la Corte Constitucional ha extendido la protección inicialmente prevista a favor de la madre, también al padre, en los siguientes términos³³:

Cuadro 6. Estabilidad laboral reforzada por fuero de paternidad

Fuero de paternidad	
Supuesto de hecho	Consecuencias jurídicas
Despido sin justa causa, previamente calificada por el Inspector del Trabajo, de un trabajador que tenga la condición de cónyuge, compañero permanente o pareja de una mujer en período de embarazo o lactancia (tres meses posteriores al parto), que sea beneficiaria de aquel.	Ineficacia del despido y reintegro de la trabajadora, lo que supone la continuación del vínculo contractual a nivel salarial, prestacional y de seguridad social. Asimismo, procede una indemnización equivalente al salario de 60 días.
Relaciones en que aplica	Jurisprudencia de referencia
Contratos de trabajo y vinculaciones legales y reglamentarias.	Sentencia C-005 de 2017 de la Corte Constitucional.

El supuesto de hecho presupone, por un lado, que la madre sea trabajadora cotizante, sino que sea beneficiaria del trabajador. Asimismo, la sentencia no restringe la hipótesis a que se trate de un hombre en su calidad de padre.

³³ A juicio del Tribunal Constitucional, se debe brindar un tratamiento análogo entre la trabajadora en estado de embarazo o lactancia, y el trabajador cuya esposa, compañera o pareja no trabajadora se encuentre en período de embarazo o lactancia. Por esta razón, más que de fuero de maternidad, la Corte Constitucional estimó que la protección estatal de la mujer embarazada o lactante no depende de la existencia de un vínculo laboral directo, sino de la condición objetiva en que se encuentra la mujer. Ello, asimismo, en consonancia con el derecho a la vida del niño y el interés superior del menor. En adición, afirma la Corte Constitucional que el padre, de manera autónoma, es titular de una serie de derechos laborales tendientes a facilitar el ejercicio pleno de su vida familiar. En este sentido, los derechos del padre trabajador no pueden leerse, exclusivamente, como derivaciones o consecuencias accesorias de los derechos de la madre gestante o lactante. Nótese, además, que la protección extendida no solo protege al cónyuge o compañero permanente de la mujer embarazada o lactante, sino, en términos generales, a su pareja.

También, en este caso, la protección se extendería a mujeres trabajadoras cuya beneficiaria sea la mujer embarazada o lactante.

En todo caso, conviene advertir que, como se trata de una decisión reciente de la Corte Constitucional, no hay desarrollos normativos que clarifiquen su aplicación. Por ejemplo, se genera la inquietud si, respecto del fuero de paternidad, son aplicables o no las reglas establecidas en las Sentencias SU-070 y SU-071 de 2013, referidas, como vimos, al fuero de maternidad. Por ello mismo, tampoco hay claridad respecto de las relaciones contractuales en que aplica este nuevo fuero, ni sobre cómo debe interpretarse la prohibición en función del período de seis meses que consagra el artículo 238 del C.S.T.

Sin embargo, es posible que, con el paso del tiempo, los desarrollos normativos se decanten no solo por extender la garantía prevista en el artículo 240 del C.S.T., sino, también, por ampliar el ámbito de aplicación de la jurisprudencia constitucional consolidada respecto del fuero de maternidad. Así las cosas, la tendencia expansiva continuaría su curso.

2.3. Mujeres y hombres cabeza de familia

No existen datos oficiales que determinen, con certeza, el número total de mujeres y hombres cabeza de familia. Ello puede deberse al hecho de que esta condición responde, como veremos, a múltiples factores variables. Así, aun cuando el DANE posee estadísticas referidas a la conformación de hogares en Colombia y la distribución de sus jefaturas, este dato no nos permite establecer un aproximativo a la situación de mujeres y hombres cabeza de familia. Un valor más cercano podría obtenerse a partir de la información revelada, para los años 2009 y 2010, por el Institute for Family Studies (2017). En un comparativo con diferentes países alrededor del mundo, este instituto advertía que el 84% de los niños que nacen en el país son de mujeres solteras, de modo que estas madres, eventualmente, podrían encontrarse amparadas por esta protección laboral reforzada. Para el caso de los hombres cabeza de familia no existe, verdaderamente, ningún tipo de información que permita una aproximación al fenómeno.

En el plano normativo y de forma similar a lo que ocurre con los fueros de maternidad y paternidad, la protección de las mujeres y hombres cabeza de familia encuentra un amparo genérico en los derechos humanos. Los artículos 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 7 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 17 de la Convención Americana

sobre Derechos Humanos y 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pueden ser leídos en tal sentido.

Las normas internacionales del trabajo se concentran, fundamentalmente, en el Convenio 156 de la OIT de 1981 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, el cual, aunque no ha sido ratificado por Colombia, en el fondo se ha extendido por vía jurisprudencial. Las recomendaciones 123 de 1965 de la OIT sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares y 165 de 1981 de la OIT sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, complementan un marco interpretativo que, no obstante, se itera, carece de fuerza vinculante para el caso colombiano.

Desde el punto de vista constitucional, los artículos 5 (familia), 13 (debilidad manifiesta), 42 (familia), 43 (protección de la madre cabeza de familia), 44 (derecho de los niños) y 53 (principios laborales de protección especial de la mujer) de la Carta Política, constituyen fundamentos normativos de interés.

Por su parte, los artículos 2 y 3 de la Ley 82 de 1993 definen, en un sentido amplísimo, qué se entiende por mujer cabeza de familia y establecen el deber a cargo del Gobierno de promover el trabajo digno y estable³⁴. El concepto de hombre cabeza de familia surge por extensión de la Sentencia C-964 de 2003³⁵. Pese a que la ley lo señala, la Corte Constitucional ha establecido que esta

³⁴ La Ley 82 de 1993 establece que se entiende por madre cabeza de familia “a quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha construido un concepto autónomo, pues madre cabeza de familia es aquella mujer: “Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos. (ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre” (SU-389 de 2005).

³⁵ En especial, sobre el hombre cabeza de familia y la estabilidad laboral reforzada puede verse el texto de Fernández y Triana (2014).

condición subjetiva no requiere ser formalizada, para efectos probatorios, ante una notaría (T-1211 de 2008).

En el rango legal, hay que precisarlo con contundencia, no existe norma expresa en relación a la protección laboral reforzada de mujeres y hombres cabeza de familia, al menos no en el caso del sector privado. En el sector público, el principal referente es, sin duda, el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, disposición normativa que debe leerse en concordancia con las sentencias C-044 de 2004, SU-388 de 2005 y SU-389 de 2005 de la Corte Constitucional. Para el caso del sector privado, la ausencia de regulación legal expresa ha sido suplida por la jurisprudencia constitucional, en particular con las sentencias T-926 de 2009, T-198 de 2010, T-039 de 2010, T-803 de 2013, T-345 de 2015.

Así, el denominado fuero familiar se configura, pues, de la siguiente manera:

Cuadro 7. Estabilidad laboral reforzada por fuero familiar

Fuero familiar	
Supuesto de hecho	Consecuencias jurídicas
Desvinculación sin justa causa de trabajadores mujeres u hombres cabeza de familia, previo conocimiento de esta situación por parte del empleador.	Ineficacia del despido y reintegro del trabajador, lo que supone la continuación del vínculo contractual a nivel salarial, prestacional y de seguridad social. Estos montos serán compensados con la indemnización recibida por el despido sin justa causa.
Relaciones en que aplica	Jurisprudencia de referencia
Contrato de trabajo a término indefinido, a término fijo, por obra o labor contratada, contrato de aprendizaje, contrato de prestación de servicios, miembros de cooperativas de trabajo asociado, contratos de empresas de servicios temporales y vinculaciones por relación legal o reglamentaria.	Sentencias SU-389 de 2005, T-926 de 2009, T-039 de 2010, T-998 de 2010, T-803 de 2013, T-345 de 2015 y T-057 de 2016 de la Corte Constitucional.

Cabe anotar que, en los contratos de prestación de servicios, solo se activa la estabilidad laboral reforzada si se logra demostrar, en sede de tutela, que este

oculta, auténticamente, un contrato laboral (contrato realidad). En algunos casos, incluso, la Corte Constitucional ha ordenado que, a la hora del reintegro, la naturaleza del contrato asuma la forma laboral (T-345 de 2015).

2.4. Personas en situación de discapacidad, invalidez o en condición de debilidad manifiesta por razones de salud³⁶

Para caracterizar la población discapacitada de Colombia nos basamos en los datos estadísticos que proporcionan el DANE y el Ministerio de Salud y Protección Social (2016). Hay que aclarar que en el país no existe ningún dato, ni siquiera aproximado, relativo a la población en situación de debilidad manifiesta por razones de salud.

La Organización Mundial de Salud (OMS) estima que al rededor del 15% de la población mundial cuenta con una condición de discapacidad. Esta condición, que va en aumento, conlleva a que, en la actualidad, diversos sectores económicos, sociales y políticos se estén planteando la necesidad de visualizar dicha población y buscar garantías que promuevan la inclusión social y económica de este grupo poblacional.

A nivel nacional, el Ministerio de Salud y Protección Social, proyectando los datos del censo del DANE de 2005, estimaba que, para el 2016, en Colombia habitaban, aproximadamente, 1.265.328 de personas en situación de discapacidad, lo cual implica que un 2,6% de la población total de nuestro país presenta alguna condición de salud de este tipo. El 50% de estas personas son hombres y la otra mitad mujeres. Por grupos de edad, se observa que el rango de edad donde se presenta mayor población con discapacidad es en el comprendido a partir de los 60 años, con un total de 575.255 personas, equivalente al 45% de esta población. Para el de rango de 20 a 59 años, en donde se concentra el grueso de las personas en edad productiva, tenemos que las cifras oficiales calculan la existencia 542.381 personas en situación de discapacidad, quienes representan el 43% de esta población. Finalmente, en las

³⁶ Esta hipótesis de estabilidad ocupacional reforzada se analizará con mayor detalle en el siguiente acápite, al comparar la jurisprudencia constitucional y los pronunciamientos de Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia a este respecto.

edades de 0 a 19 años se proyectan unas 147.178 personas en situación de discapacidad, equivalentes al 12% de este grupo poblacional.

Hay que aclarar, en todo caso, que una situación de discapacidad no es, estrictamente hablando, una señal de mala salud. Así, una persona en situación de discapacidad puede presentar una limitación para la realización de ciertas actividades, por ejemplo, actividades manuales o corporales, pero contar con las facultades necesarias para labores de mayor exigencia intelectual. Por lo tanto, es fundamental identificar cuáles son las estructuras o funciones corporales afectadas por las diferentes patologías, para poder brindarles, a las personas en situación de discapacidad, oportunidades laborales que les permitan desarrollar y potencializar sus competencias.

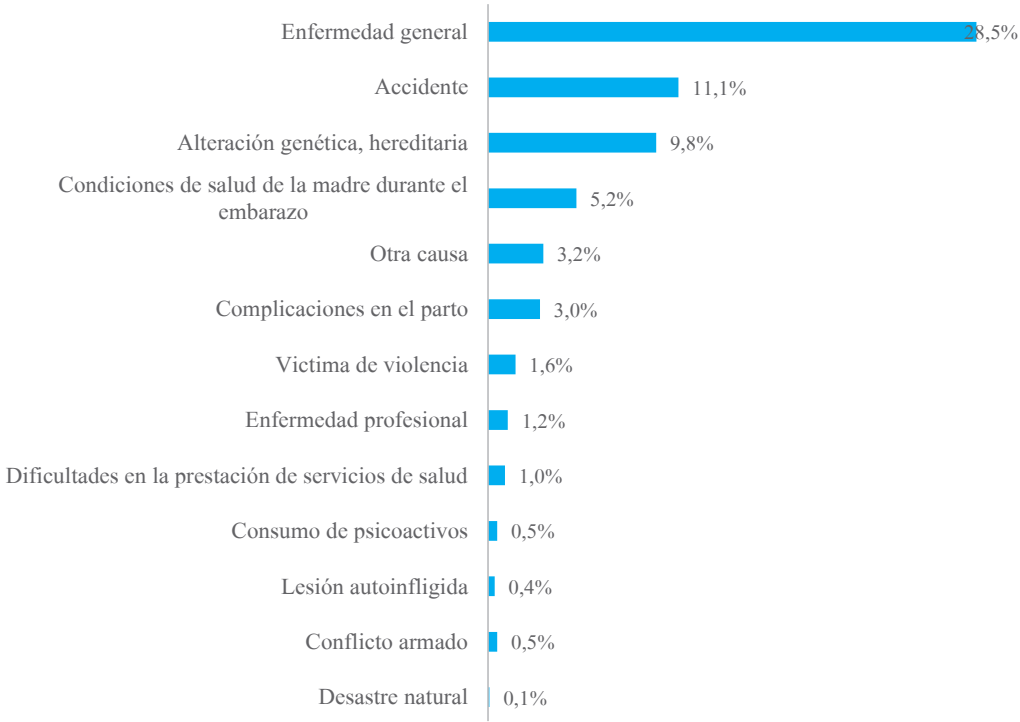
Gráfico 7. Principal estructura o función corporal afectada por la discapacidad



Fuente: elaboración propia con datos del DANE.

Por su parte, clasificando a las personas en situación de discapacidad de acuerdo con el origen de su patología, encontramos que la enfermedad general es la principal causante de esta condición, seguida de las alteraciones genéticas.

Gráfico 8. Origen de la discapacidad sobre el total de personas en



Fuente: elaboración propia con datos del DANE y Ministerio de Salud y Protección social (2016).

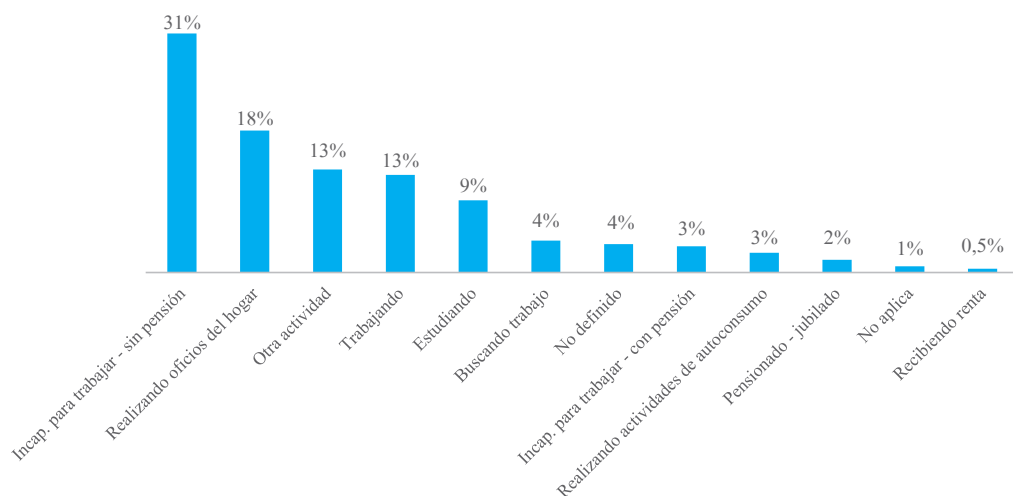
Dentro del origen de la discapacidad por sexo, es evidente que, para los hombres, las principales causantes son el conflicto armado, el consumo de sustancias psicoactivas, violencia y accidentes. Mientras que, para las mujeres, el panorama es completamente diferente, al ser la enfermedad general la principal causa, seguida de la alteración genética hereditaria y otros factores. Lo anterior es pertinente observar, en tanto que las causales de los hombres se derivan, principalmente, de conductas y condiciones externas, mientras que para las mujeres las causales son procedentes de condiciones inherentes.

Asimismo, llama la atención que tan solo el 1,9% de las causas que dan origen a la situación de discapacidad obedezcan a enfermedades de carácter laboral.

Así, la enfermedad de origen laboral es la causa de discapacidad para 14.714 personas. Así, enfocándonos en las personas en situación de discapacidad por enfermedades de origen profesional, tenemos, en cuanto a la causa específica de la misma, que en el 33% de los casos esta se debe al ambiente físico del lugar de trabajo, el 22% es consecuencia de la carga laboral, el 19% se debe a otras causas, el 14% a condiciones de seguridad, el 7% por contaminantes y un 3% a la organización del trabajo.

Por otra parte, al concentrarnos en las actividades que realizan las personas en situación de discapacidad, comenzamos a advertir algunos datos que son útiles para comprender el mercado laboral de este grupo poblacional.

Gráfico 9. Personas en situación de discapacidad según actividad

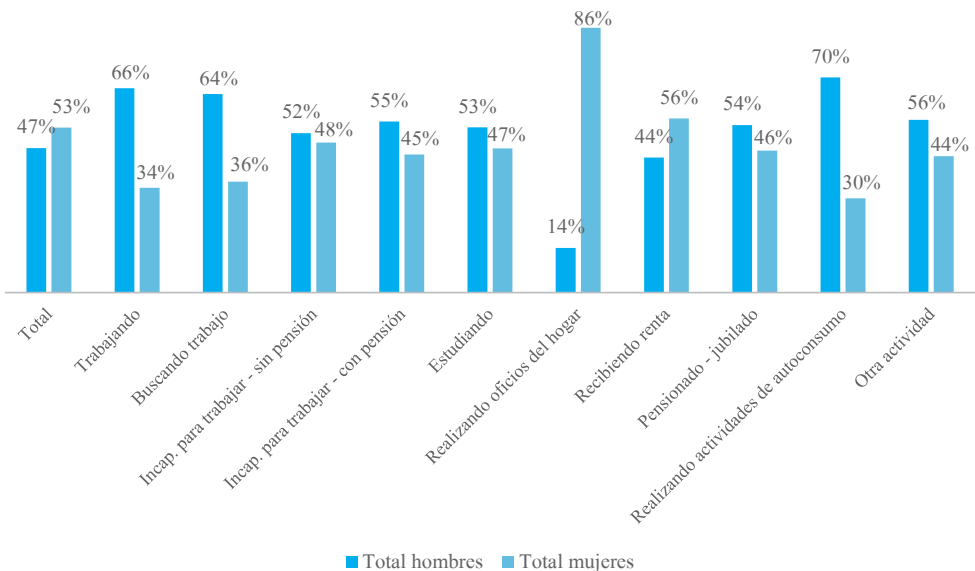


Fuente: elaboración propia con datos del Ministerio de Salud y Protección social.

De esta manera, el 31% de la población en situación de discapacidad se encontraba con una incapacidad permanente y sin acceso a pensión. De cerca encontramos a las personas en situación de discapacidad que, en un 18% de los casos, se dedican a los oficios del hogar. Estos dos datos demuestran que, en el país, casi el 50% de las personas en situación de discapacidad se encuentran excluidas de cualquier tipo de actividad laboral o educativa y no devengan ningún ingreso. De esta manera, la exclusión y la informalidad caracterizan el mercado laboral de las personas en situación de discapacidad.

Así las cosas, es de suma importancia resaltar que, para 2015, solo 158.559 personas en condición de discapacidad trabajaban, lo cual significa que, del total de los discapacitados, apenas el 13% estaban, de alguna forma, empleados. Por su parte, se estimaba que, para 2015, 51.890 personas en situación de discapacidad se encontraban buscando trabajo. Desagregando por sexo, se evidencia que las mujeres en situación de discapacidad reportan mayores barreras de acceso al mercado laboral.

Gráfico 10. Personas en situación de discapacidad según su actividad y por sexo



Fuente: elaboración propia con datos del DANE.

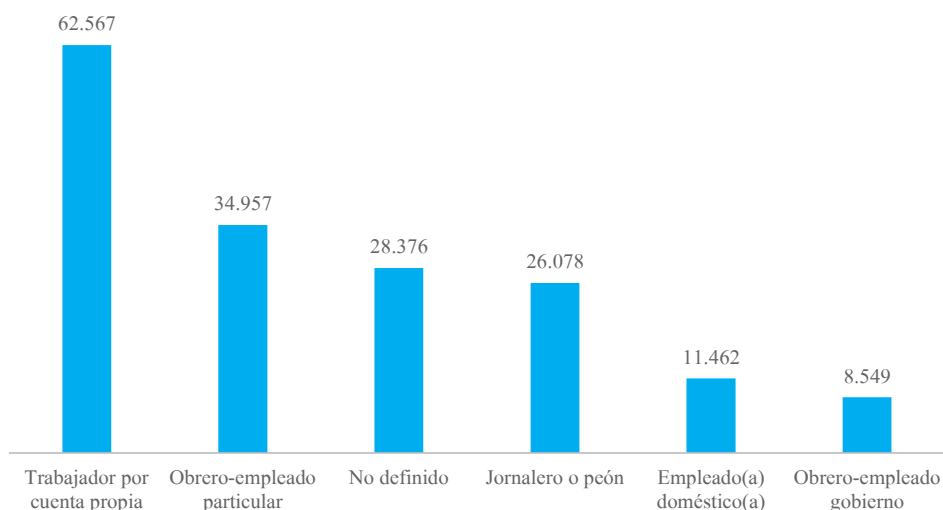
Lo anterior demuestra que los hombres en situación de discapacidad cuentan con una mayor participación en las labores productivas y generan algún tipo de ingreso. Por su parte, para las mujeres en situación de discapacidad es visible que las principales actividades que desempeñan son la economía del cuidado y las labores del hogar.

En este orden de ideas, de la población en situación de discapacidad que se encontraba trabajando o realizando una actividad económica para generar ingresos, el sector que más número de empleos genera en este sentido es el

sector de servicios, donde se vincularon, aproximadamente, 40.659 personas en situación de discapacidad (26%), en su mayoría mujeres. Además de las otras actividades (24%), el sector de agricultura se ubicó en tercer lugar con una participación de 35.776 personas (23%), donde es evidente que las labores son realizadas, en su mayoría, por los hombres. En cuarto lugar, 29.104 de personas en situación de discapacidad se dedicaron a actividades relacionadas al sector de comercio (19%), en el cual los hombres siguen teniendo una mayor participación que las mujeres. En las actividades de tipo industrial hay un estimado de tan solo 9.593 personas en situación de discapacidad (6%), representado, en su mayoría, por hombres.

Un reflejo de la poca inclusión laboral formal de la población en situación de discapacidad se muestra en el gráfico 11, en donde se evidencian las formas de trabajo de quienes realizan algún tipo de actividad para percibir ingresos.

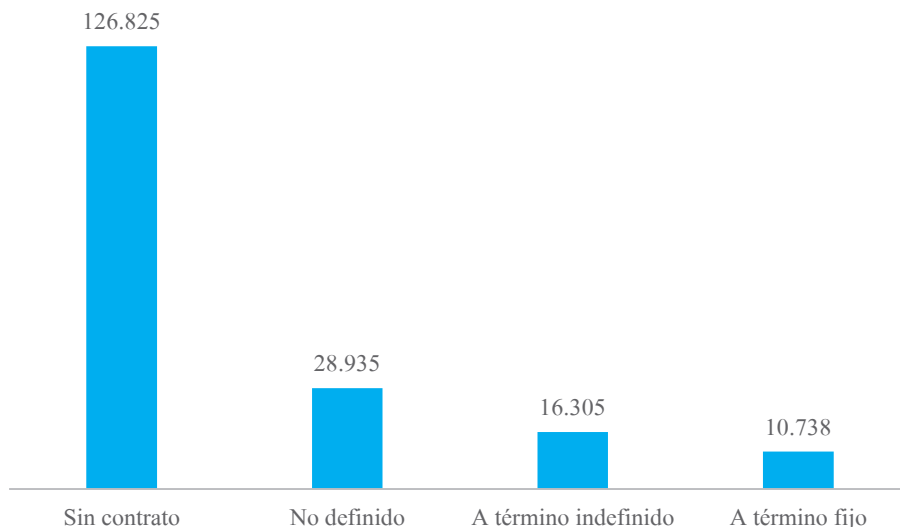
Gráfico 11. Personas en situación de discapacidad según tipo de trabajo



Fuente: Elaboración propia con datos del Ministerio de Salud y Protección social.

De este modo, se evidencia una tendencia a la informalidad de los trabajadores en situación de discapacidad. Ella se hace aún más notable si nos detenemos en el tipo de contrato a través del cual las personas en situación de discapacidad se encuentran vinculadas al trabajo.

Gráfico 12. Personas en situación de discapacidad según tipo de contrato

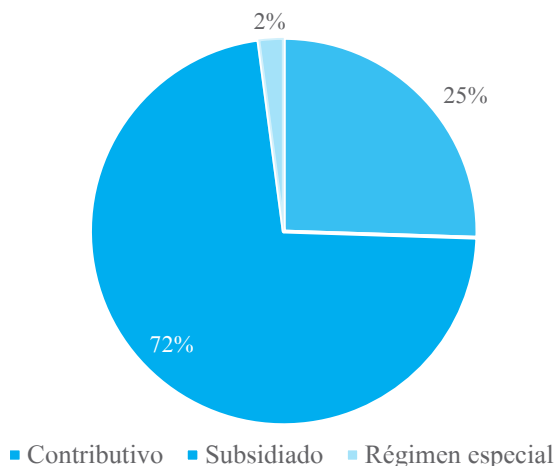


Fuente: elaboración propia con datos del Ministerio de Salud y Protección social.

Preocupa el número significativo de personas en situación de discapacidad que trabajan sin ningún tipo de contrato o que no definen el tipo de vinculación. Esto necesariamente se expresa en altos índices de trabajo informal y en ausencia de garantías para el trabajo decente.

Como corolario de lo anterior, el panorama general de personas en situación de discapacidad según tipo de afiliación al sistema de seguridad social es desalentador.

Gráfico 13. Personas en situación de discapacidad según tipo de afiliación al sistema de seguridad social



Fuente: elaboración propia con datos del DANE.

Se desprende de todo lo dicho que, frente a la población en situación de discapacidad, las políticas públicas en materia de empleo deberían orientarse a favorecer medidas de flexibilización que fomenten el trabajo formal y la inserción laboral de esta población, lo cual redundaría en posibilidades de acceso al régimen contributivo de seguridad social.

Pues bien, dicho esto y llevando el análisis al plano normativo, encontramos que, en materia de derechos humanos, existe regulación expresa, a nivel internacional, a propósito de la protección de las personas en situación de discapacidad. Los faros normativos están dados, por una parte, por los artículos 3 y 5 de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 1999, así como por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006.

El *Soft Law*, a este respecto, es bastante profuso: la Declaración de los derechos del retrasado mental de 1971, la Declaración de los derechos de los impedidos de 1975, la Declaración de *Sund Berg* de Torremolinos de la UNESCO de 1981, El Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad de 1982, la Declaración de las Naciones Unidas para las personas con limitación de 1983, los Principios para la Protección de los Enfermos

Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de 1991, las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad de 1993, la Resolución sobre la Situación de las Personas con Discapacidad en el Continente Americano de 1993, la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, la Resolución sobre la Situación de los Discapacitados en el Continente Americano de 1995, el Compromiso de Panamá con las Personas con Discapacidad en el Continente Americano de 1996, entre otros referentes.

Las normas internacionales sobre el derecho del trabajo también regulan lo pertinente, cobrando especial relevancia los artículos 3 y 4 del Convenio 159 de 1983 la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas. A su turno, las recomendaciones 99 de 1955 de la OIT sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos y 168 de 1983 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, sirven de criterios interpretativos.

En el plano nacional, la Constitución Política de 1991, a través de los 1 (principio de solidaridad), 13 (igualdad y debilidad manifiesta), 47 (rehabilitación e integración de disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos), 53 (principios laborales), 54 (derecho al trabajo de los minusválidos) y 95-2 (principio de solidaridad) brinda especial protección a la población en situación de discapacidad.

La principal concreción de todos estos desarrollos normativos viene dada por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, declarado condicionalmente exequible mediante las sentencias C-531 de 2000, C-744 de 2012 y C-458 de 2015 de la Corte Constitucional. El artículo 26 de la Ley 361 establece:

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

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

Los efectos de esta disposición se extienden, a partir de la Sentencia T-1040 de 2001, a las personas con debilidad manifiesta por razones de salud, incluyendo el sector privado.

Cuadro 8. Estabilidad ocupacional reforzada por razones de salud

Fuero de salud	
Supuesto de hecho	Consecuencias jurídicas
Desvinculación (despido o no renovación) atribuible exclusivamente al empleador y sin autorización del Inspector de Trabajo, respecto de una persona en situación de discapacidad, invalidez o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud, y en razón o a pesar de dicho estado (nexo causal).	Ineficacia de la terminación contractual y reintegro del trabajador a un cargo acorde con sus condiciones de salud. Si se requiere, el empleador deberá capacitar al trabajador en las tareas de su nuevo cargo³⁷. La jurisprudencia constitucional no ha sido uniforme al determinar, cabalmente, las consecuencias jurídicas que se siguen del supuesto de hecho. Así, las decisiones de tutela han variado en órdenes del siguiente tenor: a) La ineficacia de la desvinculación, el reintegro del trabajador, una indemnización equivalente a 180 días de salario, el pago de los salarios, las prestaciones y los

³⁷ En algunos casos, sobre todo en el sector público, la Corte Constitucional ha ordenado al empleador realizar adecuaciones locativas a efectos de que se habilite un espacio de trabajo sin discriminaciones. Incluso, el Tribunal Constitucional ha dispuesto que se implemente la práctica del teletrabajo (T-254 de 2016).

	demás emolumentos laborales dejados de percibir desde el momento de terminación del contrato y hasta que se materialice el reintegro (T-405 de 2015, entre otras)³⁸. b) La ineficacia de la desvinculación y el reintegro del trabajador, sin sanción indemnizatoria (T-1219 de 2005, T-554 de 2009, T-784 de 2009, T-019 de 2011, T-111 de 2012, T-313 de 2012, T-986 de 2012³⁹, T-302 de 2013, T-597 de 2014⁴⁰ y T-503 de 2015, T-703 de 2016)⁴¹. c) La ineficacia de la desvinculación, el reintegro del trabajador y una indemnización equivalente a 180 días de salario (T-351 de 2015, T-461 de 2015, T-106 de 2015, T-141 de 2016, T-594 de 2015, T-041 de 2014, T-754 de 2012⁴², T-663 de 2011, T-125 de 2009)⁴³.
--	--

³⁸ Esta ha sido, sin lugar a dudas, la tendencia predominante en lo que respecta a las órdenes impartidas por la Corte Constitucional a fin de proteger el derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada.

³⁹ En este caso la Corte solo ordenó el reintegro porque estaba demostrado que el empleador había actuado de buena fe al despedir a un enfermo de VIH con total desconocimiento de su estado de salud.

⁴⁰ Con ponencia del magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, en esta sentencia solo se ordena el reintegro por cuanto dicho magistrado ha sostenido una posición minoritaria, según la cual, en los casos de debilidad manifiesta por razones de salud, la protección se deriva directamente de la Constitución Política, motivo por el cual, en atención al principio de legalidad sancionatoria, la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no resulta aplicable. Igual sucede en la Sentencia T-703 de 2016.

⁴¹ En general, solo se ordena el reintegro cuando la tutela procede como mecanismo transitorio. Posteriormente se desarrollará en qué casos opera esta figura (núm. 2.2.).

⁴² Considerando la edad de la accionante, la Corte Constitucional valoró que, “al estar próxima a pensionarse (pues le hacen falta dos años y medio para cumplir con los requisitos establecidos en la Ley 790 de 2002 y 812 de 2003), le asiste el derecho a que se le respeten las expectativas legítimas respecto de las condiciones en las cuales aspira a recibir su pensión,

	d) La ineficacia de la desvinculación, el reintegro del trabajador, el pago de los salarios, las prestaciones y los demás emolumentos laborales dejados de percibir desde el momento de terminación del contrato y hasta que se materialice el reintegro (T-632 de 2004, T-516 de 2011, T-372 de 2012, T-773 de 2013, T-106 de 2015, T-320 de 2016). Por otro lado, en algunos casos particulares se ha dispuesto: a) La afiliación y el pago de las cotizaciones en materia de seguridad social hasta tanto se resuelva en la justicia ordinaria la existencia o inexistencia del contrato de trabajo y la procedencia o no del reintegro (T-041 de 2014)⁴⁴. b) El pago de los salarios, las prestaciones y los demás
--	---

como resultado de su trabajo, pues de lo contrario se estarían modificando las circunstancias objetivas establecidas en el ordenamiento jurídico para obtener su derecho pensional, lo cual es a todas luces regresivo y contrario a la Constitución”.

⁴³ En estos casos la Corte Constitucional estimó que la acción de tutela era procedente como mecanismo transitorio de protección hasta tanto se interponga y resuelva la acción laboral de reintegro. Así, la discusión sobre el pago de los salarios, las prestaciones y los demás emolumentos laborales dejados de percibir desde el momento de la terminación contractual es de competencia de la jurisdicción ordinaria, la cual, asimismo, debe resolver acerca de la procedencia o improcedencia definitiva del reintegro. En general, en estas sentencias la Corte Constitucional requirió al trabajador para que, en un plazo de cuatro meses contados a partir de la notificación de la sentencia de tutela, interpusiese ante la justicia ordinaria la acción laboral de reintegro, so pena de la pérdida de vigencia de la protección constitucional.

⁴⁴ Se trata de un caso particular en el cual la Corte Constitucional estimó que, ante la ausencia de prueba que permitiese demostrar la existencia del vínculo laboral, se imponía al empleador, en desarrollo del principio de solidaridad, la obligación de realizar la afiliación y las cotizaciones en materia de seguridad social hasta tanto la justicia laboral resolviese acerca de la existencia o inexistencia del contrato de trabajo.

	emolumentos laborales dejados de percibir desde el momento de terminación del contrato y hasta que se reconozca y pague la pensión de invalidez correspondiente (T-642 de 2010)⁴⁵. En suma y en síntesis, como lo ha aclarado la misma Corte Constitucional, las consecuencias jurídicas pueden ser diversas, en tanto que “La finalidad de esta protección ha sido asumida desde distintas perspectivas, según sea el caso, pues se ha entendido que ella se dirige primordialmente a (i) evitar que la desvinculación laboral se origine en un acto de discriminación, (ii) equilibrar las cargas en favor de un sujeto que requiere un tratamiento especial con sustento en la igualdad material, (iii) garantizar la continuidad en el tratamiento de salud y en casos excepcionales y (iv) materializar el principio de solidaridad del ordenamiento constitucional” (T-521 de 2016).
Relaciones en que aplica	Jurisprudencia de referencia
Todas las modalidades de vinculación: contrato de trabajo y contrato de prestación de servicios (T-1210 de 2008, T-490 de 2010, T-292 de 2011 ⁴⁶ , T-988 de 2012, T-	Sentencias C-531 de 2000, T-1040 de 2001 y SU-049 de 2017, entre otras.

⁴⁵ Es, asimismo, un caso *sui generis* en el cual la Corte Constitucional se abstuvo de ordenar el reintegro del trabajador en tanto que este había perdido más del 50% de su capacidad laboral. Por ello, el Tribunal Constitucional obligó al empleador a seguirle pagando el salario al trabajador aun cuando este ya no podía trabajar materialmente para él, y hasta tanto se hiciese efectiva la pensión de invalidez.

⁴⁶ En esta decisión se produjo un cambio jurisprudencial, pues se consideró que la protección solo era pertinente si el contrato de prestación de servicios ocultaba, realmente, un contrato

029 de 2016, T-040 de 2016, SU-049 de 2017), miembros de cooperativas de trabajo asociado, contratos de empresas de servicios temporales, vinculaciones por relación legal o reglamentaria (T-141 de 2016) e, incluso, cargos de libre nombramiento y remoción (T-530 de 2005, T-372 de 2012) ⁴⁷ .	
---	--

Vale la pena aclarar que, en este supuesto, estamos en presencia de una verdadera estabilidad *ocupacional* reforzada. En esta medida, la protección se extiende no solo a las relaciones laborales de carácter dependiente, sino, también, a cualquier tipo de alternativa productiva propiamente dicha, con independencia de que esta oculte o no un contrato laboral en la realidad (SU-049 de 2017).

laboral. Posteriormente, mediante la Sentencia SU-049 de 2017, la Corte Constitucional estimó que “La estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad”.

⁴⁷ La Corte Constitucional determinó que la estabilidad laboral reforzada de las personas con discapacidad aplica, inclusive, en aquellos casos en donde la naturaleza del vínculo implica una estabilidad precaria. En general, el Tribunal Constitucional ha establecido las siguientes reglas: “(i) la estabilidad laboral reforzada para personas en situación de debilidad manifiesta por su estado de salud aplica para cualquier opción productiva, bien sea laboral o civil; (ii) cuando el juez de tutela encuentra evidencia de que un contrato de prestación de servicios encubre una verdadera relación laboral, declarará el contrato realidad, ordenará el reintegro y condenará al pago de la indemnización de 180 días de salario; y (iii) cuando el juez de tutela no tiene los elementos suficientes para declarar la configuración del contrato laboral, pero (a) evidencia que las condiciones especiales del accionante -edad- requieren la actuación del juez constitucional y (b) determina que la no prórroga del contrato fue consecuencia del estado de salud del contratista; (c) adoptarán las medidas necesarias para que cese la vulneración (...)”. Asimismo, “(i) si se declara el contrato realidad y se configura un despido en razón de la discapacidad, se deberá ordenar el reintegro y se condenará al pago de la indemnización de 180 días de salario; y (ii) si no se demuestra la existencia de un contrato laboral, es necesario probar que: (a) la situación de debilidad manifiesta del accionante requiere la actuación urgente del juez de tutela con el fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable y (b) que sea evidente que la no renovación del contrato fue consecuencia del estado de salud del contratista; cumplidos los requisitos, el juez de tutela proferirá las órdenes que considere necesarias para superar la vulneración” (T-040 de 2016).

La Corte Constitucional ha aclarado que la protección constitucional procede, también, en los casos de despidos indirectos. Ahora bien, si en el proceso de tutela no se encuentra probada la coacción o la amenaza hacia el trabajador que renuncia, no hay lugar al amparo, en la medida en que la terminación del contrato debe provenir, exclusivamente, del trabajador (T-405 de 2015 y T-457 de 2010). En esta misma línea, el Tribunal Constitucional también ha expresado que la protección reforzada se activa, también, en las terminaciones contractuales de mutuo acuerdo, de suerte que, aun en estos eventos, deberá solicitarse autorización del Ministerio del Trabajo (T-217 de 2014). En este último supuesto el Inspector del Trabajo deberá verificar que el trabajador conoce los derechos inherentes a su condición de salud y, a su turno, constatará que las razones para dar por terminado el contrato de trabajo no obedecen a motivos discriminatorios.

Por otra parte, el procedimiento de autorización se encuentra resumido en el Concepto 363455 del 30 de diciembre de 2010 del Ministerio de la Protección Social⁴⁸. Los problemas asociados a este procedimiento no se restringen a su excesiva demora. En verdad, existe una confusión entre aquello que le compete al Inspector del Trabajo y aquello que es de competencia exclusiva de los jueces laborales. Así, en virtud de lo establecido en el artículo 486 C.S.T., el Inspector del Trabajo no tiene competencia para definir derechos individuales o solucionar controversias. Pese a este mandato legal, la jurisprudencia constitucional ha sostenido una posición contraria. El Ministerio del Trabajo ha venido defendiendo una posición al margen de la jurisprudencia constitucional, según la cual solo se requiere de autorización en aquellos eventos en que el empleador pretende dar aplicación al numeral 13 del artículo 62 del C.S.T. En este sentido, para la autoridad administrativa, a diferencia de lo que ha dicho la Corte Constitucional, solo se precisa de autorización cuando el empleador pretende desvincular a un trabajador aduciendo su ineptitud para realizar la labor encomendada. Para mayor información puede verse, en detalle, el

⁴⁸ Según este concepto, al solicitar la autorización, el empleador debe anexar un: “Concepto, certificación o dictamen mediante el cual el tratamiento de rehabilitación culminó, no existe posibilidad de culminarse o no es procedente”. Es esta una contradicción notoria. No tiene sentido que al empleador se le exija esto, ya que, como sabemos, al trabajador no se le exige calificación o dictamen médico para demostrar su condición y para que proceda la protección constitucional.

“Procedimiento de autorización de terminación del vínculo laboral o de trabajo asociativo a trabajadores con discapacidad” (Ministerio del Trabajo, 2013b)⁴⁹.

Más recientemente el Ministerio del Trabajo ha insistido en que su competencia, de acuerdo con el Decreto 4108 de 2011, se reduce a “decidir la solicitud de autorización de despido”, eso sí:

(...) sin adentrarse en las justas causales de despido, sino en el grado de discapacidad y su afectación en el trabajo que esta situación conlleva, previo el estudio del cumplimiento de las obligaciones que como Empleador tuvo que realizar en forma previa, aludidas con antelación, todo ello bajo los parámetros que respecto de la población vulnerable y la nueva concepción de discapacidad ha señalado la H. Corte Constitucional, respecto de estas temáticas como máxima autoridad en la interpretación de las premisas constitucionales y las normas que reflejan la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores (Ministerio del Trabajo, 2016, pág. 9).

De este modo, conviene advertir que, en los casos en que opera el vencimiento del contrato a término fijo o de prestación de servicios, así como el cumplimiento de la obra o labor contratada, el Inspector de Trabajo debe verificar, para conceder la autorización, que han desaparecido las causas objetivas que le dieron origen a la relación laboral (T-344 de 2016, T-188 de 2017). En algunos casos se han considerado más requisitos, a saber: “que: (i) el vínculo contractual haya sido renovado en varias oportunidades; (ii) el objeto del contrato siga siendo requerido por el empleador dado que está relacionado con el giro ordinario del negocio” (T-419 de 2016). Así, para conceder o denegar la autorización, le corresponde al Inspector de Trabajo verificar “en la terminación de los contratos a término fijo, no sólo el advenimiento del plazo pactado, sino también si subsisten las causas, la materia del trabajo y si el empleado ha cumplido cabalmente y dentro de lo que resulte posible con sus obligaciones, y en caso afirmativo deberá denegar la autorización. Lo mismo, en el caso de los contratos de obra o labor, deberá advertir si en *realidad* existe un contrato a término indefinido, o si existe uno por obra o labor, y en este último caso si han cesado las razones que lo originaron, y según el caso deberá proceder a definir si la terminación fue adecuada o si sólo lo fue en apariencia,

⁴⁹ Un análisis referido a este procedimiento administrativo puede verse en García y Lopera (2015).

porque en realidad supuso una discriminación lesiva de los derechos del trabajador” (T-837 de 2014).

Al margen de lo anterior, en algunos eventos los empleadores han solicitado la autorización ante la autoridad administrativa, pero, ante las demoras, adoptan la decisión de terminar la relación contractual sin que ella se haya surtido. De esta manera, si la solicitud de autorización para la terminación del contrato está en curso, la Corte Constitucional ha ordenado a la autoridad administrativa que, en el término de 15 días, dé respuesta a esta (T-313 de 2012). En todo caso, para la Corte, “ninguna actuación del empleador torna en eficaz el despido de un trabajador en situación de discapacidad si no existe autorización de la autoridad competente” (T-313 de 2012, T-447 de 2013).

Por otra parte, hay que decir que, en lo que corresponde a la demostración del supuesto fáctico, en algunos casos la Corte Constitucional ha exigido prueba fehaciente del nexo causal que debe existir entre la patología y la desvinculación (T-141 de 2016). Por el contrario, en la mayoría de los casos este nexo se ha presumido y le corresponde al empleador desvirtuar el carácter discriminatorio del despido (T-040 de 2016, T-057 de 2016)⁵⁰, para lo cual, ha dicho el Tribunal Constitucional, basta con una prueba sumaria de la falta de conexidad entre la decisión de desvinculación del trabajador y su patología (T-647 de 2015). En otros casos, incluso, se ha dicho que, aunque el despido carece de nexo causal porque, por ejemplo, el empleador desconoce el estado de salud del trabajador, procede el reintegro del trabajador (T-313 de 2012). De hecho, los pronunciamientos más recientes de la Corte Constitucional han hecho notar que:

(...) la protección constitucional reforzada no depende del conocimiento del empleador, como quiera que la circunstancia que da lugar a esa forma especial de

⁵⁰ En algunos casos la Corte Constitucional ha señalado que terminaciones de este tipo no solo violan el derecho a la estabilidad laboral reforzada, sino, también, los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital, a la salud y a la seguridad social del peticionario y su familia (T-341 de 2012, T-344 de 2016). Afirmaciones de este tipo podrían tener serias implicaciones para la responsabilidad civil del empleador y la prueba de perjuicios más graves susceptibles de ser indemnizados (C-1507 de 2000).

amparo es un hecho objetivo. Así, el conocimiento del empleador será determinante para fijar el grado de protección, mas no la protección misma (T-029 de 2016)⁵¹.

Por otra parte, en la Sentencia T-434 de 2008 la Corte Constitucional consideró que, aun en el evento en que el empleador logre demostrar que el despido no se trató de una conducta discriminatoria, esto es, que no se produjo en razón de la patología del trabajador, ello no lo exonera de su responsabilidad. En ausencia del nexo causal, en efecto, es posible que el despido haya obedecido “a un cambio estructural en la planta de personal con la consecuente supresión del cargo ocupado por el afectado (o en procesos de reestructuración de pasivos, liquidación forzosa, etc.)”, pero, aun así, se viola el derecho del trabajador cuando el despido se realiza no en razón, sino “a pesar” de su condición de salud y con conocimiento de la misma. Por ello, en desarrollo del principio de igualdad, “no podía la empresa utilizar la facultad de despido sin justa causa frente al peticionario, como lo hiciera frente a otros empleados que se encontraban en buena condición de salud”.

Asimismo, en lo que respecta a las consecuencias jurídicas, en algunas hipótesis, al momento del reintegro, la Corte Constitucional ha facultado a que el empleador compense el monto pagado por concepto de indemnización por despido sin justa causa con los valores a cancelar al momento del reintegro (T-198 de 2006. T-661 de 2006, T-361 de 2008, T-251 de 2016, T-368 de 2016). En otros eventos, el Tribunal Constitucional ha ordenado que el pago de los salarios, las prestaciones, la indemnización y los demás emolumentos laborales se realice a valores actualizados de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) vigente a la fecha de causación de estas obligaciones (T-251 de 2016⁵²).

⁵¹ No obstante, en la Sentencia T-317 de 2017 la Corte Constitucional exige del conocimiento del empleador: “Tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada, todos los trabajadores que presenten alguna disminución física, sensorial o psíquica siempre que el empleador tenga conocimiento de esta circunstancia, y que la desvinculación se hubiere efectuado sin autorización del Ministerio de Trabajo”. En igual sentido puede verse la Sentencia T-161 de 2017.

⁵² En este y en algunos otros eventos, la Corte ordenó el reintegro del trabajador de conformidad con un contrato a término indefinido, pese a que el vínculo original estaba dado a término fijo.

Finalmente, hay que decir que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de las personas en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud no se reduce a la prohibición de despidos discriminatorios. De la estabilidad ocupacional reforzada, ha dicho la jurisprudencia constitucional, también se deriva el derecho que tiene el trabajador de ser reubicado en un puesto que pueda desempeñar conforme a sus condiciones de salud (T-203 de 2017). Allí cobran especial relevancia las recomendaciones médicas para el ejercicio del cargo, las cuales deben ser siempre atendidas por el empleador⁵³.

Esta *reubicación*, ha expresado la Corte Constitucional, no puede implicar una reducción de los beneficios a los que tenía derecho el trabajador, de suerte tal que el cargo en el cual este es reubicado debe reportarle prerrogativas iguales o superiores al que cargo venía desempeñando, de suerte tal que no se vea afectada “la vida digna y el mínimo vital” del trabajador (T-960 de 2009).

2.5. Personas próximas a pensionarse

No es fácil establecer el número exacto de trabajadores que, en Colombia, podrían ostentar la condición de personas próximas a pensionarse⁵⁴. Echando mano de la información de la Superintendencia Financiera y de Asofondos, vemos que, en nuestro país, en los últimos tres años se han pensionado, en promedio, 55.245 personas cada anualidad. Si realizamos una proyección con este promedio, tendríamos que, para cada año, aproximadamente 165.735 personas contaron con la protección laboral reforzada debido a su condición de prepensionados.

Esta protección se ha construido a partir de diferentes fuentes normativas. El artículo 17 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el artículo 18 de la Convención Interamericana sobre la

⁵³ En la Sentencia T-203 de 2017 la Corte Constitucional ordenó la reubicación del trabajador bajo el entendido de que la empresa demandada tenía la capacidad de reasignarlo en un cargo distinto, como quiera que disponía de un programa especial para tal fin. A partir de la existencia de este programa la Corte concluyó que la reubicación no desbordaba la capacidad del empleador ni impedía excesivamente el desarrollo de su actividad económica.

⁵⁴ Un análisis más detallado sobre este particular puede verse en el artículo de Duque, Gómez y Villadiego (2012).

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

Los efectos de esta disposición se extienden, a partir de la Sentencia T-1040 de 2001, a las personas con debilidad manifiesta por razones de salud, incluyendo el sector privado.

Cuadro 8. Estabilidad ocupacional reforzada por razones de salud

Fuero de salud	
Supuesto de hecho	Consecuencias jurídicas
Desvinculación (despido o no renovación) atribuible exclusivamente al empleador y sin autorización del Inspector de Trabajo, respecto de una persona en situación de discapacidad, invalidez o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud, y en razón o a pesar de dicho estado (nexo causal).	Ineficacia de la terminación contractual y reintegro del trabajador a un cargo acorde con sus condiciones de salud. Si se requiere, el empleador deberá capacitar al trabajador en las tareas de su nuevo cargo³⁷. La jurisprudencia constitucional no ha sido uniforme al determinar, cabalmente, las consecuencias jurídicas que se siguen del supuesto de hecho. Así, las decisiones de tutela han variado en órdenes del siguiente tenor: a) La ineficacia de la desvinculación, el reintegro del trabajador, una indemnización equivalente a 180 días de salario, el pago de los salarios, las prestaciones y los

³⁷ En algunos casos, sobre todo en el sector público, la Corte Constitucional ha ordenado al empleador realizar adecuaciones locativas a efectos de que se habilite un espacio de trabajo sin discriminaciones. Incluso, el Tribunal Constitucional ha dispuesto que se implemente la práctica del teletrabajo (T-254 de 2016).

Relaciones en que aplica	Jurisprudencia de referencia
Contratos de trabajo.	Sentencias SU-897 de 2012, T-824 de 2014, T-357 de 2016 y T-638 de 2016 de la Corte Constitucional.

Conviene precisar que, en las sentencias de tutela la Corte Constitucional, el Tribunal no entra a discutir acerca de la justeza de la causa que motiva el despido. En los casos analizados jurisprudencialmente las terminaciones contractuales obedecieron al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Sin embargo, en todos ellos la Corte Constitucional determinó que el simple cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión de vejez no constituye una justa causa objetiva de terminación del contrato. En tal sentido, el empleador debe garantizar que no exista solución de continuidad entre el retiro y el reconocimiento y goce efectivo de la pensión de vejez del trabajador, lo que solo se produce cuando este es incluido en la nómina de pensionados (C-1037 de 2003 y T-693 de 2015). De manera que, si el despido se produce antes de que al trabajador se le incluya en nómina de pensionados, se presume que este estuvo motivado por la edad (T-638 de 2016).

Por otro lado, se desconocen casos en los que se haya producido un despido sin justa causa en razón de la avanzada edad del trabajador próximo a pensionarse, sin embargo, es de suponer que en estos casos también opera la protección reforzada. En los demás eventos de despidos con o sin justa causa que no se produzcan en razón de la edad del trabajador consideramos que no debe operar esta figura.

De cualquier manera, a diferencia de otras hipótesis de estabilidad laboral reforzada, en ninguno de los casos en que se ordena el reintegro a un empleador del sector privado la Corte Constitucional ha ordenado que este se surta sin solución de continuidad.

Cabe anotar que, en los contratos de trabajo a término fijo y por obra o labor contratada, no resulta claro que, al vencimiento de los mismos, se active la protección reforzada. En la Sentencia T-269 de 2017 la Corte Constitucional, pronunciándose sobre el caso de un servidor público vinculado de manera temporal, estimó que este fuero no operaba en atención a la naturaleza misma

de la vinculación. Así, el Tribunal Constitucional consideró que: “Las personas que son nombradas en un empleo transitorio no deben generar expectativas infundadas sobre una connotación de permanencia en el vínculo (...)”, de manera tal que este argumento puede ser traslapado, no sin problemas, al sector privado⁵⁵.

2.6. Reclamantes y testigos de acoso laboral

No se cuenta con un dato oficial actualizado que dé cuenta, en general, de las estadísticas de acoso laboral. El dato más reciente sobre acoso laboral lo encontramos para el primer trimestre del 2014, en el cual se presentaron, ante el Ministerio del Trabajo, un total de 309 denuncias por este concepto, donde 155 fueron presentadas por mujeres y 146 por hombres, mientras que el resto se presentaron de forma anónima, por sindicatos o de oficio. Así las cosas, como veremos, las víctimas y testigos de estas denuncias potencialmente serían beneficiarios de esta protección laboral reforzada.

De este modo, en el renglón normativo, a diferencia de lo que ocurre en los anteriores supuestos de estabilidad laboral reforzada, las normas de *Hard Law* sobre esta materia no son claramente identificables. En todo caso, un parámetro interpretativo es la Carta de principios fundamentales de los ordenamientos laborales de 1998 de la OIT. En general, como todo trabajador, las normas constitucionales que sirven de referente son los artículos 25 (derecho al trabajo) y 53 (principios laborales) de la Constitución Política de 1991.

A nivel legal, el fundamento normativo está consagrado, expresamente, en el artículo 11 de la Ley 1010 de 2006. En cuanto a los desarrollos jurisprudenciales, cabe anotar que este caso de estabilidad laboral no ha sido objeto de protección vía de tutela, por cuanto la Corte Constitucional ha señalado que, en estos eventos, existen procedimientos ordinarios que deben ser agotados (T-882 de 2006 y T-238 de 2008), de modo que la acción de tutela resulta improcedente.

⁵⁵ Decimos que no sin problemas en tanto que en la Sentencia T-685 de 2016 la Corte Constitucional amparó el derecho de un funcionario de libre nombramiento y remoción en atención a su calidad de prepensionado. Este fundamento normativo resulta discordante con lo definido en la Sentencia T-269 de 2017.

Cuadro 10. Estabilidad laboral reforzada por fuero de acoso laboral

Fuero de acoso laboral	
Supuestos de hecho	Consecuencias jurídicas
La terminación unilateral del contrato de trabajo del testigo o de la víctima que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la Ley 1010 de 2006. La protección se extiende durante los seis meses siguientes a la petición o queja de acoso, siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento.	Ineficacia del despido y reintegro del trabajador, lo que supone la continuación del vínculo contractual a nivel salarial, prestacional y de seguridad social.
Relaciones en que aplica	Jurisprudencia de referencia
Contratos de trabajo.	Sentencias T-882 de 2006 y T-238 de 2008 de la Corte Constitucional.

De acuerdo con el párrafo del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, esta garantía de estabilidad laboral reforzada no aplica para los despidos autorizados por el Inspector del Trabajo ni para las sanciones disciplinarias que se dicten como consecuencia de procesos iniciados antes de la denuncia o queja de acoso laboral.

Aunque la norma no califica la justeza de la terminación del contrato, debe entenderse que, durante este período, no se prohíben los despidos con justa causa, puesto que la finalidad de la disposición legal es evitar actos de retaliación. Sin embargo, algunos interpretan en el párrafo del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006 una prohibición extensiva, incluso, respecto de los despidos con justa causa, a menos de que estos obedezcan a procesos anteriores a la presentación de la queja o denuncia de acoso.

Esta hipótesis de estabilidad laboral reforzada se encuentra:

(...) supeditada a que la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento, de tal forma que hasta cuando no se produzca dicha decisión, no surge dicha estabilidad. Sin embargo, debe tener en cuenta que, de llegarse a dar por terminado el contrato de trabajo del presunto acosado, y ante el inicio del proceso laboral que pueda iniciar, bien podría el Señor Juez Laboral llegar a discrepar de los resultados de la actividad adelantada por el comité de convivencia, por lo que se podrían dar, las consecuencias normativas dispuestas (sic) (Ministerio de Protección Social, Concepto 208114 del 15 de julio de 2011).

Para cerrar nuestros comentarios, recordemos que, en la jurisprudencia constitucional, no existen casos que se hayan fallado de fondo a propósito de este tipo de estabilidad laboral reforzada. Los pocos casos de estabilidad laboral reforzada relacionados con acoso laboral han sido resueltos por la Corte Constitucional haciendo uso de otros fueros. Así, en muchas ocasiones, el Tribunal Constitucional ha estimado que el despido de personas discapacitadas o en condición de debilidad manifiesta por razones de salud constituye o tiene por antecedente una situación de acoso laboral.

2.7. Víctimas de secuestro, toma de rehenes y desaparición forzada

Al igual que mencionábamos en el supuesto anterior, no existen, en el escenario internacional, normas que particularmente tributen una especial protección laboral a las víctimas de estos delitos. Por ende, los análisis más profundos tendrían por base los artículos 25 (derecho al trabajo), 53 (principios laborales) y 95-2 (principio de solidaridad) de la Constitución Política de Colombia.

En términos legales, el fundamento normativo viene consignado en el artículo 15 de la Ley 986 de 2005. Aunque inicialmente la protección se refería a víctimas de secuestro, la Sentencia C-394 de 2007 de la Corte Constitucional hizo extensiva esta protección a las víctimas de toma de rehenes y desaparición forzada. La Sentencia C-613 de 2015 avaló, en general, protecciones constitucionales de esta naturaleza.

En las sentencias T-566 de 2005 y T-1131 de 2008 la Corte Constitucional, aunque no se pronuncia de fondo sobre este caso de estabilidad laboral, determinó que se requiere demostración plena de la ocurrencia del delito para que esta figura opere.

Cuadro 11. Estabilidad laboral reforzada por fuero de víctimas de delitos contra la libertad individual

Fuero de víctimas de delitos contra la libertad individual	
Supuesto de hecho	Consecuencias jurídicas
Desvinculación de cualquiera de las siguientes personas:	Las consecuencias jurídicas, para cada una de las hipótesis, son las siguientes:
a) Trabajadores víctimas de secuestro, toma de rehenes y desaparición forzada, vinculados laboralmente a término indefinido; desde el momento del hecho delictivo y hasta cuando este cese, se obtenga la pensión de vejez, se compruebe o se declare la muerte presunta del trabajador; lo que ocurra primero.	a) y b) La norma no prevé consecuencia jurídica sancionatoria, pues solamente establece que, durante este período, el empleador deberá cancelar los salarios y las prestaciones sociales del trabajador. La Corte Constitucional ha ordenado a los empleadores el pago de estos emolumentos.
b) Trabajadores víctimas de secuestro, toma de rehenes y desaparición forzada, vinculados laboralmente a término fijo; desde el momento del hecho delictivo y hasta que se cumpla el vencimiento del contrato*, cese el delito, obtenga la pensión de vejez, se compruebe o se declare la muerte presunta del trabajador; lo que ocurra primero.	c) La norma no prevé una consecuencia jurídica, pues solamente establece una prohibición general de despido durante el período de estabilidad laboral. Sin embargo, se podría inferir que el incumplimiento de este mandato dará lugar a la ineficacia del despido.

c) Trabajadores víctimas de secuestro, toma de rehenes y desaparición forzada con contrato laboral vigente al momento de cesación del delito, por un período equivalente a la duración del hecho punible, sin que este exceda un año contado a partir del momento de cesación del mismo.	
Relaciones en que aplica	Jurisprudencia de referencia
Contrato de trabajo y contrato de prestación de servicios (sector público), miembros de cooperativas de trabajo asociado, contratos de empresas de servicios temporales y vinculaciones por relación legal o reglamentaria.	T-637 de 199, T-1337 de 2001, T-358 de 2002, T-566 de 2005 y T-1131 de 2008 de la Corte Constitucional.

El párrafo tercero del artículo 15 de la Ley 986 de 2005 contempla la posibilidad de que el juez o el fiscal competente decidan acerca de la continuidad de los pagos laborales cuando se demuestra una relación inescindible entre el trabajo desempeñado y el delito de secuestro, pese a que se haya cumplido el vencimiento del contrato.

La autoridad administrativa ha señalado que, en verdad, “existe un régimen jurídico especial en el campo laboral para los trabajadores secuestrados o desaparecidos, que garantiza el derecho y la correspondiente obligación correlativa del empleador a la continuidad en el pago de salarios y demás prestaciones sociales, a quien sea designado curador de los bienes del sujeto pasivo de tales hechos punibles, hasta tanto se produzca su liberación, su muerte, o la declaración presunta de la mismo” (Ministerio de la Protección Social, Concepto 257640 del 20 de agosto de 2009).

2.8. Personas en razón de su religión

No se encuentran datos oficiales que den cuenta del total de personas adscritas a un credo o religión minoritaria. De acuerdo con el Ministerio del Interior, a 2017 el Estado colombiano ha reconocido la personería jurídica de 6449 expresiones religiosas. Se ignora el número de miembros activos de estas comunidades, así como las eventuales dificultades que puedan presentarse en relación con el mundo del trabajo.

En todo caso, desde el plano normativo, la libertad de religión se encuentra garantizada, a nivel internacional, en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas normas deben ser interpretadas de conformidad con lo establecido, entre otras, en la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas de 1992 y en la Observación General No. 22 de 1998 del Comité de Derechos Humanos.

La Constitución Política de 1991 incorpora, en su catálogo de derechos fundamentales, la libertad de conciencia (artículo 18) y la libertad de culto y religión (artículo 19). Estas libertades se encuentran desarrolladas, particularmente, en la Ley 133 de 1994, en cuyo artículo 6 se consagra una protección general en lo que respecta al derecho que tienen todos los ciudadanos de profesar y practicar públicamente sus creencias.

Desde el punto de vista laboral, no obstante, no existe una norma legal que consagre una protección en tal sentido. Los desarrollos normativos encuentran fundamento en las sentencias T-982 de 2001 y T-327 de 2009 de la Corte Constitucional⁵⁶.

⁵⁶ La jurisprudencia en el ámbito educativo y penitenciario es mucho más profusa y mantiene esta misma línea argumentativa (T-026 de 2005, T-448 de 2007).

Cuadro 12. Protección laboral reforzada de víctimas de discriminación religiosa

Víctimas de discriminación religiosa	
Supuesto de hecho	Consecuencias jurídicas
Despido de un trabajador en razón de sus convicciones y creencias; o, habiendo alternativa, fijación de un horario laboral que riña en contra de las mismas.	Ineficacia del despido y reintegro del trabajador, lo que supone la continuación del vínculo contractual a nivel salarial, prestacional y de seguridad social.
Relaciones en que aplica	Jurisprudencia de referencia
Contrato de trabajo.	Sentencias T-982 de 2001 y T-327 de 2009 de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional ha sintetizado, así, cómo debe resolverse la tensión entre el derecho a la libertad religiosa del trabajador y los derechos del empleador:

(i) El derecho a la libertad de conciencia y de cultos implica no sólo la protección de sus manifestaciones privadas, sino la de su ejercicio público y divulgación, (ii) los conflictos entre la libertad religiosa y algunos derechos patronales como la determinación del horario, debe resolverse bajo el principio de minimización de los límites a esta libertad. En efecto, el derecho fundamental a la libertad religiosa de toda persona, incluye la protección de guardar un día de descanso para la adoración de Dios cuando ésta constituya un elemento fundamental de la religión que se profesa y la creencia de la persona es seria y no acomodaticia. Así, esta garantía no puede ser desconocida por el patrono imponiendo horarios de trabajo el día de adoración, cuando existen medios alternativos a su alcance y (iii) teniendo en consideración que el ámbito de protección constitucional del derecho a la libertad religiosa de las personas que pertenecen a la iglesia adventista del séptimo día, comprende el derecho a que tanto las instituciones educativas como los lugares donde laboran, tomen en consideración la santidad del Sabbath para los mismos, esta garantía no puede supeditarse a un acuerdo previo de las partes (T-327 de 2009).

En un *obiter dicta* de la Sentencia T-1103 de 2002 la Corte Constitucional ratificó la idoneidad genérica de la acción de tutela en casos de discriminación religiosa, pero en el caso concretó negó el amparo pues, en términos probatorios, no se demostró que el despido involucrase “algún caso de

discriminación o afectación grave de otros derechos fundamentales para cuya protección la acción laboral ordinaria no sea la vía judicial idónea”.

2.9. Personas en razón de su sexo o género

La discriminación por motivos de sexo o género ha sido, históricamente, censurada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cobran especial relevancia los artículos 1, 2, 3, 5-b, 11-1, 11-2 y 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, al igual que el artículo 6 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1994. Estas disposiciones han sido desarrolladas, entre otras, en normas de *Soft Law*, tales como la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 1967, Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer de 1993, la Declaración de Beijing de 1995 y la Resolución 17/19 aprobada por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, sobre Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género.

La Constitución Política de 1991 prohíbe, para el caso laboral, discriminaciones de esta naturaleza (artículos 13 y 53). En el rango legal, no existe una norma expresa que proteja, laboralmente, a efectos de que los trabajadores no sean desvinculados por motivos de sexo o género. Por ello, los desarrollos normativos se encuentran consignados, básicamente, en la jurisprudencia constitucional:

Cuadro 13. Protección laboral reforzada de víctimas de discriminación sexual y de género

Víctimas de discriminación sexual y de género	
Supuesto de hecho	Consecuencias jurídicas
Despido de un trabajador en razón de su sexo o género, o prolongando la violencia de género de que ha sido víctima.	Ineficacia del despido y reintegro del trabajador, lo que supone la continuación del vínculo contractual a nivel salarial, prestacional y de seguridad social.

Relaciones en que aplica	Jurisprudencia de referencia
Contratos de trabajo.	Sentencias T-277 de 1996, T-295 de 2008, T-247 de 2010 y T-878 de 2014 de la Corte Constitucional.

Como decíamos, conviene diferenciar los casos de estabilidad laboral reforzada que se basan en fueros o condiciones subjetivas, y aquellos que se fundamentan en la prohibición constitucional de despidos discriminatorios.

Revisando la Sentencia T-878 de 2014, la Corte Constitucional refiere, en la Sentencia T-521 de 2016, lo siguiente:

(...) la sentencia T-878 de 2014 -pese a que no se hizo referencia explícita al derecho de estabilidad laboral reforzada- se reiteró este precedente después de estudiar el caso de una mujer que, no obstante de haber sido víctima de violencia doméstica y de estar incapacitada durante veinte (20) días, al momento en el que se reintegró a su actividad fue desvinculada por haber sostenido una relación con un estudiante del centro educativo en donde laboraba. En esta providencia la Corte Constitucional se refirió a la violencia de género y dado que su retiro impedía su rehabilitación ordenó su reintegro al cargo que venía ocupando.

En efecto, en la Sentencia T-878 de 2014 la Corte Constitucional consideró que: “un empleador que colabora a perpetuar el estado de vulnerabilidad de la población femenina que ha sido víctima de agresiones vulnera el derecho a una vida libre de violencia, situación que puede ser reivindicada a través de la acción de tutela, debido a que entraña un acto de discriminación grave”. En este sentido:

(...) el despido de Esperanza contribuyó a acrecentar los efectos de la agresión y le impuso unas graves consecuencias sociales consistentes en la inestabilidad económica y en la búsqueda de un nuevo trabajo. Por tales razones es inaceptable, aunque se haya pagado la indemnización consagrada en el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo. Lo anterior, por cuanto una causal legal de terminación del contrato no puede ser utilizada para desconocer la Constitución Política y los múltiples instrumentos suscritos por Colombia en el marco de la protección de la mujer y las obligaciones que, como parte de la sociedad, se le han impuesto a las empresas de contribuir a la eliminación de las agresiones en su contra (T-878 de 2014).

Asimismo, aunque en la Sentencia T-277 de 1996 la Corte Constitucional no amparó, por razones probatorias, el derecho de un trabajador que alegaba que su contrato de trabajo no había sido renovado en razón de su orientación sexual, consideró que, de haberse demostrado dicha situación, la tutela hubiese sido procedente. Para el caso concreto, en palabras de la Corte:

No existe prueba suficiente que acredite que la actuación de la demandada haya estado determinada por presiones indebidas constitutivas de persecución laboral y atentatorias de sus derechos fundamentales, para inducir el retiro del demandante de su empleo, ni que la negativa a renovar el contrato haya estado determinada por un hecho o circunstancia que amerite la existencia de alguna especie de discriminación contra éste en razón de sus preferencias sexuales, que comporte la violación del derecho a la igualdad y los demás que se invocan en la petición de tutela. De haberse afectado un derecho fundamental del peticionario en razón de la no renovación de su contrato de trabajo, la solución a este caso hubiera sido diferente (T-277 de 1996).

Por otro lado, en la Sentencia T-295 de 2008 se presentó un caso similar al anterior, en el cual el accionante argumentaba haber sido despedido en razón de su orientación sexual. En este caso la Corte Constitucional amparó los derechos fundamentales invocados, considerando, como premisa base, que había existido un despido discriminatorio atendiendo a que el accionante padecía VIH. Un pronunciamiento más reciente, en la misma línea, se encuentra en la Sentencia T-392 de 2017, donde la Corte Constitucional, además de declarar la existencia de un contrato real, llamó la atención del empleador, en este caso de una entidad del sector público, a efectos de que se abstuviese de utilizar “expresiones discriminatorias en contra de funcionarios, empleados y contratistas pertenecientes a la comunidad LGBTI”.

En el caso resuelto en la Sentencia T-247 de 2010 la accionante alegaba que había sido descartada de un proceso de selección de personal en razón de su condición de mujer. Por ello, la Corte Constitucional le ordenó a la empresa accionada que adelantase, nuevamente, una evaluación de la accionante para verificar su aptitud de cara a su desempeño como vigilante.

En suma, aunque no existe una línea jurisprudencial debidamente consolidada a este respecto, sí es posible verificar algunos pronunciamientos que, tentativamente, empiezan a construir una nueva hipótesis de estabilidad laboral reforzada. Ello cobra especial relevancia por cuanto, como se ha visto, la gran mayoría de casos de estabilidad laboral reforzada se comenzaron a edificar a partir de pronunciamientos aislados que, poco a poco, fueron retomados y desarrollados en verdaderas líneas jurisprudenciales. Al margen de todo lo anterior, tal y como se verá posteriormente, no se requiere del desarrollo de una

línea jurisprudencial para que se configure un precedente vinculante. Basta una sola sentencia de tutela de la Corte Constitucional para que su *ratio decidendi* sea vinculante a casos similares.

2.10. Personas en razón de su etnia

El censo del DANE del 2005 revelaba que, en Colombia, 5.709.237 personas reconocían su adscripción a un grupo étnico. De estos la población afrocolombiana es el grupo étnico en el cual más personas indicaron su pertenencia y siguen, en su orden, la población indígena, los raizales de San Andrés y Providencia, los palenqueros y las comunidades Rom. Dentro de las comunidades étnicas la población en edad productiva (de 15 a 64 años) es de 3.415.461 personas, aproximadamente, lo que representa que, sobre el total de esta población, el 60% se encuentra en edad productiva y, eventualmente, ante desvinculaciones laborales motivadas por esta condición, se activaría la protección reforzada.

La protección laboral reforzada a este respecto es, sin lugar a dudas, la hipótesis de construcción normativa más reciente. En general, los referentes normativos más relacionados están dados por los artículos 13 y 53 de la Constitución Política de 1991. En ausencia de norma legal, la Corte Constitucional desarrolló esta hipótesis en la Sentencia T-462 de 2015:

Cuadro 14. Protección laboral reforzada de víctimas de discriminación étnica

Víctimas de discriminación étnica	
Supuesto de hecho	Consecuencias jurídicas
Despido de un trabajador en razón de su etnia ⁵⁷ .	Ineficacia del despido y reintegro del trabajador, lo que supone la continuación del vínculo contractual a nivel salarial, prestacional y de seguridad social.
Relaciones en que aplica	Jurisprudencia de referencia
Contratos de trabajo.	Sentencia T-462 de 2015 de la Corte Constitucional.

⁵⁷ En líneas generales, la etnia incluye el conjunto de creencias, tradiciones e identidades culturales propias de un grupo poblacional. Así, despidos por razones étnicas pueden constituir violaciones a los derechos a la igualdad, a no ser discriminados, a la libertad de cultos y conciencia.

En la Sentencia T-462 de 2015 la Corte Constitucional hace un uso ambiguo del concepto de estabilidad laboral reforzada:

En definitiva, la Corte ha establecido que la facultad de despedir injustificadamente por parte del empleador, aun pagando la indemnización, se encuentra limitada, toda vez que en dicho trámite el empleador no puede desconocer derechos fundamentales, como es el caso de la garantía constitucional a no ser discriminado, la libertad de opinión, conciencia y cultos, la libre asociación sindical, y la estabilidad laboral reforzada. De esta manera, si bien el empleador tiene la potestad de dar por terminado un contrato de trabajo en virtud del principio de autonomía de la voluntad privada, ésta encuentra límites claros en los derechos fundamentales del trabajador. Por ejemplo, en su derecho a la igualdad, a la libertad de conciencia, a profesar su fe o religión, entre otros.

En síntesis, aunque no existe una línea jurisprudencial debidamente consolidada a este respecto, sí es posible verificar algunos pronunciamientos que, tentativamente, empiezan a construir una nueva hipótesis de estabilidad laboral reforzada. Al margen de todo lo anterior, no se requiere del desarrollo de una línea jurisprudencial para que se configure un precedente vinculante.

CAPÍTULO 3. LA ESTABILIDAD OCUPACIONAL REFORZADA POR RAZONES DE SALUD

La génesis del fuero de salud remonta a los primeros años de la Corte Constitucional. De esta suerte, y contrario a lo que habitualmente se piensa, aunque la Sentencia T-1040 de 2001 constituye un hito para el sector privado⁵⁸, es la Sentencia T-427 de 1992 la que se erige como un verdadero paradigma normativo en materia de estabilidad ocupacional reforzada por razones de salud. Refiriéndose a las desvinculaciones en el sector público, en esta decisión el Tribunal Constitucional consideró:

Con respecto al ejercicio de la facultad de remover libremente a los empleados no inscritos en la carrera administrativa cuando median circunstancias de debilidad manifiesta por invalidez parcial o total, es indispensable para las autoridades públicas ceñir sus actuaciones al principio de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución. Aunque la administración pueda aducir la legalidad de su decisión, si con ella se vulnera la efectiva protección de las personas disminuidas física, sensorial o psíquicamente, aquélla sólo será constitucional si es compatible con el principio de la buena fe en cuanto a la oportunidad y proporcionalidad de la medida. Una resolución inoportuna o inadecuada que no tenga en cuenta la condición de manifiesta debilidad en que se encuentra la persona al momento de ser proferida, está, en consecuencia, viciada de nulidad (T-427 de 1992).

⁵⁸ Con anterioridad a la Sentencia T-1040 de 2001 la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional había sido negatoria de las pretensiones de los trabajadores. En la Sentencia T-066 de 2000, en el caso de un trabajador con VIH, el Tribunal Constitucional había dicho: “No puede la Corte Constitucional acceder a la pretensión de la actora, en razón de que a pesar de la situación de debilidad manifiesta en que se encuentra debido a su precario estado de salud, no fue esa la consideración del empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, al contrario, como lo aduce el accionado y no lo niega la demandante, fue su actitud la que dio lugar a que se resolviera su contrato de esa manera. Si es desmedida y exagerada o no la actitud asumida por la empresa como lo considera la señora Velosa Torres, es a la jurisdicción laboral a quien le corresponde pronunciarse”. Por su parte, en la Sentencia T-943 de 1999, en el caso de un trabajador que padecía de artritis reumatoidea CFII reagudizada, bocio eutiroideo y fibromialgias; la Corte Constitucional consideró que no era competente para resolver la solicitud de reintegro, por lo cual protegió, parcialmente, los derechos de la accionante. En el caso concreto, el empleador dejó expuesta a la accionante “a perder la atención médica que precisa, pues dejó de darle el trato que, de acuerdo con el artículo 13 de la Carta Política, debe otorgarse al que está en condiciones de debilidad manifiesta; al omitir considerar la situación de invalidez de su trabajadora, para dar por terminada la relación laboral de la manera más gravosa para la empleada, también vulneró la entidad empleadora el derecho de la accionante a un trabajo en condiciones dignas y justas y, en consecuencia, los argumentos que adujo no son de recibo”.

Desde ese entonces data la presunción de despido discriminatorio y la correlativa inversión de la carga de la prueba. En su momento, antes de la entrada en vigencia de la Ley 361 de 1997, la jurisprudencia constitucional instrumentalizaba el artículo 54 de la Constitución Política de Colombia para resolver casos de esta naturaleza (T-441 de 1993). De suerte tal que, al menos en el sector público, la protección constitucional de los trabajadores en condición de debilidad manifiesta nunca se supeditó a los desarrollos legales. Ello es importante porque, en efecto, la experiencia demuestra que la constitucionalización del derecho del trabajo ha implicado una migración progresiva de las instituciones propias del sector público al sector privado. De esta manera, buena parte de los problemas que se presentan en el derecho laboral colombiano se encuentran asociados a esta migración acrítica y descontextualizada de las normas del derecho laboral administrativo.

De cualquier manera, el concepto de debilidad manifiesta por razones de salud es de difícil delimitación, básicamente, porque todas las hipótesis de estabilidad laboral reforzada, estén o no ligadas al derecho a la salud, descansan, asimismo, en esta categoría. Así, los adultos mayores, las mujeres embarazadas, las madres y los padres cabeza de familia, las minorías religiosas y étnicas, las víctimas del conflicto, entre otras, han sido calificadas como personas en condición de debilidad manifiesta.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional no ha sido clara en diferenciar si la condición de debilidad manifiesta es sola una hipótesis más del fuero de salud, o si ella constituye una categoría omnicomprendensiva que incluye, de un lado, todas las hipótesis de estabilidad laboral reforzada —como pareciese ser— y, de otro lado, todos los eventos de discapacidad, invalidez y de cualquier enfermedad que afecte sustancialmente las labores del trabajador en un contexto normal.

En algunos pronunciamientos se deja a entrever, pues, que la condición de debilidad manifiesta por razones de salud es una hipótesis autónoma, de modo tal que se trataría, de esta manera, de una categoría independiente y adicional a las discapacidades y estados de invalidez calificados como tales (T-597 de 2014). De esta manera, aun si la patología no ha sido diagnosticada como una discapacidad o una invalidez, no por ello debe descartarse la condición de debilidad manifiesta. En efecto, puede que una patología impida o dificulte sustancialmente el desempeño normal de un trabajador en el contexto laboral o cotidiano, caso en el cual resulta pertinente la protección constitucional al encontrarse el empleado en condición de debilidad manifiesta.

Ahora bien, en otras decisiones, como en la Sentencia T-419 de 2016, la Corte Constitucional se ha inclinado por asumir el concepto de debilidad manifiesta, no como una hipótesis autónoma, sino, más bien, como una característica común a las enfermedades, discapacidades y estados de invalidez. Así, al decir de la Corte Constitucional, los titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada “son aquellos trabajadores en situación de debilidad manifiesta, dentro de los que se encuentran quienes atraviesan una afectación o disminución de su salud física o mental”. En este orden de ideas, la debilidad manifiesta por razones de salud es un género del cual se desprenden diferentes estados patológicos, de manera que, “Más que de discapacidad leve y moderada, la jurisprudencia ha señalado que en estas situaciones debe hablarse de personas que por su estado de salud física o mental se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta” (C-894 de 2011).

De cualquier manera, en la Corte Constitucional la posición mayoritaria y más frecuente se ha decantado por ofrecer un tratamiento equivalente, en términos de estabilidad laboral reforzada, a estos tres tipos de afectaciones. En desarrollo de los principios de igualdad y solidaridad, la tendencia jurisprudencial se ha orientado a extender la estabilidad ocupacional reforzada a las personas en condición de debilidad manifiesta. Así, mientras que en el caso de las personas discapacitadas la protección emana del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en el caso de las personas en condición de debilidad manifiesta la protección proviene directamente de la Constitución Política de 1991⁵⁹. De tal manera que, ha dicho la Corte:

(...) darles un trato diferente a las personas en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud y a las personas calificadas como discapacitados, desconoce los fundamentos constitucionales y, principalmente, su relación con los principios de igualdad y solidaridad, pues resulta discriminatorio tratar de igual manera a una persona sana que a una enferma, este o no calificada (T-040 de 2016).

⁵⁹ Para mayor claridad, en la Sentencia T-125 de 2009 la Corte Constitucional determinó que: “el ordenamiento jurídico colombiano distingue entre trabajadores discapacitados calificados, de los trabajadores que sufren una disminución en su condición física durante la ejecución del contrato de trabajo, dándole en cada caso un alcance y unos mecanismos legales de protección distintos, en primer lugar, porque la Ley 361 de 1997, en su artículo 26 ya citado, consagra un sistema de estabilidad laboral reforzada y, en segundo término, porque la protección de los trabajadores en situación de debilidad manifiesta se deriva de la aplicación inmediata de la Constitución junto con algunas normas de rango legal que constituyen el denominado sistema normativo integrado”.

Ahora bien, en algunas decisiones constitucionales se han presentado diferentes variantes a lo aquí expuesto.

En las sentencias T-344 de 2016, T-359 de 2014 y T-041 de 2014, entre otras, la Corte Constitucional ha diferenciado si se trata de un trabajador discapacitado e inválido de si se trata de un trabajador en condición de debilidad manifiesta. Mientras que en la primera hipótesis la acción de tutela se erige como un mecanismo definitivo de protección, cuando se está en presencia de personas en situación de debilidad manifiesta la acción constitucional solo procede como mecanismo transitorio mientras las autoridades competentes deciden lo pertinente de manera definitiva. En este último evento lo que se pretende es evitar la configuración de un perjuicio irremediable, de suerte tal que la protección constitucional no releva al trabajador de acudir a las vías judiciales ordinarias.

De otro lado, en la Sentencia T-642 de 2010 la Corte Constitucional analizó el caso de una persona cuya pérdida de capacidad laboral se había calificado por encima del 50%. En este sentido, cuando se está en presencia de una persona en situación de invalidez, lo procedente, para hacer efectivo el derecho a la estabilidad laboral reforzada, no es el reintegro del trabajador, sino la imposición de otras medidas complementarias⁶⁰. Vemos así que, en algunos casos particulares, el Tribunal Constitucional ha estimado tratamientos diferenciales según se trate de una discapacidad, invalidez o de una condición de debilidad manifiesta.

Asimismo, conviene advertir la que ha sido una posición minoritaria en el interior de la Corte Constitucional, registrada a los salvamentos de voto del magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien ha insistido en la necesidad de diferenciar entre la protección derivada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 para las personas con discapacidad, y la protección que emana directamente de la Constitución Política para las personas en condición de

⁶⁰ No obstante, y aunque parezca contradictorio, en la Sentencia C-744 de 2012 la Corte Constitucional consideró “que la protección laboral reforzada es inaplicable en los casos de invalidez, pues al haberse perdido el 50% o más de la capacidad laboral, la persona no tendría aptitud para trabajar”.

debilidad manifiesta⁶¹. En este sentido, el magistrado Guerrero Pérez se ha separado del criterio mayoritario al sostener que, si bien los trabajadores en condición de debilidad manifiesta tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada, este derecho no opera en las mismas condiciones a cómo opera en el caso de los trabajadores discapacitados. A juicio del magistrado disidente:

Ahora, con respecto al trabajador en estado de debilidad manifiesta, si bien cabe predicar el derecho a la estabilidad laboral reforzada, y, por consiguiente, la existencia de una obligación del patrono de mantener al trabajador en el empleo, como producto de un imperativo constitucional de solidaridad, no existe la obligación legal de obtener el concepto de la autoridad del trabajo para dar por terminada la vinculación laboral. Por lo mismo, tampoco cabe aplicar la consecuencia que la ley ha atribuido para el incumplimiento de esa carga legal, cual es la sanción de 180 días de salario, pues hacerlo va en contravía del principio de legalidad que se predica de los procedimientos y de las sanciones.

En ese orden, estimo que la protección que se brinda a las personas en situación de debilidad, cuyo estado es de difícil valoración probatoria y apenas ocurre en sede de tutela, no puede ser la misma que la que se aplica para las personas con discapacidad, cuya condición ha sido de específica definición por el legislador y debe estar previamente determinada por autoridad competente (T-217 de 2014).

En todo caso, una aproximación rigurosa al contenido del concepto de debilidad manifiesta por razones de salud, tal y como la que aquí se pretende, exige de nuestra parte un análisis diferenciador. Aunque las fronteras entre la discapacidad, la invalidez y la condición de debilidad manifiesta por razones de salud se tornan difusas, es posible distinguir entre cada una de estas categorías a efectos de determinar la temporalidad del amparo constitucional⁶². No es un asunto menor, pues, en términos generales, las posiciones jurisprudenciales han variado entre homologar estas tres categorías para efectos de su protección constitucional o diferenciarlas en algunos aspectos.

Intentemos, de esta manera, delimitar el entendimiento que la jurisprudencia constitucional ha hecho de la discapacidad, la invalidez y la condición de

⁶¹ Al respecto pueden verse los salvamentos parciales de voto a las sentencias T-513 de 2015, T-837 de 2014, T-348 de 2014, T-302 de 2013, entre otras.

⁶² En la aclaración de voto a la Sentencia T-040 de 2016 la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado se ha pronunciado sobre algunas confusiones generadas. Véase, asimismo, la aclaración de voto de esta Magistrada a la Sentencia T-647 de 2015.

debilidad manifiesta por razones de salud, puesto que, en principio, no toda persona en situación de discapacidad o en situación de invalidez se encuentra en condición de debilidad manifiesta y, a la inversa, no toda persona en condición de debilidad manifiesta es discapacitada o inválida.

3.1. ¿Qué entender por discapacidad?

A efectos de delimitar qué se entiende por discapacidad, la Corte Constitucional ha hecho uso de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM)⁶³. Así, es preciso distinguir entre cada una de estas afectaciones:

En primer lugar, la deficiencia, entendida como los trastornos en la apariencia o funcionamiento de un órgano, por ejemplo, la pérdida parcial del funcionamiento de un órgano. En segundo lugar, la discapacidad que viene a reflejar las consecuencias de la deficiencia a partir del rendimiento funcional y de la actividad del individuo, por ejemplo, la disminución en el rendimiento o la destreza al momento de realizar una actividad. Y, finalmente, la minusvalía, que corresponde a las desventajas que producen en el individuo, las deficiencias y las discapacidades, al relacionarlas con el contexto social, por ejemplo, las dificultades para conseguir un empleo (T-116 de 2013).

De esta manera, la discapacidad es una categoría genérica que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional:

Implica una restricción debida a la deficiencia de la facultad de realizar una actividad en la forma y dentro del margen que se considera normal para el ser humano en su contexto social. En este sentido, discapacidad no puede asimilarse, necesariamente a pérdida de capacidad laboral. Así, personas con un algún grado discapacidad pueden

⁶³ La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU define la discapacidad de la siguiente manera: “es 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 con las demás”. La recepción de esta Convención en el ordenamiento jurídico colombiano puede consultarse en el estudio elaborado por Dejusticia (La Rota y Santa 2011). Para una distinción pormenorizada de las diferentes discapacidades puede verse el texto de Acero (2013). En general, un análisis del concepto de discapacidad en el ordenamiento jurídico colombiano, no restringido al concepto de estabilidad laboral reforzada, puede verse en Fajardo (2003), Buitrago, Giraldo y Silva (2015), Duque (2015), Martínez, Uribe y Velásquez (2015).

desarrollarse plenamente en el campo laboral (T-198 de 2006, T-098 de 2015, T-057 de 2016)⁶⁴.

De esta suerte, “una persona con discapacidad es aquella que sufre limitaciones sustanciales en la cantidad y calidad de actividades que debe realizar cotidianamente, o que enfrenta barreras en su participación social como persona debido a una condición de salud física o mental” (T-440A de 2012)⁶⁵.

En este orden de ideas, y de acuerdo con la magnitud de la afectación, la discapacidad puede ser leve, moderada o grave. Para la Corte Constitucional esto no depende tanto del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, sino, más bien, de la condición de salud en la que efectivamente se halle el trabajador. Así, el Tribunal Constitucional ha estimado que:

(...) una limitación en la actividad puede provenir de discapacidades (i) leves: cuando la reducción de la capacidad del individuo para desempeñar sus actividades cotidianas es mínima y no interfiere en su productividad; (ii) moderadas: cuando limita parcialmente sus actividades cotidianas y su productividad; o (iii) graves: cuando la reducción de la capacidad es tal que lo hace completamente dependiente y poco productivo. Estas discapacidades pueden estar o no reflejadas en un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, dependiendo si han sido o no calificadas por una Junta de Calificación de Invalidez (T-116 de 2013).

⁶⁴ En realidad, la discapacidad se ha designado de múltiples maneras, lo cual redundo en mayores equívocos. La Corte Constitucional ha observado que, de acuerdo con información del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), “para identificar a la población con discapacidad se han usado términos como: *impedidos, inválidos, minusválidos, incapacitados, desvalidos, limitados, discapacitados y personas con discapacidad*, entre otros. La utilización de estos términos refleja la falta de consenso sobre lo que debe entenderse por discapacitado y en consecuencia la imposibilidad de determinar con certeza, quiénes son los verdaderos titulares de la especial protección que se deriva de la Constitución, en concreto, del denominado derecho a la estabilidad laboral reforzada” (T-116 de 2013).

⁶⁵ En cierto sentido, la posición de la Corte Constitucional se aproxima a la concepción propuesta por la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT (2001), de modo que una persona discapacitada es “Un individuo cuyas posibilidades de obtener empleo, reintegrarse al empleo y conservar un empleo adecuado, así como de progresar en el mismo, resulten considerablemente reducidas como consecuencia de una disminución física, sensorial, intelectual o mental debidamente reconocida”. La diferencia más relevante, en cuanto al criterio sostenido por la Corte Constitucional, tiene que ver con el reconocimiento o no de la patología incapacitante para efectos de su protección. Así, la discusión se traslada a la acreditación probatoria de la discapacidad.

En esta medida, y a diferencia de la posición asumida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional se ha desmarcado, insistentemente, de los porcentajes prescritos en el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001⁶⁶. Por ello, a juicio de la Corte Constitucional, no necesariamente para hablar de discapacidad se debe estar en presencia de una calificación porcentual en términos de pérdida de capacidad laboral:

(...) la estabilidad laboral reforzada no es un derecho exclusivo de los discapacitados calificados sino también de los no calificados, pues la discapacidad es una condición comprobable empíricamente en la realidad que no puede sujetarse a una formalidad como el dictamen de las Juntas de Calificación de Invalidez, en estricto apego al principio de la primacía de la realidad sobre las formas (T-148 de 2012).

Por otra parte, y atendiendo al criterio temporal, las discapacidades se clasifican según su duración. Así, es preciso diferenciar entre discapacidades temporales y discapacidades definitivas, las cuales, según lo anterior, pueden ser parciales o totales (T-440A de 2012).

En este orden de ideas, el despido discriminatorio de una persona con discapacidad se estructura a partir de dos elementos: por un lado, la afectación física, mental o sensorial que limita las actividades laborales y cotidianas de un trabajador y, por otra parte, la terminación unilateral del contrato de trabajo, la cual, para ser discriminatoria, debe ser calificada como un impedimento o una negativa que obstaculiza la integración social de la persona discapacitada y el goce efectivo de sus derechos humanos en condiciones de igualdad⁶⁷.

⁶⁶ Esta disposición normativa establece: “En los términos del artículo 5° de la Ley 361 de 1997, las entidades promotoras de salud y administradoras del régimen subsidiado, deberán clasificar el grado de severidad de la limitación, así: Limitación moderada, aquella en la cual la persona tenga entre el 15% y el 25% de pérdida de la capacidad laboral; limitación severa aquella que sea mayor al 25% pero inferior al 50% de pérdida de la capacidad laboral y limitación profunda, cuando la pérdida de la capacidad laboral sea igual o mayor al 50%”.

⁶⁷ En la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad se define la discapacidad de la siguiente manera: “El término ‘discapacidad’ significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”. Por su parte, la discriminación en contra de las personas con discapacidad se entiende así: “toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”.

3.2. ¿Qué entender por invalidez?

Puede decirse que la invalidez es una categoría específica del género discapacidad. Así, la invalidez es “producto de una discapacidad severa”, la cual, en términos porcentuales, usualmente se califica con el 50% o más de la pérdida de la capacidad laboral. Por esta razón, una persona en situación de invalidez es aquella persona que pierde el 50% o más de su capacidad laboral, perteneciendo también, en sentido genérico, al grupo de los discapacitados. Ahora bien, si la persona pierde menos del 50% de su capacidad laboral, se considerará, en todo caso, como discapacitada.

Lo importante, bajo este supuesto, es considerar que la Corte Constitucional ha expresado que, incluso en los eventos en que el trabajador es calificado con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, es decir, aun si ha sido beneficiario de una pensión de invalidez, ello, *per se*, no habilita al empleador a su desvinculación. Deberá surtirse el procedimiento previsto para cualquier caso de estabilidad ocupacional reforzada y, en este sentido, al empleador le corresponde la carga de demostrar que la condición de invalidez resulta claramente incompatible e insuperable con el cargo a desempeñar (T-340 de 2017). De esta suerte, aunque la jurisprudencia no es consistente al respecto, el solo hecho de acceder a una pensión de invalidez no parece constituir un motivo suficiente y constitucionalmente válido para proceder con la desvinculación de un trabajador que se encuentre en esta condición.

3.3. ¿Qué entender por debilidad manifiesta?

El concepto de debilidad manifiesta es trascendental para decidir, fundamentalmente, acerca de la procedencia de la acción de tutela y la configuración del supuesto de hecho que activa, en concurso con otros requisitos, la estabilidad ocupacional reforzada por razones de salud. Por ello, la discusión sobre la debilidad manifiesta del trabajador es de vital importancia, toda vez que ella incide en aspectos procesales y sustantivos del amparo constitucional.

Conviene advertir que el concepto de debilidad manifiesta no es una invención de la Corte Constitucional. El artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, al referirse al derecho a la igualdad, señala que:

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Por su parte, en términos legales, el legislador, por ejemplo, ha utilizado esta categoría para referirse a la población víctima de desplazamiento forzado (artículo 67 de la Ley 1448 de 2011).

En todo caso, conviene decir, desde ya, que el contorno de este concepto es sumamente difuso. La jurisprudencia constitucional ha empleado esta categoría en asuntos que involucran, desde contratos de mutuo (Monsalve y Monterroza 2014), servicios públicos domiciliarios (Jiménez 2013) y procesos de insolvencia (Montiel 2014), hasta el derecho a la salud, la vivienda, la vida digna, el mínimo vital, así como para referirse a grupos poblacionales sujetos de especial protección constitucional. Así, a título ilustrativo, son sujetos de especial protección constitucional y, por ende, se encuentran en condición de debilidad manifiesta:

(...) los niños y niñas, a las madres cabeza de familia, a las personas en situación de discapacidad, a la población desplazada, a los adultos mayores, y todas aquellas personas que por su situación de debilidad manifiesta los ubican en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población; motivo por el cual considera que la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que las condiciones de debilidad manifiesta obligan a un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a través de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionados (T-736 de 2013).

Esta lista es meramente enunciativa, pues grupos poblacionales como la comunidad LGBTI (T-063 de 2015), las comunidades afrodescendientes (T-414 de 2015) y las empleadas domésticas (T-185 de 2016), por señalar solo

algunos, han sido considerados, en diferentes contextos, como sujetos de especial protección constitucional dadas las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran⁶⁸.

De esta manera, el panorama jurisprudencial en el que se ha instrumentalizado el concepto de debilidad manifiesta es de lo más variopinto. De hecho, con frecuencia esta categoría suele confundirse con otras cuyo límite conceptual también resulta etéreo. Así, en algunas ocasiones la Corte Constitucional ha preferido hablar de situación de indefensión, subordinación o de vulnerabilidad para referirse a la condición de debilidad manifiesta. Por ello, estos conceptos suelen aparecer en la jurisprudencia constitucional como categorías intercambiables, lo cual, a la larga, redundará en mayores confusiones. En gran medida, lo anterior depende, básicamente, de la sala de tutela de la Corte Constitucional que adopte la respectiva decisión, y del rigor teórico que emplee al discernir cada una de estas categorías.

En todo caso, no puede perderse de vista que, en estricto sentido, las nociones de subordinación, indefensión y debilidad manifiesta no son intercambiables. En decisiones de otra naturaleza el Tribunal Constitucional ha delimitado el alcance de estos conceptos. Así, entre otras, en la Sentencia T-015 de 2015 se ha diferenciado, por ejemplo, entre subordinación e indefensión, de la siguiente manera:

La subordinación ha sido entendida por esta Corporación como la existencia de una relación jurídica de dependencia, la cual se manifiesta principalmente entre trabajadores y patronos, o entre estudiantes y profesores o directivos de un plantel educativo. Por su parte, según la jurisprudencia, el estado de indefensión es un concepto de carácter fáctico que se configura cuando una persona se encuentra en un estado de debilidad manifiesta frente a otra, de modo que, por el conjunto de circunstancias que rodean el caso, no le es posible defenderse ante la agresión de sus derechos. Así mismo, la jurisprudencia ha dicho que la indefensión se presenta en aquellas circunstancias en las cuales la persona ofendida carece de medios jurídicos de defensa o también, cuando a pesar de existir dichos medios, los mismos resultan

⁶⁸ Esta consideración es de especial relevancia para las políticas de inclusión laboral impulsadas por los empleadores, toda vez que, por pretender vincular sujetos de especial protección constitucional, podría verse restringida su flexibilidad laboral.

insuficientes para resistir o repeler la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales (T-015 de 2015)⁶⁹.

De esta suerte, *a priori*, no necesariamente un trabajador que se encuentre en condición de debilidad manifiesta por razones de salud es, por esta misma razón, una persona indefensa. Esta distinción, sin embargo, se hace aún más confusa si se tiene en cuenta que, en algunos casos, la Corte Constitucional ha descartado el estado de debilidad manifiesta en trabajadores que, sin importar su patología, cuentan, al momento de interposición de la acción de tutela, con ingresos laborales, recursos económicos o poseen un nivel de formación profesional (T-347 de 2016 y T-563 de 2016, entre otras). En estos eventos, propiamente, aun cuando el trabajador no se encuentra en situación de indefensión, ello, *per se*, no debería conducir a que se excluya la condición de debilidad manifiesta por razones de salud. En estos casos, pareciese, entonces, que tanto la indefensión como la debilidad manifiesta operan como requisitos concurrentes para la activación del derecho a la estabilidad ocupacional reforzada.

En cuanto a la expresión “vulnerabilidad”, a decir verdad, no existen criterios consolidados que permitan diferenciarla del concepto de debilidad manifiesta. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional ha dicho que “el aspecto determinante para establecer qué individuos son titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada es la situación de vulnerabilidad en que se encuentran, a causa de determinadas condiciones de salud que pueden comprometer su normal estado físico, mental o fisiológico” (T-447 de 2013).

⁶⁹ Este concepto de indefensión ha sido defendido por la Corte Constitucional desde la Sentencia T-1040 de 2006. Sin embargo, esta no es la única acepción que ha aparecido en la jurisprudencia constitucional. Otra aproximación teórica puede verse en la Sentencia T-516 de 2011, en la que se dijo: “Con respecto al estado de indefensión, esta Corte ha afirmado que se presenta cuando las circunstancias fácticas en las cuales se encuentra ubicada una persona le impiden satisfacer una necesidad básica, debido a una decisión, omisión o actuación desarrollada por otro sujeto, en ejercicio de un derecho del que es titular, pero de manera arbitraria”. Por su parte, en la Sentencia T-341 de 2012 se le da otro alcance al concepto de indefensión, mucho más próximo a la categoría de debilidad manifiesta: “La Corte sin el ánimo de ser exhaustiva, ha establecido algunos supuestos en los que existe estado de indefensión, como por ejemplo, (i) cuando la persona está en ausencia de medios de defensa judiciales eficaces e idóneos, que permitan conjurar la vulneración iusfundamental por parte de un particular; (ii) personas que se hallan en situación de marginación social y económica, (iii) personas de la tercera edad, (iv) discapacitados (v) menores de edad”.

De modo que, si en el anterior pronunciamiento, en lugar de “situación de vulnerabilidad” esta expresión se reemplazara por “debilidad manifiesta”, no habría ninguna diferencia.

No obstante, y si bien, como hemos visto, es difícil diferenciar el concepto de debilidad manifiesta respecto de categorías similares o relacionadas (discapacidad, invalidez, subordinación, indefensión y vulnerabilidad), un estudio como el aquí propuesto no podría conformarse con denunciar estas confusiones. Es preciso, pues, hacer un esfuerzo que permita dilucidar, con algún rigor, el alcance del concepto de debilidad manifiesta por razones de salud. Para ello no hay otra alternativa distinta que revisar, minuciosamente, los pronunciamientos jurisprudenciales más importantes sobre esta materia.

Por manera que, en aras de codificar el uso que la jurisprudencia constitucional ha hecho del concepto de debilidad manifiesta por razones de salud, a continuación se sistematizan las principales aproximaciones jurisprudenciales a esta categoría. Así, específicamente en el caso de la estabilidad ocupacional reforzada por razones de debilidad manifiesta asociadas a la salud, se analizaron un total de 80 sentencias de la Corte Constitucional —muchas de ellas resuelven más de un caso—, de las cuales es posible inferir algunas conclusiones en lo que atañe a la concepción de la debilidad manifiesta por razones de salud. El resultado de este análisis, que permite discernir entre diferentes patologías y el entendimiento que la Corte ofrece respecto del concepto de debilidad manifiesta por razones, acompaña como anexo la presente investigación.

Así las cosas, en principio —y solo en principio—, la condición de debilidad manifiesta deriva, exclusivamente, del estado de salud del trabajador (T-633 de 2011). Por ello, aunque en la mayoría de los casos es difícil de dilucidar, habría que decir que no todo trabajador enfermo se encuentra, por esta sola razón, en condición de debilidad manifiesta. Insistimos en las dificultades porque ellas, *per se*, dan cuenta del caos y de la confusión jurídica existente sobre esta materia. Así, por ejemplo, la condición de debilidad manifiesta por razones de salud comprende una amplia baraja de patologías que van desde “serios problemas de salud” (T-521 de 2016) hasta enfermedades huérfanas (T-040 de 2016), catastróficas o ruinosas (T-405 de 2015).

De esta manera, la línea jurisprudencial más consistente se ha decantado por entender que la debilidad manifiesta por razones de salud solo se configura en aquellos casos en que la patología del trabajador le impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares (T-1040 de 2001). Así, la Corte Constitucional ha insistido en que:

El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda (SU-049 de 2017).

En este sentido, la condición de debilidad manifiesta no depende, en modo alguno, de la calificación médica de la patología ni de su grado de afectación, pues basta que, sin importar su origen (común o laboral), la condición patológica limite, mengue, deteriore, disminuya o merme sustancialmente la salud física, mental, psíquica o sensorial del trabajador, en el contexto en el que este se desenvuelve, para que sea operativa la protección laboral reforzada (T-521 de 2016). El problema, en la práctica, consiste en dotar de contenido la sustancialidad de la afectación. Por ello, la pregunta que queda abierta cuando el criterio se separa de las definiciones porcentuales, es: *¿qué tan sustancial debe ser el impedimento o la dificultad derivada de la patología para que el trabajador se encuentre en condición de debilidad manifiesta?*

De cualquier manera, una visión integral del concepto de la debilidad manifiesta por razones de salud remite más allá de la patología —por eso decíamos solo en principio—, y explora los factores contextuales de desenvolvimiento laboral:

El concepto de debilidad manifiesta encuentra fundamento teórico en el concepto genérico global de discapacidad creado por la CIF y acogido por la Convención de Derechos Humanos de las personas con Discapacidad, en tanto que este concepto no hace una clasificación de personas, sino que hace una clasificación de las características de la salud y de los factores contextuales. La debilidad manifiesta es utilizada por la Corte Constitucional para determinar los sujetos de la protección laboral reforzada cuando por dificultades en la salud se les impide participar en la vida laboral en igualdad de condiciones o son despedidos de sus trabajos al presentar dichas dificultades (Hernández M. , 2014, pág. 32).

En ello, justamente, ha enfatizado el Tribunal Constitucional:

Al margen del grado de afectación de salud, siempre que el sujeto sufra de una condición médica que limite una función propia del contexto en que se desenvuelve, de acuerdo con la edad, el sexo o factores sociales y culturales, existirá el derecho a la estabilidad laboral reforzada (T-521 de 2016).

De modo que, en líneas generales, incapacidades temporales, estados de convalecencia, enfermedades en proceso de calificación de invalidez, enfermedades con calificación de invalidez inferior al 15%, enfermedades huérfanas, catastróficas o ruinosas, al igual que patologías que limiten sustancialmente el desempeño laboral del trabajador en el contexto laboral; todas ellas pueden ser consideradas como situaciones de debilidad manifiesta por razones de salud. Naturalmente, esta definición sigue siendo tributaria de un alto coeficiente de indeterminación que, en últimas, redundará en serios problemas de certidumbre jurídica. Ello hace que, para cada caso concreto, es el operador jurídico quien debe valorar, con un amplísimo margen de discrecionalidad —casi de arbitrariedad—, el potencial debilitante de la patología en el contexto laboral del trabajador.

Por esta razón, además de los factores que se agotan, propiamente, en la patología del trabajador, deben considerarse otros elementos contextuales que, de manera independiente o complementaria, dan lugar a que se configure la condición de debilidad manifiesta:

- a) El trabajador, por su condición de salud, se encuentra en una posición de desventaja respecto de la generalidad de personas.
- b) La condición de salud del trabajador puede (virtualidad) generar un impacto severo en sus capacidades, de modo que esta obra como un obstáculo para su reincorporación al mercado laboral.
- c) Cualquier patología que haya sido históricamente objeto de discriminación y que impida o dificulte sustancialmente el desempeño laboral del trabajador en condiciones regulares.

- d) Enfermedades con altos costos emocionales y económicos para el trabajador que la padece.
- e) Patologías que afectan a sujetos de especial protección constitucional, tales como grupos históricamente discriminados o marginados, personas de avanzada edad, aforados, madres y padres cabeza de familia, personas en situación de desplazamiento forzado, entre otras.
- f) Enfermedades o accidentes que generen incapacidades o tratamientos médicos vigentes; incapacidades superiores a los 180 días; o secuelas temporales o definitivas que le impidan al trabajador cumplir con sus funciones en igualdad de condiciones.
- g) Patologías que, por su propio desarrollo y cuidado, afectan las actividades cotidianas del trabajador (secuencia de incapacidades, procedimientos y cirugías requeridas para tratar y brindar un diagnóstico definitivo).
- h) La edad del trabajador, su desocupación laboral, su condición médica y la circunstancia de no percibir ingreso económico que permita su subsistencia, la de su familia y le impida las cotizaciones al régimen de seguridad social.
- i) En aquellos casos en que la desvinculación laboral afecta el mínimo vital del trabajador y/o el de su familia. Sobre este particular conviene anotar que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, existen, al menos, dos criterios para evaluar si se da o no una afectación de esta naturaleza. Conforme con las sentencias T-405 de 2015 y T-795 de 2001, existe “una presunción de afectación del mínimo vital cuando la suspensión en el pago del salario es prolongada o indefinida, salvo que se trate del incumplimiento de hasta dos salarios mínimos mensuales”. De otro lado, según lo dispuesto, entre otras, en la Sentencia T-784 de 2009, “se presume la afectación del mínimo vital del accionante cuando este devenga un salario mínimo o cuando su salario es su única fuente de ingreso”.

- j) En aquellos eventos en que, con posterioridad a su desvinculación, el trabajador no se encuentra afiliado al régimen contributivo de seguridad social ni cuenta con medios económicos para sufragar el costo de sus enfermedades⁷⁰.

Todas estas circunstancias, en su mayoría indeterminadas, pueden ser valoradas con amplia discrecionalidad por parte del juez de tutela. Así lo ha reconocido y reiterado con ahínco el Tribunal Constitucional:

(...) el amparo constitucional de las personas en circunstancia de debilidad manifiesta permite al juez de tutela identificar y ponderar un conjunto más o menos amplio y variado de elementos fácticos para deducir la ocurrencia de tal circunstancia y le da un amplio margen de decisión para proteger el derecho fundamental amenazado o restablecerlo cuando hubiera sido vulnerado (T-1040 de 2001).

Por lo anterior, no es posible definir, *a priori*, una lista exhaustiva de las circunstancias que estructuran el concepto de debilidad manifiesta. Las aquí expuestas deben entenderse a título meramente ilustrativo. De esta manera, conviene advertir que el presente estudio no ha pretendido agotar la totalidad de situaciones fácticas que dan lugar al concepto de debilidad manifiesta por razones de salud y, por ello, más bien, nos vemos obligados a remitir al lector a la lista de patologías que han sido identificadas en el anexo que acompaña este libro. Precisamente, porque debido al amplio margen de discrecionalidad con el que cuentan los operadores jurídicos para valorar las mismas, ellas serían innumerables.

Con todo, aunque sea de suyo una empresa imposible, el presente análisis puede ser útil para insistir en la necesidad de llevar la discusión a la valoración probatoria de las circunstancias concretas que estructuran la condición de debilidad manifiesta por razones de salud⁷¹. Para ello, en muchos casos,

⁷⁰ Aunque este argumento ha sido utilizado por la Corte Constitucional para pregonar el estado de debilidad manifiesta, realmente desconoce que, por equiparación del POS, la atención en salud en el régimen subsidiado debe ser de igual calidad a la que se presta en el régimen contributivo.

⁷¹ En ello ha insistido la Corte Constitucional, entre otras, en la Sentencia T-077 de 2014: “para justificar su actuación, el empleador no puede invocar solo argumentos legales que soporten la desvinculación, esto es, la posibilidad legal de un despido sin justa causa, o la terminación del contrato por razón del plazo o de la culminación de la obra. Para comprobar la causa objetiva

conviene que los abogados enriquezcan sus perspectivas con criterios médicos, psicológicos y sociales, de forma tal que el entendimiento de esta hipótesis de estabilidad ocupacional reforzada requiere, en últimas, de lecturas interdisciplinarias que reconozcan la complejidad del fenómeno.

3.4. ¿Certidumbre jurídica?: el conflicto entre las altas cortes

La disparidad de criterios entre la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia ha sido una constante desde la Constitución Política de 1991. Así, a título ilustrativo, mientras que la Sala de Casación Laboral ha sostenido una posición conservadora respecto de la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, el Tribunal Constitucional ha censurado, también sistemáticamente, la posición de la Sala Laboral a este respecto (T-006 de 2015). La indexación de la primera mesada pensional ha sido, de igual manera, otro factor de discordia entre las altas cortes (T-589 de 2016). Asimismo, las contradicciones jurisprudenciales, en el caso de la estabilidad laboral reforzada, no se han reducido a la hipótesis de debilidad manifiesta por razones de salud. Así, por ejemplo, mientras que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia de tutela del 12 de diciembre de 2012 [41243]) y el Consejo de Estado (Sentencia del 3 de julio de 2013 [00495], Sección Cuarta) se han rehusado a aceptar el fuero de maternidad en los contratos de prestación de servicios, la Corte Constitucional ha admitido esta posibilidad (SU-070 de 2013).

Estudios recientes sobre el fuero de salud se han encargado de evidenciar las contradicciones existentes en la jurisprudencia de las altas cortes colombianas a este respecto (Beltrán, 2016; Salazar & Franco, 2014; Mezu y Montoya 2015; Jaramillo 2013). En general, la academia se ha volcado en defensa del precedente constitucional, al tiempo que ha orientado sus críticas en contra de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Duque, Quintero, & González, 2016).

En líneas generales, y debido a la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, las primeras sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia acerca de la interpretación y aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se produjeron mucho después que las decisiones de tutela

que en el caso particular justifica la desvinculación, al empleador ‘le corresponde asumir la carga de la prueba de sustentar en qué consiste el factor objetivo, que le permite desvirtuar la presunción de discriminación que pesa sobre sí’, a fin de impedir la consecuente ineficacia de la terminación contractual”.

adoptadas por la Corte Constitucional. Mientras que desde 1992 (sector público) y 2001 (sector privado) la Corte Constitucional venía ampliando el ámbito de cobertura de la estabilidad ocupacional reforzada a las personas en debilidad manifiesta por razones de salud, apenas en 2004 el Tribunal Laboral se empezó a pronunciar al respecto. Ello ha conducido a que, inevitablemente, exista en esta materia una especie de rezago que explica, entre otras razones, el éxito de la línea jurisprudencial sentada por el Tribunal Constitucional.

Veamos, a continuación, las principales diferencias jurisprudenciales en las que se hace patente la disparidad de criterios que las altas cortes del país vienen sosteniendo con relación a la interpretación y aplicación del denominado fuero de salud. La disparidad de criterios, pues, entre una corte y otra, redundo en desmedro de la certidumbre jurídica, tan preciada para efectos de la sostenibilidad empresarial.

3.4.1. Condición subjetiva de salud en el supuesto de hecho

El grado de indeterminación inherente al supuesto de hecho que activa la estabilidad ocupacional reforzada por razones de salud es elevado. El problema, *per se*, no es la discrecionalidad del operador jurídico, pues ella es inherente a cualquier labor de adjudicación del derecho. El problema surge y se torna dramático en tanto que esta discrecionalidad deriva, en no pocos casos, en arbitrariedad, puesto que los operadores del derecho se encuentran facultados, no solo para calificar los hechos a la luz de un supuesto de hecho asociado a una consecuencia jurídica (discrecionalidad), sino, también, para definir, en sí, los supuestos de hecho que activan la protección constitucional y las consecuencias jurídicas que se siguen de la misma (arbitrariedad).

La falta de certidumbre jurídica se ve agravada por la disparidad de criterios presente entre las altas cortes.

Cuadro 15. Disparidad jurisprudencial respecto del supuesto de hecho

Condición subjetiva de salud	
Corte Constitucional	Sala de Casación Laboral
<i>Discapacidad, invalidez y debilidad manifiesta por razones de salud.</i> Expresamente, la Corte Constitucional se ha opuesto a los raseros porcentuales definidos en la jurisprudencia laboral. Al analizar la	<i>Discapacidades moderadas, severas y profundas.</i> Así, en una interpretación literal de los artículos 1 y 5 de la Ley 361 de 1997, para valorar el grado de discapacidad, la Sala de Casación Laboral ha venido

constitucionalidad del artículo 1 de la Ley 361 de 1997, el Tribunal Constitucional dejó en claro que: “la referencia específica que hace el artículo 1º de la Ley 361 de 1997, a las personas con limitaciones ‘severas y profundas’ no puede tomarse como expresiones excluyentes para todos los artículos que conforman la citada ley. En punto a este tema, es de aclarar que la clasificación del grado de severidad de una limitación (art. 7º, Ley 361 de 1997) no implica la negación y vulneración de un derecho, sino la aplicación de	aplicando los criterios establecidos en el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001. En este sentido, ha descartado la aplicación que algunos operadores jurídicos le venían dando al artículo 5 de la Ley 776 de 2002, el cual fija, para efectos del sistema de riegos profesionales, la incapacidad permanente parcial en un 5%. Así, no sin algunas confusiones⁷², para el Tribunal Laboral es claro que la titularidad del derecho a la estabilidad laboral reforzada solo recae en trabajadores con grados de discapacidad moderada (del 15% al
---	---

⁷² Con la Sentencia del 3 de noviembre de 2010 [38992] se han suscitado algunas confusiones. En esta decisión la Sala de Casación Laboral estimó que la protección laboral reforzada, consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, solo aplicaba para trabajadores con discapacidades severas y profundas, esto es, para pérdidas de capacidad laboral superiores al 25%. En la Sentencia del 28 de agosto de 2012 [39207], entre otras, el Tribunal Laboral aclaró su posición y, en este sentido, ratificó el precedente sentado en 2008, con ocasión del cual no cabe duda que la protección laboral reforzada aplica a partir de discapacidades moderadas, esto es, para aquellos casos en que la pérdida de capacidad laboral del trabajador, debidamente calificada, supera el 15%. Este pronunciamiento sería reiterado, expresamente, en la Sentencia del 30 de enero de 2013 [41867]. Sin embargo, pocos meses después, en la Sentencia del 13 de marzo de 2013 [41380], la Sala de Casación Laboral vuelve a considerar que la protección de los trabajadores, prevista en el citado artículo 26 de la Ley 361, solo aplica a partir de discapacidades severas, es decir, respecto de aquellas pérdidas de capacidad laboral calificadas por encima del 25%. La confusión es dramática, puesto que, mientras que esta segunda posición sería reiterada en la Sentencia SL13657-2015 del 7 de octubre de 2015, en la Sentencia SL12110-2015 del 9 de septiembre de 2015 la Sala de Casación Laboral refiere, nuevamente, que la protección laboral reforzada aplica a partir de grados moderados de discapacidad. La situación se hace aún más compleja de entender si se considera que, en una misma sentencia, la Sala de Casación Laboral cita pronunciamientos contradictorios. Así, por ejemplo, en la Sentencia SL14134-2015 del 14 de octubre de 2015 el Tribunal Laboral señala que, en diferentes providencias, se ha establecido que la protección especial aplica a partir de un grado moderado de discapacidad, pero luego concluye que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 solo hace referencia a discapacidades severas y profundas. Finalmente, en la Sentencia SL7292-2016 del 1 de junio de 2016, así como en la Sentencia SL10538-2016 del 29 de junio de 2016, la Sala de Casación Laboral insiste en que, para que opera la protección especial, “debe acreditarse que el asalariado al menos tenga una limitación física, psíquica o sensorial y con el carácter de moderada, esto es, que se enmarque dentro de los porcentajes de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%”. En este orden de ideas, esta última decisión retoma el precedente sentado en la Sentencia del 28 de agosto de 2012 [39207].

medidas especiales establecidas por la misma ley para personas con discapacidad en cierto grado de severidad (vgr. los artículos 2º, 3º y 4º de la Ley 361 de 1997). Más que de discapacidad leve y moderada, la jurisprudencia ha señalado que en estas situaciones debe hablarse de personas que por su estado de salud física o mental se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, que les dificulta trabajar en ciertas actividades o hacerlo con algunas limitaciones y que por tanto, requieren de una asistencia y protección especial para permitirle su integración social y su realización personal, además de que gozan de una estabilidad laboral reforzada” (C-894 de 2011).

Así, censurando el dicho de la Sala de Casación Laboral, la Corte Constitucional ha reiterado que: “En relación con aquellas personas que solamente han sufrido un menoscabo físico durante la vigencia del contrato laboral, esta colegiatura ha entendido que procede una protección constitucional que se deriva directamente de la Carta Política y en virtud de la cual se brinda un amparo de la estabilidad laboral reforzada a individuos cuyo estado de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus obligaciones laborales en condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados. Conforme a ello, se

25%), severa (mayor del 25% y menor al 50%) y profunda (mayor del 50%).

Al respecto, pueden verse, entre otras, las sentencias fechadas el: 15 de julio de 2008 [32532], 25 de marzo de 2009 [35606], 16 de marzo de 2010 [36115], 24 de marzo de 2010 [37235], 3 de noviembre de 2010 [38992], 32532, 28 de agosto de 2012 [39207], SL3989-2014 del 19 de marzo de 2014, SL7292-2016 del 1 de junio de 2016, entre otras.

A juicio de la Sala de Casación Laboral, si se suprimieran estos raseros porcentuales —tal y como lo ha hecho la Corte Constitucional—, “se llegaría al extremo de reconocer la estabilidad reforzada de manera general y no como excepción, dado que bastaría la pérdida de la capacidad en un 1% para tener derecho al reintegro por haber sido despedido, sin la autorización del ministerio del ramo respectivo. De esta manera, desaparecería la facultad del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo unilateralmente, lo que no es el objetivo de la norma en comento” (Sentencia del 28 de agosto de 2012 [39207]).

Por ello, a juicio del Tribunal Laboral, la garantía prevista en el artículo 26 de la Ley 381 de 1997 es de “carácter especial dentro de la legislación del trabajo, pues procede exclusivamente para las personas que

colige que la debilidad manifiesta del empleado también se desprende de aquellos trabajadores que se encuentren en dicha situación, pese a que no exista un dictamen de pérdida de capacidad laboral” (T-597 de 2014).	presenten limitaciones en grado severo y profundo y no para las que padezcan cualquier tipo de limitación, ni, menos aún, para quienes se hallen en incapacidad temporal por afecciones de salud, de tal suerte que, tratándose de una garantía excepcional a la estabilidad, no puede el juez extenderla de manera indebida para eventos no contemplados en la mencionada norma” (Sentencia SL14134-2015 del 14 de octubre de 2015)⁷³. De cualquier manera, conviene aclarar que, para la Sala de Casación Laboral, el concepto de debilidad manifiesta no es del todo ajeno. En efecto, esta Sala ha reconocido que los trabajadores discapacitados se encuentran en condición de debilidad manifiesta (Sentencia del 16 de marzo de 2010 [36115]). Ello, sin embargo, no implica que esta categoría sea autónoma o independiente respecto de la condición de discapacidad.
---	--

3.4.2. Consecuencias jurídicas

Además del alto grado de incertidumbre inherente al supuesto de hecho, también es posible advertir una disparidad de criterios en lo que atañe a las consecuencias jurídicas que se siguen de la desvinculación, sin autorización

⁷³ En esta decisión se hace patente la contradicción jurisprudencial, puesto que, por ejemplo, mientras que la Corte Constitucional ha protegido el derecho de los trabajadores que padecen síndrome del túnel carpiano, en esta providencia la Sala de Casación Laboral negó el derecho de un trabajador afectado por esta misma patología, toda vez que esta enfermedad no alcanzaba a generar, ni siquiera, una discapacidad moderada.

previa, de un trabajador protegido por este tipo de estabilidad ocupacional reforzada.

Cuadro 16. Disparidad jurisprudencial respecto de las consecuencias jurídicas

Consecuencias jurídicas	
Corte Constitucional	Sala de Casación Laboral
Por su grado de complejidad, véase, para una mejor comprensión, el numeral 2.4., en donde abordamos con detalle las diferentes consecuencias jurídicas que, por jurisprudencia constitucional, se han establecido a este respecto.	Si procede la acción laboral de reintegro, previa declaratoria de la ineficacia del despido, el empleador deberá: a) Reintegrar al trabajador en el cargo que desempeñaba o en uno igual o superior, el cual debe ser compatible con su discapacidad. No obstante, en algunos casos particulares la Corte Suprema ha admitido que el reintegro del trabajador es desaconsejable⁷⁴. b) Pagar al trabajador los salarios, las prestaciones y los demás emolumentos laborales, así como realizar los aportes a la seguridad social; desde el momento de desvinculación hasta que se haga efectivo el reintegro. Estos valores podrán ser compensados con las sumas pagadas al trabajador. Al respecto puede verse la Sentencia del 28 de agosto de 2012 [39207].

⁷⁴ En la Sentencia SL11643-2016 del 22 de junio de 2016, la Sala de Casación Laboral refiere que resulta desaconsejable el reintegro de un trabajador cuando su patología se lo impide. Así, para el caso concreto, la trabajadora padecía de enfermedades mentales, calificadas en más de un 40% de pérdida de capacidad laboral, que impedían su reintegro a la empresa empleadora. Al respecto, pueden verse, asimismo, las sentencias SL1856 –2015 del 25 de febrero de 2015 y SL1719 – 2014 del 26 de noviembre de 2014.

	Particularmente, en esta sentencia la Sala de Casación Laboral no ordenó el pago de la indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.
--	---

3.4.3. Otros aspectos sustantivos y su prueba

En lo que incumbe a la acreditación probatoria de otros aspectos sustantivos de la estabilidad ocupacional reforzada por razones de salud, encontramos, asimismo, un conflicto entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Cuadro 17. Disparidad jurisprudencial respecto de otros aspectos sustantivos y su prueba

Otros aspectos sustantivos y su prueba	
Corte Constitucional	Sala de Casación Laboral
En términos probatorios, en principio, le compete al trabajador probar: a) Su discapacidad, invalidez o condición de debilidad manifiesta por razones de salud. b) El conocimiento de su patología por parte del empleador. c) El nexo de causalidad entre su estado de salud y su desvinculación, sin autorización del Inspector de Trabajo. Ahora bien, estas exigencias probatorias no deben asumirse sin los matices necesarios, puesto que, particularmente, lo señalado en los	Le corresponde al trabajador la <i>carga</i> de demostrar: a) Su discapacidad y el grado de la misma. b) El conocimiento de esta por parte del empleador. c) El nexo de causalidad, único y exclusivo, entre su estado de salud y su desvinculación laboral, sin autorización del Inspector de Trabajo. Al respecto, pueden verse las sentencias fechadas el: 8 de septiembre de 2004 [22615], 16 de febrero de 2006 [25962], 2 de marzo de 2007 [27570], 25 de marzo de 2009 [35606], 16 de marzo de 2010 [36115], 27 de enero de 2010 [37514], SL13657-2015 del 7 de

últimos dos literales requiere de varias precisiones. <i>a) Frente a la prueba de su condición de salud:</i> En virtud del principio de libertad probatoria, el trabajador puede demostrar su condición de salud a través de cualquier medio de prueba legal y lícito. Sobre este particular la Corte Constitucional ha privilegiado el indicio como “medio de prueba”. En desarrollo de lo anterior, “bastan indicios tales como incapacidades, hospitalizaciones y revisiones médicas, para determinar una mengua o deterioro en la salud del trabajador. <i>b) Frente al requisito cognoscitivo:</i> En principio, le corresponde al trabajador la carga de demostrar que, al momento de su desvinculación, el empleador tenía conocimiento de su patología (T-344 de 2016). Ahora bien, aunque no existe una posición uniforme en la jurisprudencia de las diferentes salas de la Corte Constitucional, recientemente se ha establecido que “la protección constitucional reforzada no depende del conocimiento del empleador,	octubre de 2015, SL11643-2016 del 22 de junio de 2016. <i>a) Frente a la prueba de su discapacidad:</i> En principio, el estado de discapacidad debe demostrarse, de conformidad con lo establecido en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, mediante el diagnóstico otorgado por las respectivas juntas de calificación. No obstante, en algunos casos se ha admitido que, en el marco de un proceso judicial, se desvirtúe el grado de calificación otorgado por las respectivas juntas de calificación de invalidez (Sentencia SL16374-2015 del 4 de noviembre de 2015). Por ello, en el marco de un proceso judicial, el juez podrá valorar el grado de discapacidad de un trabajador a partir de un dictamen pericial. En todo caso, no cabe duda de que el grado de discapacidad del trabajador debe ser demostrado mediante prueba científica. En este sentido, para demostrar dicha condición subjetiva, no resulta conducente la confesión del empleador (Sentencia del 7 de febrero de 2006 [25130]), ni el testimonio de un tercero (Sentencia SL12110-2015 del 9 de septiembre de 2015)⁷⁹.
---	--

⁷⁹ Una síntesis de los medios probatorios conducentes y pertinentes para demostrar la discapacidad del trabajador se encuentra en la Sentencia SL10538-2016 del 29 de junio de 2016, según la cual “i) tanto el carné de que trata el artículo 5 de la Ley 361, como el dictamen pericial de las JCI, son algunos de los medios de prueba, no solemnes, con los cuales se puede acreditar el grado de la limitación física, psíquica y sensorial; ii) habrá casos, según la patología, en los que el Juez sólo podrá verificar tal supuesto de hecho con los dictámenes de las JCI y iii) en otros eventos, el Juzgador tiene libertad probatoria”.

como quiera que la circunstancia que da lugar a esa forma especial de amparo es un hecho objetivo. Así, el conocimiento del empleador será determinante para fijar el grado de protección, mas no la protección misma” (T-029 de 2016, T-368 de 2016). En algunos casos, la Corte Constitucional ha dispuesto el reintegro del trabajador, pero se ha abstenido de ordenar la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en tanto que aparece demostrado en el proceso de tutela que el empleador, para la fecha del despido, ignoraba la condición de salud de su subordinado (T-185 de 2016). Una posición diferente, sostenida por la misma Corte Constitucional, puede verse en la Sentencia T-077 de 2014, en la cual este Tribunal exoneró a un empleador que, al momento de desvincular a un trabajador con VIH, ignoraba la condición patológica de su subordinado. <i>c) Frente al nexo de causalidad:</i> En cuanto al nexo de causalidad, la tendencia mayoritaria en la Corte Constitucional ha señalado que es “obligación del juez presumir el despido discriminatorio, cuando una persona en circunstancias de debilidad manifiesta es desvinculada del empleo sin autorización de la	Hay que anotar que la protección consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no solo aplica a los discapacitados que cuenten con el carné de afiliación de que trata el artículo 5 de dicha Ley. De esta manera, el respectivo carné donde consta la calificación de la discapacidad es solo un medio de prueba más, “pues la discapacidad corresponde a una condición real de la persona que se acredita, si es del caso, mediante dictamen pericial, de la cual puede tener conocimiento el empleador de cualquier forma, según la situación particular del trabajador discapacitado” (Sentencia del 28 de agosto de 2012 [39207]). Asimismo, el hecho de que un trabajador se encuentre incapacitado, incluso por un período superior a 180 días, no permite concluir que sea beneficiario de la especial protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Entre otras, véanse las sentencias fechadas el: 7 de febrero de 2006 [25130], 26 de septiembre de 2007 [31207], 25 de marzo de 2009 [35606], 27 de enero de 2010 [37514], 30 de enero de 2013 [41867], STL13156-2014 del 24 de septiembre de 2014, SL7292-2016 del 1 de junio de 2016, entre otras. En este mismo sentido, el hecho de que un trabajador haya sufrido un accidente de trabajo, no implica,
--	--

oficina del trabajo” (T-1083 de 2007)⁷⁵. De este modo, la Corte Constitucional ha invertido la carga de la prueba al establecer que es al empleador a quien le corresponde “demostrar que la terminación unilateral del contrato, tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador” (T-320 de 2016)⁷⁶. A su turno, en los contratos a término fijo y por obra o labor contratada, le compete al empleador probar “la existencia de una condición objetiva, diferente a la simple terminación del plazo pactado, que justifique no haber prorrogado el contrato laboral a término fijo de un trabajador que se	necesariamente, que se encuentre protegido por el principio de estabilidad laboral reforzada (Sentencia SL13657-2015 del 7 de octubre de 2015). <i>b) Frente al requisito cognoscitivo:</i> La desvinculación que se produzca con posterioridad a la fecha de estructuración y calificación de la discapacidad del trabajador no puede considerarse como discriminatoria, pues en este caso el empleador ignora la limitación que aqueja a su empleado. Consúltense, entre otras, las sentencias fechadas el: 15 de julio de 2008 [31791], 25 de marzo de 2009 [35606], STL13156-2014 del 24 de septiembre de 2014, 37514 del 27 de enero de 2010, SL6465-2016 del
--	---

⁷⁵ La Sentencia T-1083 de 2007 constituye una ruptura en la línea jurisprudencial que hasta ese entonces había sostenido la Corte Constitucional respecto de la prueba del nexo de causalidad. De hecho, en la Sentencia T-519 de 2003 la Corte Constitucional había establecido que “(...) no es suficiente el mero hecho de la presencia de una enfermedad o una discapacidad en la persona que el empleador decida desvincular de manera unilateral sin justa causa. Para que la protección vía tutela prospere debe estar probado que la desvinculación laboral se debió a esa particular condición. Es decir, debe haber nexo de causalidad probado entre condición de debilidad manifiesta por el estado de salud y la desvinculación laboral”.

⁷⁶ Para la Corte Constitucional la inversión de la carga probatoria encuentra sobradas razones: “la necesidad de presumir que el despido se fundó en la enfermedad del empleado es evidente en la medida que es una carga desproporcionada para alguien que se encuentra en situación de vulnerabilidad. Además, exigir la prueba de despido discriminatorio hace nugatorio el amparo de los derechos que pretende garantizar puesto que el objeto del medio de convicción es un aspecto interno del empleador difícil de demostrar para alguien que no es él. En consecuencia, se invierte la carga de la prueba de modo que es el patrono quien debe demostrar que el despido tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador” (T-018 de 2013). Asimismo, “la carga de la prueba está en cabeza del empleador, porque es él quién toma la decisión de no renovar el contrato o de terminarlo anticipadamente, y tiene conocimiento de las circunstancias en que se desarrolla la actividad productiva y de las motivaciones de la decisión, pero además, porque el trabajador se halla en estado de debilidad respecto de la relación laboral y cuenta con la especial protección constitucional descrita” (T-111 de 2012).

encuentra en situación de debilidad manifiesta” (T-469 de 2004)⁷⁷. Una posición minoritaria al interior de la Corte Constitucional ha exigido, para la procedencia del amparo, que el trabajador pruebe el nexo de causalidad (T-647 de 2015). De esta manera, en líneas generales, tanto el requisito cognoscitivo como el nexo causal entre el despido y la patología solo serían relevantes a la hora de determinar el grado de protección constitucional y las consecuencias jurídicas que se siguen del mismo, mas no para decidir acerca de la procedencia, <i>per se</i>, del amparo⁷⁸.	18 de mayo de 2016, entre otras. No obstante, en algunos casos, la Sala de Casación Laboral ha valorado elementos tales como la notoriedad de la discapacidad a partir de su fecha de estructuración. Asimismo, haciendo uso del principio de buena fe, el Tribunal Laboral ha considerado que, si conoce de su existencia, el empleador debe hacerle seguimiento al proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral de su empleado y estar pendiente de sus resultados. Sobre el particular puede verse la Sentencia del 28 de agosto de 2012 [39207]. En todo caso, el hecho de que el empleador conozca acerca de la enfermedad del trabajador no hace de este un sujeto de protección especial, pues se requiere, en efecto, que su estado de salud haya sido previamente calificado en uno de los respectivos grados de discapacidad (Sentencia SL14134-2015 del 14 de octubre de 2015). c) <i>Frente al nexo de causalidad:</i> En principio, el artículo 26 de la Ley
---	--

⁷⁷ Esta es una postura que, en general, la Corte Constitucional viene defendiendo, desde la Sentencia C-588 de 1995, respecto de la renovación de los contratos a término fijo.

⁷⁸ En la Sentencia T-251 de 2016 la Corte Constitucional aclaró lo siguiente: “Asimismo, el análisis correspondiente conducirá a establecer si dicha medida de protección a favor del trabajador emana de la actitud deliberadamente discriminatoria por parte del empleador, caso en el cual habrá lugar a imponerle la sanción consistente en el pago de una indemnización de 180 días de salario al empleado, o bien, si se desprende del deber constitucional de solidaridad frente al sujeto que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, en virtud del cual el juez puede inducir a ciertas personas a la adopción de determinadas conductas de auxilio y colaboración frente a otras, a fin de garantizar los derechos fundamentales de la parte débil en una relación asimétrica”. En esta misma línea puede verse la Sentencia T-368 de 2016.

	361 de 1997 no consagra una presunción de despido discriminatorio ⁸⁰ . Por ende, aun si el empleador tiene conocimiento de la discapacidad del trabajador, de allí no se sigue, necesariamente, que su desvinculación se haya producido en razón de dicha condición de salud. Por ende, le corresponde al trabajador probar el nexo de causalidad entre el despido y su discapacidad, sin que sea dable aplicar presunción alguna (sentencias del 16 de marzo de 2010 [36115] y del 10 de agosto de 2010 [35794]).
--	---

3.4.4. Relaciones contractuales en que aplica

No existe un criterio unánime en lo que concierne a las relaciones contractuales en que aplica la estabilidad ocupacional reforzada. El debate gira en torno a si esta figura solo aplica respecto de relaciones propiamente laborales, o si incluye, también, cualquier tipo de alternativa productiva.

⁸⁰ A fe de verdad, la Sala de Casación Laboral no ha cerrado las puertas a la aplicación de esta presunción. Valorando que ella ha sido instrumentalizada por la Corte Constitucional, no descarta que, eventualmente, sea posible extender a este caso, por vía analógica, la presunción de despido que el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo consagra para la protección de la maternidad. Sin embargo, como quiera que en los distintos recursos de casación los demandantes no solicitaron la aplicación extensiva de esta presunción, el Tribunal Laboral se ha negado a reconocerla. Con relación a esta presunción puede leerse la Sentencia del 16 de marzo de 2010 [36115]. De hecho, posteriormente, en la Sentencia del 13 de marzo de 2013 [41380] la Sala de Casación Laboral avaló tácitamente dicha presunción, pues, a su juicio, el fuero especial de discapacidad previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 es equiparable al fuero de otros trabajadores constitucionalmente protegidos, como el caso de la mujer en estado de embarazo. No obstante, en la Sentencia SL7964-2015 del 17 de junio de 2015 el Tribunal Laboral reiteró que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagraba presunción alguna. Sobre esta discusión puede verse, más recientemente, la Sentencia SL6850-2016 del 25 de mayo de 2016, en la cual la Corte Suprema consideró que resulta desproporcionado exigirle al trabajador que demuestre que la razón real de su desvinculación estuvo ligada a su condición de discapacidad.

Cuadro 18. Disparidad jurisprudencial respecto de las relaciones contractuales en que aplica

Alternativas productivas	
Corte Constitucional	Sala de Casación Laboral
Todo tipo de alternativa productiva, por lo que se está en presencia de un tipo de estabilidad <i>ocupacional</i> reforzada.	Contratos de trabajo, de suerte tal que la protección laboral reforzada protege a los trabajadores discapacitados de despidos y vencimientos contractuales cuya sola motivación sea su estado de salud (sentencias del 16 de marzo de 2010 [36115] y del 10 de agosto de 2010 [35794]). En este sentido, el Tribunal Laboral no se ha pronunciado, en una sentencia de casación, frente a la procedencia o no de esta figura en los contratos de prestación de servicios, aunque es predecible que su posición sea negativa, como lo ha hecho notar respecto del fuero de maternidad.

3.4.5. Interpretación del numeral 15 del artículo 62 del C.S.T.

Asimismo, las altas cortes se dividen en lo que respecta a la interpretación del numeral 15 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo. Se trata de una cuestión sumamente compleja, pues, en últimas, la discusión que queda en el fondo es la constitucionalidad de esta disposición normativa.

Cuadro 19. Disparidad jurisprudencial respecto de la interpretación del artículo 62 del C.S.T.

Justa causa de terminación del contrato	
Corte Constitucional	Sala de Casación Laboral
Entre otras, en las sentencias T-504 de 2008 y T-364 de 2016 el Tribunal Constitucional le ha dado un alcance distinto a la facultad del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo alegando la causal contemplada en el numeral 15 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo. Para la Corte Constitucional “el sólo cumplimiento del período de 180 días continuos de incapacidad, no lleva consigo de manera automática la posibilidad del empleador de terminar unilateralmente el contrato laboral aduciendo una justa causa, en tanto no puede ejercerse de forma irrazonable o indiscriminada tal prerrogativa, en la medida en que, como se vio, a éste le corresponde reincorporar a los trabajadores que han recuperado su salud, o reubicar a aquellos que presentan incapacidades parciales, conforme con lo que médicamente se haya dictaminado, en observancia del principio de solidaridad que le asiste frente a sujetos de especial protección, pues aplicar objetivamente la causal de terminación del contrato laboral cuando el empleado ha superado los 180 días de incapacidad médica, pasando por alto que aquél tenga la	De conformidad con el numeral 15 del artículo 62 Código Sustantivo del Trabajo, es justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo el hecho de que el trabajador se encuentre incapacitado por más de 180 días. En este sentido, cuando el despido se produce por parte del empleador en aplicación de esta causal, se descarta que la terminación del contrato se encuentre relacionada con la discapacidad del trabajador. Véanse, entre otras, las sentencias del 7 de febrero de 2006 [25130], 15 de julio de 2008 [31791], 3 de noviembre de 2010 [38992], SL7292-2016 del 1 de junio de 2016.

posibilidad de recuperarse, ‘tiene un efecto perverso, ya que, por una parte, se le desvincula del empleo que le proveía los recursos económicos para su subsistencia, y por otra, el Sistema lo abandona a su suerte sin que se hubiese reestablecido su salud’”. De este modo, de conformidad con las sentencias T-279 de 2006, T-062 de 2007 y T-642 de 2010, para que proceda esta causal de despido con justa causa se requiere, por un lado, que una vez superado el término de 180 días se califique la pérdida de capacidad laboral del trabajador y, adicionalmente, solo en el evento en que el resultado de dicha calificación arroje que la pérdida de la capacidad laboral supera el 50%, se itera, solo en este evento puede el empleador dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo en aplicación del numeral 15 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, bajo el entendido de que el trabajador habría accedido al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. De este modo, si la pérdida de capacidad laboral es inferior al 50% o el trabajador recupera su estado de salud concluido el término de 180 días, “el empleador tiene el deber de reincorporarlo y reubicarlo según las necesidades de su nueva condición médica”.	
---	--

Así, nótese que, en términos concretos, la aplicación de la facultad prevista en el numeral 15 del artículo 62 ha quedado tan restringida que, prácticamente, es imposible de ejercer, pues incluso en el evento en que se cumpla con los requisitos anteriores, el empleador debería esperar a que el trabajador inválido haya accedido, efectivamente, a la pensión de invalidez. Naturalmente, este un proceso dispendioso y complejo, pues no en todos los eventos en que la pérdida de capacidad laboral se diagnostica igual o por encima del 50% se termina por pensionar al trabajador⁸¹. No obstante, y contrario a lo dicho, vale la pena anotar que, marginalmente, la Corte Constitucional ha reconocido que “en algunos casos, la disminución de la capacidad puede ser de tal	
--	--

⁸¹ Una síntesis de los deberes del empleador que pretenda utilizar la facultad establecida en el numeral 15 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo puede verse en la Sentencia T-642 de 2010: “el cumplimiento del periodo de 180 días de incapacidad médica no da lugar a la terminación automática del contrato de trabajo, comoquiera que el empleador tiene los siguientes deberes: (i) solicitar el permiso respectivo ante la autoridad de Trabajo correspondiente; (ii) efectuar el reconocimiento y pago de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad; (iii) reincorporar y reubicar al trabajador que superado ese término haya recuperado de manera total o parcial su estado de salud; (iv) coordinar con las entidades encargadas el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en caso de que se determine que agotados los 180 días de recuperación, la pérdida de capacidad laboral del empleado supera el 50%, según el dictamen médico; esto, con el fin de que el trabajador quede provisto de ingresos económicos en todo momento; y (v) actuar armónicamente con las entidades del Sistema de Salud para garantizar la continua prestación de los servicios médicos que requiera el trabajador”.

envergadura que conlleve la terminación del contrato de trabajo en virtud de la ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada” (T-340 de 2017). Bajo esta consideración el numeral 15 del artículo 62 del C.S.T. seguiría estando vigente. Así, en estos casos procede la desvinculación del trabajador, por ejemplo, en el evento en que este haya ocultado su patología y la misma sea claramente incompatible e insuperable con el cargo a desempeñar. De igual modo, la Corte se pronunció en el sentido de que: “Si el empleador conoce de la enfermedad y/o situación de discapacidad durante el desarrollo de la relación laboral, y considera que configura una incompatibilidad con la labor que el empleado lleva a cabo, debe adelantar el trámite correspondiente ante el inspector de trabajo, quien podrá autorizar el despido del trabajador si se demuestra que la enfermedad y/o situación de discapacidad claramente es incompatible e insuperable con el cargo a desempeñar” (T-340 de 2017).	
---	--

3.4.6. Aspectos procesales

Finalmente, como si lo anterior fuera poco, las posiciones jurisprudenciales se distancian en lo relativo al trámite procesal a través del cual es posible exigir que se haga efectivo el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada.

Cuadro 20. Disparidad jurisprudencial respecto de los aspectos procesales

Aspectos procesales	
Corte Constitucional	Sala de Casación Laboral
a) <i>Acción y proceso de tutela</i> (artículo 86 de la Constitución Política de 1991 y Decreto 2591 de 1991), bien sea como mecanismo transitorio, ora como mecanismo definitivo. En las sentencias T-344 de 2016, T-359 de 2014 y T-041 de 2014, entre otras, la Corte Constitucional ha diferenciado si se trata de un trabajador discapacitado e inválido de si se trata de un trabajador en condición de debilidad manifiesta. Si se tiene certeza de la discapacidad o invalidez del trabajador, la acción de tutela se erige como un mecanismo definitivo de protección. Ahora bien, cuando se está en presencia de un trabajador en situación de debilidad manifiesta por razones de salud, la acción constitucional procede como mecanismo transitorio de protección mientras los jueces laborales deciden acerca de la procedencia o improcedencia definitiva del reintegro. En este último evento lo que se busca es evitar la consumación de un perjuicio irremediable (SU-355 de 2015 y T-185 de 2016), de	a) <i>Acción de reintegro y proceso laboral ordinario</i> (artículo 74 y siguientes del Código Procesal del Trabajo). De manera reiterada y en atención al requisito de subsidiariedad, la Sala de Casación laboral ha establecido que la acción de tutela resulta improcedente como mecanismo judicial para solicitar el reintegro laboral de un trabajador con fuero de salud. Ello es así por cuanto es necesario que el trabajador agote los mecanismos ordinarios de defensa, salvo que se demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Para el Tribunal Laboral el estado de salud del trabajador y el hecho de que este se encuentre desempleado no acredita la existencia de un perjuicio

suerte tal que la protección vía tutela no releva al trabajador de acudir a las vías judiciales ordinarias. En este orden de ideas, se considera que un perjuicio es irremediable si cumple con las características de certeza, inminencia, urgencia y gravedad, es decir que: “(i) la amenaza sea real, (ii) el daño al derecho fundamental sea de próxima ocurrencia y (iii) sea urgente la adopción de medidas” (T-302 de 2013). En otras decisiones la diferencia entre trabajador discapacitado, inválido o en condición de debilidad manifiesta por razones de salud no resulta relevante para determinar el carácter definitivo o transitorio del amparo, en tanto que también frente a trabajadores discapacitados procede la acción de tutela como mecanismo transitorio (T-434 de 2008), o, a la inversa, frente a trabajadores en condición de debilidad manifiesta el amparo también puede asumir una vigencia definitiva. Así, el Tribunal Constitucional ha aclarado que la tutela procede como mecanismo definitivo “en caso de que sea imposible, irrazonable o desproporcionado que la persona espere la resolución de un proceso judicial por eventos excepcionales, como su avanzada edad, o la futura liquidación o disolución de la entidad demandada” (T-812 de 2008). De	irremediable que deba ser prevenido a través del procedimiento de tutela. Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias de la Sala de Casación Laboral: STL1093-2014 del 5 de febrero de 2014, STL13156-2014 del 24 de septiembre de 2014, STL3000-2015 del 11 de marzo de 2015, STL3727-2015 del 25 de marzo de 2015, STL13820-2015 del 13 de octubre de 2015 y STL6659-2016 del 18 de mayo de 2016. En similar sentido, el Consejo de Estado, aunque ha compartido la tesis de la Corte Constitucional en lo que respecta a la protección de los trabajadores en situación de debilidad manifiesta por razones de salud, ha considerado que “No puede volverse costumbre, so pretexto de la protección laboral reforzada, soslayar las vías ordinarias legalmente establecidas ante los jueces naturales, para la efectiva protección y salvaguarda de los derechos” (Sentencia del 8 de junio de 2016, radicado 2016-0106).
--	--

cualquier manera, el juez de tutela posee un amplio margen para valorar, en cada caso concreto, los requisitos de procedencia de la acción de tutela. <i>b) Prescripción de la acción.</i> La acción de tutela no cuenta con un término de prescripción y/o caducidad. Sin embargo, el requisito de inmediatez debe ser valorado para determinar su procedencia o improcedencia. En diferentes pronunciamientos la Corte Constitucional ha analizado el cumplimiento de este requisito. En la Sentencia T-594 de 2015 este Tribunal tuteló el derecho de un trabajador que interpuso la acción un año después de su desvinculación. Sin embargo, en la Sentencia T-431 de 2013 negó el derecho de un trabajador que presentó una acción de tutela pasados dos años desde el momento de su despido. <i>A priori</i>, no existe un tiempo fijo que sirva de parámetro, pues habría que valorar si las demoras en la interposición de la acción de tutela obedecen a factores invencibles o a la misma patología que aqueja al trabajador⁸². Algunas aclaraciones adicionales pueden verse en el numeral 2.4.	<i>b) Prescripción de la acción.</i> Por tratarse de una acción laboral sin término especial de prescripción, rige la regla general prevista en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, un período de tres años contados a partir de la fecha de desvinculación.
---	--

⁸² A este respecto, en la Sentencia T-434 de 2008 la Corte Constitucional consideró que “el despido de un discapacitado conlleva a considerar la procedibilidad de la tutela como mecanismo transitorio de protección con alguna flexibilidad, pero no hace la tutela procedente de forma inmediata, pues el grado de afectación del peticionario puede darse en grados diferentes, y las actitudes asumidas por el empleador pueden ser más o menos razonables, así como las cargas exigibles a uno y otro. Se trata de aspectos que deben ser consultados, en cada caso, se repite, sin que se pueda establecer un parámetro fijo para determinar a priori la procedencia del amparo”.

Dado lo anterior, y considerando, pues, que la disparidad de criterios entre las altas cortes es abundante y protuberante, cabría preguntarse qué precedentes deben aplicar los operadores jurídicos a la hora de solucionar un caso de estabilidad laboral reforzada por razones salud.

En el lenguaje coloquial, la contradicción entre el precedente laboral y el precedente constitucional es uno de los tantos choques de trenes que se han producido entre las altas cortes de nuestro país. Además de que disputas de este tipo debilitan la confianza en las instituciones, ellas contribuyen al desorden jurídico que mina la certidumbre jurídica.

En efecto, en la hipótesis de estabilidad ocupacional reforzada por razones de salud ha habido, verdaderamente, un choque trenes. La situación se ha agravado al punto tal que, reiterando un pronunciamiento del 13 de mayo de 2005 con radicado 24310, en la Sentencia SL13657-2015 del 7 de octubre de 2015, la Sala de Casación Laboral aclaró que los jueces laborales no están obligados a seguir las órdenes emitidas por el Tribunal Constitucional sobre este particular. No ha sido la única decisión en la que se ha insistido en ello. De hecho, en la Sentencia SL10538-2016 del 29 de junio de 2016, la Sala de Casación Laboral revocó una providencia de segunda instancia que, separándose del criterio establecido por la Corte Suprema de Justicia respecto de la necesidad de que el grado de discapacidad estuviese calificado, daba aplicación al precedente definido por la Corte Constitucional.

Por su parte, la Corte Constitucional ha revocado las decisiones de la Sala de Casación Laboral que se resisten a aplicar el precedente constitucional. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-597 de 2014 el Tribunal Constitucional revocó una sentencia de primera instancia, adoptada en el marco de un proceso de tutela por la Sala de Casación Laboral, por cuanto ella desconocía, por un lado, la presunción de despido discriminatorio consagrada en la jurisprudencia constitucional y, por otro lado, porque en dicha providencia se ignoraba que, según el precedente de la Corte Constitucional, el derecho a la estabilidad laboral reforzada cubre a los trabajadores que se encuentran en condición de debilidad manifiesta por razones de salud, con independencia de que se cuente o no con una calificación porcentual de discapacidad.

La disparidad de criterios entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia ha dado lugar a un círculo vicioso. De esta manera, en los casos en que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para proteger el derecho a la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores en condición de

debilidad manifiesta por razones de salud, la penúltima palabra la tendrá el juez laboral en el marco de un proceso ordinario. Este juez, siguiendo el criterio de su tribunal de cierre, dará aplicación a los parámetros hermenéuticos definidos por la Sala de Casación Laboral. Al hacerlo, violará el precedente constitucional, motivo por el cual, en contra de la sentencia que incorpora los criterios de la Corte Suprema de Justicia, sería procedente una acción de tutela, pues ella entrañaría una vía de hecho. Así, la acción de tutela funcionaría como amparo transitorio y definitivo al tiempo que la jurisdicción ordinaria sería desplazada por completo.

En definitiva, en caso de contraposición entre el precedente laboral y el precedente constitucional debe afirmarse, claramente, la primacía de este último (C-836 de 2001 y C-634 de 2011). La razón parece ser sencilla. Como quiera que la Constitución Política es norma de normas, la interpretación que de ella haga la Corte Constitucional prima sobre la interpretación que de una ley realice otra alta corte.

Ahora bien, la primacía del precedente constitucional responde, sobre todo, a una razón práctica. Mientras que la Corte Constitucional puede revisar y revocar, al conocer una acción de tutela, las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Laboral no tiene ninguna posibilidad de reaccionar a ello ni de responder de la misma manera. De hecho, si un juez aplica un precedente que contraviene el precedente constitucional, incurre, por esta simple razón, en una vía de hecho susceptible de ser censurada vía acción de tutela.

En este sentido, la Corte Constitucional ha reiterado, insistentemente, que la acción de tutela en contra de providencias judiciales resulta procedente en aquellos casos en que los operadores jurídicos omiten preferir el precedente constitucional y dan aplicación al precedente de sus respectivos tribunales de cierre (Sentencia T-437 de 2015). A juicio del Tribunal Constitucional:

En la medida que la Corte es la guardiana de la supremacía de la Constitución Política, en los términos del artículo 241 de la misma, las decisiones adoptadas por esta corporación, en cuanto precise el alcance de los derechos fundamentales o determine la hermenéutica constitucionalmente admisible de un precepto legal, son obligatorias o vinculantes para los operadores judiciales al momento de resolver los asuntos sometidos a su consideración. Esta obligatoriedad se predica tanto de la parte considerativa como de la resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional (...)

En ese orden, cuando una autoridad judicial (incluyendo los altos tribunales de cierre de la demás jurisdicciones) se aparta del precedente establecido por la jurisprudencia

de la Corte, restringiendo el alcance dado a una garantía iusfundamental o desconoce la interpretación constitucional de determinada norma, incurre en una violación al debido proceso susceptible de ser remediado por vía de la acción de tutela (T-589 de 2016).

Las anteriores consideraciones resultan relevantes, fundamentalmente, porque ante la disparidad de criterios, en los procesos de creación normativa deberá preferirse el precedente adoptado por la Corte Constitucional. Puntualmente, vía jurisprudencial este Tribunal ha hecho notar que:

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

De esta manera, en síntesis, aun cuando sea problemático, a la hora de decidir un caso de estabilidad ocupacional reforzada por razones de salud deberá preferirse el precedente constitucional por encima del precedente laboral. Pretender, de manera explícita, que un operador jurídico, sobre todo en un proceso de tutela, se separe del precedente constitucional, es una tarea bastante difícil. No solo porque no se configura ninguna de las causales previstas jurisprudencialmente para sustraerse a la aplicación del precedente constitucional⁸³, sino, más que nada, porque el Tribunal Constitucional ha sido

⁸³ De manera reiterada, la Corte Constitucional ha delimitado, a fin de que un operador jurídico se pueda separar del precedente judicial, siguientes causales: “se puede aceptar que un juez inferior se aparte del precedente de su superior si, i) después de hacer referencia expresa al referente y ii) luego de resumir su esencia y razón de ser, iii) se aparta voluntariamente de él exponiendo razones debidamente fundadas para justificar su decisión. Para apartarse de un precedente, por ejemplo, de la Corte Suprema de Justicia que es el órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria, será necesario que el juez de instancia ofrezca por demás razones de peso serias para separarse abiertamente del mismo, como pueden ser entre otras, acorde a la doctrina constitucional: a) que las razones de la sentencia anterior no se aplica al caso concreto, por existir elementos nuevos que hacen necesaria la distinción; b) que la Corte Suprema no haya valorado elementos normativos relevantes, que alteren en consecuencia, la admisibilidad del precedente, para el nuevo caso; c) que desarrollos dogmáticos posteriores al pronunciamiento del operador, lleven a la convicción de que es posible adoptar una postura que responda mejor a la institución jurídica en sí misma considerada; d) que la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hayan pronunciado de manera contraria a la interpretación de la Corte Suprema de Justicia o, finalmente, e) que sobrevengan cambios normativos que hagan incompatible el precedente con el nuevo ordenamiento jurídico” (T-698 de 2004).

particularmente activo a la hora de seleccionar y revocar, en sede del proceso de revisión, sentencias de jueces tutela que no coincidan con sus lineamientos.

3.5. Los argumentos de defensa de los empleadores

De la muestra de sentencias analizadas, a continuación se sistematizan los argumentos que, con mayor frecuencia, han sido utilizados por los empleadores a título de defensa. Así, estos se clasifican en términos binarios de acuerdo con su validez constitucional. En particular, y salvo que se indique lo contrario, en todos los casos que se examinarán a renglón seguido debe entenderse que el empleador desvinculó al trabajador sin autorización del Inspector de Trabajo.

El análisis resulta relevante a efectos de evidenciar no solo cómo la falta de certidumbre jurídica repercute negativamente en la sostenibilidad de las empresas, sino, también, a fin de mostrar cómo, en términos de frecuencia, los argumentos de los empleadores están mayormente destinados al fracaso.

Cuadro 21. Validez constitucional de los argumentos de defensa de los empleadores

Fuero de salud	Validez constitucional	
	Sí	No
Argumentos defensivos		
Terminación del contrato por finalización de la obra o labor contratada (T-141 de 2016, T-837 de 2014, T-742 de 2012, T-1083 de 2007).		X
Patología sin gravedad (cardiopatías). El despido no se produjo en razón de la condición de salud del trabajador, sin prueba que desvirtúe la presunción de despido discriminatorio (T-057 de 2016).		X
No se agotaron los mecanismos ordinarios de defensa (requisito de subsidiariedad), la gravedad de la patología no era determinante y se carecía de diagnóstico incapacitante (T-029 de 2016).		X
No se trata de una relación laboral, sino de un contrato de prestación de servicios cuyo vencimiento se surtió debidamente (T-040 de 2016).		X
Desconocimiento de la patología de la accionante,		

incumplimiento del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela y terminación contractual de mutuo acuerdo (T-185 de 2016) ⁸⁴ .		X
La patología no reviste gravedad (tuberculina y reumatismo) (T-251 de 2016, T-461 de 2015, T-041 de 2014).	X ⁸⁵	
Patología sin gravedad (hernias discales), incumplimiento del requisito de inmediatez de la acción de tutela (4 meses), terminación objetiva del contrato por vencimiento del plazo pactado y desconocimiento de la condición de salud por parte del empleador, pese a la existencia de permisos e incapacidades por enfermedades (T-251 de 2016).		X
Improcedencia de la acción de tutela por incumplimiento del requisito de subsidiariedad. No se configura un perjuicio irremediable si el trabajador cuenta con empleo vigente (T-347 de 2016).	X	
Improcedencia de la acción de tutela por incumplimiento del requisito de subsidiariedad. No se configura un perjuicio irremediable en tanto que el trabajador es profesional (médico), devengó un salario considerable mientras estuvo vinculado, está afiliado al régimen contributivo de seguridad social y cuenta con medicina prepagada, de suerte tal que, por su condición social, le corresponde soportar la carga de un proceso ordinario (T-563 de 2016).	X	
Terminación del contrato por cumplimiento de la obra o labor (T-405 de 2015, T-344 de 2016).		X
Terminación del contrato por renuncia voluntaria del	X	

⁸⁴ En este caso no se encontraba probado el nexo causal que debe existir entre la terminación del contrato y la enfermedad de la accionante, por lo cual la Corte Constitucional, aunque tutela el derecho, no ordena el pago de la indemnización prevista en la Ley 361 de 1997. Como la accionante falleció durante el proceso de tutela, la Corte ordenó, asimismo, el pago de un salario mínimo legal mensual vigente a favor de sus herederos, hasta tanto se decida en la justicia laboral la titularidad de los demás derechos reclamados por la accionante.

⁸⁵ Se trata de un caso *sui generis* en el que la Corte Constitucional valoró que la gravedad de la enfermedad no es determinante en la medida en que el accionante ha podido conseguir otro trabajo, de modo que, para que la protección constitucional opere, se requiere “que esté probado que la situación de salud impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”. De esta suerte, la gravedad puede medirse teniendo en cuenta la virtualidad de que ella excluya o no al trabajador del mercado laboral.

trabajador, sin coacción probada que configure un despido indirecto (T-405 de 2015).		
Terminación del contrato por llamados de atención ante incumplimientos obligacionales y baja efectividad del trabajador (T-405 de 2015).		X
Terminación del contrato por extinción de la empresa empleadora (T-405 de 2015) ⁸⁶ .		X
Terminación del contrato con justa causa por incumplimiento de la jornada laboral (T-320 de 2016).		X
Patología sin gravedad (embolia y trombosis de vena cava) (T-344 de 2016).		X
Terminación del contrato con justa causa por incapacidad superior a 180 días y ausencia de calificación médica (T-364 de 2016).		X
Terminación del contrato con justa causa por incumplimiento de las funciones propias del cargo y no acatamiento de órdenes (T-368 de 2016).		X
Desvinculación del cargo por cumplimiento de la edad de retiro forzoso, sin que se le hubiera reconocido efectivamente la pensión (sector público) (T-376 de 2016) ⁸⁷ .		X
Terminación del contrato por vencimiento del plazo, incapacidad calificada provisionalmente en un 0%		X

⁸⁶ En este caso la Corte Constitucional hizo efectiva la figura de la sustitución patronal a efectos de garantizar el reintegro del trabajador. Ha sido una decisión reiterada por el Alto Tribunal (T-415 de 2011).

⁸⁷ A pesar de que se trata de un trabajador del sector público, constituye un antecedente interesante, pues en esta decisión la Corte Constitucional determina que, si se ha cumplido la edad de retiro forzoso, sin acceso efectivo a la pensión, proceden las siguientes reglas de acuerdo con el tiempo que al trabajador le falte para acceder a dicho derecho. El argumento podría ser traslapado al sector privado, como ha sucedido con en otras hipótesis: “si son menos de tres (3) años procederá el reintegro del funcionario hasta tanto obtenga la pensión y, de lo contrario, podrá ordenarse el reintegro al cargo que ocupaba, sujetando la orden a que la persona opte por la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos. Cuando ocurre lo segundo, la entidad accionada deberá apoyarla en los trámites tendientes a obtener dicho reconocimiento. En adición a ello, sólo podrá disponerse el retiro cuando efectivamente se produzca el reconocimiento y pago de la prestación económica. En estos casos si el accionante determina que quiere seguir cotizando para alcanzar su derecho pensional, la entidad pública no deberá mantener en el cargo al accionante, dado que siempre es una opción seguir cotizando para obtener la pensión completa”.

(pendiente de decisión de segunda instancia) y continuación de cotizaciones en seguridad social hasta la recuperación definitiva (T-419 de 2016).		
Terminación del contrato por vencimiento del plazo. Asimismo, las consecuencias del accidente de trabajo deben ser asumidas por la ARL (T-521 de 2016).		X
Terminación del contrato sin justa causa no vinculada con la condición de salud del trabajador y ausencia de calificación de invalidez ⁸⁸ (T-521 de 2016).		X
Terminación del contrato por vencimiento del plazo (T-503 de 2015, T-461 de 2015, T-594 de 2015, T-041 de 2014, T-431 de 2013, T-302 de 2013, T-773 de 2013, T-440A de 2012, T-469 de 2004 ⁸⁹).		X
Incumplimiento del requisito de subsidiariedad, porque no se comprueba la “existencia de un perjuicio inminente, urgente, grave e impostergable, toda vez que los padecimientos que les aquejan no les han causado una incapacidad permanente o estado de invalidez que les impida llevar una vida normal”. Adicionalmente, la desvinculación se produjo por cierre de la obra, por lo cual no obedece a un acto discriminatorio (T-647 de 2015).	X	

⁸⁸ En esta sentencia la Corte Constitucional cuestiona las defensas asumidas por algunos empleadores en el sentido de descalificar la enfermedad que padece el trabajador: “Se reitera que no son aceptables los argumentos dirigidos a restarle valor a la gravedad de los padecimientos de salud de un trabajador, los cuales son contrarios al criterio profesional de los médicos tratantes. El empleador no puede descalificar un concepto técnico sobre la base de conjeturas, con mayor razón cuando éste busca erosionar la protección especial que se encuentra a cargo del empleador y que desconoce los sufrimientos de una persona, que como en el caso de John Freddy Torres Méndez, son propios de un estado de debilidad manifiesta”.

⁸⁹ En esta sentencia la Corte Constitucional aclaró que: “Si la reubicación desborda las necesidades y la infraestructura del empleador, si le impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, si a pesar de recibir una capacitación los conocimientos del trabajador son insuficientes para desempeñar otro cargo en la misma empresa, si incumple con sus obligaciones, o si se presenta cualquier otra situación objetiva que implique que la exigencia de renovar el contrato de trabajo desborda la carga que debe asumir el empleador, éste se exime de cumplir con su deber constitucional”.

Terminación del contrato con justa causa y patología sin gravedad (T-594 de 2015) ⁹⁰ .		X
Terminación del contrato con justa causa por incapacidad superior a 180 días, con autorización del Inspector de Trabajo (T-461 de 2015).	X ⁹¹	
Improcedencia de la acción de tutela por incumplimiento del requisito de inmediatez (dos años y medio) (T-594 de 2015).	X	
Improcedencia de la acción de tutela por incumplimiento del requisito de inmediatez (ocho meses, T-594 de 2015) (cinco meses, T-211 de 2012) (seis meses, T-041 de 2014) (siete meses (T-837 de 2014) (un año T-431 de 2013).		X ⁹²
Improcedencia de la acción de tutela por incumplimiento de los requisitos de inmediatez (seis meses) y subsidiariedad. Asimismo, terminación del contrato por vencimiento del plazo y ausencia de incapacidad al momento de dicha terminación (T-692 de 2015).		X
El trabajador no manifestó encontrarse en estado de debilidad manifiesta al momento de su desvinculación, ausencia de calificación médica y patología de origen común no incapacitante (despido sin justa causa) (T-692 de 2015).		X

⁹⁰ En este caso, incluso, la Corte Constitucional entró a calificar la gravedad de la falta disciplinaria cometida por la accionante, de suerte que, aunque la accionante desató unas órdenes de servicio, la Corte estima que dicha falta no tiene “la suficiente gravedad para habilitar al empleador para terminar el contrato de trabajo unilateralmente”.

⁹¹ En esta decisión la Corte Consideró: “que la acción de tutela, por regla general, no es el mecanismo idóneo para solicitar un reintegro laboral, y teniendo en cuenta que en el presente caso la accionada adelantó los trámites de ley para dar por terminado el contrato de trabajo con el accionante a partir del día 26 de diciembre de 2014 alegando para ello la causal contenida en el numeral 15 del art.62 del CST, aunado al hecho de que la actora canceló oportunamente los aportes a salud, pensión, riesgos profesionales y la cancelación del salario devengado por el quejoso, y al contar el accionante con otro medio de defensa judicial, esto es, la vía administrativa y la jurisdicción laboral, para adelantar el trámite de pensión por invalidez, se denegará por improcedente la presente acción constitucional”. Se trata de una decisión atípica puesto que, en otras ocasiones, la jurisprudencia constitucional ha restringido drásticamente la facultad del empleador de dar por terminada la relación laboral en aplicación del numeral 15 del artículo C.S.T.

⁹² En este caso la Corte Constitucional valoró el hecho de que la demora en la interposición de la acción de tutela era imputable al estado de salud de la accionante, entre otros factores.

Inexistencia de vínculo laboral con el trabajador (T-106 de 2015) ⁹³ .		X
La enfermedad no implicó una merma en la capacidad laboral e inexistencia de nexo causal entre la patología y el despido (T-899 de 2014), sin cumplir con la carga probatoria de desvirtuar la presunción de despido discriminatorio.		X
Terminación del contrato por necesidades del servicio, con solicitud de autorización tramitada ante el Inspector de Trabajo, autoridad que estimó que dicha autorización no era necesaria (T-877 de 2014).		X
A pesar de que el trabajador se encuentra en condición de debilidad manifiesta por padecer VIH, no se verifica un nexo causal entre esta patología y su desvinculación, puesto que la terminación contractual se produjo por finalización de la obra, fecha para la cual el empleador ignoraba el estado de salud del accionante (T-077 de 2014).	X	
Inexistencia de relación laboral (T-041 de 2014).	X ⁹⁴	
Improcedencia de la acción de tutela por incumplimiento del requisito de subsidiariedad (T-041 de 2014).		X
La patología tiene un origen previo y común (T-041 de 2014).		X
Finalización del contrato de prestación de servicios (T-041 de 2014, T-111 de 2012).		X
Conveniencia, pues “ningún empresario está dispuesto a dar trabajo a un colombiano con trastornos de salud”.		X
El accidente de trabajo no generó secuelas ni una	X	

⁹³ En esta decisión la Corte Constitucional determinó que estaba probada una “relación de solidaridad entre las empresas demandadas respecto de las obligaciones laborales legales y contractuales”, de modo que una empresa que, en principio, no tenía vínculo laboral con el trabajador, terminó siendo condenada por ejercer “poder de mando” sobre el accionante.

⁹⁴ Sin embargo, hay que precisar que, en esta decisión, aun cuando la Corte no ordena el reintegro del accionante, sí ordena a la empresa demandada realizar las cotizaciones en seguridad social hasta tanto se decida, en el mecanismo laboral ordinario, si existía o no realmente un contrato laboral. Ello es así por cuanto, a juicio del Tribunal Constitucional, “si bien esta Sala no logra certeza de un contrato y/o una relación laboral, si encuentra probado la existencia de un perjuicio irremediable”.

disminución en la salud de la accionante (T-837 de 2014).		
Ausencia de calificación médica e incapacidad temporal (diabetes) (T-431 de 2013).		X
El accionante accedió a una pensión de invalidez, por lo cual no se encuentra en “estado de vulnerabilidad manifiesta”, de suerte tal que no se cumple con el requisito de subsidiariedad de la tutela, ni se evidencia un perjuicio irremediable (T-431 de 2013).	X ⁹⁵	
El accionante no tiene carné que lo acredite como discapacitado según la Ley 361 de 1997, ni su enfermedad ha sido calificada médicamente como una discapacidad (T-447 de 2013, T-039 de 2010).		X
Enfermedad no incapacitante (hepatitis crónica) (T-302 de 2013).		X
Inexistencia de nexo causal entre el estado de debilidad manifiesta y la no renovación del contrato (T-116 de 2013).	X ⁹⁶	
Estabilidad laboral precaria por tratarse de un funcionario de libre nombramiento y remoción (T-372 de 2012, T-530 de 2005).		X
La patología no genera un estado de debilidad manifiesta y	X ⁹⁷	

⁹⁵ Pese a ello, en la Sentencia T-340 de 2017 la Corte Constitucional estimó que el simple hecho de que el trabajador cuente con pensión de invalidez no habilita al empleador a su desvinculación, sino que debe surtir el procedimiento de autorización ante el Inspector del Trabajo en aquellos casos en que la patología resulte claramente incompatible con el cargo a desempeñar.

⁹⁶ En este evento la Corte determina que no existió nexo causal entre la no renovación del contrato y el estado de debilidad manifiesta del actor. Para la Corte, el empleador no tenía conocimiento de dicho estado, por cuanto, por un lado, el trabajador seguía desempeñando funciones normalmente y el accidente de trabajo había sido calificado con un 0% de pérdida de capacidad (en firme). Asimismo, a juicio de la Corte, “el actor no intentó probar si quiera sumariamente que su desvinculación fue discriminatoria” y, “por el contrario el empleador sí logró acreditar que no existió un nexo causal entre la merma en la salud del trabajador y la terminación del contrato, primero, a través sus propios actos al haber conservado al trabajador con limitaciones durante nueve meses más al regresar éste de sus incapacidades y, segundo, por medio de las cuatro comunicaciones de terminación de contrato enviadas a otros trabajadores que hacen presumir que la obra efectivamente había finalizado”.

la terminación del contrato no se produjo en razón de ella (T-111 de 2012).		
Terminación del contrato con justa causa (incumplimiento de funciones), previo proceso disciplinario; desconocimiento del estado de debilidad manifiesta del actor en tanto que la patología se diagnosticó con posterioridad al despido (T-986 de 2012).		X ⁹⁸
Terminación del contrato en ausencia de incapacidad vigente (T-754 de 2012, T-440A de 2012, T-742 de 2012, T-663 de 2011, T-449 de 2010, T-094 de 2010, T-784 de 2009, T-684 de 2004).		X
Ausencia de calificación médica de pérdida de capacidad laboral (T-440A de 2012, T-663 de 2011).		X
Patología sin gravedad (síndrome del túnel carpiano) (T-440A de 2012).		X
Terminación del contrato con justa causa (incumplimiento de funciones) (T-313 de 2012).		X
Inexistencia de contrato de trabajo. El accionante se encontraba vinculado como asociado a una cooperativa de trabajo (T-190 de 2012).		X
Terminación del contrato con justa causa por incapacidad superior a 180 días (T-516 de 2011, T-062 de 2007).		X ⁹⁹

⁹⁷ En el caso concreto, la Corte Constitucional estudio dos solicitudes de tutela en las que se aducían patologías que, a juicio del Tribunal Constitucional, no colocaban al actor en condición de debilidad manifiesta, porque las enfermedades apenas habían generado una incapacidad de pocos días. Asimismo, consideró que las empresas demandadas lograron desvirtuar el nexo de causalidad, haciendo notar que el despido había obedecido a otros factores.

⁹⁸ En este caso, a pesar de que la Corte Constitucional encuentra que el empleador no despidió al accionante en razón de su patología, puesto que desconocía de tal situación al momento del despido; de todas formas, ordena su reintegro en aplicación del principio de solidaridad. Por ello, como quiera que el despido no fue discriminatorio, no ordena el pago de los salarios y las prestaciones dejados de percibir, ni condena al empleador al pago de la sanción indemnizatoria.

⁹⁹ Respecto de esta causal de terminación del contrato, la Corte Constitucional ha venido insistiendo en el hecho de que “el cumplimiento de los 180 días continuos de incapacidad no da derecho al empleador, per se, para terminar unilateralmente el contrato laboral por justa causa, posibilidad que no es absoluta, ni puede ser ejercida irrazonablemente, pues conforme a lo dispuesto por el artículo 16 del Decreto 2351 de 1965 se debe reincorporar al trabajador que ha recuperado su salud cumplido ese período, o reubicar a quien presente incapacidad parcial, según lo que médicamente se haya dictaminado”.

El accidente que produjo la incapacidad permanente tuvo lugar hace más de ocho años (T-415 de 2011).		X
Necesidades del servicio por baja en ventas (T-231 de 2010).		X
El accionante renunció voluntariamente y, al momento de dicho acto, no se encontraba incapacitado (T-457 de 2010).	X ¹⁰⁰	
Terminación del contrato con justa causa por incapacidad superior a 180 días y pérdida de capacidad laboral superior al 50% (T-642 de 2010).		X ¹⁰¹
Las patologías (artritis, dolor de codo, síndrome del túnel carpiano, entre otras) del trabajador no lo colocan en condición de debilidad manifiesta ni en situación de discapacidad (T-417 de 2010).	X ¹⁰²	
Al trabajador se le indemnizó por el despido sin justa causa (T-125 de 2009).		X
La terminación del contrato fue con justa causa y la		X

¹⁰⁰ En este caso, pese a que el trabajador alegaba haber sido presionado a presentar su renuncia, no se logró demostrar, en sede de tutela, que hubiese operado un despido indirecto.

¹⁰¹ En esta decisión la Corte reconoció que la justa causa de despido se había configurado al haber estado el trabajador incapacitado por más de 180 días, posteriores a los cuales se le calificó su invalidez en un 60%. Sin embargo, ordena al empleador que pague los salarios y prestaciones hasta tanto se reconozca y pague efectivamente la pensión de invalidez.

¹⁰² En este supuesto, bastante particular, la Corte Constitucional valoró la severidad de la patología. El Tribunal Constitucional concluyó que: “5.4. En efecto, al momento de la desvinculación del trabajador, si bien había sufrido algunos padecimientos de salud, estos recaían en órganos distintos del cuerpo (mano, tobillo y espalda), tenían un origen distinto (accidente laboral y origen común) y se habían manifestado en diversos momentos del contrato laboral (en el 2007 y en el 2009), y a pesar de que existen pruebas a propósito de su ocurrencia y sobre las incapacidades de corta duración que generaron, tales pruebas no se refieren a una pérdida de capacidad laboral permanente o de cierta gravedad que permita concluir razonablemente que el accionante era una persona con discapacidad o en debilidad manifiesta, ni que sus problemas de salud fueran el agravamiento de un padecimiento crónico que lo ubicaran en la categoría de persona con discapacidad. Adicionalmente, ninguno de sus problemas de salud, es en sí mismo fuente de discriminación, como quiera que no existe evidencia de que las personas con problemas en los tobillos, la espalda o la mano hayan sido históricamente discriminados. En eventos como éste, donde no resulta obvia, u objetivamente constatable la pérdida permanente o grave de la capacidad laboral, ni los padecimientos del accionante se enmarcan dentro de una enfermedad que sea de aquellas que generan discriminación, no es posible presumir la existencia de una circunstancia de debilidad manifiesta y, por ello, corresponde a una Junta Calificadora de Invalidez determinar si hay una pérdida de capacidad laboral”.

incapacidad del peticionario se estructuró con anterioridad al inicio de su vínculo laboral (T-812 de 2008).		
Inexistencia de nexo causal entre el despido y la patología del trabajador. La terminación del contrato no solo se produjo respecto del accionante sino, también, con relación a 41 personas más, 4 de las cuales ocupaban cargos idénticos. Por esta razón, el despido no fue conexo a la patología sufrida por el trabajador (T-434 de 2008).		X ¹⁰³
La discapacidad del accionante no alcanza el 5% y el despido no se produjo en razón de ella (T-198 de 2006).		X
Terminación del contrato con justa causa, toda vez que el trabajador ocultó información sobre su estado de salud al momento de su vinculación (T-1219 de 2005).		X ¹⁰⁴
El área de trabajo y el cargo donde laboraba el accionante desaparecieron de la empresa, por lo que no existe relación	X ¹⁰⁵	

¹⁰³ En esta decisión la Corte Constitucional le impuso al empleador una carga de diligencia, pues antes de terminar el contrato de trabajo con alguien que ha sufrido un accidente de trabajo, le compete al empleador el seguimiento a la evolución del siniestro y corroborar con la ARL si el “empleado ha recuperado su capacidad laboral antes de proceder a su retiro. De no ser así, deberá solicitar el permiso al Ministerio de la Protección Social”.

¹⁰⁴ Si bien la decisión de la Corte Constitucional en este caso concreto se inclinó hacia la protección de los derechos fundamentales del accionante, el Tribunal Constitucional estimó, en cuanto a la posibilidad de dar por terminado con justa causa el contrato de trabajo respecto de una persona con fuero de salud, que: “dado que no se descarta que la diabetes del actor sea incompatible e insuperable en el cargo desempeñado, de insistir la empresa en la incompatibilidad de la misma, deberá adelantar el trámite correspondiente ante el juez o la oficina de trabajo del Ministerio de Protección Social, quienes están en la obligación de tener en cuenta las reglas antidiscriminación que se recuerdan en la presente decisión. En virtud de estas normas, sólo podrá autorizarse el despido del trabajador si se demuestra que la dolencia resulta claramente incompatible e insuperable con el cargo que se va a desempeñar”.

¹⁰⁵ En este caso la Corte Constitucional valoró, por un lado, que la empresa había tenido conocimiento de la patología de la accionante desde hacía algunos años y que, desde ese entonces, se había mostrado presta a ayudarla de cara al tratamiento de su enfermedad. De hecho, la empresa había realizado gestiones para que el estado de salud de la accionante congeniara con sus actividades laborales. Asimismo, la Corte verificó que la terminación contractual había obedecido a un proceso de reestructuración de las áreas de trabajo, por lo cual era imposible la reubicación de la accionante. De igual modo, y de manera bastante particular, la Corte Constitucional estimó que el amparo no procedía por cuanto la accionante “no se encontraba incapacitada al momento de su retiro” y, adicionalmente, que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral no equivalía a un estado de invalidez. Se trata de una decisión *sui generis*, por cuanto, habitualmente, la Corte Constitucional no juzga positivamente a favor del empleador estos dos últimos argumentos.

de causalidad entre el despido y la patología de la trabajadora. Adicionalmente, la accionante no se encontraba incapacitada al momento del despido y, asimismo, la pérdida de capacidad laboral no era equivalente al estado de invalidez (T-689 de 2004).		
La acción de tutela es improcedente por incumplimiento del requisito de subsidiariedad (T-351 de 2003).	X	
La terminación unilateral del contrato de trabajo es una facultad legal del empleador y la accionante no ha sido valorada como discapacitada (T-1040 de 2001).		X
Terminación del contrato con justa causa y sin nexo causal con el estado de salud del accionante (T-066 de 2000, T-826 de 1999 ¹⁰⁶).	X	

En resumidas cuentas, en la muestra de jurisprudencia analizada y, en términos de frecuencia, las estrategias de defensa de los empleadores tuvieron éxito en los casos resueltos mediante las siguientes providencias: T-251 de 2016, T-461 de 2015, T-041 de 2014, T-347 de 2016, T-563 de 2016, T-405 de 2015, T-461 de 2015, T-594 de 2015, T-647 de 2015, T-041 de 2014, T-077 de 2014, T-837 de 2014, T-431 de 2013, T-116 de 2013, T-111 de 2012, T-457 de 2010, T-417 de 2010, T-689 de 2004, T-351 de 2003, T-066 de 2000 y T-826 de 1999. De este modo, es apenas evidente que la mayor parte de argumentos esgrimidos por los empleadores han sido rechazados por la Corte Constitucional.

¹⁰⁶ Se trata, realmente, de un caso *sui generis*, anterior a la línea jurisprudencial que posteriormente consolidaría la Corte Constitucional, puesto que, pese a que el accionante padecía de VIH y había sido despedido con justa causa sin autorización del Inspector de Trabajo, la Corte Constitucional no entró a presumir el carácter discriminatorio de la terminación contractual, sino que exigió plena prueba de él.

CAPÍTULO 4. EL IMPACTO ECONÓMICO DEL AUSENTISMO LABORAL

Con la finalidad de analizar las consecuencias económicas que, para la sostenibilidad empresarial, representa el ausentismo laboral, conviene entender, en términos operativos, cómo funciona el sistema de seguridad social que busca dar respuesta a las afectaciones de salud de los trabajadores. Ello permitirá evidenciar cómo el impacto económico del ausentismo laboral se potencializa a partir de rigideces tales como la estabilidad reforzada en el empleo. Nuestra hipótesis es la siguiente: los costos desproporcionados en que incurren las empresas a raíz del ausentismo laboral tienden a incrementarse y extenderse en el tiempo como consecuencia de rigideces laborales que, por veces, se prestan para abusos.

Así, debido a la vaguedad y ambigüedad del concepto de debilidad manifiesta por razones de salud, es posible advertir, en aquellos casos en que es claro el abuso, la configuración de un círculo vicioso: la situación de debilidad manifiesta por razones de salud activa la estabilidad ocupacional reforzada y, a su vez, esta protección especial motiva a prolongar la situación de debilidad manifiesta. Ello se presenta, más que nada, e insistimos con énfasis en esto, en aquellos supuestos en que el fuero de salud se instrumentaliza para una finalidad distinta a la que fue concebida. Esto es, sustrayéndose de un uso adecuado, en algunos eventos se abusa de la estabilidad ocupacional reforzada y se la concibe más como una herramienta a través de la cual al trabajador le es posible continuar vinculado indefinidamente a la empresa o, al menos, por un tiempo superior al esperado, mientras se surten los procedimientos de autorización administrativa. En estos supuestos, la afectación en salud que genera el ausentismo y que, a su vez, activa la protección reforzada, se prolonga, también, como un mecanismo orientado a limitar el *ius variandi* del empleador.

Todo ello reproduce condiciones generales de ausentismo laboral, incrementándose, así, los costos monetarios y no monetarios que terminan afectando la sostenibilidad de las empresas. De allí que el impacto económico del ausentismo laboral para la sostenibilidad de las empresas deba analizarse de la mano de la estabilidad ocupacional reforzada, pues, en últimas, es posible

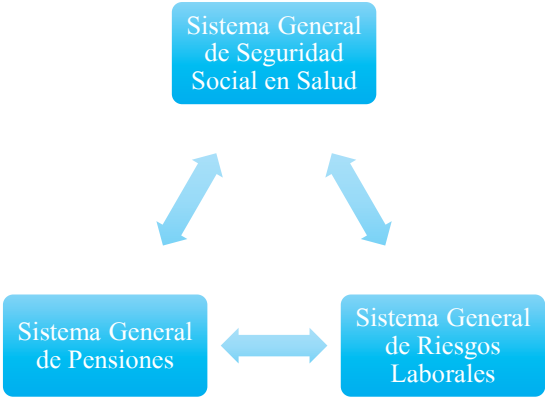
identificar, en los casos de abuso, una relación de causalidad entre estos dos fenómenos.

4.1. Aspectos operativos de la salud y la estabilidad en el empleo

En el mundo del trabajo, uno de los aspectos más complejos, a nivel funcional, es la relación entre salud y estabilidad en el empleo. Esta complejidad viene dada por un entramado normativo cambiante y disperso, así como por una red que involucra a actores institucionales cuyos intereses o lineamientos, en ocasiones, no coinciden. Debido a lo anterior, el ausentismo laboral ha dejado de ser un fenómeno excepcional y, por el contrario, tiende a aumentar. A tal punto ello es así que, entre 2014 y 2015, empresas asociadas a la ANDI reportaban un incremento, en tan solo un año, de 1,8 a 1,9 casos de ausentismo por trabajador, aumentándose, a su vez, el promedio de días en que el trabajador está ausente de su cargo, de 8,9 a 9,5 días.

Así las cosas, los eventos de ausentismo laboral activan, generalmente y dependiendo de su origen, diferentes subsistemas de respuesta que no necesariamente se encuentran articulados en todos los niveles:

Gráfico 14. Sistema de seguridad social en salud



De esta suerte, la gestión integral del ausentismo laboral compromete a las empresas promotoras de salud (EPS), a las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS), a las administradoras de fondos de pensiones (AFP) y a las administradoras de riesgos laborales (ARL). Esto plantea un reto

interesante a nivel de coordinación interinstitucional, pues, entre otras entidades oficiales, el Ministerio del Trabajo y el Ministerio de Salud y Protección Social deben aunar esfuerzos orientados a superar las trabas que se derivan de la complejidad inherente al sistema. Porque, como si lo anterior fuera poco, no se puede perder de vista la participación de los actores directamente interesados, empleadores y trabajadores, quienes son titulares de un número significativo de deberes y derechos relacionados con esta gestión.

Así, dependiendo de la fuente que da origen a la situación de salud, unos subsistemas se activan y otros no, algunos actores se involucran directamente y otros no, pero, en todo caso, la relación entre empleador y trabajador subsiste.

Así las cosas, bajo un esquema global, debemos diferenciar las incapacidades atendiendo a su origen y vocación de permanencia. Así, por una parte, es posible distinguir las enfermedades de origen común¹⁰⁷ de las enfermedades y de los accidentes que tienen origen en el trabajo¹⁰⁸. De igual modo, es posible diferenciar entre las incapacidades permanentes y las incapacidades temporales. Mientras que las incapacidades permanentes cuentan con un dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido por las juntas de calificación de invalidez, las incapacidades temporales se extienden por un período anterior a dicha calificación.

Enfocándonos, entonces, en las incapacidades temporales, es posible diferenciar su cobertura en atención a su origen:

¹⁰⁷ El artículo 12 del Decreto 1295 de 1994 define la enfermedad general como “toda enfermedad o patología, accidente o muerte, que no hayan sido clasificados como de origen profesional”.

¹⁰⁸ La Ley 1562 define la enfermedad laboral de la siguiente manera: “Es enfermedad laboral la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar”. Por su parte, el accidente de trabajo se entiende como “todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte”.

Cuadro 22. Incapacidades temporales de origen común

Término de la cobertura en días	Responsable de la cobertura	Monto de la cobertura vs IBC	Fundamento normativo
1 – 2	Empleador	66%	Art. 40 del Decreto 1406 de 1999
3 – 90	EPS	66%	Art. 227 del C.S.T.
91 – 180	EPS	50%	Art. 227 del C.S.T.
181– 540	AFP	50%	Art. 23 del Decreto 2463 de 2001
541 - ∞	EPS	50%	Art. 67 de la Ley 1753 de 2015

Ahora bien, algunos matices son necesarios. Para comenzar, conviene decir que, de conformidad con lo establecido en el artículo 121 del Decreto 019 de 2012, los reconocimientos económicos cuya responsabilidad compete a las EPS son, en primera instancia, asumidos por el empleador, quien luego debe agotar un procedimiento de recobro. Asimismo, de acuerdo con la Sentencia C-543 de 2007 y con independencia del ingreso base de cotización (IBC), ningún reconocimiento económico a favor del trabajador puede ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente. De igual modo, hay que tener en cuenta que, antes del día 120 de incapacidad temporal, la EPS es responsable de expedir el concepto de rehabilitación, el cual deberá ser remitido a la AFP antes del día 150. Si el concepto de rehabilitación no es emitido en estos términos, será la EPS, y no la AFP, la responsable de cancelar las incapacidades que se causen a partir del día 181 y hasta tanto se expida y comunique el respectivo concepto de rehabilitación. Finalmente, otra aclaración es indispensable. A partir del día 541, la incapacidad temporal se puede seguir prolongando hasta tanto no haya un concepto favorable de rehabilitación o se dictamine, por parte de las juntas de calificación de invalidez, un porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

Así, en los casos de incapacidades temporales, las entidades del sistema de seguridad social, el trabajador y el empleador deben propender, en primer lugar, por la rehabilitación de las condiciones de salud del trabajador. Si ello es posible, el empleador reintegrará al trabajador a su cargo original, o lo reubicará, con restricciones médicas, en un puesto de trabajo acorde con su nuevo estado de salud. Ahora bien, en aquellos eventos en que el concepto de rehabilitación es desfavorable, el trabajador deberá solicitar que se evalúe, por parte de las juntas de calificación de invalidez, el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que comporta su afectación. Así, en el supuesto de que este

dictamen arroje un porcentaje igual o superior al 50%, y de cumplirse otras condiciones, el trabajador tendrá derecho a una pensión de invalidez. Si el resultado del dictamen es inferior al 50%, el empleador está obligado a reintegrar o reubicar al trabajador en un cargo que no choque con su nuevo estado de salud, siguiendo, para el efecto, las recomendaciones médicas.

De esta manera, si observamos el panorama completo, en la práctica estamos hablando de incapacidades temporales que, en algunos casos, se pueden extender hasta por dos años o más, tiempo en el cual el trabajador no está prestando el servicio personal para el que fue contratado. Adicionalmente, en aquellos eventos en que al trabajador se le ha calificado una pérdida de capacidad laboral por debajo del 50% y se le reincorpora a la empresa, estamos, posiblemente, en presencia de incapacidades temporales que devienen en situaciones permanentes, de suerte tal que, en estos supuestos, el trabajador nunca más ocupará el cargo para el que originalmente fue vinculado. Durante todo este tiempo, que llega a ser indefinido, el trabajador se encuentra amparado por una protección ocupacional reforzada, de modo que, como hemos visto, solo puede ser desvinculado por causas justificadas u objetivas calificadas previamente por el Ministerio del Trabajo.

Por su parte, en cuanto al panorama de incapacidades temporales cuya génesis se sitúa en una enfermedad o accidente de trabajo, tenemos, respecto de su cobertura, lo siguiente:

Cuadro 23. Incapacidades de origen laboral

Término de la cobertura en días	Responsable de la cobertura	Monto de la cobertura vs salario	Fundamento normativo
Desde el día siguiente del accidente de trabajo o de iniciada la incapacidad, hasta el momento de rehabilitación, readaptación, curación o calificación definitiva de pérdida de capacidad laboral.	ARL	100%	Art. 40 del Decreto 1406 de 1999.

Al igual que como sucede con las enfermedades de origen común, en estos casos es el empleador quien debe atender, en primera instancia, las prestaciones económicas derivadas de la incapacidad de origen laboral, para luego recobrarlas a la ARL. Asimismo, al concluir el período de incapacidad temporal de origen laboral, el empleador está obligado a reintegrar al trabajador a su cargo, o a reubicarlo a uno acorde con su nueva condición de salud. De igual forma, si en razón a la enfermedad o al accidente de origen laboral el trabajador es calificado por parte de las juntas de calificación de invalidez con una pérdida de capacidad laboral superior igual o superior al 50%, tendrá derecho, bajo ciertas condiciones, a una pensión de invalidez; mientras que, si el dictamen es inferior al 50% pero superior al 5%, se hará acreedor de una indemnización proporcional. En todo caso, mientras se encuentre incapacitado temporalmente o, incluso, habiendo sido calificada la pérdida de su capacidad laboral, el trabajador está protegido bajo el concepto de estabilidad ocupacional reforzada.

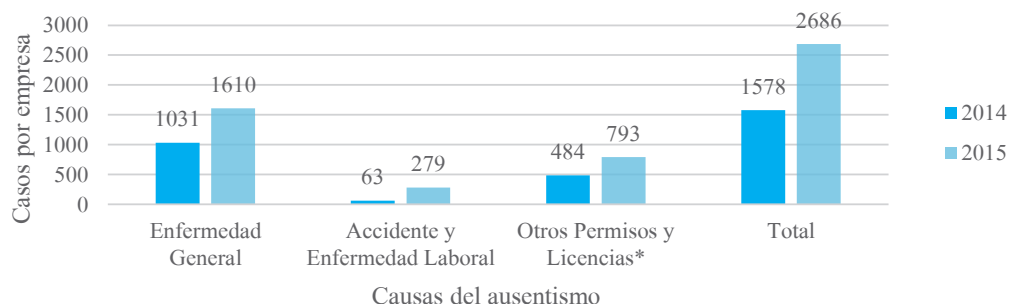
De manera general y en términos operativos, los tiempos de incapacidad temporal se prolongan, aún más, en tanto que los diferentes sistemas de aseguramiento social difieren en lo que respecta a sus intereses. Por ello, buena parte de los tiempos del proceso se destinan a discutir el origen de la afectación en salud, como quiera que de ello depende cuál es la entidad encargada de asumir la cobertura. Naturalmente, mientras que para las EPS y las AFP resulta conveniente que la enfermedad se considere como de origen laboral, para las ARL, a la inversa, será más conveniente que la enfermedad se diagnostique como de origen común. En últimas, corresponde a las juntas de calificación de invalidez definir el origen de la patología. Pero, mientras ello ocurre, en el entretanto en que se discute el origen de la enfermedad, son los empleadores quienes están comprometidos a dar respuesta a sus trabajadores.

Así las cosas, siguiendo un estudio realizado por la ANDI (Vargas, 2016), veamos el impacto de las incapacidades temporales en la sostenibilidad empresarial.

En primer lugar, las empresas asociadas a la ANDI reportaron la frecuencia con la que se presentaron casos de ausentismo laboral en los años 2014 y 2015. Los casos responden a causas diversas, incluyendo enfermedad general,

accidente y enfermedad laboral y finalmente, otros permisos y licencias, que comprende los supuestos de maternidad, paternidad, luto, calamidad doméstica, entre otros. El Gráfico 15 permite conocer la frecuencia de los casos, indicando que, para el año 2014, se registraron en promedio 1578 casos, mientras que para el 2015 esta cifra aumentó hasta 2686.

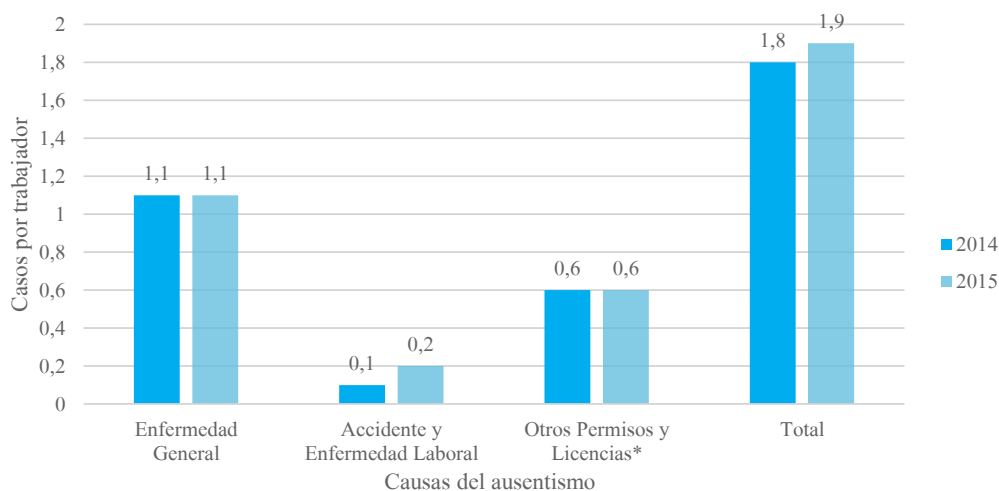
Gráfico 15. Promedio de casos de ausentismo laboral por empresa



Fuente: Encuesta ANDI-GREMIOS.

Con esta información, es posible calcular el número de casos que, en promedio, se presentan por trabajador. El Gráfico 16 refleja que esta cifra pasó de ser 1.8 en el 2014 a 1.9 en el 2015. Aunque este aumento no parece ser significativo, revela la tendencia creciente del ausentismo, señalando la necesidad de atender este problema efectivamente.

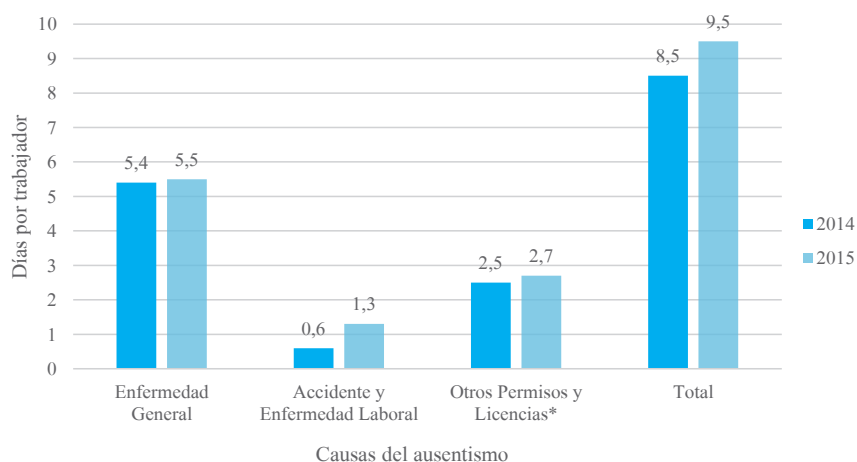
Gráfico 16. Promedio de casos de ausentismo laboral por trabajador



Fuente: Encuesta ANDI-GREMIOS.

La duración de las incapacidades temporales incide no solo en el porcentaje de la prestación que debe ser asumido por la empresa, sino, también en la pérdida de productividad asociada con los días de ausencia. El Gráfico 17 evidencia el número promedio de días de incapacidad por trabajador y señala que, en solo un año, se registró un incremento de un día por trabajador.

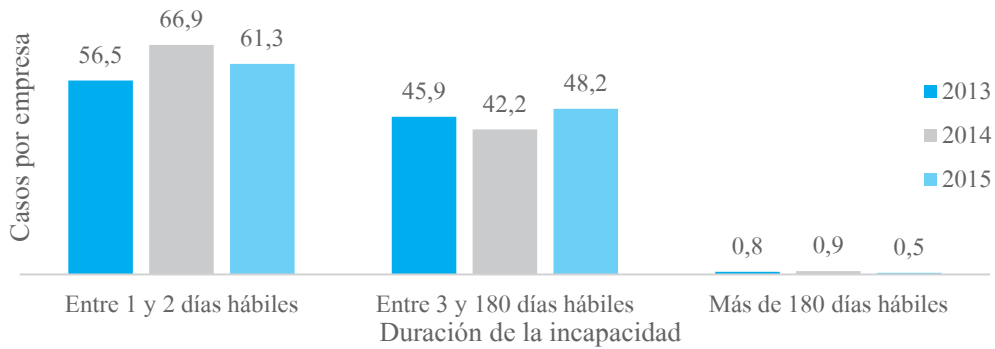
Gráfico 17. Promedio de días de incapacidad por trabajador



Fuente: Encuesta ANDI-GREMIOS.

En cuanto a las incapacidades por enfermedad general, la mayor parte de los casos se da entre uno y dos días hábiles, indicando que es la empresa la que debe asumir los costos. Para mayor facilidad, el Gráfico 18 presenta la información del número de casos por cada 100 trabajadores. Allí se observa un aumento en la cantidad de incapacidades entre uno y dos días hábiles, entre el año 2013 y 2014. Esto puede deberse, en gran parte, a los cambios en la reglamentación del pago de incapacidades que se dieron con el Decreto 2943 de 2013. Este supuso una variación en el sistema, pues anteriormente la empresa cubría el costo hasta el tercer día de incapacidad, pero, con el cambio, la EPS debe ahora cubrirlo.

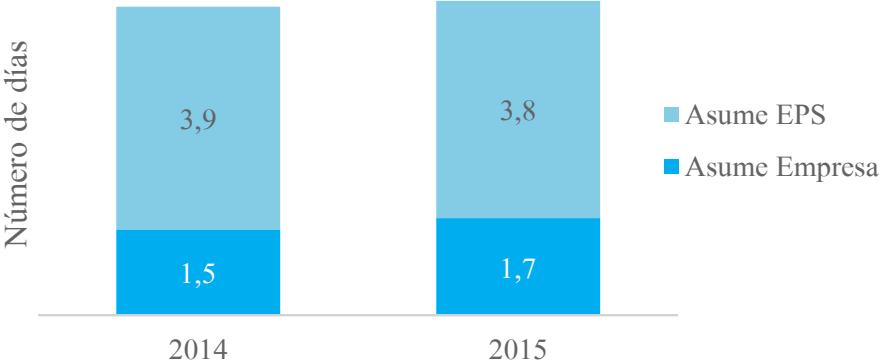
Gráfico 18. Número de casos de incapacidad por cada 100 trabajadores



Fuente: Encuesta ANDI-GREMIOS.

La carga sobre las empresas es clara. De los 5.5 días que, en promedio presenta cada trabajador por incapacidad asociada con enfermedad general, la empresa asume 1.7 días, lo que equivale al 31.5%. Para el 2014 el porcentaje que debió asumir cada empresa corresponde al 27.8%. El Gráfico 19 evidencia esta situación.

Gráfico 19. Días promedio de incapacidad por enfermedad general por trabajador



Fuente: Encuesta ANDI-GREMIOS.

Puede observarse que han aumentado los casos de ausentismo laboral por empresa y por trabajador. Asimismo, ha habido un incremento en el número de días de incapacidad por trabajador, reforzando los costos que deben asumir las empresas. El sistema tiende a prolongar la situación debido a su complejidad. Así, existen diferentes enfoques para una misma enfermedad, dependiendo del profesional que diagnostica el caso. De igual modo se presentan fallas en la vigilancia y control de los procedimientos. En este sentido, adicional a las causas naturales que pueda haber para justificar las incapacidades, las regulaciones tienen efectos contraproducentes que conducen a aumentar el ausentismo laboral y se consolidan como un obstáculo para la sostenibilidad de las empresas.

4.2. Costos monetarios del ausentismo laboral

El ausentismo laboral, prolongado por las fallas que se presentan en la atención de las incapacidades temporales, es inescindible de la estabilidad ocupacional reforzada por razones de salud. En su conjunto, este fenómeno afecta la estabilidad de las empresas.

Lo dicho pone de presente la necesidad de revisar, en concreto, los costos monetarios y no monetarios asociados con el ausentismo laboral y la estabilidad ocupacional reforzada. Es importante advertir que las repercusiones

negativas en materia de sostenibilidad empresarial no solo impactan la dinámica de las organizaciones, sino que, de paso, afectan todo el mercado laboral, incidiendo en la informalidad y la desigualdad en el acceso a oportunidades de empleo.

Como hemos dicho, la estabilidad ocupacional reforzada por razones de salud surge como respuesta a las situaciones de vulnerabilidad que se generan en el mercado laboral, siendo una garantía legal y constitucional que brinda protección al trabajador que se encuentra en situación de discapacidad o debilidad manifiesta, a fin de evitar que este sea despedido por razones discriminatorias. Sin embargo, con la amplitud que ha ido tomando el concepto de debilidad manifiesta y dada la poca claridad frente a las situaciones en que se presenta, la protección ocupacional reforzada se ha convertido en un desincentivo para la inclusión de estas personas en el mundo laboral.

La barrera se manifiesta en la medida en que las empresas enfrentan altos costos monetarios y no monetarios que afectan su actividad de diversas formas, por lo que, al momento de una contratación, los empleadores son cuidadosos y evalúan estos desincentivos¹⁰⁹. En este orden de ideas, a 2015, tan solo un 9% de la población con discapacidad en Colombia se encontraba trabajando (Ministerio de Salud y Protección Social, 2015)¹¹⁰. Dejando aproximadamente a un 91% de estas personas sin acceso al trabajo. Si el análisis se centra en los trabajadores en situación de discapacidad y con empleo formal representado en contratos laborales, tenemos que tan solo el 2% de esta población se encuentra vinculada con contratos a término fijo y a término indefinido.

¹⁰⁹ Recordemos que, siguiendo la jurisprudencia constitucional, al momento de vincular a un trabajador no se le puede solicitar información sobre su estado de salud (enfermedades, discapacidad o invalidez). Por ello mismo, el hecho de que el trabajador haya omitido informarle a su empleador respecto de las patologías que sufre no es una causal de despido justificado. De allí que, según ha expresado la Corte: “El despido solo será justificado si se ha demostrado que la enfermedad y/o condición de discapacidad sobre la cual se ocultó información resulta incompatible con el cargo que se va a desempeñar” (T-340 de 2017). De esta manera, el examen médico que se realice a un trabajador como requisito previo a su vinculación debe ser consistente con las necesidades del cargo a desempeñar.

¹¹⁰ La cifra se define al establecer una relación porcentual entre la población total en estado de discapacidad y la población en estado de discapacidad que se encuentra laborando como: obrero empleado particular, jornalero o peón, empleado doméstico, obrero-empleado del gobierno y no definido.

Así, un estudio realizado por el Programa Empresarial de Promoción Laboral para Personas con Discapacidad del Pacto de Productividad (2013), que consultó a diferentes organizaciones de personas con discapacidad, abogados laboristas responsables del área de gestión humana y representantes gremiales, encontró que:

Para la inmensa mayoría de las empresas consultadas, se aluden como barrera para la vinculación laboral de PCD, la poca claridad legislativa, la dificultad para realizar despidos, las sentencias sobreprotectoras y les preocupa la situación de la estabilidad laboral reforzada (Pacto de Productividad, 2013, pág. 32).

De igual manera, este estudio indica que el 78% de los empresarios se muestran renuentes a contratar personas en situación de discapacidad mientras las rigideces legislativas persistan, pues asocian a las mismas altos costos para la sostenibilidad de las empresas (Pacto de Productividad, 2013, pág. 30).

Así, conviene hacer mención de estos costos. Hay que aclarar, en todo caso, que la cuantificación de estos costos es compleja, pues se debe recurrir a fuentes primarias de información. Más aún, teniendo en cuenta que las empresas no siempre registran la totalidad de los pagos que se asocian a un caso específico. De allí que sea importante comenzar por identificar aquellos costos monetarios que las empresas deben tener en cuenta a la hora de hacerle frente a un caso de ausentismo por razones de salud, para luego advertir los otros costos derivados de este fenómeno.

En primer lugar, en el caso de enfermedades de origen común, las empresas deben asumir el salario y las prestaciones sociales del trabajador durante los primeros dos días de su incapacidad.

En segundo lugar, en aquellos eventos en que, por razones de salud, el trabajador es reubicado o conservado en su cargo con restricciones médicas, las empresas están obligadas a mantener su salario sin modificaciones. Ello pese a que el trabajador se encuentra realizando una labor diferente por la que fue contratado y, posiblemente, de menor representatividad económica al interior de la organización. En muchas ocasiones, esto se traduce en la creación de

puestos de trabajo poco productivos, creados *ad hoc* y que tienen como único fin reubicar al trabajador cuya salud se ve menguada.

En tercer lugar, mientras el trabajador permanece ausente de su cargo original por razones de salud, las empresas, viéndose forzadas a continuar su proceso productivo, deben contratar a otra persona que reemplace al trabajador ausente, o recurrir al pago de horas extras a otros trabajadores que puedan suplir dicha falta.

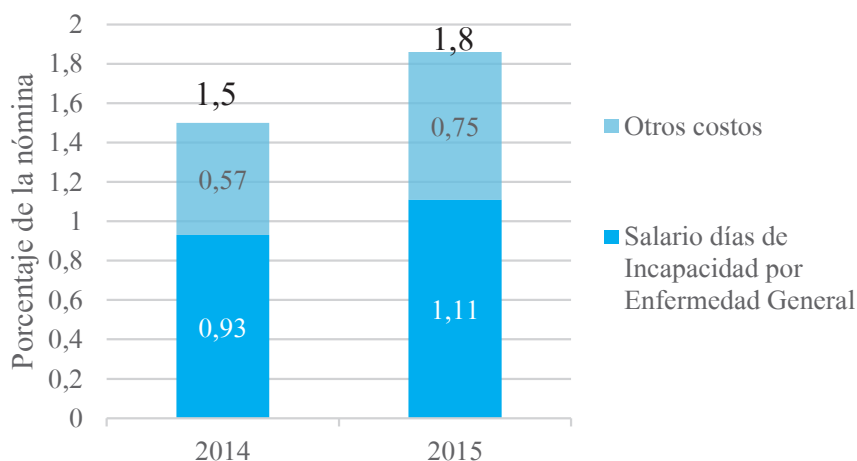
En cuarto lugar, encontramos los costos de selección, adaptación y entrenamiento, tanto del trabajador que es reubicado, como de la nueva persona que es contratada para suplir la ausencia del trabajador ausente. Ello, naturalmente, va asociado a una pérdida de fluidez de la producción, la cual se ve interrumpida mientras se da el empalme adecuado.

En quinto lugar, y frente a las incapacidades que asume el empleador y luego recobra a la EPS o a la ARL, también se presenta un costo asociado a la demora en el trámite de recobro. En algunos casos estos trámites pueden durar más de seis meses o años enteros, tiempo en el cual las entidades a cargo del auxilio no le reconocen intereses al empleador que directamente asume el pago.

Estos costos se ven reforzados debido al tiempo que toma llevar a cabo los procesos asociados con la estabilidad ocupacional reforzada. Así, a los anteriores costos monetarios debemos sumar los gastos de gestión en los que incurre la empresa y que están enfocados en la materialización de los procedimientos previstos en el sistema de seguridad social en salud, enfrentando pagos económicos o tiempo destinado a esto.

La ANDI, con el fin de evaluar esta situación, ha venido realizando diferentes estudios que permiten la trazabilidad del fenómeno para los años 2014 y 2015 (Vargas, 2015; 2016). El costo promedio relacionado con ausentismo laboral e incapacidades puede estimarse como porcentaje de la nómina de cada empresa. El Gráfico 20 permite observar esta información. El costo total asociado a incapacidades por enfermedad general presentó un aumento entre el 2014 y el 2015, pasando de 1.5% a 1.86% de la nómina.

Gráfico 20. Costos de la incapacidad por enfermedad general asumidos por la empresa



Fuente: Encuesta ANDI-GREMIOS.

Adicionalmente, de todos los costos asociados con el ausentismo laboral, el 59.7% se refiere a los salarios y prestaciones sociales que asume la empresa por los trabajadores incapacitados. El 40.3% restante corresponde a otros costos tales como salarios y prestaciones de las personas que llegan a reemplazar, entrenamiento adicional, daños por accidente de trabajo, costos por reintegro, etc.

Finalmente, es importante anotar que, también, se dan restricciones médicas que impiden el desarrollo normal de las funciones en una empresa o exigen reubicaciones según la afectación en salud. El 30.9% del total de trabajadores con restricciones médicas no genera relación productiva a la empresa, lo cual es sumamente preocupante porque ello refuerza una concepción disfuncional de la situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud. Esto, asimismo, es una muestra de los gastos innecesarios que deben asumir los empleadores con el único fin de cumplir con la garantía de estabilidad ocupacional reforzada.

Las empresas encuestadas en 2015 por la ANDI reportaron los costos que más les afectan en el proceso de reubicación, resultados que se evidencian en el Gráfico 21. El 63.6% de las empresas encuestadas señaló que uno de los costos

principales es aquel que cubre el salario de los trabajadores que llegan a reemplazar a los ausentes.

Gráfico 21. Costos percibidos por las empresas debido a la adaptación y reubicación de trabajadores (porcentaje)



Fuente: Encuesta ANDI-GREMIOS.

En realidad, no existe una alternativa diferente, pues, en la práctica, las autorizaciones para despidos aun con justa causa se vuelven difíciles de obtener. De no cumplir con la ley, la empresa deberá incurrir en sanciones e indemnizaciones que afectarán todavía más sus egresos.

4.3. Costos no monetarios del ausentismo laboral

El ausentismo laboral, potencializado en los casos en que se abusa de la estabilidad ocupacional reforzada, genera altos costos de oportunidad en términos de eficiencia y productividad. Esto ocurre porque el proceso normal de la empresa se ve interrumpido con la ausencia o el cambio de la persona que desempeña el cargo. En este sentido, la empresa produce por debajo de su capacidad o de lo que venía produciendo.

Asimismo, la creación de puestos innecesarios y sobrerremunerados incide de manera negativa en la eficiencia de la empresa. Una persona con calificaciones para desempeñar cierto cargo pasa a desempeñar una labor que requiere de menor capital humano, pero con un salario igual al que tenía antes. Así, decrece la productividad y el entorno organizacional se ve afectado, pues un

mayor número de trabajadores solo estaría justificado si se busca expandir la producción. Como este no es el caso, se produce una pérdida de eficiencia.

Adicionalmente, el sistema genera un problema relacionado con el riesgo moral. El riesgo moral, entendido como “el efecto que la cobertura de los seguros tiene en las decisiones que toman los individuos para tomar medidas que podrían modificar la probabilidad de sufrir pérdidas o el tamaño de éstas” (Nicholson, 2008, pág. 565), resulta aquí evidente. Es notable en aquellos casos en que el trabajador abusa de su situación de salud. Así, el trabajador que abusa de la estabilidad ocupacional reforzada prolonga su situación de debilidad manifiesta por razones de salud, en tanto que no ve materializada ninguna pérdida económica, ni estima como posible el riesgo de perder su empleo. Por esta razón, no existen incentivos suficientes para la adopción de actitudes que permitan una recuperación más rápida de la condición que conlleva a la incapacidad. Más aún, puede adoptar comportamientos que afectan negativamente a las empresas, en términos monetarios y de eficiencia, pues confía en que su empleo no corre ningún riesgo. La forma de proceder asumida por algunos trabajadores que abusan del fuero de salud prolongará la ausencia laboral y se incurrirá en un círculo vicioso: la debilidad manifiesta conduce a la protección reforzada y esta protección lleva a que se refuerce el estado de debilidad.

Por otro lado, a nivel macroeconómico se ha encontrado, también, que las medidas pasivas para el desempleo, como es el caso de las compensaciones económicas ante una desvinculación, deben ir acompañadas de intervenciones activas, que fomenten la búsqueda de empleo por parte de los trabajadores. El monto recibido ante un despido puede verse como un desincentivo para participar en el mercado laboral en el corto plazo (Nickell, 1997). De esta manera, la protección que se busca brindar por medio del pago que se debe proporcionar al trabajador en caso de un despido debe analizarse no solo como un instrumento perjudicial para las empresas, sino, también para el mercado laboral como tal, ante la ausencia de instrumentos activos para enfrentar el desempleo.

En este sentido, es evidente la diversidad de costos que se derivan del sistema que busca proteger a las personas en condición de debilidad manifiesta por

motivos de salud. Sería relevante tener una cuantificación precisa de dichos gastos para poder comparar el impacto de los mismos con los beneficios de la medida. De esta manera, se podrá conocer si, desde el punto de vista económico y social, el instrumento de protección está surtiendo un efecto positivo.

El siguiente cuadro sintetiza los costos monetarios y no monetarios que se asocian al ausentismo laboral:

Cuadro 24. Síntesis de costos por el ausentismo laboral

Costos monetarios	Costos no monetarios
En el caso de enfermedades de origen común: 100% del salario y de las prestaciones sociales del trabajador durante los primeros dos días de su incapacidad.	Costo de oportunidad de producción. Lo que se deja de producir debido al ausentismo de quien desempeñaba la función.
Si por razones de salud el trabajador es reubicado o conservado en su cargo con restricciones médicas, el salario debe mantenerse sin modificaciones.	Menor eficiencia y productividad generada por la creación de puestos innecesarios e improductivos con el fin de reubicar a un trabajador incapacitado.
Contratación de un trabajador de reemplazo o pago de horas extras a otros trabajadores que puedan suplir la ausencia, con el fin de continuar con el proceso productivo.	Procedimientos destinados exclusivamente a la gestión de incapacidades, autorizaciones para despidos y en general todo lo destinado al cumplimiento de la ley. Este tiempo y capital humano podría ser empleado en otros procesos productivos.
Costos de selección, adaptación y entrenamiento, tanto del trabajador que es reubicado, como de la nueva persona que es contratada para suplir la ausencia del trabajador ausente.	Riesgo moral, pues no hay un incentivo para evitar la prolongación de la incapacidad, por lo que se producen comportamientos que aumentan el tiempo de ausentismo laboral.

Gastos de gestión en los que incurre la empresa para los procedimientos previstos en el sistema de seguridad social en salud, enfrentando pagos económicos.	Desincentivo para la búsqueda de empleo y menor riesgo de pérdida materializado. Las compensaciones económicas ante el desempleo deben ir acompañadas de intervenciones activas que fomenten la participación en el mercado laboral.
Demoras en el procedimiento de recobro de incapacidades asumidas inicialmente por el empleador.	

Para cerrar, digamos que, en términos generales, el diseño de políticas debe ser muy cuidadoso con el fin de garantizar que los beneficios que se generen superen los costos monetarios y no monetarios de las medidas. El desempleo y la formalización del empleo son puntos sensibles que se deben atender. En los casos de ausentismo laboral cuyo abuso se refuerza por la estabilidad ocupacional reforzada el desincentivo para la formalización y el empleo es claro.

En este orden de ideas, la estabilidad ocupacional reforzada se ha constituido en una barrera de acceso para los trabajadores en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud, lo cual redundo en un estímulo para el sector informal. En este las probabilidades de encontrar un empleo pueden aumentar debido a que no se rige por las regulaciones que limitan el acceso, pero no estaríamos hablando de trabajo en condiciones decentes.

Todo esto cuestiona la propuesta de sostenibilidad empresarial, constituyéndose como un obstáculo, particularmente, para el logro del primer pilar impulsado por la OIT en el Programa de empresas sostenibles. La creación de entornos propicios para el empleo y las empresas sostenibles se dificulta en la medida en que existen rigideces laborales, pues pone en entredicho la inclusión laboral y genera tensiones en el ambiente de trabajo.

Por esta razón, se hace necesario empezar a discutir, en términos técnicos, la flexibilización laboral y la búsqueda de incentivos apropiados para el fortalecimiento del empleo formal y de calidad, el cual, como hemos dicho, es inseparable de la estabilidad empresarial. De este modo, la inclusión laboral debe lograrse con incentivos apropiados, en los que se evidencie que los beneficios de tales acciones superan a los costos asociados con las mismas.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De todo lo aquí expuesto, a manera de conclusión, se destacan las siguientes:

En primer lugar, es posible verificar una tendencia expansiva orientada a ampliar los supuestos de estabilidad reforzada en el empleo. Al día de hoy, y no sin discusión, diez situaciones —algunas de las cuales con diferentes matices— se encuentran amparadas por esta protección especial: (i.) miembros de sindicatos o trabajadores en conflicto colectivo de trabajo; (ii.) mujeres embarazadas y lactantes; (iii.) mujeres y hombres cabeza de familia; (iv.) personas en situación de discapacidad, invalidez o en condición de debilidad manifiesta por razones de salud; (v.) personas próximas a pensionarse; (vi.) víctimas y testigos de acoso laboral; (vii.) víctimas de secuestro, toma de rehenes y desaparición forzada; desvinculaciones de personas en razón de: (viii.) su religión; (ix.) su sexo o género y; (x.) su etnia. Así, en materia de estabilidad en el empleo, la excepción se ha convertido en la regla.

En segundo lugar, no hay duda de que todos los casos de estabilidad laboral reforzada descansan en dos premisas fundamentales: (i.) la condición de debilidad manifiesta y (ii.) la prohibición de despidos discriminatorios. La textura abierta de estas premisas ha conducido a que, en términos prácticos, a nivel laboral el Estado colombiano haya responsabilizado a los empleadores por las condiciones históricas de marginalidad y discriminación que han afectado, particularmente, a los sujetos de especial protección constitucional.

En tercer instante, en lo que respecta al sistema de fuentes del derecho, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido el principal referente en la construcción normativa de la estabilidad laboral reforzada. En este sentido, la tendencia expansiva en comento no ha sido impulsada por el legislador colombiano ni se desprende, directamente, de las normas internacionales. En este sentido, de manera progresiva la jurisprudencia constitucional ha llevado al sector privado garantías laborales propias del sector público, poniendo en vilo la sostenibilidad de las empresas.

En cuarto lugar, los límites entre los conceptos de discapacidad, invalidez y debilidad manifiesta por razones de salud resultan difusos. Así, en algunos

casos la jurisprudencia constitucional ha entendido que la debilidad manifiesta es una hipótesis más del fuero de salud, mientras que en otros la ha asumido como una categoría omnicomprendiva de todas las situaciones susceptibles de ser protegidas. Tampoco existe claridad respecto del contorno de este concepto, de suerte tal que no es fácil diferenciar entre las situaciones de subordinación, indefensión, vulnerabilidad y debilidad manifiesta. Ambigüedad y vaguedad son, pues, dos patologías lingüísticas que emergen en este contexto.

En quinto lugar, la categoría de debilidad manifiesta por razones de salud posee un alto coeficiente de indeterminación. De este modo, no existen fronteras conceptuales que sirvan de referente para establecer, con certeza, si se está o no en presencia de una condición de debilidad manifiesta por razones de salud. Diversos criterios patológicos, pero también contextuales, están abiertos a su valoración por parte de operadores jurídicos que, en dicha tarea, cuentan con un amplio margen.

Por ello mismo, no hay regulación específica sobre la forma cómo debe acreditarse la condición de discapacidad, invalidez o debilidad manifiesta por razones de salud. Ante la ausencia de una regulación que exija, con este fin, una certificación o un diagnóstico científico como medio de prueba, el margen de apreciación de los operadores jurídicos se hace aún más amplio, privilegiándose, con ello, la prueba indiciaria.

En sexto lugar y en perjuicio de la certidumbre jurídica, no existe una posición unificada en la jurisprudencia constitucional en lo que atañe al supuesto de hecho y a las consecuencias jurídicas de la estabilidad ocupacional reforzada por razones de salud. De un lado, para que opere esta figura, la Corte Constitucional no ha consolidado una posición pacífica respecto de la exigencia de conocimiento previo del empleador en relación con la patología del trabajador; ni frente al contenido, alcance y prueba del nexo causal que debe existir entre la patología y la desvinculación laboral. Por otra parte, la jurisprudencia no ha sido uniforme al establecer las consecuencias jurídicas que se siguen del amparo constitucional, pues las sentencias de tutela han emitido órdenes que van desde el solo reintegro, pasando por mandatos que integran la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y llegando hasta órdenes que, adicionalmente, disponen el pago de los salarios, la

prestaciones, los aportes a la seguridad social y los demás emolumentos laborales dejados de percibir por el trabajador desde el momento de su desvinculación.

A lo anterior, para mayor confusión, se suma la disparidad de criterios que se presenta entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Así, respecto de la estabilidad ocupacional reforzada por razones de salud, los altos tribunales difieren en la conceptualización de la condición patológica que da lugar a la misma, las consecuencias jurídicas que se derivan de esta protección constitucional, las relaciones contractuales en que es aplicable, así como otros aspectos sustantivos, procesales y probatorios de esta figura. Al margen de lo anterior, y pese a las contradicciones jurisprudenciales, se advierte la primacía del precedente constitucional.

En séptima instancia, no existe claridad sobre la competencia de las autoridades administrativas en tratándose del procedimiento de autorización requerido para la desvinculación de trabajadores con fuero de salud. Mientras que, legalmente, los inspectores de trabajo no se encuentran facultados para resolver controversias ni para decidir sobre derechos individuales, la jurisprudencia constitucional ha ampliado estas potestades.

En consecuencia, respecto del fuero de salud, todas estas confusiones han dado lugar a un verdadero caos normativo. Más que de discrecionalidad a la hora de calificar si una situación fáctica se subsume o no en un supuesto de hecho previsto en la ley; los operadores jurídicos están facultados, por vía jurisprudencial, para confeccionar a su arbitrio, en sí, el supuesto de hecho, las consecuencias jurídicas y el régimen probatorio de la estabilidad ocupacional reforzada por razones de salud. Todo ello, naturalmente, en detrimento de la certidumbre jurídica.

Finalmente, como octava conclusión, podríamos decir que, en los casos de abuso, existe una relación de causalidad entre el ausentismo laboral y la estabilidad ocupacional reforzada. Ello pone de presente la necesidad de evaluar el impacto económico que representa el ausentismo laboral para la sostenibilidad de las empresas. Los costos monetarios y no monetarios que

deben asumir los empleadores constituyen un desincentivo para la vinculación de trabajadores en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud. De esta manera, la falsa dicotomía entre trabajo decente y sostenibilidad empresarial debe ser superada a través de políticas públicas que conjuguen ambos principios y faciliten la inclusión laboral, en términos formales, de los grupos poblacionales especialmente protegidos.

Por lo anterior, conviene reflexionar, con paciencia y cuidado, sobre el camino a seguir. A nivel organizativo, los empleadores, a través de las áreas de gestión humana, deberán preocuparse por diagnosticar, juiciosamente, los perfiles de los cargos adscritos a su planta de personal. Una correcta definición de las capacidades y las competencias necesarias para cada puesto de trabajo sería útil, no solo para evaluar el rendimiento del trabajo, sino, fundamentalmente, para establecer las calidades que se requieren para el desempeño de ciertas funciones. En este punto recordemos que, de conformidad con el Convenio 111 de 1958 de la OIT, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no pueden ser consideradas como discriminatorias¹¹¹.

Asimismo, las empresas deben tomar conciencia acerca de la importancia de cuantificar los costos monetarios asociados al ausentismo laboral. Los costos no monetarios, asimismo, también deben ser advertidos con la finalidad de hacer explícito el impacto negativo que representa, para la sostenibilidad empresarial, el ausentismo laboral que es potencializado, en los casos de abuso, por la estabilidad ocupacional reforzada.

A nivel estratégico, hay que subrayar la necesidad de diseñar políticas públicas que privilegien estímulos en lugar sanciones, para posibilitar, así, la inclusión

¹¹¹ En este sentido, la Corte Constitucional se ha pronunciado en clave de que, a la hora de una vinculación laboral, “La carga de determinar si el empleo resulta incompatible con la enfermedad o condición de discapacidad que se presenta, no puede recaer en el trabajador. Por esa razón, resulta fundamental que en aquellos casos en los cuales la empresa considera que la presencia de alguna enfermedad y/o situación de discapacidad es incompatible con el cargo que se pretende desempeñar, debe fundamentar y consignar por escrito este hecho, y comunicárselo en igual forma a los aspirantes, quienes, en tales condiciones, inmediatamente tienen la obligación de manifestar si se encuentran o no en la circunstancia descrita” (T-340 de 2017).

laboral de los trabajadores amparados con fuero de salud. En el marco de estas políticas, el enfoque deberá centrarse no tanto en la capacidad laboral que se pierde como consecuencia de la patología, sino, más bien, en la capacidad laboral que el trabajador conserva y con la cual puede contribuir al desarrollo social del país (Godoy, Valdivieso, & Londoño, 2006, pág. 24).

En el renglón normativo, vale la pena discutir acerca de la pertinencia de una reforma al artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Durante el 2016, en el Congreso de la República cursaban dos iniciativas legislativas a través de las cuales se pretendía regular la estabilidad laboral reforzada por razones de salud. Ambas, sin embargo, fueron archivadas por cambio de legislatura. En los dos proyectos legislativos se introducían cambios que, por un lado, hacían más estricta la prueba de la condición subjetiva de salud y, por otra parte, suprimían la necesidad de autorización administrativa para las desvinculaciones con justa causa.

Ahora bien, frente a cualquier intento de reforma normativa cobra especial relevancia la Sentencia C-744 de 2012 de la Corte Constitucional. Así las cosas, sobre el principio de no regresividad en materia de estabilidad laboral reforzada, el Tribunal Constitucional ha sentado un precedente notable:

(...) el reconocimiento y salvaguarda de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad constituye una innegable conquista dentro del ordenamiento y la cultura jurídica, de manera que, principalmente en lo que respecta a las garantías laborales, resulta regresivo prescindir de esos mecanismos de protección y salvaguarda, progresión y no regresividad explicada ampliamente en la jurisprudencia de esta Corte en defensa de los avances en la cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales (C-744 de 2012).

Ahora bien, aunque la progresividad se impone como mandato perentorio, en esta decisión la Corte Constitucional abrió la puerta a una eventual regulación por parte del Congreso de la República:

La estabilidad laboral reforzada de las personas con alguna discapacidad es un derecho constitucional que demanda acciones afirmativas, dada su relación con la dignidad humana, la igualdad y la integración social, cuyos alcances en materia de protección y salvaguarda no pueden ser restringidos por el Estado, salvo que existan

estrictas razones suficientes que así lo ameriten, para no desconocer el principio de no regresividad.

Debe ser el Congreso de la República el que determine, con atención a las posiciones de los diferentes interesados, la exigencia o no de la venia de la autoridad respectiva, para que se pueda despedir o terminar el contrato de una persona discapacitada, cuando se discuta si concurre o no una justa causa para ello, siempre bajo el riesgo de una inconstitucionalidad si la exigencia ya existe y en realidad constituye una reforzada garantía de estabilidad (C-744 de 2012).

Es en este contexto que, a título exhortativo, queremos someter a debate un diagnóstico y una propuesta de lineamientos orientada a mejorar las condiciones de empleo de los trabajadores en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud. Creemos que esta propuesta puede constituir una línea base para la discusión de una eventual reforma a la Ley 361 de 1997, de suerte que se logre conciliar el marco regulatorio con el principio de sostenibilidad empresarial.

Diagnóstico y propuesta de lineamientos para mejorar las condiciones de empleo de los trabajadores en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud

Lo primero que hay que advertir es que una estrategia de industrialización robusta no se opone a la promoción de mejores condiciones de acceso y estabilidad en el empleo para las personas en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud.

Dicho esto, dada la coyuntura actual, se hace necesario introducir modificaciones que proporcionen mayor claridad y precisión en las normas que regulan las relaciones entre los empleadores y los trabajadores en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud. Se hace indispensable, asimismo, concretar los desarrollos jurisprudenciales que los tribunales de cierre han venido decantando alrededor de este tema, de suerte tal que, en un marco general, se propicie el debate respecto de las condiciones que permitan, tanto a los trabajadores en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud, como a sus empleadores, desarrollar relaciones laborales que concilien los principios de estabilidad en el empleo y sostenibilidad empresarial.

De esta manera, el diagnóstico y los lineamientos que se presentan a continuación pretenden conciliar estos dos principios que, lejos de ser antagónicos, se reclaman mutuamente.

Barreras de acceso laboral para las personas en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud

En desarrollo de los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 13 y 53, la legislación colombiana se ha preocupado por proteger con especial esmero a la población en situación de discapacidad. Es bajo este entendido que se promulga la Ley 361 de 1997, por medio de la cual se establecen una serie de disposiciones tendentes a cumplir con este fin.

Originalmente, el artículo 26 de la Ley 387 de 1997 contemplaba una indemnización consistente en el pago de ciento ochenta (180) días de trabajo,

en el caso de que el trabajador en situación de discapacidad fuera despedido sin autorización del Inspector de Trabajo. Dicha consecuencia no incluía el reintegro del trabajador, por lo cual, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-531 del 2000, consideró que, además de esta indemnización, era procedente reintegrar al trabajador sin solución de continuidad. A partir de aquí, y aunque en su versión original la Ley 361 de 1997 no lo contemplaba, se empezaron a aplicar, de manera concurrente, las sanciones de indemnización y reintegro.

Consecuencias jurídicas de esta naturaleza que, en principio, pretenden proteger a la población en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud, terminan por producir el efecto adverso a dicho cometido, erigiéndose como una barrera para la vinculación de estas personas, al imponer un castigo excesivo a los posibles empleadores.

Es por esta razón que un diagnóstico y una propuesta de lineamientos para facilitar las condiciones de empleo de las personas en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud debe replantear la existencia de barreras de este tipo sin incurrir en déficits de protección.

Costos asociados al ausentismo y a la estabilidad laboral

La redacción del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se ha prestado para múltiples interpretaciones, producto de la falta de claridad que se tiene sobre los conceptos de discapacidad y debilidad manifiesta por razones de salud. Esta confusión se ha potencializado con ocasión de los desarrollos jurisprudenciales. No obstante, el resultado es claro: valiéndose de la ambigüedad generada, algunos trabajadores que en principio no tendrían acceso a las garantías de la estabilidad laboral reforzada consagradas en este artículo, han encontrado una manera de hacerlo, propiciando situaciones menos que ideales y para las cuales la norma no fue diseñada.

Siguiendo este orden de ideas, a lo largo del presente libro se planteó la siguiente hipótesis: los múltiples costos monetarios y de oportunidad en que incurren las empresas a raíz del ausentismo laboral tienden a perpetuarse en el tiempo por obra de rigideces que, por veces, se prestan para situaciones de abuso.

No sorprende, entonces, la tendencia que demuestra un progresivo aumento en los casos de ausentismo laboral. Evidencia de esto es el estudio realizado por la ANDI que, frente a los casos de ausentismo laboral, encontró que estos venían en aumento e implicaban, cada vez más, costos adicionales provenientes de días de ausentismo y reubicaciones (Cf. Capítulo 4).

La tendencia de ausentismo laboral por razones de salud, entonces, se ha incrementado, a pesar de las mejoras en el entorno de los trabajadores y las inversiones en seguridad y salud en el trabajo. Todo lo analizado se traduce, como ya se dijo, en costos adicionales para los empresarios, los cuales, a su vez, terminan por repercutir en los trabajadores que devengan su sustento de la empresa.

Por ello es necesario consolidar lineamientos que permitan introducir reformas normativas orientadas a cerrar la brecha que ha permitido los casos de abuso del derecho, concretando, así, algunas definiciones y mecanismos de acreditación que permitan más transparencia en relación con los casos en los cuales la protección especial debe operar.

De igual modo, a partir de este diagnóstico, con esta propuesta de lineamientos se busca fijar las bases de una regulación concerniente, entre otros aspectos, a la racionalización del despido, el reintegro y la reubicación del trabajador en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud, de tal forma que los intereses de ambas partes de la relación laboral coincidan en la mayor medida de lo posible, y le brinden un poco de alivio a la economía nacional.

Ahora bien, antes de abordar, en detalle, cuáles serían los lineamientos que se estiman convenientes y necesarios, es importante hacer mención de una condición previa que ha de ser tenida en cuenta en cualquier propuesta de esta naturaleza: el principio de no regresividad laboral.

El principio de no regresividad laboral como parámetro normativo

Con ocasión del tema planteado, en general, se torna pertinente hacer referencia al principio de progresividad de los derechos humanos, en atención a

su nexo con los derechos laborales. Este principio está contenido en diferentes instrumentos internacionales, ratificados por Colombia, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este se establece un mandato que exhorta a los Estados a que progresivamente amplíen, mejoren y hagan efectivo su catálogo de derechos humanos y, consecuentemente, no retrocedan en este frente. De allí que sea posible identificar dos dimensiones del principio en mención (Toribio, 2010).

En un primer lugar encontramos una dimensión positiva, la cual propende por el avance gradual de la cobertura y la extensión de los derechos humanos, materializados en los derechos económicos, sociales y culturales que otorgan garantías a los ciudadanos, a fin de que los mismos puedan alcanzar mejoras en sus índices de aplicación y satisfacción. Esto, por demás, implica la participación activa del Estado en la producción de medidas legislativas y administrativas para la conservación de los derechos y garantías reconocidos, y por reconocer.

A su vez, es posible identificar una dimensión negativa que, por su parte, entraña una consecuencia prohibitiva dirigida a quienes detentan potestades regulatorias. Por cuenta de esta, se ha de entender que, como consecuencia lógica del deber de expansión y protección de los derechos humanos, estos no deben ser disminuidos o retrotraídos. Lo cual se manifiesta en un mandato dirigido a los órganos productores de normas, ordenándoles abstenerse de derogar, modificar o agravar normas en un sentido que afecte las garantías y los derechos tutelados. A esta dimensión negativa se le conoce como principio de no regresividad.

Ahora bien, es de rigor anotar que todo derecho, por definición, permite su aplicación gradual y, en este sentido, es susceptible de ser optimizado. Por ello, a nivel doctrinal y jurisprudencial se han delineado unos parámetros ponderativos encaminados a guiar la labor productora de normas. De esta manera, al momento de limitar o retrotraer el alcance de un derecho, la autoridad estatal deberá considerar y respetar estos parámetros, so pena de que la norma creada sea considerada inconstitucional o atentatoria de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Estos estándares se sintetizan en el denominado test de no regresividad.

En el marco nacional, la Corte Constitucional no ha sido ajena a esta tendencia y jurisprudencialmente ha incorporado el principio de progresividad y, como su correlato natural, el principio de no regresividad. Su fundamento normativo puede ser rastreado a nivel constitucional en los artículos 48 y 53 de la Carta Magna. Además de sus diversas aplicaciones en las otras ramas del derecho, el principio de no regresividad ha hecho carrera en la legislación laboral, al punto de que se ha acuñado el principio de no regresividad en materia laboral.

El desarrollo jurisprudencial de la no regresividad en materia laboral ya es un tema decantado a nivel de la Corte Constitucional. Así, en diversas ocasiones la Corte se ha pronunciado al respecto, destacándose las sentencias C-789 de 2002, C-038 de 2004, C-727 de 2009, C-228 de 2011 y C-744 de 2012, entre otras. En general, de conformidad con este principio, las autoridades no pueden derogar los derechos de los trabajadores, ni modificar desfavorablemente su alcance o agravar sus posibilidades de acceso. Todo ello supone, desde luego, el reconocimiento de una premisa básica: el principio de no regresividad laboral solo protege derechos explícita y efectivamente reconocidos.

Desde el punto de vista de la evolución jurisprudencial, en un principio, el Tribunal Constitucional osciló, en lo que respecta al principio de no regresividad laboral, entre dos tendencias diametralmente opuestas (Uprimny & Guarnizo, 2008). Primeramente, la Corte consideró que los principios de progresividad y no regresividad eran meras expectativas sin protección constitucional y, por tanto, estos principios estaban llamados a orientar la actividad del legislador, pero no constituían criterios vinculantes. Por el contrario, en otras providencias tempranas, esta Institución juzgó estos principios como reglas absolutas que no admitían atenuación o excepciones.

Finalmente, una postura intermedia zanjó la discusión entre extremos y dio paso a la concepción actual de estos principios. Los primeros antecedentes de esta postura pueden ser rastreados en la Sentencia C-789 de 2002 de la Corte Constitucional. En la cual, si bien el Tribunal Constitucional reconoce, al estudiar un tema pensional, que el legislador puede desmejorar ciertas situaciones, esta potestad debe ser matizada en el sentido de que no puede ejercerse de manera arbitraria, sino proporcionalmente, atendiendo siempre a la realización de otros fines constitucionales.

Ya en la Sentencia C-038 de 2004 el Tribunal Constitucional consolida una postura más estructurada en relación con el principio de no regresividad. Adicionalmente, esta providencia comienza a esbozar lo que actualmente conocemos como test de no regresividad. Así, la Corte estimó:

Finalmente, y de particular importancia en el presente caso, el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Ahora bien, como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta, sino que debe ser entendida como una prohibición *prima facie*. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social.

Dándole continuidad en el tiempo, la Sentencia C-727 de 2009 mantuvo la línea jurisprudencial bajo estudio. Así, atendiendo al principio de no regresividad, el Tribunal, al declarar inconstitucional una disposición normativa que endurecía los requisitos para la obtención de la calificación de invalidez, encuentra que dichas medidas eran, en efecto, regresivas, y no contaban con razones suficientes que justificaran el retroceso.

Bajo esta orientación, el test de no regresividad encuentra uno de sus más amplios y estrictos desarrollos en la Sentencia C-228 de 2011. El Tribunal Constitucional lo explica al siguiente tenor:

Del mismo modo se debe resaltar que el test de proporcionalidad en materia de regresividad de los derechos sociales ha utilizado los tres pasos que se plantean en el juicio de igualdad, es decir el principio de idoneidad que consiste en verificar si la medida regresiva tiene un fin constitucionalmente legítimo y un presupuesto constitucional que la justifique, en segundo lugar el presupuesto de la necesidad en donde se valora si de todas las medidas posibles, la que escogió el legislador es la menos regresiva, hasta llegar hasta al último paso del test de verificar la proporcionalidad en sentido estricto que consiste en confrontar el principio de no regresividad con otros principios constitucionales como la garantía de sostenibilidad del sistema o los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia (...).

Ahora bien, la Corte Constitucional se ha encargado de enmarcar la no regresividad, en el campo laboral, protegiendo los derechos de los trabajadores y exigiendo de las autoridades razones contundentes en aquellos casos en que proceda su desmejora. Por ejemplo, en la Sentencia C-744 de 2012 se dijo, a este respecto:

(iii) La estabilidad laboral reforzada de las personas con alguna discapacidad es un derecho constitucional que demanda acciones afirmativas, dada su relación con la dignidad humana, la igualdad y la integración social, cuyos alcances en materia de protección y salvaguarda no pueden ser restringidos por el Estado, salvo que existan estrictas razones suficientes que así lo ameriten, para no desconocer el principio de no regresividad.

No sobra aclarar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, también se ha mostrado partidaria de esta tesis. En su jurisprudencia reciente es posible encontrar manifiesto tanto el principio de progresividad como el principio de no regresividad laboral. Al respecto, la Sentencia SL4650 de 2017 es diciente al expresar:

Toda imposición de requisitos más exigentes para el acceso a las prestaciones es sospechosa de regresividad y, por tanto, pero sólo en principio, inconstitucional. No es que los sistemas de derechos sociales y económicos no puedan ser regresivos en un momento determinado, lo pueden ser; pero para que el Estado pueda contrariar el postulado de progresividad debe fundamentar su decisión en poderosas razones derivadas de cambios sociales o económicos que amenacen la viabilidad del sistema de derechos.

En síntesis, el principio de no regresividad laboral entraña una limitación a la potestad de configuración normativa que le asiste a las autoridades legislativas y administrativas, por cuanto restringe materialmente el alcance regulativo frente a los derechos laborales explícitamente protegidos, impidiendo, así, su desmejora. A su vez, implica una presunción de inconstitucionalidad, *prima facie*, respecto de cualquier retroceso no justificado. Sin embargo, esta presunción es desvirtuable en aquellos eventos en que la autoridad asume la carga de argumentar en clave del test de no regresividad, esto es, justificando retrocesos normativos que persigan un fin constitucionalmente legítimo y que sean, a la vez, los menos gravosos y proporcionales para su consecución.

En tal sentido, consideramos que los lineamientos que se ofrecen a continuación no pueden ser calificados de regresivos en la medida en que con ellos: (i.) No se busca la supresión de derechos laborales tipificados expresamente en la ley o la Constitución Política; (ii.) Se pretende la delimitación objetiva de los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional en lo que atañe al concepto de debilidad manifiesta por razones de salud; (iii.) Buscan mantener el requisito de autorización previa ante las autoridades administrativas, estableciéndose un procedimiento hasta ahora inexistente; (iv.) Propenden por fundamentar, de manera razonada y a partir de la naturaleza conmutativa del contrato de trabajo y la igualdad en el empleo, la posibilidad de redefinición de las condiciones remuneratorias en aquellos casos en que proceda la reubicación de un trabajador en atención a su estado de salud; (v.) Se orientan hacia la modificación de los deberes del empleador que resultan en exceso gravosos. De este modo, en conclusión, las propuestas contenidas en estos lineamientos, lejos de ser caprichosas, se encuentran debidamente justificadas y son respetuosas del principio de no regresividad, como pasa a verse.

Propuesta de lineamientos

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997 fue originalmente diseñado para otorgarle una estabilidad laboral a la población discapacitada. Sin embargo, a lo largo de su vigencia, su aplicación se ha tornado, en ocasiones, confusa. La jurisprudencia, al respecto, no ha sido unánime en la interpretación del supuesto de hecho que activa la protección, y los alcances de la sanción consagrada en esta disposición han sido redefinidos por vía jurisprudencial.

Las anteriores consideraciones jurídicas, que a reglón seguido se estudiarán detalladamente, ameritan que la Ley 361 de 1997 sea reformada para incorporar las necesidades empresariales más apremiantes en relación con los trabajadores en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud. Lo anterior a efectos de brindar la claridad y la certidumbre jurídica que permita tanto a los trabajadores como a los empresarios evaluar con precisión su situación laboral.

Esta es una posibilidad que claramente se encuentra en manos del Congreso de la República. Así, de manera explícita, la Corte Constitucional ha reafirmado que al Congreso le asiste la competencia de reformar las normas relativas a la protección laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud. Puntualmente, en la Sentencia C-744 de 2012 sostuvo la Corte que:

Es función exclusiva del legislador, dentro de su connotación democrática, que determinará si es apropiado y conveniente restringirla o morigerarla si en realidad estuviere resultando contraproducente, o por el contrario debiera ampliarla, todo lo cual habría de acometer democráticamente, con las cargas argumentativas y el indefectible debate que le son propios.

Es bajo esta orientación que sometemos a discusión los siguientes lineamientos, a efectos de que, a futuro, puedan ser tenidos en cuenta en los procesos de modificación de la Ley 361 de 1997.

Definición de trabajador en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud.

Como hemos dicho, la definición del supuesto de hecho ha venido presentando una disparidad de trato por parte de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. De un lado, en una interpretación literal de los artículos 1 y 5 de la Ley 361 de 1997, para valorar el grado de discapacidad, la Sala de Casación Laboral ha venido aplicando los criterios establecidos en el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001. Así, para el Tribunal Laboral es claro que la titularidad del derecho a la estabilidad laboral reforzada solo recae en trabajadores con grados de discapacidad moderada (del 15% al 25%), severa (mayor del 25% y menor al 50%) y profunda (mayor del 50%).

Por el contrario, la Corte Constitucional se ha opuesto a los límites porcentuales definidos en la jurisprudencia laboral, bajo el entendido de que los mismos carecen de sustento legal. Más que de discapacidad leve y moderada, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, en estas situaciones, debe hablarse de personas que, por su condición de salud, se encuentran en situación de debilidad manifiesta, de tal manera que esta limita sustancialmente el

desempeño de sus labores y, por tanto, ha dicho la Corte Constitucional, estas personas requieren de una protección especial que propenda por su integración social y su realización personal (Sentencia C-894 de 2011).

Con este panorama jurisprudencial, no es de extrañar que la aplicación del supuesto de hecho de la norma se haya tornado confusa. Para solucionar esto es procedente que, en el ámbito legal, se incorpore una definición que ofrezca un criterio puntual y objetivo sobre este término. Además, es también pertinente incluir la categoría de debilidad manifiesta por razones de salud, empleada por el Tribunal Constitucional, asignándole, también, un contenido bien delimitado.

Así las cosas, se proponen las siguientes definiciones. En primer lugar, entender que un trabajador se encuentra en situación de discapacidad si presenta una pérdida de capacidad laboral, debidamente calificada, superior al 25%. En segundo lugar, y adicionalmente, sería conveniente asumir que un trabajador se encuentra en situación de debilidad manifiesta por razones de salud si:

- a) Ha sufrido una pérdida de capacidad laboral, debidamente calificada, entre el 15% y el 25%.
- b) Padece una incapacidad continua que, sin calificación de pérdida de capacidad laboral, se prolonga por más de ciento ochenta (180) días.
- c) Padece una enfermedad catastrófica, rara, huérfana o VIH; siempre y cuando ella limite sustancialmente el desempeño de sus laborales en condiciones regulares.

A partir de esta propuesta se torna necesario justificar su pertinencia y constitucionalidad respecto del principio de no regresividad laboral. En este orden de ideas, la propuesta incorporaría un concepto novedoso que no encontraba fundamento legal, naciendo y desarrollándose únicamente en la jurisprudencia a partir de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución Política: la debilidad manifiesta por razones de salud. El desarrollo de esta nueva categoría, al contrario de ser regresivo, busca concretar la protección que se tributa a estas personas, con la estabilidad y la claridad propias de la ley.

Ahora bien, a fe de verdad, la propuesta incluye unos límites porcentuales, con los cuales no se contaba anteriormente. Este no es, sin embargo, un criterio extraño para el ordenamiento jurídico de nuestro país. Es así como, en asuntos particulares, la legislación colombiana ha empleado porcentajes de discapacidad para condicionar los efectos jurídicos de una norma. Téngase como ejemplo la Ley 776 de 2002 que, al delimitar los conceptos de incapacidad e invalidez, emplea porcentajes de pérdida de capacidad laboral para situar a un trabajador en una de estas categorías. De igual manera se destacan los decretos 2463 de 2001, 1352 de 2013, entre otros.

La utilidad de los porcentajes es evidente. Ellos constituyen parámetros objetivos indispensables para regular con mayor precisión las diversas categorías jurídicas que integran el supuesto de hecho y que activan la protección legal.

Complementando la definición porcentual, se propone la inclusión de dos causales adicionales en lo que respecta a la condición de debilidad manifiesta por razones de salud. La primera de estas se establece con el fin de proteger a los trabajadores que, presentando una clara afectación en su estado de salud, no han sido diagnosticados con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral y, por ende, aún no gozan de los beneficios de la estabilidad laboral reforzada. Así, la nueva redacción del artículo contempla que una vez transcurridos ciento ochenta (180) días de incapacidad continua, sin calificación de pérdida de capacidad laboral, el trabajador se entenderá en situación de debilidad manifiesta por razones de salud. Este término es oportuno en tanto que permite a las entidades del sistema de seguridad social en salud a cargo de la atención emitir un concepto de rehabilitación y determinar con más certeza el diagnóstico de la patología. Esta situación subsistirá hasta la rehabilitación del trabajador o hasta que se surta el procedimiento de calificación de pérdida de capacidad laboral, con ocasión del cual se determinará, basándose en el resultado de este, si el trabajador presenta una afectación del más del 15%, caso en el cual continuará protegido, o si la incapacidad es menor al 15%, caso en el cual se entenderá que se trata de una afectación mínima y, por tanto, no será meritoria del beneficio de la estabilidad laboral reforzada.

La tercera causal atiende a la gravedad y al especial riesgo que algunas enfermedades suponen para el trabajador. Por ello, en esta ocasión se considera la naturaleza de la patología a fin de establecer quién se encuentra cobijado por la estabilidad laboral reforzada. De tal suerte que, por el solo hecho de padecer una de estas patologías, el trabajador encontrará su situación debidamente resguardada. Ahora bien, las enfermedades que activan este supuesto de hecho dependerán de las que el Ministerio de Salud y Protección Social determine como catastróficas, raras o huérfanas. El VIH, si bien no está incluido en las categorías anteriores, por su especial percepción social, ha sido abarcado a fin de que quien lo padezca esté igualmente protegido.

Asimismo, establecidos los criterios objetivos para la valoración de la situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud, se sigue que su clasificación deba darse por instituciones idóneas. En procura de lo anterior, la propuesta también se orienta hacia la idea de que la situación de salud del trabajador debe encontrarse debidamente acreditada por parte de las juntas de calificación de invalidez y de las respectivas entidades del sistema de seguridad social en salud, confiando que estas, en su labor, dictaminen con objetividad la afectación que la patología produce en la salud del trabajador. En este orden de ideas se espera que la gestión de estas instituciones impida los posibles abusos que se han venido presentando con el concurso de profesionales de la salud que no se encuentran vinculados a las entidades competentes del sistema de seguridad social.

Vinculación de personas en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud

Atendiendo a lo pactado en el Convenio 111 de 1958 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la prohibición de discriminación en el empleo y la ocupación, se propone que en el texto de la Ley 361 de 1997 se introduzca, a título aclaratorio que las distinciones, exclusiones o preferencias de salud, basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado, no pueden ser consideradas como discriminatorias.

Lo anterior surge producto, más que de consideraciones jurídicas, de consideraciones lógicas. Algunos cargos requieren de condiciones de salud

específicas, sin las cuales el desarrollo del mismo sería imposible o altamente riesgoso. Piénsese, a manera de ejemplo, en el ejercicio de cargos en los sectores de salud o seguridad, algunos de los cuales exigen particulares condiciones y aptitudes. No es de menos aclarar que estas disminuciones de la salud no le quitan, *per se*, la capacidad laboral a quienes las padecen, pero sí impiden que estos ejerzan algunas funciones específicas.

Finalmente, con la propuesta se pretende clarificar qué se debe entender como discriminación por razones de salud, excluyendo, de conformidad con lo dispuesto por la OIT, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo.

Estabilidad laboral de personas en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud

La propuesta de lineamientos no pretende modificar la exigencia de autorización previa necesaria para desvincular a un trabajador en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud. Así, consideramos que, si se establece claramente un procedimiento administrativo para la desvinculación de trabajadores en esta situación, bien podría mantenerse este requisito, de forma tal que, de incumplirse esta, se active, inmediatamente, la consecuencia jurídica que pasa a estudiarse.

Como hemos dicho, en su versión original el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 consagraba una sanción, a cargo del empleador, consistente en el pago una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días de trabajo, en el caso de que el trabajador en situación de discapacidad fuera despedido sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en este artículo. Esta sanción parecía legitimar el despido bajo el entendido de que el empleador le estaría pagando al trabajador una indemnización que compensaría la pérdida de su cargo.

Sin embargo, la Corte Constitucional, en Sentencia C-531 del 2000, juzgó que la protección tributada al trabajador por esta disposición normativa resultaba insuficiente y no cumplía con las exigencias constitucionales propias del principio de no discriminación. Para remediar esto, el Tribunal Constitucional

estableció, vía jurisprudencial, una sanción adicional consistente en el reintegro sin solución de continuidad.

Este precedente dio lugar a que algunos jueces comenzaran a aplicar las dos sanciones de manera simultánea. Sin embargo, no todos los operadores jurídicos han aplicado este parámetro de manera uniforme. Ejemplo de lo anterior resultan la Sentencia T-703 de 2016 y la Sentencia T-597 de 2014, en las que Tribunal Constitucional consideró como suficiente el solo reintegro del trabajador, dejando de lado la indemnización del artículo 26. Lo dicho evidencia la necesidad de concretar la consecuencia jurídica operante frente a este tipo de despidos.

Es así como la propuesta de lineamientos se inclina a diferenciar entre las posibles hipótesis de desvinculación laboral de trabajadores en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud, y en consideración a cada supuesto en particular se optaría por atribuir una de las dos consecuencias jurídicas.

Así, frente al despido de trabajadores sin autorización previa del Inspector de Trabajo, proponemos que se haga explícito en el texto legal el deber de reintegro a cargo del trabajador. Con ello se incorporaría a la ley la sanción desarrollada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-531 del 2000.

Ahora bien, consideramos que se debe eliminar de este supuesto la sanción indemnizatoria consistente en el pago de ciento ochenta (180) días de trabajo que consagra el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Pensamos que esta sanción ha dejado de cumplir la función para la cual fue originalmente pensada, puesto que, con la concurrencia de medidas sancionatorias (indemnización y reintegro), la indemnización se ha convertido en una carga excesiva para los empleadores, bastando el reintegro como medida efectiva para la protección de los derechos del trabajador.

Esta redefinición de sanciones no prestaría una protección insuficiente al trabajador en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud. Por el contrario, tributa la misma protección que se lo otorga a otras formas de estabilidad laboral reforzada, como lo es, por ejemplo, la garantía de

reintegro sin solución de continuidad de los aforados sindicales (artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo). Así las cosas, el reintegro, además de reparar la conducta discriminatoria, permite al trabajador continuar en su cargo, devengando un salario digno y, por ende, no empeorando aún más su condición. Adicionalmente, el reintegro asegura, también, la continuidad del trabajador en el sistema de seguridad social en salud, impidiendo su desafiliación.

Por otra parte, uno de los aspectos más sensibles y problemáticos de la versión original del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 es lo que tiene que ver con el procedimiento de autorización que debe surtirse ante el Inspector de Trabajo en aquellos eventos en el que empleador pretende desvincular, de manera justificada, a un trabajador en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud.

En la práctica, ante la ausencia de una reglamentación clara en lo que respecta a términos, competencias y requisitos, el trámite administrativo resulta a tal punto dispendioso que hace nula la posibilidad de obtener una autorización. Ello ha generado dos efectos nocivos.

En primer lugar, algunos empleadores, debido a la imposibilidad práctica de obtener una autorización, optan por desvincular a los trabajadores en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud sin contar con este requisito. Con ello los empleadores se exponen a procesos de tutela que, en últimas, terminan por congestionar el sistema judicial.

En segundo lugar, algunos inspectores de trabajo, motivados por la ausencia de una regulación explícita a nivel legal y ante la contingencia de posibles sanciones disciplinarias, han preferido abstenerse de conceder autorizaciones de desvinculación, pues no es claro cuál es el alcance de las mismas ni las situaciones en que son operativas. La dificultad se ha agudizado en la medida en que los parámetros regulatorios, en esta materia, se extraen de algunas sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional, sin que se tenga por cierto cuál es el procedimiento aplicable.

Más aún, la confusión se agrava en tanto que, de conformidad con lo establecido en el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, le está vedado a los inspectores de trabajo declarar derechos individuales cuyo reconocimiento compete a los jueces de la república. En este orden de ideas, los funcionarios administrativos se hallan en la encrucijada de no poder declarar derechos individuales, pero, al mismo tiempo, están obligados a calificar la justeza u objetividad de las motivaciones que llevan al empleador a terminar el contrato de un trabajador en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud.

Por lo anterior, se propone que a la Ley 361 de 1997 se le adicione un capítulo en el cual se detalle el hasta ahora inexistente procedimiento de autorización para la desvinculación de trabajadores en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud. Así, se ofrecería claridad y seguridad jurídica en lo que atañe a las causales en que es viable la solicitud de autorización, la competencia de las autoridades llamadas a resolverla, los términos procesales (idealmente no superior a un mes), el derecho de defensa que le asiste a los trabajadores, entre otros aspectos procedimentales para hacer de este un trámite ágil y expedito.

Como columna vertebral de este procedimiento, creemos que se hace indispensable definir en qué casos debe solicitarse autorización ante el Inspector de Trabajo y cuál es el alcance de la potestad de verificación de este funcionario público. A nuestro juicio, el Inspector de Trabajo debe limitarse a constatar, en términos formales y *prima facie*, que la motivación de desvinculación responde a una justa causa, a una causa objetiva o a la imposibilidad de reubicar al trabajador en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud en un cargo compatible con la planta de personal de la empresa.

Asimismo, sería interesante estipular que, ante las demoras injustificadas de la autoridad administrativa, opere una suerte de silencio administrativo positivo que haga realmente efectivo el trámite de autorización.

En todo caso, la creación de un procedimiento por etapas claramente identificables de ningún modo puede considerarse regresivo en la medida en

que, justamente, a la fecha no existía regulación concerniente al mismo. Así las cosas, es verdaderamente aconsejable que el Legislador adopte un procedimiento a este respecto, con el fin no solo de hacer viable la autorización de desvinculación en aquellos casos que proceda, sino, también, de proteger los derechos de los trabajadores en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud.

Reintegro y reubicación de personas en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud

El reintegro de un trabajador en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud supone, o bien la reincorporación en el cargo que venía desempeñando, o también la reubicación del trabajador en un cargo acorde con sus nuevas capacidades. Esto se expresa en un deber que restringe la potestad que el empleador tiene respecto del *ius variandi*.

Ahora bien, es plausible concluir que, cuando se reubica a un trabajador en un nuevo cargo por motivo de su situación discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud, se hace atendiendo a una causa objetiva de salud, y en ningún momento obedece a una decisión arbitraria del empleador.

De esta manera, si nos atenemos a la definición del contrato de trabajo, particularmente a su naturaleza bilateral, onerosa y conmutativa, se evidencian razones suficientes para fundamentar una propuesta orientada a pensar en la posibilidad de redefinir las condiciones remuneratorias de los trabajadores reubicados. Así las cosas, si tenemos en cuenta que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, a cambio de una remuneración y bajo continua subordinación (artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo); fácil es concluir que, si por razones de salud, se modifica la prestación personal del servicio, ello necesariamente debe implicar una modificación en lo concerniente a la remuneración.

En este orden de ideas, y atendiendo a que, en términos causales, la remuneración y la subordinación no tienen razón de ser sin prestación personal del servicio, es razonable proponer que, si esta última se ve afectada por las

nuevas condiciones de salud del trabajador, ello, indefectiblemente, debe repercutir en las condiciones remuneratorias, a efectos de equilibrar las obligaciones contractuales. Piénsese, por ejemplo, en el caso de aquellos trabajadores reubicados en cargos diametralmente distintos a los que fueron vinculados o que no poseen la misma relevancia en las dinámicas económicas de la empresa. En estos supuestos, al cambiar la prestación personal del servicio, no tiene sentido conservar condiciones remuneratorias que de ningún modo responden al cargo en el que el trabajador es reubicado.

Adicionalmente, nuestro ordenamiento jurídico contempla la exigencia de, a igual trabajo, igual remuneración, sin distinción alguna. A la luz de este principio, establecer una remuneración más favorable en cabeza de un trabajador en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud, por un trabajo igual al de cualquier otro trabajador, se muestre en contravía de este mandato.

En virtud de lo anterior se plantea que a la Ley 361 de 1997 se le adicione una disposición normativa que permita que las condiciones salariales y las prestaciones sociales de un trabajador que es reubicado por motivos de salud puedan ser redefinidas de conformidad con su nuevo cargo. No obstante, atendiendo al mandato constitucional de solidaridad y de protección especial del trabajador en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud, sería conveniente contemplar el deber, en cabeza del empleador, de procurar, en primera instancia, que esta reubicación mantenga condiciones similares a las del cargo original que el trabajador desempeñaba, de conformidad, también, con la planta de cargos disponibles en la empresa y las competencias del trabajador. Con esto se busca mantener vinculado a la empresa al trabajador en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud, en las mejores condiciones posibles, sin imponer cargas excesivas o desmesuradas al empleador.

Asimismo, sería conveniente anticipar, en esta misma reforma normativa, la posibilidad de que el trabajador no acepte el nuevo cargo en el que es reubicado. En este caso sería conveniente contemplar la posibilidad de que el empleador pueda dar por finalizado el contrato de trabajo. Si se ejerce esta faculta se podría imponer el deber, a cargo del empleador, de pagar una

indemnización consistente en ciento ochenta (180) días de trabajo sin perjuicio de las indemnizaciones y las prestaciones que legalmente le asisten al trabajador. Sobre este punto es de remarcada importancia insistir en que la indemnización aquí contemplada se establece en razón a dos consideraciones. La primera es atender el deber de solidaridad que le corresponde al empleador con relación al trabajador en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud. La segunda consiste en desestimular los posibles abusos que se pudiesen presentar por parte de los empleadores, por medio de los cuales se pretenda dificultar o desmejorar la reubicación del trabajador con el fin de que este no acepte su nuevo cargo. La indemnización, entonces, hace gravosa la terminación del contrato del trabajador y, con esto, estimularía al empleador a buscar mejores posiciones en las cuales reubicar al trabajador.

Se torna imperativo, en este punto, dilucidar los motivos por los cuales una propuesta de este tipo no implica ningún tipo de regresividad, a saber: (i.) La reubicación y la redefinición de las condiciones remuneratorias obedecen a una causal objetiva de salud que le imposibilita al trabajador ejecutar las funciones para las cuales fue inicialmente contratado y con respecto de las cuales devengaba determinados ingresos, de modo tal que la alteración de estas funciones justifica que se redefinan las condiciones remuneratorias en atención al nuevo cargo que desempeñará; (ii.) La reubicación del trabajador no se hace atendiendo a una manifestación del *ius variandi*, sino que, por el contrario, se hace en cumplimiento de un deber de origen legal que pesa sobre el empleador; (iii.) La propuesta contempla parámetros objetivos tendentes a evitar que el empleador reubique arbitrariamente al trabajador, de modo que se preserven, en la mayor medida de lo posible, las condiciones en las cuales el trabajador laboraba antes de ser reubicado, tanto desde el punto de vista económico como desde la perspectiva funcional; (iv.) La reubicación, en sí, busca posibilitar que el trabajador mantenga la relación laboral, permitiendo su inclusión y procurando el respeto de su condición; (v.) Se contempla la posibilidad de terminar el contrato de trabajo en los casos en que el trabajador no esté de acuerdo con las condiciones de la reubicación, manteniendo siempre la protección al trabajador en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud, lo cual se garantiza por medio de una indemnización cuantiosa que le permita atenuar los efectos negativos del despido.

Suspensión parcial del contrato de trabajo.

Complementando los desarrollos anteriores, con esta propuesta de lineamientos queremos poner sobre la mesa de debate la posibilidad de que se contemple, normativamente, la facultad de suspensión parcial del contrato de trabajo en aquellos supuestos en que, transcurridos ciento ochenta (180) días de incapacidad continua por enfermedad de cualquier origen, persista la situación de salud que aqueja al trabajador. La suspensión obedece a que el trabajador, debido a su estado de salud, no le es posible continuar prestando la obligación principal proveniente del contrato de trabajo, a saber: la prestación personal del servicio. En este orden de ideas, constituye una carga excesivamente gravosa para el empleador continuar reconociendo prestaciones económicas que están atadas a la prestación personal del servicio y que en el caso de un trabajador incapacitado carecen de razón. Piénsese, por ejemplo, en la prima de servicios que responde, fundamentalmente, a los rendimientos productivos de la empresa o, más aún, a las vacaciones que tienen sentido en la necesidad de descanso remunerado por la prestación personal del servicio. Así, la ausencia de un trabajador por más de ciento ochenta (180) días de incapacidad continua no debería dar lugar al pago de un descanso remunerado por concepto de vacaciones bajo el entendido de que, durante ese lapso, no se presta un servicio personal susceptible de generar cansancio.

Sin embargo, en aras de ser ponderados y de atender los principios de solidaridad y de especial protección, creemos oportuno que se contemple, en este caso, la obligación a cargo del empleador de mantener los aportes al sistema de seguridad social en lo relativo a pensiones y salud. Así las cosas, se considera que el pago de los aportes a la seguridad social materializa los auxilios económicos a favor del trabajador y a cargo del sistema de seguridad social, según el caso. De esta manera, con posterioridad al día ciento ochenta (180) de incapacidad, el trabajador no se encontrará desprotegido laboralmente, por cuanto los aportes en seguridad social le garantizan la atención en salud y los auxilios económicos correspondientes.

Aclárese, sobre este punto, que sería preciso dejar por fuera el pago de los aportes a riesgos laborales en razón a que la suspensión de las labores del trabajador implica necesariamente que el mismo ya no corre ningún riesgo de

esta índole. En este orden de ideas, no tendría sentido, por parte del empleador, continuar soportando el pago de estos aportes destinados a cubrir las posibles consecuencias de un riesgo que, en este supuesto, no existe. Adicionalmente, aun cuando la incapacidad del trabajador provenga de un accidente de trabajo, se debe asumir que la misma ocurrió durante la vigencia de la cobertura de riesgos laborales, esto es, mientras el empleador aportaba. Por ende, así el empleador suspenda los pagos por concepto de riesgos laborales se entenderá que la obligación de pagar el auxilio, por parte de la ARL, debe continuar, pues, como ya se dijo, la misma se causó durante la vigencia de la cobertura.

Una hipótesis similar ocurre en el supuesto de despido de mujeres en estado de embarazo. En estos casos, siempre y cuando el empleador haya aducido una justa causa y no conozca del estado de gravidez de la trabajadora, aquel deberá continuar aportando las cotizaciones durante el periodo de gestación de la mujer, manteniendo así su protección (Sentencia SU-070 de 2013 de la Corte Constitucional). Con esta medida se considera que el empleador bien cumple con su deber de solidaridad frente a las trabajadoras en estado de embarazo. De igual manera, se cree que los casos de incapacidad deben ser atendidos de forma análoga, esto es, bastará con que el empleador mantenga los aportes al sistema de seguridad social en lo respectivo a pensiones y salud.

Es de remarcada importancia anotar que lo novedoso de esta figura implica que la misma escapa de la órbita del principio de no regresividad. Esto por cuanto dicho principio en materia laboral solo protege derechos explícita y efectivamente reconocidos. Así, cuando la regulación laboral incursiona en aspectos que carecen de regulación previa, no es pertinente entrar a realizar juicios sobre la regresividad o no de las propuestas.

REFERENCIAS

- Acero, C. (2013). *Aportes jurídicos para las distinciones de las discapacidades y su efecto en la estabilidad laboral reforzada*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Tesis de Maestría.
- ACNUDH. (2012). *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos*. Nueva York: ONU.
- Agudelo, D. (2012). La protección de la igualdad material. *Advocatus*, 119-136.
- Aguilón, N., & Rivera, M. (2015). *Análisis de la jurisprudencia constitucional en torno a la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores en situación de discapacidad*. Cali: Tesis de grado. ICESI.
- Aguirre, J., & Pabón, A. (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 judicial. *Prolegómenos*, 149-160.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ANDI. (2015). *Estrategia para una nueva industrialización*. Bogotá: Nomos.
- ANDI. (2016, Junio 1). *Pacto por la competitividad inclusiva*. Récupéré sur http://www.andi.com.co/Gerencia%20Arquitectura%20Social%20-%20Fundacion%20ANDI/SiteAssets/Paginas/Pacto_Competitividad_Inclusiva/PACTO.PDF
- Arango, R. (2016). *Realizando los derechos. Su filosofía y práctica en América Latina*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Araujo, J. (2015). La estabilidad laboral reforzada en Colombia. *Fasecolda*, 13-17.
- Arévalo, L., Barbosa, L., Bermúdez, K., & Varón, L. (2016). *Debilidad manifiesta: garantía de protección laboral constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Aristizábal, K. (2011). La estabilidad en el empleo. Un análisis de sus alcances y límites jurídicos en Colombia. *Dixi*, 125-137.
- Ayola, A. (2016). *Fuero de maternidad. Facultad del empleador de no prorrogar contrato pactado por término fijo y de obra o labor contratada*. Cartagena: Tesis de grado. Universidad de Cartagena.
- Becker, H. (1997). *Outsiders: Studies In The Sociology Of Deviance*. New York: The Free Press.
- Beltrán, P. (2016). *Posturas contradictorias entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia frente al tratamiento de la estabilidad reforzada del trabajador en situación de discapacidad en Colombia 1991 – 2016*. Bogotá: Tesis de Maestría.
- Berger, P., & Luckmann, T. (1991). *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*. London: Penguin Books .

- Bernal, C. (2005). El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Dans *El derecho de los derechos* (pp. 255-283). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Boada, N. (2015). *De la estabilidad laboral reforzada: un estudio jurisprudencial sobre esta institución jurídica y los mecanismos para garantizar este derecho*. Bogotá: Tesis de grado. Universidad Católica de Colombia.
- Bourdieu, P. (1986). La force du droit: Eléments pour une sociologie du champ juridique. *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64, 3-19.
- Buitrago, A. (2014). La protección por maternidad en el sistema de seguridad social colombiano. *Ciencias Humanas*, 91-107.
- Buitrago, A., Giraldo, Y., & Silva, A. (2015). La discapacidad en el ordenamiento jurídico colombiano. *Republicana*, 135-158.
- Carrillo, J. (2001). La estabilidad laboral frente a la jurisprudencia constitucional. *Actualidad Laboral y Seguridad Social*(107), 7-17.
- Castan Centre for Human Rights Law, International Business Leaders Forum & Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. (2008). *Human Rights Translated: A Business Reference Guide*. Melbourne: Monash University.
- Charria, J. (2013). La ponderación como método para resolver conflictos de principios y derechos laborales y de seguridad social. El caso colombiano. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 97-117.
- Cogollo, Y. (2013). *La discapacidad y el derecho al trabajo. Análisis del marco normativo y jurisprudencial en Colombia*. Cartagena: Tesis de grado. Universidad de Cartagena.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2013). *Conpes Social 166*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.
- Coral, A., Londoño, B., & Muñoz, L. (2010). El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990 - 2010. *Vniversitas*, 49-76.
- Correa, L. (2009). Panorama de la protección jurisprudencial a los derechos humanos de las personas con discapacidad en Colombia. *Vniversitas*, 115-139.
- Courtis, C., & Ávila, R. (2009). *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Dueñas, Ó. (2001). Derechos sociales versus sistema globalizador. *Actualidad Laboral y Seguridad Social*(107), 21-25.
- Duque, S. (2015). Sobre el concepto de persona en situación de discapacidad en el ordenamiento jurídico colombiano. *Advocatus*, 71-87.
- Duque, S., Gómez, N., & Villadiego, Á. (2012). Protección laboral en la vejez del limitado físico, síquico o sensorial en el ordenamiento jurídico. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, 213-221.
- Duque, S., Quintero, M., & González, P. (2016). Sobre la protección en el trabajo para las personas con discapacidad. *Revista de Derecho*, 59-84.
- Ermida, Ó. (1983). *La estabilidad del trabajador en la empresa. ¿Protección real o ficticia?*. Montevideo: Alcali.
- Eroles, C., & Fiamberti, H. (2008). *Los derechos de las personas discapacitadas*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.

- Fajardo, L. (2000). La Corte Constitucional y la flexibilidad del mercado laboral. (2000). *Revista de Economía Institucional*, 80-103.
- Fajardo, S. (2003). *Protección constitucional y derechos fundamentales de las personas discapacitadas*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Fernández, Á., & Quijano, C. (2012). *Las justas causas de despido en la estabilidad laboral reforzada. Caso de estudio*. Cali: Tesis de Especialización. ICESI.
- Fernández, E. (2013). El derecho fundamental a la igualdad laboral. Jurisprudencia constitucional. *Forum*, 37-58.
- Fernández, J., & Triana, C. (2014). *El padre cabeza de familia como titular de los beneficios de la estabilidad laboral reforzada por maternidad*. Bogotá: Tesis de grado. Universidad Católica de Colombia.
- Franco, D. (2013). La protección del derecho al trabajo en el Perú en base a la experiencia colombiana en la legislación y jurisprudencia. *Principia Iuris*, 327-350.
- García, A., & Lopera, A. (2015). *Estudio sobre el fenómeno del despido unilateral por parte del empleador a trabajadores en estado de debilidad manifiesta debido a su situación de discapacidad en los años 2013 y 2014 en Colombia*. Medellín: Tesis de grado. Universidad EAFIT.
- Garzón, C. (2015). *Análisis, presupuestos y mecanismos de garantía en la protección laboral reforzada en trabajadores con limitación física, psíquica y/o sensorial*. Medellín: Tesis de grado. Universidad CES.
- Giraldo, D. (2006). *El fuero laboral de origen constitucional para trabajadores discapacitados*. Medellín: Tesis de grado. Universidad EAFIT.
- Giraldo, J. (2002). *El fuero laboral constitucional*. Bogotá: Tesis de grado.
- Godoy, F., Valdivieso, F., & Londoño, J. (2006). Hacia un entendimiento adecuado del fuero de salud. *Actualidad Laboral y Seguridad Social*, 19-24.
- Guatequí, J., & Fajardo, L. (2001). Derecho constitucional ¿un factor de inflexibilidad laboral? *Actualidad Laboral y Seguridad Social*(107), 26-29.
- Gómez, Á. (2015). *Afectación al principio de igualdad, respecto a la estabilidad laboral reforzada en personas con limitación en el cumplimiento de sus actividades*. Manizales: Tesis de grado. Universidad de Manizales.
- Hernández, F. (2002). Trabajadores que sufren disminuciones en su capacidad física. Deber de reubicarlos y garantía de estabilidad laboral reforzada. *Actualidad Laboral y Seguridad Social*(110), 29-31.
- Hernández, M. (2014). *Alcance jurídico de los conceptos de discapacidad y debilidad manifiesta en sede de la protección laboral reforzada*. Medellín: Tesis de Maestría. Universidad Pontificia Bolivariana.
- Hernández, M. (2015). El Concepto de Discapacidad: De la Enfermedad al Enfoque de Derechos. *Revista CES Derecho*, 46-59.
- Honneth, A. (1997). *La lucha por el reconocimiento*. (M. Ballester, Trad.) Barcelona: Crítica.
- Ibáñez, P., & Ordóñez, V. (2014). Papel de las empresas y de los Estados en la debida diligencia en derechos humanos. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 219-246.

- International Labour Organization. (2010). The Sustainable Enterprise Programme. Obtenido de International Labour Organization: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_142873.pdf
- International Labour Organization. (2014). *Maternity and paternity at work : law and practice across the world* International. Geneva: ILO.
- Institute for Family Studies. (2017). *World Family Map. Mapping family change and child well-being outcomes*. Obtenido de worldfamilymap: <http://fadep.org/wp-content/uploads/2017/02/WFM-2017-FullReport.pdf>
- Jaramillo, J. (2013). *La estabilidad laboral del trabajador incapacitado temporalmente*. Bogotá: Tesis de Maestría. Universidad Nacional de Colombia.
- Jiménez, M. (2013). El mínimo vital de acceso al agua potable frente a las empresas de servicios públicos en Colombia: personas en situación de debilidad manifiesta vs mercado de servicios públicos. *Pensamiento jurídico*, 109-140.
- La Rota, M., & Santa, S. (2011). *Las personas con discapacidad en Colombia. Una mirada a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Bogotá: Dejusticia.
- López, D. (2006). *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional*. Bogotá: Legis.
- López, D. (2016). *Cómo se construyen los derechos*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Martínez, A., Uribe, A., & Velásquez, H. (2015). La discapacidad y su estado actual en la legislación colombiana. *Revista de la Facultad de Ciencias de la Salud*, 49-58.
- Martínez, L. (2014). *Reubicación laboral en Colombia*. Medellín: Trabajo de grado. Universidad CES.
- Martínez, R., & Jané, P. (2014). Ante la polisemia del término absentismo, un intento de concreción de las condiciones necesarias del concepto. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 11, 69-87.
- Martínez, S., & Ávila, G. (2015). Desarrollo jurisprudencial del fuero de salud. *Actualidad Laboral y Seguridad Social*, 12-16.
- Mezu, J., & Montoya, D. (2015). *El paradigma de la estabilidad y protección laboral reforzada por condiciones de discapacidad desde el precedente judicial colombiano*. Cali: Tesis de grado. ICESI.
- Ministerio de Salud y Protección Social. (Julio de 2015). Ministerio de Salud y Protección Social. Recuperado el 11 de Septiembre de 2017, de *Sala Situacional de Personas con Discapacidad*: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/sala-situacional-discapacidad-nacional-oct-2016.pdf>
- Ministerio del Trabajo. (2013a). Informe Ejecutivo. II Encuesta Nacional de Condiciones de Seguridad y Salud en el Trabajo en el Sistema General de Riesgos. Obtenido de Fasecolda.com: http://www.fasecolda.com/files/1614/4969/7446/Ministerio_del_Trabajo_2013_II_Encuesta_Nacional_de_Condiciones_de_Seguridad_y_Salud_en_el_Trabajo_en_el_Sistema_General_de_Riesgos_Laborales.pdf

- Ministerio del Trabajo. (2013b, Marzo 20). *Procedimiento de autorización de terminación del vínculo laboral o de trabajo asociativo a trabajadores con discapacidad*. Consulté le Diciembre 12, 2016, sur Pacto de Productividad: <http://pactodeproductividad.com/inclusion/wp-content/uploads/2015/04/procedimiento-autorizacion-de-terminacion-del-vinculo-laboral-o-de-trabajo-asociativo-a-trabajadores-con-discapacidad1-2.pdf>
- Ministerio del Trabajo. (s.f). *Personas en situación de discapacidad*. Récupéré sur <http://www.mintrabajo.gov.co/derechos-fundamentales/proteccion-laboral-a-poblaciones-vulnerables.html>
- Mitchell, D. (2013). *Diagnóstico y diseño de herramientas para la medición, análisis, comprensión y seguimiento del ausentismo laboral y su impacto sobre la gestión y eficiencia de las empresas (work paper)*. ANDI: Medellín.
- Monsalve, D., & Monterroza, D. (2014). *La exigencia del deber de solidaridad en los contratos de mutuo, donde intervienen personas en circunstancia de debilidad manifiesta*. Cartagena: Tesis de grado. Universidad de Cartagena.
- Montiel, C. (2014). La debilidad manifiesta de algunas personas naturales no comerciantes en estado de insolvencia. *E-Mercatoria*, 29-48.
- Montoya, A. (1999). Estabilidad en el empleo: cara y cruz de un principio. *Actualidad Laboral y Seguridad Social*(92), 17-23.
- Naranjo, N. (2006). Estabilidad laboral reforzada, un mecanismo de protección para la igualdad de los discapacitados físicos. *Derecho del Estado*, 157-169.
- Nicholson, W. (2008). *Teoría Microeconómica. Principios Básicos y Ampliaciones*. Cengage Learning.
- Nickell, S. (1997). Unemployment and Labor Market. Rigidities: Europe versus North America. *Journal of Economic Perspectives*, 55-74.
- Nogueira, M. (2014). La transformación del principio de estabilidad en el empleo: de la seguridad en el puesto de trabajo a la inestabilidad en el empleo. *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, 359-369.
- Oficina Internacional del Trabajo. (1989). *Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Oficina Internacional del Trabajo. (2001). *Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo*. Ginebra: OIT.
- Organización Internacional del Trabajo. (2005). *La libertad sindical Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra: OIT.
- Organización Internacional del Trabajo. (2008). Conclusiones relativas a la promoción de empresas sostenibles de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2007. Ginebra: OIT.
- Organización Internacional del Trabajo. (2012). Estimating the economic costs of occupational injuries and illnesses in developing countries: essential information for decision-makers. Organización Internacional del Trabajo. Geneva.
- Organización Internacional del Trabajo. (2013). El desafío de la promoción de empresas sostenibles en América Latina y el Caribe: un análisis regional comparativo. Lima:

- OIT/ACTEMP, Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Obtenido de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_205234.pdf
- Organización Mundial de la Salud. (2011). *Informe Mundial sobre la Discapacidad*. Malta: OMS.
- Organización Internacional para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2009). *Sickness, disability and work: Keeping on track in the economic downturn*. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Obtenido de OECD: <https://www.oecd.org/els/emp/42699911.pdf>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2013). *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*. Obtenido de OECD Publishing: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2017). Estudios Económicos de la OCDE Colombia. Obtenido de Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico: <http://www.oecd.org/eco/surveys/Colombia-2017-OECD-economic-survey-overview-spanish.pdf>
- Ospina, M. (2010). Discapacidad y sociedad democrática. *Derecho del Estado*, 143-164.
- Pacto de Productividad. (2013). Consultoría sobre análisis de la normatividad y propuesta de ajustes. Obtenido de Pacto de Productividad: <http://www.pactodeproductividad.com/pdf/informenarrativopercepcionesproblemasyrecomendacionescompleto.pdf>
- Plá Rodríguez, A. (1987). *Curso de derecho laboral, T. 1 y 2*. Montevideo: Idea.
- Procuraduría General de la Nación. (2011). *Trabajo digno y decente en Colombia Seguimiento y control preventivo a las políticas públicas*. Bogotá: PGN.
- Quintero, I., & Sandoval, C. (2012, Octubre 4). *Debilidad manifiesta*. Récupéré sur <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Laboral-y-Seguridad-Social/noti-121004-18-debilidad-manifiesta>
- Revista Dinero. (2015, Febrero 26). *El 55% de las empresas no contrata discapacitados*. Récupéré sur Dinero: <http://www.dinero.com/empresas/articulo/personas-discapacidad-colombia-no-encuentran-trabajo-55-empresas/206236>
- Riascos, E. (2012). *La estabilidad laboral en los contratos de trabajo a término fijo inferior a un año*. Cali: Tesis de grado. ICESI.
- Rico, J. (2015). *Mitigación del riesgo jurídico con trabajadores que gozan de estabilidad laboral reforzada por debilidad manifiesta de salud en el sector privado*. Cali: Tesis de Especialización. ICESI.
- Rodríguez, C., & Rico, L. (2009). *Discapacidad y derecho al trabajo*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Rojas, J. (2009). Discapacidad física: ¿una barrera insuperable para incorporar trabajadores. *Actualidad Laboral y Seguridad Social*(154), 4-9.
- Rueda, E., Londoño, I., Arias, J., & Cardona, X. (2015). *Estabilidad laboral reforzada: mirada constitucional vs empresarial*. Pereira: Tesis de Especialización. Universidad Libre.

- Sánchez, B. (2015). *La estabilidad laboral reforzada: ratio decidendi de los fallos contradictorios de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia*. Bogotá: Tesis de grado. Universidad Católica de Colombia.
- Sánchez, J. (s.f.). *Estabilidad laboral reforzada por razones de salud*. Recuperé sur <http://www.sanchezgallegobogados.com/noticias/estabilidad-laboral-reforzada-por-razones-de-salud.html>
- Salazar, A., & Franco, E. (2014). *Algunas problemáticas en relación con el derecho de las personas con estabilidad laboral reforzada en Colombia*. Cali: Tesis de Especialización. Universidad Santiago de Cali.
- Sanabria, L. (2014). *De la estabilidad laboral reforzada. Un estudio jurisprudencial y sobre los abusos a esta protección constitucional*. Bogotá: Tesis de grado. Universidad Católica de Colombia.
- Toro, C. (2016). Fuero de Salud. Una protección al trabajador en situación de discapacidad. *Retos de las relaciones de trabajo y de la seguridad social en el Siglo XXI*, 51-64.
- Vargas, C. (2015). Diagnóstico, causas e impacto del ausentismo, las incapacidades, las restricciones médicas sobre los costos laborales de las empresas en Colombia (work paper). ANDI, Medellín.
- Vargas, C. (2016). Impacto del ausentismo, las incapacidades y las restricciones médicas sobre los costos laborales de las empresas en Colombia (work paper). ANDI, Medellín.
- Wolff, C. (2015). *El impacto de la estabilidad laboral reforzada en el derecho laboral colombiano*. Medellín: Tesis de grado. Universidad EAFIT.
- World Commission on Environment and Development - ONU. (4 de Agosto de 1987). Our Common Future. Obtenido de Documentos de la ONU: <http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>
- Zagrebelsky, G. (2003). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

ANEXO. Cuadro de patologías y debilidad manifiesta

Patologías	Concepto de debilidad manifiesta	Sentencia
Discopatías crónicas degenerativas leves L3-L4, L4-L5 y L5-S1 con protrusiones no significativas, espondilosis deformante leve y artrosis facetaria grado I	“(…) respecto de aquellas personas que solamente han sufrido un menoscabo físico durante la vigencia del contrato laboral, este Tribunal ha entendido que procede una protección constitucional que se deriva directamente de la Carta Política. Así, en virtud de aquella protección constitucional que se deriva de la Norma Superior, la estabilidad laboral reforzada se extiende a aquellos trabajadores que sin estar calificados como personas en situación de discapacidad, se encuentran en situación de debilidad manifiesta, originada en una afectación significativa de su salud, que les cause limitaciones de cualquier índole, se reitera, sin necesidad de que exista una calificación previa. 4.8. Entonces, este Tribunal a través de su jurisprudencia, ha considerado que la estabilidad laboral reforzada es un derecho fundamental del cual son titulares las personas en situación de discapacidad y las personas que, en el ámbito de las relaciones laborales se encuentren en situación de debilidad manifiesta originada en una afectación significativa de su salud, que les cause limitaciones de cualquier índole, pese a que no estén calificados”.	T-372 de 2017
Trastorno afectivo bipolar	“(…) a las personas que se encuentran pensionadas por invalidez tampoco se les puede restringir el acceso a un puesto trabajo, ya que aun cuando exista una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, ello no implica que la persona no pueda desarrollar una actividad productiva, de acuerdo con sus competencias (...) En esa medida, resulta inconstitucional la norma o actuación que impida el acceso al cargo respectivo de personas (i) cuya situación de discapacidad no está demostrada como incompatible con las funciones esenciales a desempeñar; (ii) que tienen discapacidades incompatibles con las funciones accesorias o delegables del cargo, pero compatibles con las funciones esenciales; (iii) que podrían desempeñar adecuadamente las funciones del respectivo cargo o empleo si se adoptaran adecuaciones laborales razonable”.	T-340 de 2017

Deficiencia auditiva	“(…) la acción de tutela es procedente para exigir el derecho a la estabilidad laboral reforzada, cuando se comprueba que el empleador (a) despidió a un trabajador que presente una afectación en su salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores de manera regular, al margen del porcentaje de discapacidad que padezca, inclusive en contratos laborales a término fijo o de obra o labor; (b) sin la autorización de la oficina del trabajo, (c) conociendo que el empleado se encuentra en situación de discapacidad o con una afectación de su salud que le impide o le dificulte el desempeño de labores y (d) no logra desvirtuar la presunción de despido discriminatorio, pues se activa una presunción legal en contra del empleador”. (…) la Corte Constitucional ha sostenido que los trabajadores que puedan catalogarse como (i) inválidos, (ii) en condición de discapacidad, (iii) disminuidos físicos, síquicos o sensoriales, y (iv) en general todos aquellos que (a) tengan una considerable afectación en su salud; (b) que les “impida[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, y (c) se tema que, en esas condiciones particulares, pueden ser discriminados por ese solo hecho, están en circunstancia de debilidad manifiesta y, por tanto, tienen derecho a la “estabilidad laboral reforzada”.	T-317 de 2017
Miomatosis uterina, quiste simple anexial izquierdo Hernia inguinal unilateral o no especificada, sin obstrucción ni gangrena Hipoacusia mixta bilateral, con compromiso moderado en el oído derecho y compromiso moderado-severo en el oído izquierdo Discapacidad física, trastorno de la marcha Ruptura de ligamentos con afectación de movilidad	“(El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. La estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad. La violación a la estabilidad ocupacional	T-188 de 2017
Lesión completa del músculo supraespinoso, en su hombro izquierdo		SU-049 de 2017

	reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, interpretado conforme a la Constitución, incluso en el contexto de una relación contractual de prestación de servicios, cuyo contratista sea una persona que no tenga calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda”.	
Hernia abdominal	“Disminución evidente en el estado de salud del empleado que afecte sus funciones laborales”. En todo caso, “No le compete al juez constitucional “evaluar la gravedad de la enfermedad del accionante”, puesto que bastan indicios tales como “incapacidades, hospitalizaciones y revisiones médicas”, para determinar una “mengua o deterioro en la salud”.	T-141 de 2016
Hipertensión, goma y úlceras de frambesia, hipertensión arterial, hipertropia ventricular, cardiopatía, hipertensiva, pólipos gástricos, lesión en un dedo y obesidad	“(…) quienes tengan probado que su situación de salud les impida o dificulte de manera sustancial el desempeño de sus labores en condiciones regulares, sin que exista una calificación previa que acredite la discapacidad” ¹¹² . Esta ha sido, sin lugar a dudas, la línea jurisprudencial más reiterada desde la Sentencia T-1040 de 2001.	T-057 de 2016
Cefalea que, posterior al despido, se diagnostica como tumor cerebral.	“(…) personas que sufren algún tipo de enfermedad, aunque la misma no sea considerada estrictamente como una discapacidad, así como a quienes que se hallan convalecientes o con una incapacidad temporal”.	T-029 de 2016
Fibrosis quística ¹¹³	“Los artículos 47 y 54 de la Carta consideran sujetos de protección constitucional a las personas con discapacidad (...) personas que se encuentren en situación de debilidad manifiesta bien sea porque su discapacidad haya sido calificada o porque su salud se	T-040 de 2016

¹¹² Esta ha sido una clara línea jurisprudencial reiterada, entre otras, en las sentencias T-198 de 2006, T-513 de 2006, T-367 de 2008, T-094 de 2010 y C-824 de 2011.

¹¹³ En este y otros casos el Tribunal Constitucional valora, a efectos de determinar la gravedad de la enfermedad, lo dispuesto en Ley 1392 de 2010 “Por medio de la cual se reconocen las enfermedades huérfanas como de especial interés y se adoptan normas tendientes a garantizar la protección social por parte del Estado colombiano a la población que padece de enfermedades huérfanas y sus cuidadores”, Así, la Resolución 0430 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social enlista las enfermedades de este tipo.

	encuentre afectada por una disminución física, sensorial o mental, sin que ello implique calificación”.	
Leucemia linfóide	(...) las empleadas del servicio doméstico son un grupo vulnerable que requiere de una especial protección constitucional”, pues se trata de un “grupo de personas tradicionalmente discriminadas en razón de las labores que desarrollan”. En este sentido: “la actora se encuentra en una situación de debilidad manifiesta derivada tanto de la enfermedad que padece como de su condición de mujer que se desempeña como empleada doméstica y por lo tanto pertenece a un grupo vulnerable que merece una protección especial”.	T-185 de 2016
Tuberculosis y reumatismo no identificado ¹¹⁴	“(…) los individuos que se hallan en una situación de vulnerabilidad, ya sea por una discapacidad o invalidez calificada como tal, o bien porque los aqueja una afección que reduce significativamente sus oportunidades de continuar trabajando en condiciones regulares”. De modo que, aunque la enfermedad puede generar potencialmente una situación de debilidad manifiesta, “sí se requiere, por lo menos, que esté probado que la situación de salud impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”.	T-251 de 2016
Cervicalgia y hernias discales	“(…) las lesiones físicas que lo aquejan no le facilitan continuar dentro del mercado de trabajo con el desempeño de las labores propias de su oficio en las condiciones regulares (...) una enfermedad que restringe la capacidad para llevar a cabo tareas de esfuerzo con objetos pesados es a todas luces incompatible con el adecuado desempeño de labores ordinarias de mampostería”.	T-251 de 2016
Tumor neuroendocrino	“(…) a partir del derecho constitucional al trabajo y de la protección especial derivada del inciso 3° del artículo 13 a favor de las personas en estado de debilidad manifiesta, la Corte Constitucional ha desarrollado la estabilidad laboral reforzada en el empleo de los sujetos que por su condición de salud, se encuentren en una posición de desventaja respecto de la generalidad de personas, entre las que se incluyen las personas con cáncer”.	T-376 de 2016

¹¹⁴ En la valoración de estas patologías la Corte Constitucional tiene en cuenta definiciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y de la Organización Panamericana de la Salud (OPS).

Figura anal posterior crónica, mucosa colonia hasta ascendente distal, hernia abdominal no especificada, hernia umbilical y prominencia del longitudinal de los tejidos blandos de pared abdominal media anterior	“Los individuos que se hallan en una situación de vulnerabilidad, ya sea por una discapacidad o invalidez calificada como tal, o bien porque los aqueja una afección que reduce significativamente sus oportunidades de continuar trabajando en condiciones regulares (...) En virtud de ello, hoy en día también se encuentran cobijadas por esta garantía las personas que sufren algún tipo de enfermedad, aunque la misma no sea considerada estrictamente como una limitación permanente, al igual que quienes que se encuentran convalecientes o con una incapacidad temporal, en razón a que, también en estas hipótesis, el trabajador se halla en un estado de debilidad manifiesta que requiere protección constitucional (...) Al margen de que exista un dictamen en torno a la invalidez o la discapacidad, si la enfermedad de que se trata tiene la virtualidad de generar un impacto severo en las capacidades del trabajador desvinculado, este encontrará diversas talanqueras para reincorporarse en el mercado laboral y continuar ejerciendo su profesión u oficio con normalidad”.	T-368 de 2016
Dolores lumbares	Esta “figura opera para cualquier trabajador que por su condición de salud, se vea afectada su productividad, sin que sea necesario que cuente con una discapacidad declarada, certificada y cuantificada por una junta de calificación médica, ni que su origen sea determinado”. En el caso concreto, la Corte consideró que las dolencias de la accionante, “aunque no la colocan en un estado de invalidez, sí afectan su capacidad para desempeñar su actividad laboral en condiciones normales”.	T-320 de 2016
Lumbago no especificado y VIH	“(…) de manera excepcional, la jurisprudencia de este Tribunal ha contemplado la viabilidad del amparo constitucional para obtener el reintegro de un trabajador, en aquellos casos en que se encuentra inmerso en una situación de debilidad manifiesta, con la capacidad necesaria de impactar en la realización de sus derechos al mínimo vital o a la vida digna”. En el caso concreto, “el accionante cuenta con un salario, producto del ejercicio de su función como empleado de la Rama Judicial, que le permite proveer su mínimo vital y, además, asegurar la protección de sus derechos a la salud y a la seguridad social. En este sentido, no observa esta Sala que el peticionario se encuentre en una situación de debilidad manifiesta o de extrema vulnerabilidad, que amerite la procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo para ventilar una controversia laboral”.	T-347 de 2016

Síndrome de vena cava superior secundario (masa tumoral)	“El derecho a la estabilidad laboral reforzada se predica no sólo de las personas en situación de discapacidad, sino de aquellas que se encuentren en estado de debilidad manifiesta, es decir, de los trabajadores que sufren deterioros de salud”. En el caso concreto, la enfermedad ha ocasionado en el accionante “una afectación seria en cada una de sus actividades cotidianas, pues ha generado una secuencia de incapacidades, procedimientos y cirugías requeridas para tratar y brindar un diagnóstico definitivo; situación que a la luz de la jurisprudencia y las pruebas aportadas en el expediente de tutela, permiten corroborar el estado de debilidad manifiesta del accionante”.	T-344 de 2016
Síndrome de Guillain-Barré	La estabilidad laboral reforzada “se extiende a aquellos trabajadores que sin estar calificados como discapacitados, se encuentran en situación de debilidad manifiesta, originada en una afectación significativa de su salud, que les cause limitaciones de cualquier índole, se reitera, “sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados”. En el caso de la accionante, se trata de “(...) una enfermedad que la ha tenido incapacitada más de 180 días continuos, situación que, por sí misma, la convierte en un sujeto de especial protección constitucional por su estado de debilidad manifiesta, en atención a su condición de salud. Pero, además de encontrarse gravemente enferma, la señora Siabato está desafiada del sistema integral de seguridad social y no cuenta con ingresos para solventar los gastos que demandan su subsistencia y su enfermedad”.	T-364 de 2016
Lesión quística, ganglión vs quiste sinovial intrarticular en íntima relación con el cuerno anterior del menisco medial	“La mayoría de las Salas de Revisión que integran esta Corporación han hecho una aplicación extensiva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 a los trabajadores que, pese a no ser catalogados como personas en estado de invalidez o discapacidad, tienen disminuida su salud por enfermedades graves o accidentes comunes o laborales, cuyas secuelas les impiden o dificultan temporal o indefinidamente cumplir con sus funciones en igualdad de condiciones”. Se reitera lo establecido en la Sentencia T-1041 de 2001. La estabilidad laboral reforzada se predica, pues, de quienes estén “sumidos en una completa situación de desprotección, como aquellos que han sufrido menguas en su salud o en su capacidad general para desempeñarse laboralmente”.	T-419 de 2016
Lumbalgia mecánica severa con posibilidad de discopatía	“Al margen del grado de afectación de salud, siempre que el sujeto sufra de una condición médica que limite una función propia del contexto en que se desenvuelve, de acuerdo con la edad, el sexo o factores sociales y culturales, existirá el derecho a la	

Hernias discales	estabilidad laboral reforzada (...) Se debe diferenciar entre el concepto de discapacidad, en el sentido de determinar que si la pérdida de capacidad laboral es superior al 50% se tratará de una invalidez o de lo contrario de se tratará de un sujeto en estado de debilidad manifiesta, esto es si el porcentaje de pérdida de capacidad es menor o si se puede establecer, sin que sea necesaria la calificación, que el sujeto sufre de una enfermedad que le impide el cumplimiento de una función, que en otras condiciones, podría ser desempeñada por la persona de acuerdo con la edad, el sexo o factores sociales y culturales. No obstante, con independencia de la denominación, si el trabajador se encuentra en un periodo de incapacidad transitoria o permanente, sufre de una discapacidad o en razón de sus condiciones de salud se encuentra un estado de debilidad manifiesta, existirá el derecho a la estabilidad laboral reforzada”. “(…) ciertos factores pueden llegar a ser particularmente representativos en la determinación de un estado de debilidad manifiesta, tales como: (i) la edad del sujeto, (ii) su desocupación laboral, (iii) la circunstancia de no percibir ingreso alguno que permita su subsistencia, la de su familia e impida las cotizaciones al régimen de seguridad social y (iv) la condición médica sufrida por el actor”.	T-521 de 2016
Cervicobraquia con incapacidades consecutivas, hernia discal y trastorno de adaptación	No se utiliza el concepto de debilidad manifiesta. En el caso concreto, a pesar de que el accionante sufre de diversas patologías, “cuenta con los medios económicos suficientes para acudir al trámite ordinario y salvaguardar su mínimo vital. 28. En efecto, su preparación profesional como médico cirujano, la destacada posición que ostentó en esa entidad y los altos ingresos que devengó mientras mantuvo su relación laboral con la EPS accionada (22 millones de pesos mensuales), permite inferir que la condición social del actor posibilita su acceso al medio judicial ordinario y, además, le otorga las condiciones suficientes para soportar la carga que supone dicho proceso judicial. 29. Igualmente, del análisis del material probatorio obrante en el expediente la Sala no observa la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable, pues el accionante cuenta con afiliación contributiva en salud a Coomeva EPS y con medicina prepagada para la atención de sus dolencias y, como se advirtió, tiene la posibilidad de acudir ante el juez ordinario a reclamar y alcanzar su reintegro y demás prestaciones, en caso de que la autoridad judicial determine que tiene derecho a ellas”.	T-563 de 2016

Trastorno de disco lumbar	“(…) se configura la vulneración del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de trabajador en estado de debilidad, ya que en este caso se ha establecido (a) el estado de discapacidad del actor, el cual le ha implicado el no poder realizar sus actividades o labores normales, encontrándose en una situación de debilidad manifiesta y siendo un sujeto de especial protección constitucional (...)”.	T-461 de 2015
VIIH	“(…) las personas que padecen el virus VIH/SIDA son titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada, y en consecuencia pueden solicitar el amparo de esta garantía a través de la acción de tutela. Para ello, el juez atenderá los requisitos jurisprudenciales generales establecidos para la salvaguarda de la estabilidad laboral reforzada de personas discapacitadas. Sin embargo, en el caso de los portadores del virus VIH/SIDA se debe tener algunos elementos relevantes, como son: i) su alto grado de vulnerabilidad y las nefastas consecuencias de la enfermedad; ii) la protección que estos requieren; iii) la función protectora del precedente que se manifiesta en la coexistencia de la patología con el trabajo; y iii) la inexistencia de la obligación de informar a su empleador sobre su condición de infectados”.	T-461 de 2015
Tumor de abdomen Trastorno de disco lumbar (Radiculopatía L5 izquiera)	“(…) la protección constitucional de estabilidad laboral reforzada de que gozan los trabajadores que se hallan en estado de incapacidad, de discapacidad, de vulnerabilidad o debilidad manifiesta, situaciones en donde esta Corporación ha diferenciado entre trabajadores calificados como discapacitados y aquellos que padecen de un deterioro o disminución de su estado de salud física, mental, psíquica o sensorial, que afecta su capacidad y funciones laborales, encontrándose todos ellos cobijados por la protección constitucional especial mencionada”. En el caso concreto, “el accionante se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad y debilidad manifiesta, por cuanto de conformidad con lo expresado en el libelo y probado dentro del expediente, no cuenta con recursos para continuar pagando el seguro de salud, su esposa no puede trabajar porque se ha dedicado a cuidarlo, y al momento de interponer la tutela se encontraba en un grave estado de salud, pues padecía de una herida abierta, lo que implicaba que debían realizarle curaciones diarias y debe seguir una dieta especial”.	T-461 de 2015

Traqueotomía	“fisiológico”. En este caso, se determinó que la enfermedad le impide al actor “su normal desarrollo y lo disminuye físicamente”¹¹⁵. En todo caso, la garantía laboral protege a “sujetos que se encuentren en situaciones de vulnerabilidad, indefensión o debilidad manifiesta, por razones de discapacidad, por sus condiciones económicas, físicas o mentales, y en cuyos casos se trate de garantizar el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada. Como parte de este grupo de sujetos la Corte ha reconocido a las mujeres embarazadas, trabajadores con fuero sindical y las personas incapacitadas para trabajar, debido a sus condiciones de salud o por limitaciones físicas, mentales o emocionales”. “La protección se “extiende a todos aquellos que se encuentren en condición de debilidad manifiesta por enfermedad, con independencia si la limitación es leve o severa”.
Síndrome de túnel del carpo derecho, tenosinovitis de quervain bilateral, epicondilitis lateral bilateral, bursitis de hombro derecho, tendinitis de la pata de ganso derecha y discoopatía degenerativa	“(...) (i) inválidos, (ii) discapacitados, (iii) disminuidos físicos, síquicos o sensoriales, y (iv) en general todos aquellos que (a) tengan una afectación en su salud; (b) esa circunstancia les ‘impida[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares’, y (c) se tema que en esas condiciones particulares, pueden ser discriminados por ese solo hecho, están en circunstancias de debilidad manifiesta y, por tanto, tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada (...) personas en situación de debilidad manifiesta, como consecuencia de las enfermedades que padecen, que a la postre les impiden adelantar un proceso ordinario, y ven amenazadas sus vidas y su derecho a llevar una vida en condiciones mínimas de dignidad, por haber T-405 de 2015

¹¹⁵ Como quiera que los jueces de instancia habían considerado que esta no era una enfermedad de gravedad, la Corte Constitucional aclaró que: “no importa el grado o nivel de discapacidad o disminución física para que entre a operar la protección del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada del trabajador disminuido física, mental o sensorialmente”.

	sido desvinculados de sus trabajos que se constituían en su única fuente de ingresos” ¹¹⁶ .	
Cáncer gástrico	“(…) la situación de debilidad manifiesta radica en la gravedad de su enfermedad, cáncer gástrico, la cual es considerada una enfermedad catastrófica por sus altos costos emocionales y económicos para quien la padece”.	T-405 de 2015
Cáncer de ovario	La situación de debilidad manifiesta radica en la gravedad de la enfermedad, y “aunque al momento de la terminación de su contrato de trabajo ésta aún no había sido diagnosticada definitivamente con cáncer, para ese momento sí estaba claro que padecía de un tumor y que el examen de antígeno carcinoembrionario había arrojado un resultado por encima del rango biológico de referencia”. Asimismo, la situación de debilidad manifiesta se fundamenta en el hecho de que la accionante tenía a su cargo tres hijos menores de edad. Igualmente, considerando que la accionante devengaba menos de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, la terminación del contrato podría afectar su mínimo vital.	T-405 de 2015
Túnel del carpo bilateral severo	“Se trata de una persona de avanzada edad (62 años), que durante gran parte de su vida se ha dedicado a labores físicas como es la de ayudante de siembra de prados en zonas verdes, y como consecuencia de las enfermedades que padece, su desvinculación tiene la potencialidad de excluirlo del mercado laboral, y en consecuencia, de causarle un perjuicio irremediable en su mínimo vital”. Asimismo, la situación de debilidad manifiesta se fundamenta en el hecho de que el accionante, pese a su edad, no ha alcanzado a aportar las semanas necesarias para obtener una pensión de vejez y, como quiera que devengaba un salario mínimo legal mensual vigente, la terminación del contrato podría afectar su mínimo vital.	T-405 de 2015
Gastritis crónica X HC, bocio difuso hipocaptante, trastorno mixto de ansiedad, artralgia de rodilla derecha, faringitis,	“Tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada, todos los trabajadores que presenten alguna disminución física, sensorial o psíquica” (...). Es decir, los “trabajadores que padecen un deterioro en su salud que limita la ejecución de sus funciones, así como a quienes tienen discapacidad”. Así, “la protección derivada de la estabilidad laboral	

¹¹⁶ Este es un argumento típicamente circular o de petición de principio. La condición de debilidad manifiesta se configura por las consecuencias económicas derivadas del despido, y, al tiempo, ello hace que el despido deba calificarse como discriminatorio.

escoliosis 6 grados depresión. Hipoacusia neurosensorial bilateral, síndrome del túnel del carpo derecho e izquierdo, degeneraciones especificadas de disco intervertebral y poliartritis no especificada, depresión moderada y lumbago con ciática (pérdida de capacidad laboral del 29%) Depresión mayor secundaria a estrés laboral	reforzada no puede condicionarse a la calificación de pérdida de capacidad laboral expedida por las juntas competentes o al porcentaje específico de discapacidad del trabajador (...) pues más que analizarse la gravedad del estado de salud del actor, deberá comprobarse que su despido se efectuó con la observancia del debido proceso establecido para tal fin, pues los asuntos relacionados con el grado de afectación producto de la enfermedad y las consecuencias que de ello se derivan, podrán debatirse ante el inspector del trabajo”.	T-594 de 2015
Edad (62) y pérdida de visión en ojo derecho	“(…) cuando se trate de personas en estado de debilidad manifiesta, por su avanzada edad, por su mal estado de salud, por carencia de ingreso económico alguno, por su condición de madre o padre cabeza de familia con hijos menores de edad y/o por su situación de desplazamiento forzado, entre otras; o aquellas frente a las cuales la Constitución otorga una estabilidad laboral reforzada, la acción de amparo resulta procedente”. “La estabilidad laboral se vuelve de especial importancia cuando el trabajador, quien se encuentra en uno de los extremos de la relación laboral, se halla en una situación de debilidad manifiesta ya sea por su avanzada edad, por su mal estado de salud, por carencia de ingreso económico alguno, entre otros”. “El artículo 26 de dicha ley, consagra un concepto amplio del término limitación cobijando a todos aquellos que por circunstancias físicas, psicológicas, intelectuales, físicas y sensoriales se han visto afectados en su derecho a la igualdad en el entorno social”.	T-503 de 2015

Neumoconiosis y discopatía lumbar múltiple	“Existen unos sectores de la población que por sus condiciones particulares tienen el derecho a recibir un mayor grado de protección por parte del Estado. Estos sectores de la población son conocidos como sujetos de especial protección constitucional. Se trata de aquellas personas que por sus situaciones particulares se encuentran en un estado de debilidad manifiesta. Así, la Corte ha entendido que la categoría de ‘sujeto de especial protección constitucional’, en concordancia con el artículo 13 de la Constitución, es una institución jurídica cuyo propósito fundamental es el de reducir los efectos nocivos de la desigualdad material que hay en el país. Consecuentemente, esta Corporación ha considerado que los menores de edad, las mujeres embarazadas, los adultos mayores, las personas con disminuciones físicas y psíquicas y las personas en situación de desplazamiento, entre otros, deben ser acreedoras de esa protección reforzada por parte del Estado”. En el caso del accionante, “Por un lado, es una persona que tiene una serie de disminuciones físicas como consecuencias de unas lesiones y enfermedades que actualmente padece. Por otra parte, es un adulto mayor que requiere de la ayuda de la sociedad y del Estado para que disfrute de su vida en condiciones dignas. Por lo tanto, se tiene que el demandante es acreedor de una protección reforzada por parte del Estado dada su situación de debilidad manifiesta. Adicionalmente es necesario recalcar que el hecho de ser un sujeto de especial protección constitucional al estar en una condición de debilidad manifiesta, hace que al señor Valerio Florián Castiblanco se le dificulte conseguir un empleo nuevo”. “Adicionalmente, la Sala encuentra que el accionante responde por otro sujeto de especial protección constitucional, su hijo de 3 años de edad. Con esto, para la Sala el demandante tiene derecho a la protección reforzada por parte del Estado, teniendo en cuenta las situaciones que él y su hijo enfrentan”. “(…) el Estado tiene una obligación adicional con las personas enfermas y en situación de discapacidad que le exige a ofrecer y mantener las condiciones necesarias para que la persona viva dignamente. Así las cosas, la Corte Constitucional, en repetidas
Neumoconiosis	

T-106 de 2015

	ocasiones, ha señalado que estas personas son sujetos de especial protección constitucional, pues su condición médica lleva que se encuentren una situación de debilidad manifiesta (...). En el caso del accionante, “la Sala observa que por las condiciones en las que se encuentra el señor Pablo Bucurú tiene mayor dificultad para conseguir un empleo nuevo en el que se pueda desempeñar plenamente por lo que corre el peligro de no poder satisfacer su mínimo vital y el de su familia”.	T-106 de 2015
Tumor benigno de piel y/o tejido celular subcutáneo Pérdida parcial de la lordosis fisiológica lumbar, pérdida parcial de la correa posterior de los discos intervertebrales L1-L2, L2-L3 y discopatía degenerativa	“(…) los titulares de la protección constitucional a la estabilidad laboral reforzada son todas aquellas personas calificadas o no, que presenten una disminución en su salud física, síquica o sensorial que requieren de una especial consideración, pues la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran hace que el Estado tenga la obligación de garantizar la eficacia real de sus derechos”.	T-647 de 2015
Bruceosis	En materia de reintegros laborales, en algunos casos se evidencia “la ineficacia de la jurisdicción del trabajo”, por lo cual la “tutela se torna procedente cuando se trate (i) de personas en estado de debilidad manifiesta, por su avanzada edad, por su mal estado de salud, por carencia de ingresos económicos, por su condición de madre cabeza de familia con hijos menores de edad y/o por su situación de desplazamiento forzado, entre otras; o (ii) de aquellos eventos frente a los cuales la Constitución otorga una estabilidad laboral reforzada”. De este modo, “existe una titularidad del derecho a la estabilidad laboral reforzada por parte de aquellas personas que se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta, por tratarse, entre otras, de mujeres en estado de embarazo, de trabajadores aforados, de empleados en estado de discapacidad o invalidez, o por el deterioro de su estado de salud”, lo cual obedece a “particulares circunstancias de salud o económicas”. En el caso del accionante, “Desde el momento de su desvinculación laboral carece de recursos que permitan garantizar su subsistencia y la de su núcleo familiar, pues dado que al momento del despido él constituía la única fuente de ingresos en su hogar y debido a que su condición médica ha significado un obstáculo para reincorporarse al	T-692 de 2015

	mercado laboral, actualmente atraviesa una situación económica que lo ubican a él y a su núcleo familiar en circunstancias de debilidad manifiesta”.	
Lesión espoliosis espondiloartrosis	“(…) se trata de sujetos que atraviesan circunstancias de debilidad manifiesta a causa de la afectación que existe sobre su salud; (ii) debido a sus padecimientos no han podido reincorporarse al mercado laboral”. En general, se encuentran en estado de debilidad manifiesta “quienes atraviesan una afectación o disminución de su salud física o mental”.	T-692 de 2015
Colelitiasis y avanzada edad	En dicha oportunidad se afirmó que siendo la solicitante titular de este derecho “(…) no podía ser despedida como resultado de su bajo rendimiento producto de su deteriorado estado de salud, sin que su empleador hubiera acudido a la Inspección del Trabajo para pedir la autorización para despedirla ya que dicha entidad está llamada a verificar que el despido de una persona en situación de discapacidad no obedezca a razones discriminatorias”.	T-445 de 2014
Patología auditiva severa y desprendimiento de retina	“En relación con aquellas personas que solamente han sufrido un menoscabo físico durante la vigencia del contrato laboral, esta colegiatura ha entendido que procede una protección constitucional que se deriva directamente de la Carta Política y en virtud de la cual se brinda un amparo de la estabilidad laboral reforzada a individuos cuyo estado de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus obligaciones laborales en condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados. Conforme a ello, se colige que la debilidad manifiesta del empleado también se desprende de aquellos trabajadores que se encuentren en dicha situación, pese a que no exista un dictamen de pérdida de capacidad laboral”.	T-597 de 2014
Cáncer de ovario y artritis reumatoidea	“Una persona en situación de debilidad manifiesta por deterioro en su estado de salud, será titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada cuando (i) se encuentre demostrado que padece de serios problemas de salud (...)”.	T-899 de 2014
Espondilolistesis (30,41% de incapacidad permanente parcial)	(...) que el peticionario pueda considerarse como una persona discapacitada o con reducciones físicas que lo sometan a un estado de debilidad manifiesta para el desarrollo de sus labores”. Es decir, aquellos trabajadores “que sufren deterioros de salud en el desarrollo de sus funciones”.	T-877 de 2014

Hernia inguinal izquierda Lupus Eritematoso Sistémico Accidente laboral (adulto mayor) Accidente laboral (mujer)	El derecho a la estabilidad laboral reforzada “no es predicable exclusivamente de las personas calificadas como inválidas, ni tampoco sólo de los estrictamente discapacitados, sino de todos aquellos que: tengan una afectación en su salud; esa circunstancia les “impid[e] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”; y se tema que, en esas condiciones particulares, pueden ser discriminados por ese solo hecho”. En el caso del accionante que había sufrido un accidente laboral, la Corte estima que “el peticionario es una persona en condición de debilidad manifiesta pues tiene 60 años, cuenta con escasos recursos y de él depende su esposa “que tiene artrosis, no puede laborar, está en terapias”. Igualmente, y en virtud del accidente sufrido y la interrupción de su tratamiento, la recuperación ha sido lenta y esto le ha imposibilitado la consecución de un nuevo trabajo”. En el caso de la accionante que había sufrido un accidente de trabajo, la Corte consideró que no se hallaba en situación de debilidad manifiesta, porque “la actora no demostró que se hubiese disminuido su estado de salud como consecuencia del accidente y que como producto de éste, le hubieran quedado secuelas. Aunque la señora Martha Echeverry es madre cabeza de familia y tiene a su cargo un hijo menor de edad, estaba vinculada al DATT mediante un contrato de prestación de servicios (i) sufrió un accidente de trabajo, (ii) no se probó que del mismo hubieran quedado secuelas y (iii) el contrato se dio por terminado por cumplimiento del plazo pactado no renovándose”.	T-837 de 2014
VIIH	“Con todo, no es suficiente la simple presencia de una enfermedad o de una discapacidad en la persona, para que por vía de tutela se conceda la protección constitucional descrita. Para que la defensa por vía de tutela prospere, debe estar probado que la desvinculación laboral se debió a esa particular condición de debilidad, es decir al embarazo, discapacidad, enfermedad, etc. En otras palabras, debe existir un nexo causal entre la condición que consolida la debilidad manifiesta y la desvinculación laboral”.	T-077 de 2014
Rotura de tutores implantados	La garantía a la estabilidad laboral reforzada no sólo se predica de las personas en invalidez, sino también de aquellos que por su estado de salud, limitación física o	

Posoperatorio de arteriografía coronaria, ecocardiograma estenosis valvular aórtica leve con fevi normal Hernia discal en recuperación Traumatismo superficial del tronco, nivel no especificado Accidente de trabajo por caída de altura (5 escalones) Lesiones en el ligamento de la rodilla (en recuperación) Bursitis sub-acromio sub-deloideao y túnel del carpio derecho sensitivo milenio grado leve Lifendemea e insuficiencia vascular profunda Manguito rotador bilateral, rupturas parciales y totales, además compromiso del labrum glenoideo izquierdo	psíquica se encuentran discapacitados y en circunstancias de debilidad manifiesta, cuya seriedad impone al juez de tutela conceder la petición como mecanismo transitorio, así no se haya calificado su nivel de discapacidad, hasta tanto la autoridad judicial competente tome las decisiones respectivas”. Por el contrario, si se tiene certeza del grado de discapacidad, el amparo será definitivo. (...) esta garantía constitucional, es predicable de aquellos sujetos con limitaciones de salud para desarrollar cierto tipo de actividades laborales. Cobija a quienes padecen algún tipo de problema en su estado de salud que les impide realizar sus funciones En el caso de la enfermedad de lifendemea e insuficiencia vascular, la Corte consideró, además, para valorar el tipo de patología, el tratamiento médico prescrito: “Debido a esta patología, su médico tratante le ordenó terapias diarias y un drenaje linfático dos veces al día para mejorar su salud. Así, es claro para esta Corporación que el peticionario no podía continuar trabajando tal y como lo venía haciendo pues padecía limitaciones físicas que así se lo impedían”. En el caso de la patología que afectaba el manguito rotador, la Corte estimó que, respecto del accionante, esta “le impedía ejecutar sus labores con facilidad”.	T-041 de 2014
--	--	----------------------

Tumor maligno en tiroides comprometiendo cuerdas vocales y tráquea	“El derecho a la salud toma relevancia especial frente a grupos poblacionales que se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta, entre los que están quienes padecen enfermedades catastróficas o ruinosas, primordialmente por el vínculo que une a la salud con la posibilidad de llevar una vida digna”.	T-805 de 2013
Osteoartritis, síndrome del manguito rotador MSD y bursitis	“(…) la titularidad del derecho a la estabilidad laboral reforzada no solo se predica de las personas en situación de invalidez y de discapacidad calificada, sino también de aquellas personas que se encuentran en condición de debilidad manifiesta, pues lo que se debe establecer es si la situación de salud le impide o dificulta sustancialmente al peticionario el desempeño de sus labores en condiciones regulares, y se tema que, en esas condiciones particulares, pueden ser discriminados por ese solo hecho”. En el caso concreto, el accionante se encuentra “en situación de debilidad manifiesta por sus problemas de salud al momento de la terminación unilateral de su contrato de trabajo, debido a los fuertes dolores en el hombro derecho que viene presentando desde el año 2012, cuando se le diagnosticó osteoartritis, síndrome del manguito rotador MSD y bursitis”.	T-773 de 2013
Trastorno de disco lumbar con radiculopatía (de origen laboral, sin porcentaje calificado de pérdida de capacidad)	“La estabilidad laboral adquiere el carácter de reforzada y por tanto de derecho fundamental en las situaciones en que su titular es un sujeto de especial protección constitucional, debido a su vulnerabilidad, o porque pertenece a un grupo poblacional que ha sido tradicionalmente discriminado o marginado (Art.13 Inciso 2° C. P.). En tal sentido, el texto constitucional señaló algunos casos de sujetos que merecen la especial protección del Estado, como sucede, con los niños (Art. 44), las madres cabeza de familia (Art. 43), los adultos mayores (Art. 46) y los disminuidos físicos, sensoriales además de psíquicos (Art. 47). La Sala resalta que esta clasificación no es un impedimento para que en desarrollo de los mandatos superiores se adopten medidas de protección en favor de otros grupos poblacionales o individuos que así lo requieren”.	T-447 de 2013

	operador jurídico tiene vedado condicionar el amparo a la evaluación de la invalidez expedida por juntas competentes o al porcentaje específico de discapacidad del trabajador. En suma, se activa la protección constitucional cuando se comprueba que el empleador “despidió a un trabajador que se encuentra en estado de debilidad manifiesta o en estado de vulnerabilidad, situación que se evidencia a través de factores que afectan su salud, bienestar físico, mental o fisiológico”. De hecho, en este caso, “la debilidad económica del tutelante se acrecienta porque adeuda a la empresa \$21.512.840 producto de un crédito de vivienda”. Asimismo, la Corte Constitucional aclaró que “la discapacidad es relevante cuando las limitaciones que afectan a una persona tienen relación en el desempeño de sus labores cotidianas y no de forma exclusiva con las productivas”.	
Infección local de piel por quemadura de primer grado en pie izquierdo, diabetes y retinopatía diabética proliferativa (incapacidad por 475 días). Pensión de invalidez concedida.	En suma, “para demostrar que el juicio ordinario resulta inadecuado, y que la vía constitucional es la apropiada para defender de forma definitiva los derechos de un trabajador con alguna discapacidad, es necesario que se valore no solo su condición como sujeto de especial protección constitucional, sino que se analicen los pormenores de su situación actual, como que el despido haya generado la desafiliación del sistema de salud a pesar de la necesidad de ser atendido o que la falta de ingresos esté amenazando su mínimo vital; en todo caso, circunstancias que evidencien la debilidad manifiesta del accionante y su estado de completa desprotección (...) la Sala advierte que en el caso objeto de estudio, la acción de amparo no desplaza al proceso ordinario laboral, pues si bien el peticionario a causa de su invalidez es un sujeto de especial protección constitucional, esta sola cuestión no hace procedente la tutela, como quiera que la mejoría de su situación socio-económica en virtud de la pensión de invalidez que viene recibiendo desde enero, y en consecuencia, la existencia de una fuente de ingresos para asegurar su mínimo vital y su afiliación al SGSSS a través de la Nueva EPS para garantizar la atención y tratamiento de sus enfermedades, constituyen elementos de juicio que desvirtúan el estado de vulnerabilidad manifiesta del demandante”.	T-431 de 2013

	En suma, en el caso del accionante “la estabilización de sus condiciones con motivo de la pensión de invalidez desvirtúan el estado de debilidad manifiesta o completa desprotección” .	
Hepatitis crónica	“(…) se entiende que están en condición de debilidad manifiesta quienes padecen: (i) una deficiencia física, entendida como una pérdida o anomalía permanente o transitoria, sea psicológica, fisiológica o anatómica de estructura o función; (ii) discapacidad o (iii) minusvalía”. En el presente caso, “aun cuando el actor no estaba incapacitado para el momento de la decisión de no renovar el contrato de trabajo, ni se trata de una persona discapacitada en estricto sentido, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, cuando una persona se encuentra seriamente afectada en su estado de salud se extiende la protección de la estabilidad laboral reforzada por las circunstancias de debilidad manifiesta en razón de la enfermedad, pues les impide el desempeño de sus labores en condiciones de normalidad, sin que sea necesario que se acredite su condición de discapacidad o invalidez por medio de una calificación previa” .	T-302 de 2013
Hernia inguinal derecha reductible (pendiente de cirugía) y severos cambios artroscópicos en la articulación del codo (calificación del 0% de pérdida de capacidad)	Además de la población discapacitada, “Esta Corporación ha hecho extensiva la protección mencionada a todos aquellos trabajadores que, de ser despedidos o desvinculados, quedarían sumidos en una completa situación de desprotección, como aquellos que han sufrido menguas en su salud o en su capacidad general para desempeñarse laboralmente” . Así, “la Corte Constitucional ha aplicado de forma extensiva y reiterada el beneficio de la protección laboral reforzada de la Ley 361 de 1997 a favor, no solo de los trabajadores discapacitados calificados como tales, sino de aquellos que sufren menguas en su salud en el desarrollo de sus funciones, y que son despedidos en razón de la enfermedad que padecen” . En el caso concreto, “las pruebas obrantes en el expediente de tutela permiten confirmar que el actor se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, pues de los exámenes y órdenes médicas puede extraerse que al momento de la interposición de la acción padecía ciertas disminuciones en su estado de salud consistentes en una pérdida de movimiento en 10° grados del codo derecho y en una hernia inguinal	T-116 de 2013

	derecha reductible”. En este caso, pese a que el actor se encontraba en situación de debilidad manifiesta, no se acreditó el nexo causal que debe mediar entre la terminación del contrato y el estado de salud del trabajador.	T-986 de 2012
VIIH	“El juez de tutela para identificar la titularidad del derecho a la estabilidad laboral en las personas discapacitadas y estudiar la procedencia del amparo debe evaluar los factores de vulnerabilidad que se manifiestan en motivos de salud, o por cualquier circunstancia que afecte al actor en su bienestar físico, mental o fisiológico. En efecto, el operador jurídico tiene vedado condicionar el amparo a una calificación de pérdida de capacidad laboral expedido por juntas competentes o al porcentaje específico de discapacidad del trabajador”. “(...) en el caso de los portadores del virus VIH/SIDA se debe tener algunos elementos relevantes, como son: i) su alto grado de vulnerabilidad y las nefastas consecuencias de la enfermedad; ii) la protección que estos requieren; iii) la función protectora del precedente que se manifiesta en la coexistencia de la patología con el trabajo; y iii) la inexistencia de la obligación de informar a su empleador sobre su condición de infectad”.	T-754 de 2012
Cáncer de seno	“La protección laboral reforzada no sólo se aplica a las personas en situación de discapacidad, a las mujeres embarazadas o a los trabajadores aforados. Por el contrario, el criterio de esta Corporación ha evolucionado, al punto de concebir que la estabilidad laboral reforzada se hace extensiva a todos los trabajadores que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta como consecuencia de la grave afectación de su estado de salud”. En el caso concreto, la condición de debilidad manifiesta de la accionante se encuentra probada al “padecer una enfermedad catastrófica y al estar próxima a pensionarse”.	T-440A de 2012
Fascitis plantar severa crónica, que limita su actividad de pie Lesiones en miembro superior por accidente de trabajo	(...) esta Corporación ha hecho extensiva la protección mencionada a todos aquellos trabajadores que, de ser despedidos o desvinculados, quedarían sumidos en una completa situación de desprotección, como aquellos que han sufrido menguas en su salud o en su capacidad general para desempeñarse laboralmente. En la sentencia T-440 A de 2012 se concluyó que en los casos de sujetos que han	

Lesión en mano por accidente de trabajo Síndrome del túnel carpiano	recibido incapacidades transitorias y son desvinculados dentro de uno de estos periodos o en el medio de un tratamiento médico, se aplica el derecho a la estabilidad laboral reforzada (...). En relación con los destinatarios de la protección especial en el ámbito laboral de que se viene hablando en la presente providencia, la Sala señaló que, además de comprender a aquellos trabajadores que por su condición física se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, ésta también se extiende a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores”. “La Constitución otorga protección jurídica a diversos sectores, grupos o personas en situación de desventaja, marginamiento o debilidad manifiesta (CP art. 13). Sectores de la población como los niños (CP art. 44), los ancianos (CP art. 46), los minusválidos (CP art. 47), las minorías étnicas (CP art. 7) etc., deben recibir una especial protección del Estado por voluntad del Constituyente. De esta forma, se busca promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y no simplemente un parámetro formal que deje intocadas las desigualdades sustanciales que se presentan en la sociedad”.	T-372 de 2012
Trastorno de ansiedad y estrés laboral	“(...) el derecho a la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores que se encuentren en situación de debilidad manifiesta, por causa de una disminución de la capacidad física, síquica o sensorial-sin importar si existe o no calificación de la pérdida de capacidad- conlleva el derecho a mantenerse en el empleo o a ser reubicado conforme a unas funciones congruentes con su estado de salud, lo cual debe incluir la capacitación para el adecuado cumplimiento del nuevo cargo”.	T-313 de 2012
Lesiones en mano derecha por accidente de trabajo, dolor en el hombro, bursitis y tendinitis subactromioclavicular (pérdida de capacidad del 35,39%).	“Los trabajadores que sean catalogables como (i) inválidos, (ii) discapacitados, (iii) disminuidos físicos, síquicos o sensoriales, y (iv) en general todos aquellos que: (a) tengan una afectación en su salud; (b) esa circunstancia les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, y (c) se tema que, en esas condiciones particulares, pueden ser discriminados por ese solo hecho, están en circunstancias de debilidad manifiesta y, por tanto, tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada”.	T-211 de 2012
Dorsalgia con irradiación en la región lumbar (pérdida de capacidad laboral del 5%)		

Accidente de trabajo (pérdida de capacidad laboral del 30.87%)	“(…) De igual forma, a través de las pruebas aportadas queda claro cuál es el estado actual de salud del demandante y puede establecerse que continúa en una situación de vulnerabilidad y, en consecuencia, en estado de debilidad manifiesta (...) Concluye la Sala que las personas que han sufrido un accidente de trabajo y como consecuencia tienen una mengua en su estado de salud, tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada, aún cuando no tengan una calificación porcentual de invalidez”.	T-190 de 2012
Apendicitis y síndrome del túnel carpiano Cáncer de estómago	“(…) para la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de inválido”.	T-111 de 2012
Lumbago y escoliosis de origen ocupacional (incapacidad por tres días, dos veces)	“(…) no es procedente otorgar el amparo del derecho a la estabilidad laboral reforzada del accionante. Ello por cuanto, (i) el actor sólo aportó como prueba de que se hallaba en circunstancias de debilidad manifiesta dos incapacidades de tres (3) días (cada una) en razón de una escoliosis lumbar. Y a juicio de la Sala, dicha situación no sometió al accionante a una reducción de su capacidad física tal que impidiera el desarrollo de su actividad productiva con normalidad. En efecto, la EPS correspondiente, indicó que el actor podía desempeñar normalmente su trabajo, con algunas restricciones como subir y bajar escaleras repetidamente con cargas pesadas. Debe recordarse con relación a este caso, que la estabilidad laboral reforzada se predica de personas cuyas limitaciones físicas los someten a circunstancias de debilidad manifiesta respecto del trabajo que desarrollan, haciendo que la intervención del juez constitucional sea urgente e imperiosa”.	T-111 de 2012
Uretritis no identificada	“Jorge Arturo Rivera Tejada no estaba sumido en una circunstancia de debilidad manifiesta apremiante que lo hiciera titular del derecho reclamado, y fue retirado del cargo por razones ajenas a su estado de salud. En efecto, las personas con problemas de salud sólo son sujetos de la protección constitucional reforzada, si se prueba que sus padecimientos son de una relevancia tal que les impide desplegar sus actividades laborales con normalidad; pero además, si se puede establecer que la terminación del vínculo laboral tiene un nexo causal con el estado de salud de quien reclama la protección.	T-111 de 2012

	Para este caso, a pesar de que el actor acreditó que padecía uretritis al momento de su desvinculación, y que esta le causó cinco (5) días de incapacidad, no se advierte que dicha enfermedad lo sumieran en un estado de debilidad manifiesta respecto de sus labores, veamos: (i) no estaba impedido para desarrollar sus actividades en condiciones de normalidad porque su incapacidad era temporal y la enfermedad sólo se manifestó por unos días; por lo cual debería entenderse que sus padecimientos no eran crónicos y no hicieron nacer en el empleador un ‘incentivo’ para desvincularlo”.	
Cáncer de estómago	“Al momento de su desvinculación no se tuvo en cuenta que Joel Obando Barrios se encontraba en circunstancias de debilidad manifiesta en razón de un cáncer de estómago, el cual le redujo de manera sustancial su capacidad física; no podía incluso desarrollar sus labores con normalidad porque debía asistir a diferentes sesiones para superar su enfermedad”.	T-111 de 2012
*Declaratoria de exequibilidad de las expresiones “severas y profundas” contenidas en el artículo 1° de la Ley 361 de 1997	“En este sentido, la referencia específica que hace el artículo 1° de la Ley 361 de 1997, a las personas con limitaciones “severas y profundas” no puede tomarse como expresiones excluyentes para todos los artículos que conforman la citada ley. En punto a este tema, es de aclarar que la clasificación del grado de severidad de una limitación (art. 7°, Ley 361 de 1997) no implica la negación y vulneración de un derecho, sino la aplicación de medidas especiales establecidas por la misma ley para personas con discapacidad en cierto grado de severidad (vgr. los artículos 2°, 3° y 4° de la Ley 361 de 1997). Más que de discapacidad leve y moderada, la jurisprudencia ha señalado que en estas situaciones debe hablarse de personas que por su estado de salud física o mental se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, que les dificulta trabajar en ciertas actividades o hacerlo con algunas limitaciones y que por tanto, requieren de una asistencia y protección especial para permitirle su integración social y su realización personal, además de que gozan de una estabilidad laboral reforzada”.	C-824 de 2011
Carcinoma escamocelular de amígdala izquierda y síndrome túnel del carpo	“(…) la garantía de la estabilidad laboral reforzada puede ser solicitada a través de mecanismos ordinarios laborales, cuando el extremo débil de la relación laboral, es decir el empleado, necesita de una especial protección por pertenecer a un grupo social vulnerable, o por tratarse de una persona que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, dicho derecho debe ser tutelado (...) el derecho a la estabilidad laboral reforzada de trabajadores que se encuentren en situación de debilidad manifiesta, por	T-742 de 2011

	causa de una disminución de la capacidad física, síquica o sensorial -sin importar si existe o no calificación de la pérdida de capacidad- conlleva el derecho a mantenerse en el empleo o a ser reubicado conforme a unas funciones congruentes con su estado de salud, lo cual debe incluir la capacitación para el adecuado cumplimiento del nuevo cargo”. En general, “los trabajadores que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta e indefensión por la afectación en su estado de salud tienen derecho al reconocimiento de una estabilidad laboral reforzada, con independencia de (i) el vínculo contractual adoptado por las partes y; (ii) que su condición haya sido certificada como discapacidad por el organismo correspondiente”. En el primer caso, la accionante “estaba afectada de una enfermedad en las manos que le restringía severamente el desempeño de sus funciones laborales, circunstancia ésta que permite considerarla como persona en estado de debilidad física manifiesta”. En el segundo caso, “es incuestionable que esa discapacidad de la accionante permite considerarla como una persona en situación de debilidad física manifiesta”. “(…) el amparo cobija a quienes sufren una disminución que les dificulta o impide el desempeño normal de sus funciones, por padecer i) deficiencia, entendida como una pérdida o anomalía, permanente o transitoria, sea psicológica, fisiológica o anatómica de estructura o función; ii) discapacidad, esto es, cualquier restricción o impedimento para la realización de una actividad, ocasionado por un desmedro en la forma o dentro del ámbito normal del ser humano; iii) minusvalidez, que constituye una desventaja humana, que impide o limita el desempeño de una función normal de la persona, acorde con la edad, sexo y los factores sociales o culturales”. En el caso concreto, “El estado de debilidad manifiesta en que se hallaba Jaime Alberto Zúñiga Roncancio se agravó, al privársele de los recursos económicos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas y del acceso a los servicios de salud, que requiere para su curación definitiva (...)”.	T-663 de 2011
Síndrome del túnel del carpo bilateral, tendosinovitis de quervain y epicondilitis lateral y medial izquierda Fractura de la epífisis inferior del codo y radio izquierdos, con síndrome de “manguito rotatorio” y secuelas permanentes (pérdida de capacidad laboral del 42.09%)	Accidente de trabajo que produjo fractura de acetábulo derecho y pelvis (433 días de incapacidad)	T-516 de 2011

Accidente de origen común que produjo fractura en el cúbito y el radio derechos (pérdida de capacidad laboral del 44.16%)	Los trabajadores que puedan catalogarse como (i) inválidos, (ii) discapacitados, (iii) disminuidos físicos, síquicos o sensoriales, y (iv) en general todos aquellos que (a) tengan una afectación en su salud; (b) esa circunstancia les “impida[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, [13] y (c) se tema que, en esas condiciones particulares, pueden ser discriminados por ese solo hecho, están en circunstancias de debilidad manifiesta y, por tanto, tienen derecho a la “estabilidad laboral reforzada”.	T-415 de 2011
Infarto agudo de miocardio (66.75%).	“En aplicación del derecho a la estabilidad laboral reforzada, el trabajador que se encuentre en una situación de debilidad manifiesta como resultado del deterioro de su estado de salud, tiene derecho a permanecer en su lugar de trabajo hasta que se configure una causal objetiva que amerite la desvinculación laboral, previamente verificada por el inspector de trabajo o la autoridad que haga sus veces”.	T-642 de 2010
Lumbalgia mecánica, dolor en el codo, artritis (neuropatía focalizada en el nervio mediano bilateral) y síndrome del túnel carpiano	“De lo expuesto, cuando un trabajador que razonablemente pueda catalogarse como persona (i) con discapacidad, (ii) con disminución física, síquica o sensorial en un grado relevante, y (iii) en general todas aquellas que (a) tengan una afectación grave en su salud; (b) esa circunstancia les “impida[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, y (c) se tema que, en esas condiciones particulares, pueden ser discriminados por ese solo hecho, está en circunstancias de debilidad manifiesta y, por tanto, tiene derecho a la “estabilidad laboral reforzada”. En el caso concreto, “no están dadas las condiciones para la prosperidad de la acción de tutela, porque a pesar de los padecimientos de salud del accionante, no se ha dictaminado que éstas tuvieran algún impacto en términos de pérdida de capacidad laboral o de debilidad manifiesta, situación que lo coloca por fuera de la protección laboral reforzada que ofrece la Ley 361 de 1997. La situación planteada en el asunto bajo revisión, es el de un caso límite en el cual no es obvia la pérdida de capacidad laboral, no ha habido una calificación de invalidez que certifique que existe tal pérdida, ni se está ante una situación que refleje objetivamente, la debilidad manifiesta del accionante, y que por ende active la protección laboral reforzada-, bien sea por la gravedad de su enfermedad que padece o porque se trate de un padecimiento que por sí mismo genere discriminación”.	T-417 de 2010

Dolor lumbar	“(…) quienes se encuentran circunstancias de debilidad manifiesta o en estado de indefensión -por su condición económica, física o mental-, son titulares del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada” (...) “Esta Corporación en varios pronunciamientos, ha señalado la especial protección, conforme a la garantía que consagran los artículos 13, 47, 53 y 54 de la norma superior, de que son sujetos las personas que sufren algún tipo de discapacidad o que tienen limitaciones en su estado de salud”.	T-457 de 2010
Traumatismo no especificado de miembro superior (accidente de trabajo con incapacidades por días)	“(…) esta concepción amplía del término ‘limitación’ ha sido acogida en reciente jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de hacer extensiva la protección de la que habla la Ley 361 de 1997 a las personas de las que se predique un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad que no necesariamente acarree una pérdida de la capacidad para trabajar” (...) De esta forma, la merma en las condiciones de salud de un trabajador puede hacer del mismo susceptible de una protección laboral reforzada que corresponde a la idea de estabilidad en el trabajo y que resulta de una aplicación directa de la Constitución Política”. En el caso concreto, “es indiscutible que el actor durante el desempeño de las labores contratadas con la empresa Minas La Vega sufrió varios accidentes que lo trastocaron físicamente”.	T-449 de 2010
Accidente laboral que afectó las manos (pérdida de capacidad laboral del 20.68%)	“(…) la Corte señaló que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 consagra lo que puede denominarse protección laboral reforzada positiva y negativa, a favor de las personas con discapacidad. En el ámbito de la protección laboral positiva, establece que la limitación de una persona, no podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Por otra parte, en relación con la protección laboral negativa, la ley en mención ordena que ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo”.	T-231 de 2010
	“(…) se puede interpretar que la idea de limitación pone de presente un panorama genérico al que pertenecen todos los sujetos que han sufrido una menqua por circunstancias personales, económicas, físicas, fisiológicas, síquicas, sensoriales y	

Dolor en región lumbar, irradiado a miembros inferiores; disminución de fuerza miembro inferiores; cambios espondilósicos de columna lumbar con osteocondrosis intervertebral en L4-L5 y L5-S1 y artrosis interfacetaria (4 meses de incapacidad)	sociales. Por otra parte, la discapacidad, especie dentro de este género, implica el padecimiento de una deficiencia física o mental que limite las normales facultades de un individuo, lo cual armoniza con las definiciones propuestas en la Declaración de los derechos de los impedidos suscrita por la ONU en 1975 y la Convención Interamericana de la OEA para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. En éstas se habla, de manera idéntica, de ‘persona impedida’ y ‘persona con discapacidad’, respectivamente. Por último, la invalidez ha sido asumida en el contexto internacional como la reducción de la capacidad para el trabajo a consecuencia de limitaciones físicas o mentales debidamente probadas. Esta idea ha sido adoptada en el contexto jurídico nacional, que define a la invalidez como una pérdida que excede el 50% de la facultad para laboral, lo que presupone la valoración de la merma. De hecho, esta concepción amplia del término ‘limitación’ ha sido acogida en reciente jurisprudencia de esta Alto Tribunal en el sentido de hacer extensiva la protección de la que habla la Ley 361 de 1997 a las personas de las que se predique un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad que no necesariamente acarree una pérdida de la capacidad para trabajar”. Así, “la estabilidad laboral amparable en esta sede es la que recae sobre sujetos que, por circunstancias de debilidad manifiesta, requieran de protección reforzada. Este es el caso de quienes, de manera genérica, sufran limitaciones, en los términos de la Ley 361 de 1997, o presenten una mengua en sus condiciones de salud, en los de la actual jurisprudencia de esta Corporación”.	T-094 de 2010
Síndrome del túnel de carpo bilateral	“La estabilidad laboral reforzada es predicable de unos sujetos determinados dada su especial condición, como en el caso de las personas con discapacidad, y esto con el objeto de que exista una real inclusión en el campo laboral. Pero vale la pena resaltar que el marco de aplicación tiende a ser extensivo para las personas que no sólo están calificadas como discapacitadas sino que sufren una merma en su salud debido al desarrollo de sus labores”.	T-039 de 2010
Accidente de trabajo con incapacidades temporales y vértigo	“(…) aquellos trabajadores que sufren una disminución en su estado de salud durante el transcurso del contrato laboral, deben considerarse como personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta”.	T-003 de 2010

	La estabilidad laboral reforzada no solo comprende el grupo “de los trabajadores discapacitados y calificados como tales sino de aquellos que sufren deterioros de salud en desarrollo de sus funciones. 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. El empleador tiene el deber de reubicar a los trabajadores que durante el transcurso del contrato de trabajo sufren disminución de su capacidad física”. Asimismo, “cuando se ha despedido de manera unilateral a una persona debido a su condición física limitada, la Corte ha encontrado que tal trato constituye una discriminación, por cuanto a las personas en estado de debilidad física no se les puede tratar de igual manera que a las sanas”.	T-784 de 2009
Disco patía degenerativa lumbar múltiple, hernia discal T11-T12, L2-L3-L4 -L5-L5-S1 y lumbalgia mecánica	“(…) en aplicación del derecho a la estabilidad laboral reforzada este Tribunal ha advertido que el trabajador que se encuentre en una situación de debilidad manifiesta como resultado de la disminución de su capacidad física y que, en consecuencia, no pueda desempeñar adecuadamente las funciones para las cuales fue contratado, tiene derecho a la reubicación laboral”. “en aplicación del derecho a la estabilidad laboral reforzada, todo trabajador que se encuentre en una situación de debilidad manifiesta como resultado de la grave afectación de su estado de salud, tiene derecho a permanecer en su lugar de trabajo hasta que se configure una causal objetiva que amerite la desvinculación laboral”. En el caso concreto, “se encuentra probado que la accionante se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta, pues su estado de salud está seriamente comprometido como consecuencia del cáncer de mama que la aqueja desde hace dos años”.	T-554 de 2009
Cáncer de mama	“La protección laboral de los trabajadores que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta no depende de una calificación previa que acredite su condición de discapacitados, sino de la prueba de las condiciones de salud que impidan o	T-125 de 2009

(sin incapacidad médica diagnosticada)	dificulten el desempeño regular de sus labores”. En el caso concreto, “para la Sala es claro que para el momento de la terminación de la relación laboral el señor Félix Urbano Babativa Méndez se encontraba en un estado de discapacidad a consecuencia de la enfermedad sufrida a finales del mes de noviembre de 2007, cuyas molestias y fuertes dolores incidieron en su estado de inhabilidad física, según se desprende de las copias de las atenciones médicas remitidas por Cafesalud EPS a esta Corporación. Así, estando suficientemente demostradas las precarias condiciones de salud que impedían al actor el desempeño regular de sus labores, de conformidad con la jurisprudencia constitucional expuesta en líneas precedentes, la protección constitucional se impone, sin que resulte indispensable la calificación previa que acredite su condición de discapacitado”.	
Accidente de trabajo que le ocasionó lesiones en cuatro dedos de la mano izquierda, así como una pérdida de la capacidad laboral del 31,06%	“(…) cuando uno de los extremos de la relación laboral está compuesto por un sujeto para quien el constituyente consagró un deber especial de protección por pertenecer a un grupo social particularmente vulnerable, o por tratarse de una persona que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, el derecho a la estabilidad laboral adquiere el carácter de fundamental”. Para la Corte Constitucional, “de acuerdo con el principio de igualdad, no puede darse un trato igual a una persona sana que a una que se encuentra en condición de debilidad manifiesta”. En el caso concreto, cuando el “peticionario sea una persona discapacitada, o en estado de debilidad manifiesta”, es procedente su protección. Así, “cualquier persona que goce de una normalidad orgánica puede afrontar, en algún momento de su vida una enfermedad discapacitante, o verse en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud así no se trate de una discapacidad legal”. “El amparo cobija a quienes sufren una disminución que les dificulta o impide el desempeño normal de sus funciones, por padecer una i) deficiencia entendida como una pérdida o anomalía permanente o transitoria, sea psicológica, fisiológica o anatómica de estructura o función; ii) discapacidad, esto es, cualquier restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad, ocasionados por una deficiencia en la forma o dentro del ámbito considerado normal para el ser humano; o, iii) minusvalidez, que constituye una desventaja humana, al limitar o impedir el	T-812 de 2008
Pérdida total de la visión en el ojo izquierdo		T-361 de 2008

	cumplimiento de una función que es normal para la persona, acorde con la edad, sexo o factores sociales o culturales. Ahora bien, “la protección laboral reforzada es inaplicable en los casos de invalidez, pues al haberse perdido el 50% o más de la capacidad laboral, la persona no estaría en condiciones aptas para realizar actividades laborales (...)”. “Dentro de esos criterios a tener en cuenta en la situación específica sometida a análisis judicial se encuentran: i) la edad del actor, ii) la difícil condición económica del accionante y de su familia, iii) la mala situación física o mental del demandante, iv) su situación laboral, pues es evidente que una persona desempleada y que requiere de ese ingreso para subsistir se encontrará en estado de indefensión social. Esos factores resultan relevantes constitucionalmente porque denotan un estado de debilidad manifiesta o una situación de especial protección del Estado, de tal forma que su afectación pone en riesgo la dignidad humana y demás derechos y principios de gran importancia para la Constitución de 1991”.	
*Caso de pensión de vejez	(...) la estabilidad laboral de quienes se encuentran en condición de debilidad manifiesta resulta especialmente relevante, no sólo por la evidente relación entre ésta y la posibilidad de gozar de condiciones de subsistencia dignas, sino porque la realización laboral de quienes se encuentran en tal posición se asocia directamente con la realización de la dignidad humana, y con la integración social de quienes enfrentan una limitación física, o de cualquier otro tipo”. Así, “están amparados por la protección prevista en la Ley 361 de 1997, aquellos que tienen la condición de discapacitados, y han sido calificados como tales por los organismos competentes y quienes sin tener tal calificación se encuentran en una situación de debilidad manifiesta debido a la ocurrencia de un evento que afecta su salud, o de una limitación física. El sentido de esta amplia concepción radicó en que la protección no nacía de la calificación de la discapacidad, sino del estado en el que se encuentra la persona al tratarse de una situación de carácter fáctico, susceptible de comprobación, y que no depende de requisitos legales o procedimentales”.	T-347 de 2008
Fractura del escafoides (con pérdida de capacidad laboral del 13%)		T-434 de 2008

Incipiente tendinopatía del supra e infraespinoso y bursitis subcoracoidea leve	En este caso, propiamente, no se habla de debilidad manifiesta. Sin embargo, “para esta Sala es claro que los trabajadores discapacitados deben gozar de una protección de la misma entidad que aquella que se consagra a favor de la mujer trabajadora durante el embarazo y el periodo de lactancia, por cuanto, se trata de ambos casos de sujetos que por la especial condición de vulnerabilidad en la que se encuentran requieren del Estado una protección reforzada que garantice la eficacia real de los derechos de los cuales son titulares y que ha sido ordenada expresamente por el texto constitucional”.	T-1083 de 2007
Accidente de trabajo que produjo lesión severa en su rodilla derecha (pérdida de capacidad laboral del 10.65%)	“(…) la acción de tutela resulta procedente en un evento adicional, en el cual el sujeto que solicita el amparo de sus derechos fundamentales se encuentra en una situación de debilidad manifiesta cuya seriedad impone al juez de tutela conceder la petición de tutela como mecanismo transitorio hasta tanto la autoridad judicial competente tome las decisiones respectivas”.	T-062 de 2007
Síndrome de túnel carpiano moderado Grado III, rectificación cervical postural, trauma en miembro superior carpiano moderado	“(…) En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de inválido. Queda entonces claro que la discapacidad es un concepto diverso al de invalidez (...)”.	T-198 de 2006
	“Aquellos trabajadores que sufren una disminución en su estado de salud durante el transcurso del contrato laboral, deben ser consideradas como personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, razón por la cual frente a ellas también procede la llamada estabilidad laboral reforzada, por la aplicación inmediata de la Constitución”.	
	De igual modo, la Corte reitera que: “la protección legal opera por el sólo hecho de encontrarse la persona dentro de la categoría protegida, consagrando las medidas de defensa previstas en la ley. Por su parte, el amparo constitucional de las personas en circunstancia de debilidad manifiesta permite al juez de tutela identificar y ponderar un conjunto más o menos amplio y variado de elementos fácticos para deducir la ocurrencia de tal circunstancia y le da un amplio margen de decisión para proteger el derecho fundamental amenazado o restablecerlo cuando hubiera sido vulnerado”.	

	Adicionalmente, la Corte Constitucional aclara los conceptos de discapacidad e invalidez: “se encuentra establecido que se presenta una clara diferencia entre los conceptos de discapacidad e invalidez. En efecto, podría afirmarse que la discapacidad es el género, mientras que la invalidez es la especie, y en consecuencia no siempre que existe discapacidad necesariamente nos encontramos frente a una persona invalida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa (...) Por el contrario, podría afirmarse que el concepto de discapacidad implica una restricción debida a la deficiencia de la facultad de realizar una actividad en la forma y dentro del margen que se considera normal para ser humano en su contexto social. En este sentido, discapacidad no puede asimilarse, necesariamente a pérdida de capacidad laboral. Así, personas con un algún grado discapacidad pueden desarrollarse plenamente en el campo laboral, y en consecuencia, la equiparación hecha por la entidad demandada carece de fundamento constitucional, legal y científico”.	
Diabetes	“Dado que no existe un derecho fundamental a la conservación del trabajo, la Corte ha establecido que la tutela no es el mecanismo idóneo para buscar el reintegro laboral. Sin embargo, también ha reconocido la especial protección en materia de estabilidad laboral, de la que son objeto algunas personas, en virtud de las circunstancias excepcionales de discriminación, marginación o debilidad en las que se encuentran de manera manifiesta. En efecto, las personas que se encuentran en las condiciones de discriminación mencionadas, no pueden ser desvinculadas laboralmente mientras no exista una especial autorización de la oficina de trabajo o del juez. En estas circunstancias se encuentran, entre otros, los trabajadores aforados, las mujeres en estado de embarazo y las personas con desventajas físicas o funcionales relevantes”. Así, “En el presente caso, el actor sufre de una dolencia que no corresponde necesariamente a una de las clásicas desventajas físicas o sensoriales. No obstante, las reglas aplicables a estas discapacidades, también pueden ser extendidas, en general, a quienes sufren dolencias físicas que los colocan en situación de debilidad manifiesta o que constituyen barreras discriminatorias de entrada al mercado laboral. En esa medida, debe entenderse que el estatuto antidiscriminación que existe para proteger la igualdad de oportunidades de las personas desaventajadas, se extiende también a	T-1219 de 2005

	quienes sufren dolencias o enfermedades graves”.	
Disautonomía simpática de origen en centros cardiovasculares del tallo cerebral y centros hipotálamicos — vértigo asociado — de origen central en centros vertibulares del tallo cerebral — trastorno de ansiedad secundaria a las manifestaciones orgánicas crónicas	Con todo, frente a la estabilidad laboral reforzada, aclara la Corte que, “en ciertos casos especiales cuando el empleador demuestra que le resulta objetivamente imposible o evidentemente desproporcionado cumplir con esta carga especial, debe quedar eximido de la misma”.	T-530 de 2005
Lupus eritematoso sistémico, síndrome antifosfolípidos (pérdida de capacidad laboral del 43.41%)	“La Corte ha afirmado que de presentarse un despido sin justa causa que tenga como motivación las condiciones de debilidad manifiesta del trabajador se configura un abuso del derecho”.	T-689 de 2004
Síndrome de canal cubital	“(…) el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta. Cuando ello no se hace, siendo posible, y a ciencia y paciencia de los organismos públicos, se perpetúan o prolongan desequilibrios susceptibles de ser corregidos, se vulnera el derecho a la igualdad real y material de las personas mercedoras de la actividad protectora del Estado”. Reiteración de la sentencia T-093 de 1997.	T-632 de 2004
VIIH	“El legislador ha dispuesto garantías de estabilidad reforzada a mujeres en estado de embarazo y lactancia así como a personas con limitaciones, las cuales han sido extendidas por la jurisprudencia constitucional a otras personas que se encuentran en	T-469 de 2004

	estado de debilidad manifiesta, en razón a los particulares deberes que la Constitución señala para su protección, entre ellos, la obligación social que pesa sobre todos los miembros de la colectividad de actuar solidariamente”.	
Carcinoma basocelular en rostro y daño solar crónico	“No es suficiente el mero hecho de la presencia de una enfermedad o una discapacidad en la persona que el empleador decida desvincular de manera unilateral sin justa causa. Para que la protección vía tutela prospere debe estar probado que la desvinculación laboral se debió a esa particular condición. Es decir, debe haber nexo de causalidad probado entre condición de debilidad manifiesta por el estado de salud y la desvinculación laboral”. “En la actualidad el ordenamiento jurídico colombiano distingue entre trabajadores discapacitados calificados como tales por las normas legales, frente a los trabajadores que sufren una disminución en su condición física durante la ejecución del contrato de trabajo, quienes a partir de los dispuesto en el artículo 13 Superior, exigen una protección especial por parte del Estado dada su situación de debilidad manifiesta. El alcance y los mecanismos legales de protección -en cada caso- son distintos, en primer lugar, porque la Ley 361 de 1997, en su artículo 26, consagra un sistema de estabilidad laboral reforzada y, en segundo término, porque la protección de los trabajadores en situación de debilidad manifiesta se deriva de la aplicación inmediata de la Constitución junto con algunas normas de rango legal que constituyen el denominado sistema normativo integrado. Por ello, en tratándose de trabajadores puestos en circunstancias de debilidad manifiesta, el juez de tutela puede, al momento de conferir el amparo constitucional, identificar y ponderar un conjunto más o menos amplio y variado de elementos fácticos para deducir la ocurrencia de tal circunstancia y, a su vez, goza de un amplio margen de decisión para proteger el derecho fundamental amenazado o vulnerado. Esto significa, en otras palabras, que la protección laboral de los trabajadores que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta no depende de una calificación previa que acredite su condición de discapacitados, sino de la prueba de las condiciones de salud que impidan o dificulten el desempeño regular de sus labores”.	T-519 de 2003
Disminución de la agudeza del campo visual y pérdida parcial de la memoria con períodos de reagudización		T-351 de 2003

Encogimiento del músculo de la pierna derecha y dolor en las extremidades inferiores	Así, “En el presente caso, no cabe admitir la tutela porque, en principio, el accionante tiene a su disposición las acciones judiciales comunes para solicitar la reubicación laboral, debiendo entonces acudir para la solución de dicho conflicto jurídico a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, por ser la autoridad competente para conocer de la ejecución de dichas obligaciones”.
	“Estos sujetos de protección especial a los que se refiere el artículo 13 de la Constitución, que por su condición física estén en situación de debilidad manifiesta, no son sólo los discapacitados calificados como tales conforme a las normas legales. Tal categoría se extiende a todas aquellas personas que, por condiciones físicas de diversa índole, o por la concurrencia de condiciones físicas, mentales y/o económicas, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta. Así mismo, el alcance y los mecanismos legales de protección pueden ser diferentes a los que se brindan a través de la aplicación inmediata de la Constitución. La protección legal opera por el sólo hecho de encontrarse la persona dentro de la categoría protegida, consagrando las medidas de defensa previstas en la ley. Por su parte, el amparo constitucional de las personas en circunstancia de debilidad manifiesta permite al juez de tutela identificar y ponderar un conjunto más o menos amplio y variado de elementos fácticos para deducir la ocurrencia de tal circunstancia y le da un amplio margen de decisión para proteger el derecho fundamental amenazado o restablecerlo cuando hubiera sido vulnerado. En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados”. Así, la estabilidad laboral reforzada se fundamenta en el hecho de que, “en ciertas circunstancias el ejercicio de la facultad del empleador de dar por terminado sin justa causa el contrato al trabajador puede terminar vulnerando otros derechos

T-1040 de 2001

	fundamentales cuyo núcleo esencial no es susceptible de protección mediante una indemnización”. En el caso concreto, “La demandante en el presente caso no ha sido valorada como discapacitada. Sin embargo, sí estaba disminuida físicamente en el momento en que fue despedida, en la medida en que su afectación de la salud y la recuperación posterior a las intervenciones a las que fue sometida le impedían el desarrollo de las labores impuestas por su empleador”.	
--	---	--



Este libro se terminó de imprimir en el mes de noviembre de 2017
en los talleres de Editorial Mundo Libro.
Medellín — Colombia

El Centro de Estudios Sociales y Laborales de la ANDI es un tanque de pensamiento dedicado a la investigación, formación, consultoría e incidencia en el campo de las relaciones sociales con énfasis en el ámbito laboral. El Centro tiene por misión contribuir a la explicación, comprensión y transformación de las políticas públicas para la promoción del empleo y el desarrollo social del país.

El libro que el lector tiene en sus manos constituye una reflexión ponderada sobre el principio de estabilidad en el empleo y, particularmente, aquí se analizan las situaciones de salud que le dan origen. Nuestra intención ha sido evaluar los retos jurídicos y económicos que esta garantía supone para la sostenibilidad de las empresas.

