

MEDIDAS EMPRENDIDAS EN FAVOR DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

4

Políticas públicas implementadas en materia de empleo para las personas con discapacidad: análisis de los avances en materia laboral y de seguridad social

Según el *Estudio sobre discapacidad*, la OMS y el Banco Mundial establecen la importancia de abordar los obstáculos al empleo a partir de dos esquemas principales: el primero, relacionado con la necesidad de la formación laboral de las personas en situación de discapacidad, de manera que mejore sus aptitudes para el empleo; el segundo, orientado a la rehabilitación mediante la formación de los empleadores en la adaptación de los lugares de trabajo y la creación de oportunidades de empleo para esta población.

Resaltan los expertos que las medidas de adaptación de los lugares de trabajo, la reincorporación laboral con apoyos apropiados y el compromiso institucional son factores clave no solo en la inclusión social, sino en la incidencia en la productividad empresarial y en la disminución de los costos asociados al ausentismo que podrían generar las personas en esta situación y que se convierte en una de las principales barreras culturales para su inclusión laboral.

En esta medida, el Estado colombiano ha adoptado diversas medidas para la inclusión de las personas en condición de discapacidad, reflejadas principalmente en el documento *Conpes 80* y su actualización mediante el documento *Conpes*

Social 166, sobre la Política Pública Nacional de Discapacidad e Inclusión Social, en el cual se destaca la perspectiva de atención a los derechos fundamentales en los que está basada la política pública nacional para este grupo poblacional.

En materia normativa, la Ley 1145 de 2007 organiza el Sistema Nacional de Discapacidad a fin de garantizar la implementación de políticas y los recursos para la atención de las personas en situación de discapacidad, aumentando la cobertura, organizando la oferta de programas y servicios y promoviendo la participación de la comunidad en las distintas esferas sociales.

Aunque los avances normativos en esta materia son considerables teniendo en cuenta la extensión, reglamentación (como la Resolución 3317 de 2012 sobre elección y funcionamiento de los comités territoriales) y cobertura de la Ley, el *Conpes Social 166* llama la atención sobre el estancamiento en la oferta de servicios, políticas inestables y acciones territoriales fragmentadas; en consecuencia, es indispensable avanzar hacia esquemas de inclusión real que garanticen el goce efectivo de los derechos de la población.

De esta manera, el Ministerio de Salud y Protección Social estableció la Política Pública Nacional de Discapacidad e Inclusión Social (PPDIS), la cual tiene como puntos de enfoque la rehabilitación basada en comunidad (RBC), la discapacidad y enfoque diferencial y el registro de personas con discapacidad, con el fin de asegurar el acceso efectivo a bienes y servicios por parte de las distintas personas en la comunidad.

Esta política también ha permitido que los entes territoriales implementen acciones propias para la inclusión de las personas en situación de discapacidad, de manera pertinente de acuerdo con las necesidades y realidades de los territorios, lo que permite una acción descentralizada pero articulada con las necesidades de la población en la que se ejecutan los programas. Como instancia técnica y de articulación en la construcción de la política pública se destacan los Grupos de Enlace Sectorial (GES), que actúan por medio de la Secretaría Técnica y que fueron creados por medio de la Ley 361 de 1997.

En materia de cooperación internacional, se resaltan los esfuerzos realizados por el Ministerio de Salud y Protección Social en la creación de una política andina en salud para la prevención de la discapacidad, así como para la atención, habilitación/rehabilitación integral de las personas con discapacidad. Entre los principios orientadores de la política andina se destacan aquellos relacionados

•Medidas emprendidas en favor de las personas en situación de discapacidad.

con la equiparación de oportunidades, resaltando la importancia del trabajo para la garantía de una vida digna e inclusiva en la sociedad.⁴⁶

Por último, el documento *Conpes Social* fue el que estableció los lineamientos para la incorporación e inclusión de las personas en condición de discapacidad en el país. En materia laboral, establece la obligación de implementar los mecanismos para el acompañamiento en la fase inicial de inserción laboral y para el acceso a la formación para el trabajo.

Es importante señalar que los esquemas de fomento de vinculación de personal con discapacidad en las empresas se han enfocado al otorgamiento de beneficios tributarios, de manera que se incentive su participación en la economía. En primer lugar, las empresas que vinculen trabajadores en condición de discapacidad y que estén obligadas a presentar renta y complementarios tienen derecho a deducir de la renta el 200% del valor de los salarios y las prestaciones sociales canceladas a este grupo de personal.⁴⁷

De igual forma, para efectos de la contratación en el sector público, las empresas que cuenten con un 10% de personal en situación de discapacidad tienen una ventaja en los procesos de licitación y la preferencia dentro de sus productos cuando estos son adquiridos por el Estado. De igual forma, puede reducir su cuota de aprendices siempre que vincule personal en situación de discapacidad.

Atendiendo a las reuniones del Conpes, el Ministerio del Trabajo se encuentra en proceso de construcción y socialización de proyecto de decreto para la inclusión laboral de las personas con discapacidad. Esta norma busca ajustar las disposiciones de la Ley 361 de 1997, de manera que los empleadores pierdan el temor a vincular a personas con discapacidad por motivo de las demandas que pueden sobrevenir producto de la estabilidad laboral reforzada.⁴⁸

46 Organismo Andino de Salud, *Convenio Hipólito Unanue. Política andina en salud para la prevención de la discapacidad; y para la atención, habilitación/rehabilitación integral de las personas con discapacidad*. Lima: ORASCONHU, 2010.

47 Artículo 31 de la Ley 361 de 1997.

48 Ministerio de Trabajo, Ministerio de Trabajo construye y socializa proyecto de decreto para inclusión laboral de personas con discapacidad. Disponible en: <http://www.mintrabajo.gov.co/mayo-2015/4420-ministerio-del-trabajo-construye-y-socializa-proyecto-de-decreto-para-inclusion-laboral-de-personas-con-discapacidad.html>.

Protección laboral reforzada para las personas en situación de discapacidad

Como se mencionó anteriormente, la Ley 361 de 1997 establece unos mecanismos de protección reforzada hacia las personas en situación de discapacidad, impidiendo con ello que pueda ser su contrato terminado sin la autorización previa del inspector del trabajo.

Por su parte, con el Decreto 19 de 2012 se buscó acotar dicho criterio exclusivamente a los despidos sin justa causa, norma que fue demandada y resuelta mediante Sentencia C-744 de 2012, al acoger el criterio del demandante, quien establecía que 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.

Previamente, mediante Sentencia C-531 de 2000 se estableció que el deber de protección especial a las personas afectadas por una “limitación física, sensorial o mental” adquiere un verdadero sentido si brinda un tratamiento especial acorde con la situación particular; así, se garantizarían “valores fundantes constitucionales”, como la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad, siendo “la vía para contrarrestar la discriminación que está allí latente y que impone adelantar una acción estatal y particular que promueva condiciones de igualdad material real y efectiva para estas personas, hacia la búsqueda de un orden político, económico y social justo” (Constitución Política, preámbulo y artículo 13).

En el citado fallo, esta corporación explicó que el campo laboral es uno de los objetivos específicos para verificar el cumplimiento de los fines garantistas de la Constitución, de forma tal que se encauce la capacidad protectora de personas discapacitadas. Así, se indicó que la estabilidad laboral reforzada de las personas con alguna discapacidad constituye un derecho constitucional, que comporta la garantía de acceder a un empleo, permanecer en él y gozar de estabilidad, “mientras no exista una causal justificativa del despido”.

En esa decisión se puntualizó que la legislación laboral no puede apartarse de las garantías consagradas para los discapacitados:

•Medidas emprendidas en favor de las personas en situación de discapacidad.

Con esa estabilidad laboral reforzada se garantiza la permanencia en el empleo del discapacitado luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral. Para tal fin deberán adelantarse los programas de rehabilitación y capacitación necesarios que le permitan alcanzar una igualdad promocional en aras del goce efectivo de sus derechos. La legislación nacional no puede apartarse de estos propósitos en favor de los discapacitados cuando quiera que el despido o la terminación del contrato de trabajo tenga por fundamento la disminución física, mental o psicológica.

Se reitera en este sentido lo mencionado mediante Sentencia C-594 de 1997, en el cual se puntualiza que la estabilidad laboral reforzada busca reparar el daño causado al trabajador en situación de discapacidad y disuadir al empleador de incurrir en la conducta de discriminar a los trabajadores por razón de su condición de discapacidad, optimizando así la calidad de los trabajadores que sufren esta situación.

Por otro lado, mediante el fallo C-824 de 2011 se estipula que el establecer medidas afirmativas a favor de las personas en situación de discapacidad, “la igualdad de oportunidades es un objetivo, y a la vez un medio, para lograr el máximo disfrute de los demás derechos y la plena participación en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”. Estas medidas deben ir encaminadas a eliminar toda norma que establezca tratos que puedan afectar el libre ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad, restando o disminuyendo su ejercicio, así como la omisión injustificada respecto a la obligación de establecer medidas diferenciadas a favor de este grupo poblacional.

En este mismo sentido, mediante Sentencia C-727 de 2009 se estableció que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas diferenciadas y de abstenerse de dictar medidas regresivas que puedan afectar el ejercicio de la población en condición de vulnerabilidad. Así, al establecer este Decreto una medida abiertamente regresiva en la protección de los derechos de esta población, fue declarado inconstitucional.

Esta protección laboral reforzada, aunque se considera una ventaja representativa frente a los trabajadores en situación de discapacidad, ha constituido una barrera importante en materia de vinculación laboral de esta población, al considerar los empleadores que limita su libertad de empresa y sus posibilidades para exigir el pleno cumplimiento de las obligaciones legales. Numerosas son

entonces las acciones de tutela que se interponen por parte de personas en situación de discapacidad frente a los empleadores que proceden a efectuar despidos sin efectuar el debido trámite y sin considerar las consecuencias propias de la desvinculación, no solo por las barreras que existen para la consecución de otra oportunidad laboral, sino porque lo mismo redundaría en una desafiliación inmediata al sistema de salud, al no contar con los recursos necesarios para continuar con su atención bajo el régimen contributivo de salud.

De este modo, y al ser un principio fundamental la rehabilitación y la atención integral en salud para las personas en situación de discapacidad, la afectación laboral puede repercutir en la desatención de sus necesidades en atención en salud y, por lo tanto, empeorar las posibilidades con las que cuentan para el pleno ejercicio de sus derechos a escoger libertad de profesión y oficio.

Beneficios hacia los empleadores que vinculen laboralmente personas en situación de discapacidad

Como se mencionó, las normas que disponen beneficios hacia los empleadores que vinculen personas en situación de discapacidad se encuentran en la Ley 361 de 1997 y la Ley 1429 de 2010. Esta última, reglamentada mediante el Decreto 4910 de 2011, determinó un beneficio que consiste en la opción de tomar como descuento tributario, para efectos de la determinación del impuesto sobre la renta, los aportes a las cajas de compensación familiar, ICBF y Sena, así como el aporte en salud a la subcuenta de solidaridad del Fosyga y el aporte al Fondo de Garantía de Pensión Mínima a cargo del empleador, correspondiente a los nuevos trabajadores.

Las condiciones para acceder a este beneficio, según la precitada norma, son los siguientes:

- a. El descuento tributario no puede exceder de tres años consecutivos por empleado.
- b. Solo aplica para empleos nuevos, es decir, que no se puede tomar el descuento para personas que se vinculen para reemplazar personal contratado con anterioridad, ni los empleos que surgen luego de la fusión de empresas.

•Medidas emprendidas en favor de las personas en situación de discapacidad.

- c. La vinculación de los nuevos trabajadores no se debe efectuar a través de empresas de servicios temporales de empleo.
- d. El empleador debe incrementar el número de empleados y el valor total de la nómina (suma de todos los ingresos base de cotización de sus empleados) del año en que se va a tomar el beneficio con relación al mes de diciembre del año inmediatamente anterior.
- e. Se requiere certificación expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social de la condición de discapacidad del empleado.
- f. Los valores solicitados como descuento tributario no pueden tomarse como deducción o costo en la determinación del impuesto de renta.
- g. Los aportes sobre los cuales se toma el beneficio deben ser efectiva y oportunamente pagados y el empleador debe cumplir las obligaciones relacionadas con el sistema de seguridad social para la totalidad de los empleados.
- h. Para las nuevas empresas, el descuento tributario se puede tomar a partir del periodo gravable siguiente al de su existencia.
- i. Como prueba deberá conservar copia de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) o el documento que haga sus veces, correspondiente al mes de diciembre del año inmediatamente anterior al que se solicita el descuento tributario y de los pagos realizados durante el respectivo año gravable sobre los cuales se solicita el beneficio.

De igual forma, mediante la Ley 361 de 1997 se establece que la cuota de aprendices a la que está obligado el empleador disminuirá en un 50% si los contratados son personas con discapacidad comprobada superior al 25%. No obstante lo anterior, y al no tener todas las personas una calificación de pérdida de capacidad laboral, este requisito no cuenta con una reglamentación precisa que permita su aplicación dentro del entorno laboral. Tampoco indica la proporción de trabajadores que deben tener esta calificación, por lo que se puede presentar una situación de pocos trabajadores en situación de discapacidad frente a una gran cantidad de trabajadores en diferentes segmentos de las empresas.

De acuerdo con una circular emitida en el 2012 por parte del Ministerio del Trabajo, los particulares empleadores que vinculen laboralmente personas con limitación tendrán la garantía de ser preferidos en igualdad de condiciones en los

procesos de licitación, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados, si tienen en sus nóminas por lo menos un mínimo del 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad debidamente certificadas por la oficina de trabajo respectiva. Así las cosas, en caso de empate en un proceso de licitación pública, serán preferidas las empresas que hayan contratado a personas en situación de discapacidad.