

EL IMPACTO DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN EL DERECHO LABORAL COLOMBIANO

CAMILA WOLFF VELASQUEZ

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2015

EL IMPACTO DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN EL DERECHO
LABORAL COLOMBIANO

CAMILA WOLFF VELÁSQUEZ
CÓD. DE ESTUDIANTE 200920011084

MONOGRAFÍA

ASESORA: BEATRIZ EUGENIA CORREA VIEIRA
ABOGADA LABORAL

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2015

TABLA DE CONTENIDO

| | Pág. |
|--|------|
| INTRODUCCIÓN | 5 |
| Capítulo I. La Estabilidad Laboral Reforzada en trabajadores con discapacidad o que se encuentren en estado de debilidad manifiesta según la norma y la posición de las cortes en Colombia+ | 6 |
| 1. Marco Jurídico. | 6 |
| 1.1. Legislación relevante. | |
| 1.1.1. Ley 361 de 1997 | |
| 1.1.2. Decreto 2463 de 2001 | |
| 1.2. Análisis sobre la legislación planteada. | |
| 2. Posición de la Corte Constitucional. | 18 |
| 2.1. Con respecto al estado de debilidad manifiesta. | |
| 2.2. Con respecto a la acción de tutela. | |
| 2.3. Con respecto al contrato de transacción | |
| 3. Análisis sobre la posición de la Corte Constitucional. | 13 |
| 4. Posición de la Corte Suprema de Justicia. | 15 |
| 5. Choque de trenes frente al tema. | 16 |
| 6. Posición del Ministerio del Trabajo. | 16 |
| Capítulo II. El impacto de la estabilidad laboral reforzada sobre algunas figuras jurídico-laborales+ | 18 |
| 1. Efecto al contrato a término fijo y de obra o labor determinada. | 18 |
| 2. Efecto cuando se presentan justas causas de despido. | 20 |
| 3. Con respecto a la solicitud de autorización para terminar el contrato laboral. | 22 |
| 4. Con respecto a la reubicación laboral. | 24 |
| 5. Con respecto a la empresa o empleador como unidad económica y la afectación al mercado laboral. | 25 |
| Capítulo III. El impacto de la estabilidad laboral reforzada en el empleador+ | 28 |

| | |
|--------------------------------|----|
| 1. El empleador en Colombia. | 28 |
| 1.1 Empleador persona natural | |
| 1.2 Empleador persona jurídica | |
| | |
| CONCLUSIONES | 32 |
| | |
| BIBLIOGRAFÍA | 33 |

INTRODUCCIÓN

El presente escrito busca analizar la protección constitucional a la estabilidad laboral reforzada en Colombia, para trabajadores que presenten problemas de salud, para lo cual se toma como base principal la Ley 361 de 1997. A partir de ella se desarrolla un análisis jurisprudencial y crítico de la interpretación y aplicación que se le ha dado a la norma. El fin del estudio es analizar la norma como tal para poder interpretar cual era la intención del legislador al momento de crear tan rigurosa protección, y de allí analizar si el desarrollo jurisprudencial que se ha venido dando a partir de la misma va por la misma línea de protección a la inicialmente creada por el legislador.

Uno de los puntos más críticos que se presenta en este tema actualmente es el choque de trenes que se ha venido dando entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional al respecto, pues ambas presentan posiciones jurídicas distintas, dividiendo así las líneas de interpretación de la norma de manera significativa. Adicionalmente, se entra a estudiar la posición del Ministerio del Trabajo, quien juega un papel de suma importancia dentro del tema, lo anterior debido a que es la entidad administrativa llamada autorizar o no la terminación de los contratos de trabajo que se vean envueltos dentro del marco de la protección a la estabilidad laboral reforzada.

Además, es pertinente estudiar al empleador como tal, pues es la parte de la relación laboral sobre quien recae toda la carga económica y administrativa, teniendo esto una incidencia importante sobre el sector económico empresarial y el mercado laboral.

El estudio de todos estos aspectos se hace navegando por los conceptos creados por la norma y la jurisprudencia, combinado además, la situación actual que se presenta con estos casos, situación que parece no haber sido contemplado por la norma en muchos aspectos.

Lo que al final se busca con el presente análisis es generar un interrogante de la situación actual que se refleja alrededor de la protección a la estabilidad laboral reforzada y de las implicaciones que se van a generar a futuro para todo el mercado laboral en general.

CAPITULO I: Í LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD O QUE SE ENCUENTREN EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA SEGÚN LA NORMA Y LA POSICIÓN DE LAS CORTES EN COLOMBIAÍ

1. Marco Jurídico:

Con el fin de examinar el concepto o la protección especial de la estabilidad laboral reforzada, primero buscaré una razón de ser desde sus inicios en el ordenamiento jurídico colombiano para poder analizar y entender la evolución y el alcance que hoy tiene este concepto. Ahora, es importante aclarar que el presente escrito es basado en el concepto de estabilidad laboral reforzada en personas que presenten algún tipo de discapacidad física o mental, limitación física o que se encuentren en un estado de debilidad manifiesta, quedando excluidos del presente análisis las mujeres embarazadas y los trabajadores sindicalizados, pues no son objeto del presente debate.

La Constitución Política, en su artículo 47 hace referencia a la obligación del Estado colombiano de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes les prevé una protección especial. Así mismo, en su artículo 54 consagra la obligación del Estado de garantizar a los minusválidos el derecho al trabajo y en el artículo 68 consagra como obligación especial la educación a personas con limitaciones físicas y sensoriales. El legislador, con base en estos artículos y con el fin de garantizar dicha protección a las personas con alguna limitación física y mental creó la Ley 361 de 1997, la cual nos servirá entre otras para analizar la posición del legislador colombiano frente a este tema en específico.

1.1. Legislación relevante:

1.1.1. Ley 361 de 1997:

Para este trabajo, está es quizás la Ley más importante y en la cual se basará el análisis sobre el tema. Con esta norma el legislador busca proteger ampliamente a las personas con limitaciones en general, sin entrar a determinar ni el tipo ni el grado de limitación que padezcan y en ella se crean una serie de mecanismos que pretenden la protección de los limitados en muchos aspectos, como lo son la educación, el derecho a la libre locomoción, la salud entre otros.

Primero: en su artículo 1º, el legislador en un principio estableció que esta norma estaba dirigida especialmente a las personas con limitaciones severas y profundas, y explicó que; las personas con limitaciones severas son aquellas con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral entre el 25% y el 50% y las personas con limitaciones profundas son aquellas con una pérdida de capacidad laboral superior

al 50%, lo anterior de acuerdo con el Decreto 2463 de 2001, que fue posteriormente derogado por el Decreto 1352 de 2013.

En principio la ley fue clara y estableció los parámetros de protección para las personas que realmente lo necesitan porque en razón a su discapacidad o limitación física no encuentran un trabajo fácilmente, pero, el artículo en mención, fue demandado por unos ciudadanos que consideraban que la norma era excluyente y discriminaba a las personas que tenían menos del 25% de discapacidad. En la demanda la Corte Constitucional lo declaró exequible, pero aclaró que la norma en ningún momento era excluyente puesto que, se refería en especial a las personas con limitaciones severas y profundas pero eso no quería decir que la norma no cobijara a las demás personas con limitaciones; por el contrario, la Corte dice que la norma va dirigida a todas las personas que se encuentren en un estado de discapacidad o de debilidad manifiesta y que simplemente lo que busca en el artículo 1º es hacer hincapié en las personas que presentan un mayor grado de discapacidad.¹ Y posteriormente en la Sentencia C - 606 de 2012, unificó los conceptos de la corte e indicó: *“los beneficiarios de la Ley 361 de 1997 no se restringen a las personas con limitaciones severas y profundas, sino que están incluidas todas las personas con limitaciones en general sin entrar a determinar el tipo de limitación que padezca, ni el grado o el nivel de dicha limitación, esto es sin especificar ni la clase, ni la gravedad de las limitaciones”* + eliminando la clasificación de moderadas, severas y profundas y dejando protegidas a las personas que presenten limitaciones en general sin diferenciar el nivel de limitación.

Segundo: en su artículo 24 establece garantías tributarias a las empresas que contraten o que tengan como empleados en su organización a personas con limitaciones físicas, beneficio que en un principio parece muy bueno y uno creería que fomenta el derecho al trabajo de estas personas, pero acá hay que tener en cuenta, que el beneficio tributario solo aplica si las empresas contratan a los trabajadores cuando ya presentan algún tipo de disminución física; pero no aplica cuando un trabajador entra a trabajar a la empresa con buenas condiciones de salud y durante la relación laboral se enferma y queda con disminuciones físicas.

Tercero: en su artículo 26, quizá el más importante para el análisis porque consagra la prohibición de despedir a las personas que se encuentren en estado de discapacidad, lo cual resulta coherente si entendemos que la norma se refiere a las personas que sufren una pérdida de capacidad laboral superior al 25%, debido a que son personas que claramente necesitan de los servicios de la seguridad social y que además de ser despedidos les sería casi imposible conseguir trabajo. Pero, si entendemos que la norma se refiere, tal y como lo establece la Corte Constitucional, a todas las personas que sufran de algún tipo de discapacidad o de disminución física o sensorial o algún estado de debilidad manifiesta entonces,

¹ **Corte Constitucional de Colombia.** Magistrado ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Sentencia C - 824 de 2011.

¿Está obligado el empleador a pedir permiso por todos los trabajadores que presenten cualquier tipo de disminución física o sensorial o solo por los que tienen una pérdida de capacidad laboral superior al 25%?, interrogante que resultó en razón a las posiciones diferenciales de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral frente al tema.

1.1.2. Decreto 1352 de 2013

Este decreto regula las funciones de las Juntas Regionales y Nacionales de invalidez, además del deber de las EPS y las ARL de calificar a los trabajadores en su pérdida de capacidad laboral ya sea por accidente, enfermedad profesional o por enfermedad general. Este tema es bastante relevante porque dichas entidades, las EPS y las ARL, no solo son las responsables de prestar el servicio de salud al trabajador que presente algún tipo de afección sino que además son las entidades de seguridad social a cargo de garantizar ya sea del tratamiento médico, la rehabilitación o en su defecto de la declaración de invalidez del trabajador. Más adelante analizaremos el estado actual de estos procesos. Ahora, lo más importante de este decreto es que en su 7º artículo establece:

1.2. Análisis sobre la legislación planteada:

Es claro que el legislador al crear la Ley 361 de 1997, respaldado en lo establecido en la Constitución Política y en los derechos fundamentales busca proteger a las personas que presenten una discapacidad, limitación física o invalidez, para ello se respalda en el sistema de seguridad social como mecanismo para hacer cumplir los derechos de éstas personas, y con el propósito de garantizar el acceso de estas a los servicios de salud, se asegura de que el vínculo laboral permanezca vigente, exigiendo a los empleadores un trámite previo, ante el Ministerio del Trabajo, para la terminación del contrato.

Si se analiza la protección que propone el legislador en la Ley 361 del 97, el mismo es claro, al establecer que debe haber unas disposiciones especiales para las personas cuyo grado de invalidez sea severo o profundo, pues son personas cuya limitación está por encima del 25% de su pérdida de capacidad laboral y por lo tanto necesitan de protección especial. Por lo cual, inicialmente se pensaría que en razón a la redacción literal de la norma, objeto de estudio, es para estas personas para quienes está creada la protección. Es a estos trabajadores a quien está dirigida la estabilidad laboral reforzada, lo cual es completamente comprensible, porque, son personas a las cuales perder el empleo les representa no solo perder el sustento económico sino además perder el acceso al sistema de salud, que es fundamental para ellos, en razón a sus patologías médicas, lo cual es bastante grave.

El problema no es la norma en sí, ni la intención del legislador, el problema es la interpretación que se le ha venido dando a través de los años a la norma, pues como veremos más adelante la jurisprudencia ha interpretado la norma como una

protección constitucional para cualquier persona que se encuentre en un estado de debilidad manifiesta, y el criterio que establece para que una persona se encuentre en estado de debilidad manifiesta es: *cualquier persona que se encuentre disminuida física o sensorialmente a diferencia de los demás*². El criterio es tan amplio que da lugar a diferentes interpretaciones y crea confusión, en razón a que, se ha llegado a interpretar, por este vocablo que, cualquier persona que presente un dolor de cabeza, una gripa o un problema personal estaría cubierta por la norma, lo cual resulta ilógico y desproporcionado si la intención del legislador era proteger a las personas cuya limitación estuviera entre los grados de severa y profunda, porque así expresamente lo indica el artículo 1 de la Ley 361 de 1997, y porque son éstas personas las que realmente requiere de la protección legal en razón a su discapacidad.

2. Posición de la Corte Constitucional:

La posición de la Corte Constitucional en este tema es bastante radical al respecto, en razón a la interpretación que la misma le ha dado a la Ley 361 de 1997. Pues su espectro de protección es tan amplio que están generando un gran impacto en el tema laboral. A continuación se examinarán tres temas críticos sobre los que se ha pronunciado la Corte Constitucional, el primero de ellos es el *estado de debilidad manifiesta* que define la corte y sus consecuencias; el segundo es la protección de la estabilidad laboral reforzada vía acción de tutela y el tercero es con respecto al pronunciamiento que ha tenido la Corte sobre los contratos de transacción firmados entre empleador y trabajador para dar por terminada la relación laboral cuando el trabajador presenta alguna discapacidad o algún estado de debilidad manifiesta.

2.1. Con respecto al estado de debilidad manifiesta:

Como se mencionó anteriormente la Corte Constitucional incluyó en la protección de la Ley 361 de 1997 a todas las personas que presentaran algún estado de debilidad manifiesta, específicamente la posición de la Corte es la siguiente:

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

² **Corte Constitucional de Colombia.** Magistrado ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Sentencia C 824 de 2011.

condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez. (Negrilla fuera del texto original)³

Para entender el alcance de esta posición es importante entender qué se entiende por *estado de debilidad manifiesta*. La Constitución Política de 1991 emplea diversos términos y expresiones para referirse a las personas que padecen distintas formas de limitación o de discapacidad. En este sentido, el artículo 13 CP alude a:

*personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta; el artículo 47 Superior emplea los términos disminuidos físicos, sensoriales y síquicos; el artículo 54 de la Carta recurre a la noción de minusválidos; y el artículo 68 se hace referencia a personas con limitaciones físicas o mentales.*⁴

Ahora, teniendo tanto la posición de la Corte, en la Sentencia C 824 de 2011, como el concepto de debilidad manifiesta, claros, se puede percibir que la Corte le extendió la protección de la estabilidad laboral reforzada a cualquier trabajador que presente cualquier grado de limitación física o sensorial, independientemente de que la misma haya sido calificada. Es más, los trabajadores que se encuentren con incapacidad médica por cualquier razón no podrán ser despedidos, ni los trabajadores que recientemente hayan recibido un tratamiento médico o una cirugía. Lo que nos da a entender que en cualquiera de éstos casos el empleador pierde su autoridad y arbitrio, y siempre deberá solicitar permiso al Ministerio del Trabajo, porque éste es el procedimiento que estima la Corte para estos casos, y de no hacerlo deberá pagar al trabajador la indemnización de 180 días de salario consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 del 97.

Es entendible que la Corte Constitucional quiera proteger los derechos fundamentales y busque proteger a las personas que padezcan alguna discapacidad, o limitación física, pero en este caso la posición legal, planteada por la Corte Constitucional, desborda el alcance de la norma y está protegiendo a las personas que realmente no lo necesitan, porque no todas las personas que sufren alguna enfermedad, son discapacitados o limitados físicos y solo en razón de invocar un *estado de debilidad manifiesta* las está protegiendo a costa del empleador, ordenando por medio de Acción de Tutela el reintegro laboral, con el fin de garantizar el servicio del Sistema de Seguridad Social.

2.2. Con respecto a la acción de tutela:

³ **Corte Constitucional de Colombia.** Magistrado ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Sentencia C 824 de 2011.

⁴ **Corte Constitucional de Colombia.** Magistrado ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Sentencia C 824 de 2011.

La acción de tutela no es, o no era en principio el mecanismo idóneo para solicitar la protección a la estabilidad laboral reforzada, porque el proceso idóneo, es iniciar un proceso ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral. Pero, la Corte ha considerado que la violación a la estabilidad laboral reforzada conlleva a la violación de derechos fundamentales y por lo tanto se ha aceptado la procedencia excepcional de la acción de tutela para resolver estos menesteres. Las consideraciones de la Corte para conceder el amparo son las siguientes:

La jurisprudencia consideró que las condiciones necesarias para conceder el amparo consisten en que: (i) [E]n principio no existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral; sin embargo, (ii) frente a ciertas personas se presenta una estabilidad laboral reforzada en virtud de su especial condición física o laboral. No obstante, (iii) si se ha presentado una desvinculación laboral de una persona que reúna las calidades de especial protección la tutela no prosperará por la simple presencia de esta característica, sino que (iv) será necesario probar la conexidad entre la condición de debilidad manifiesta y la desvinculación laboral, constitutiva de un acto discriminatorio y un abuso del derecho. Por último, (v) la tutela sí puede ser mecanismo para el reintegro laboral de las personas que por su estado de salud ameriten la protección laboral reforzada, no olvidando que de presentarse una justa causa podrán desvincularse, con el respeto del debido proceso correspondiente+⁵

En este caso la Corte, de nuevo se está excediendo pues a raíz de esta situación todo trabajador despedido que se encuentre bajo cualquier situación de debilidad manifiesta, frente a los demás, ha presentado acción de tutela y ha sido reintegrado. El problema es que en la mayoría de los casos quien resuelve la tutela ni siquiera es un Juez Laboral, es un Juez Constitucional y que no necesariamente conoce los términos médicos o cuáles son las verdaderas condiciones de salud del trabajador lo cual lo deja sin las herramientas objetivas para decidir sobre el tema. Pero, como comúnmente se considera que el trabajador es la parte débil de la relación laboral, entonces se le brinda toda la protección sin tener en cuenta las consecuencias que lo mismo acarrea. Está bien que las personas que de verdad padezcan de una limitación o una discapacidad real, estén protegidas por el Gobierno, pero el mecanismo no debería ser protegerlas a través del empleador, poniéndole cargas de estabilidad absoluta al vínculo laboral, sino que el Estado mismo debería tener un servicio de salud que cubriera a toda la población sin la necesidad de aportar al sistema, o en su defecto por lo menos garantizar el acceso al sistema de salud a las personas que presenten cualquier clase de disminución física o sensorial.

2.3. Con respecto al contrato de transacción:

⁵. **Corte Constitucional de Colombia.** Magistrado: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia T 018 de 2013

En principio, el contrato laboral celebrado entre empleador y trabajador es un acuerdo de voluntades, donde prima la autonomía de la voluntad de las partes y por lo tanto hace parte del derecho privado. Aun así, el Estado tiene una amplia regulación al respecto sobretodo en temas de proteger al trabajador, pero ¿hasta qué punto puede o debería intervenir el Estado en la autonomía de la voluntad de las partes en dicho contrato?

En muchas ocasiones se presentan casos en los que los trabajadores, que presentan algún grado de discapacidad, ya no están incapacitados, tampoco están pensionados por invalidez y adicionalmente no quieren o no pueden trabajar, pero su contrato no puede ser terminado por el empleador en razón a su protección especial y si llegara a renunciar dicha renuncia podría ser perfectamente invalidada por un Juez en caso de reclamo del trabajador, lo anterior debido a que el Juez podría considerar que el trabajador no puede renunciar hasta que su situación médica no se defina, pues el derecho a la seguridad social del trabajador es irrenunciable.

Ante la dificultad de terminar el vínculo laboral, el trabajador y el empleador buscando una salida legal, llegan a un convenio y deciden terminar el contrato por mutuo acuerdo, por medio de lo que conocemos como el contrato de transacción, circunstancia en la cual en la mayoría de los casos el empleador le reconoce al trabajador además de la liquidación del salario y las prestaciones sociales una bonificación o indemnización.

El problema es que, se han presentado casos en los que después de celebrado este acuerdo, el trabajador reclama y solicita ser reintegrado y en estos casos la Corte Constitucional se ha pronunciado diciendo que éstos contratos de transacción son inválidos y no solo reintegra al trabajador, sino que además condena al empleador a pagar la indemnización de los 180 días y los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, y si le sumamos la bonificación que le fue reconocida a la firma del mutuo acuerdo, se podría afirmar que estaríamos bajo un evidente enriquecimiento sin causa del trabajador y un desmesurado perjuicio económico y laboral al empleador. Pero, la razón de la corte podría considerar inválidos los acuerdos de transacción, es la siguiente:

El trabajador celebró un contrato de transacción en materia laboral, mediante el cual fue indemnizado y se le pagaron todas las prestaciones y acreencias laborales (fs. 106 y 107 ib.). Por ello, la Sala debe analizar el contrato de transacción en materia laboral en relación con el derecho irrenunciable a la seguridad social. Es claro que según el artículo 48 de la Constitución, se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social; en el mismo sentido, el artículo 53 ibídem establece como principio fundamental la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales. Esta característica (irrenunciabilidad) supone que los

*acuerdos realizados entre trabajadores y empleadores están limitados en su objeto, pues no pueden versar sobre los derechos o las prestaciones sociales reconocidas por normas laborales como ciertos e indiscutibles*⁶

Resulta discutible que la Corte invalide dichos contratos en este caso, porque los derechos ciertos e indiscutibles son el salario y la seguridad social y si los mismos son liquidados y pagados no debe haber ningún problema en que las partes haciendo uso de la autonomía de la voluntad, quieran terminar el contrato de mutuo acuerdo amparados bajo el contrato de transacción. Además llama la atención en este caso, que la Corte le de toda la protección a un trabajador que está actuando de mala fe demandando a su empleador después de haber celebrado un acuerdo y de haber recibido una indemnización por ello. ¿Dónde queda entonces la buena fe del empleador y la protección del empleador, y la capacidad de disposición de las partes contratantes?

La posición de la Corte Constitucional frente a este tema es garantista y desproporcionada, toda vez que, según el planteamiento que ofrece la Corte cualquier trabajador que renuncie, a futuro podría ampararse en la irrenunciabilidad a la seguridad social para solicitar el reintegro laboral, quedando el empleador completamente atado a ese trabajador.

3. Análisis sobre la posición de la Corte Constitucional:

Es claro que la Corte Constitucional se apartó completamente del propósito del Legislador, pues la norma buscaba dar una protección especial y controlada a las personas que presentaran discapacidades de consideración, severas y profunda como expresamente lo consagra la norma, y la Corte ha hecho extensiva dicha protección de tal manera que se presta para abusos y para casos en los que no se debería proteger de esa manera.

Resulta lógico que, una persona que se encuentre enferma necesita del dinero que recibe a cambio de su trabajo para sobrevivir y que además necesita del servicio de salud por parte de la EPS, y que una persona que se encuentra con una mala condición de salud no debería ser despedido de su trabajo en razón de su limitación, pero cada caso es diferente, y cada situación debería ser analizada a fondo pues el espectro de protección es tan amplio la protección ha alcanzado los siguientes extremos:

Primer supuesto: un trabajador sufre un accidente de trabajo y después de hacer todo el tratamiento médico para recuperarse, la ARL lo califica con una pérdida de capacidad laboral del 35%. La situación en la queda este trabajador es la siguiente: primero, su pérdida de capacidad laboral no es lo suficientemente alta como para

⁶ **Corte Constitucional de Colombia.** Magistrado: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia T 548 de 2012.

recibir una pensión de invalidez, por lo tanto debe seguir trabajando; segundo, necesita de su salario como sustento económico y de la afiliación a la seguridad social para que le sean prestados todos los servicios de salud que necesite; tercero, para este trabajador es casi imposible conseguir trabajo en otro lugar, razón por la cual el empleador debe reubicarlo en labores que pueda realizar y garantizarle la estabilidad de su empleo. Es en estos casos cuando resulta coherente entonces que exista la protección y se respeten los parámetros de la misma tal y como lo estableció el legislador, dado que el trabajador de este supuesto si necesita toda la protección de la norma para subsistir dignamente.

Un caso similar a este se presentó en una Empresa de transporte terrestre de mercancías, cuando un trabajador cuyo oficio era montar las cajas de los envíos al camión, sufrió un accidente de trabajo por un mal movimiento, que le produjo una lumbalgia y una hernia discal. Este trabajador se realizó todo el tratamiento médico ordenado por la ARL, y al final de su proceso fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 32%, con unas recomendaciones laborales que especifican que, señor no puede estar mucho tiempo sentado, ni mucho tiempo parado, ni tampoco puede levantar más de 5 kilos de peso. Cuando este trabajador se reintegra a la empresa, surge el problema de la reubicación, dado que el trabajador ya no puede realizar el trabajo para el cual fue contratado, y tampoco sabe leer y escribir, por lo cual su reubicación en la empresa fue complicada pues no encontraron labor que este trabajador pudiese realizar.

Segundo supuesto: un trabajador, sufrió de una enfermedad general hace tiempo y ya fue tratado, operado y rehabilitado, y su empleador decide terminar el vínculo laboral. La situación de salud de este trabajador es normal, puede trabajar y no cuenta con ninguna limitación actual. Pero, casos como estos han sido protegidos por medio de acción de tutela y los trabajadores han sido reintegrados en razón a la estabilidad laboral reforzada, lo cual resulta absurdo, y desproporcionado, pues todos los seres humanos nos enfermamos y no tiene sentido que un empleador tenga que conservar a un trabajador que alguna vez en su vida se enfermó, en razón a una posición legal que ha sido desmedida.

Un caso como estos se presentó en una entidad bancaria, en la cual se descubrió que una empleada administrativa, del área de pago de facturas internas estaba haciendo favores a terceros y a otros empleados de la Compañía. A esta empleada se le realizó todo el proceso disciplinario y se le terminó su contrato de trabajo con justa causa por incumplimiento de procedimientos. Esta empleada presentó reclamo al empleador aduciendo que ella tenía protección a la estabilidad laboral reforzada porque 15 años atrás había sufrido de cáncer de mama y aunque ya había culminado su tratamiento, ella debía revisarse cada año con el fin de verificar su estado de salud.

Es claro que entre el trabajador del primer supuesto y el trabajador del segundo supuesto no hay nada en común y es de entenderse que la protección que busca

crear la Ley 361 de 1997, no está dirigida a personas que se encuentren en la situación del segundo supuesto, pero hoy en día se está protegiendo incluso a trabajadores que se enmarcan en el segundo supuesto, desnaturalizando la finalidad principal de la protección.

4. Posición de la Corte Suprema de Justicia:

¶ no cualquier discapacidad está cobijada por el manto de la estabilidad reforzada previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; dicha acción afirmativa se justifica y es proporcional en aquellos casos donde la gravedad de la discapacidad necesita protección especial para efectos de que los trabajadores afectados con ella no sea excluidos del ámbito del trabajo, pues, históricamente, las discapacidades leves que podría padecer un buen número de la población no son las que ha sido objeto de discriminación. Por esta razón, considera la Sala que el legislador fijó los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5º reglamentado por el artículo 7º del D. 2463 de 2001), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, en principio, a quienes clasifiquen en dichos niveles; de no haberse fijado, por el legislador, este tope inicial, 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 comento⁷

La posición de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, frente a la Ley 361 de 1997 está mucho más ligada a los motivos de la Ley como tal, pues la Corte se ha pronunciado siempre protegiendo a los trabajadores cuya pérdida de capacidad laboral se encuentra ente los rangos de moderada, severa y profunda, es decir del 15% en adelante. Lo que argumenta la Corte Suprema es muy importante y está ligado con la crítica que se le hacía a la posición de la Corte Constitucional, y es que si se extiende la protección a todas las personas con un estado de debilidad manifiesta se está perdiendo la facultad del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo. En otras palabras, reconoce la protección en los casos en los que es verdaderamente necesario y de conformidad con lo expresamente determinado por la norma. .

5. Choque de trenes frente al tema:

⁷ **Corte Suprema de Justicia.** Sala Laboral. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz. Sentencia 39207 del 28 de agosto de 2012.

Es claro que la posición de ambas Cortes es completamente diferente pues la Corte Suprema de Justicia se ajusta a la norma y la Corte Constitucional se aparta de ella extendiendo su protección. El problema, es que como la Corte Constitucional ha aceptado que éstos casos se resuelvan vía acción de tutela, en la práctica es el Juez Constitucional, en ese primer intento de los accionantes de obtener un reintegro, que está resolviendo los casos pues para los trabajadores es mucho más ágil y efectivo reclamar vía acción de tutela, toda vez que el principio de inmediatez de la acción de tutela hace que el problema sea resuelto en un menor tiempo y el trabajador es reintegrado inmediatamente, lo anterior conforme a la posición que exige la Corte Constitucional como superior Jerárquico de quien actúa como Juez Constitucional.

La consecuencia de ello es que de éstos casos muy pocos llegan a los jueces laborales, solo y exclusivamente cuando el Juez de tutela ordena al accionante que en un determinado periodo de tiempo inicie la acción ante los jueces laborales, quienes son los realmente expertos en el tema.

De lo contrario la jurisprudencia que está dominando y resolviendo éstos casos, es la de los Jueces Constitucionales, que muchas veces no son expertos en el tema y se basan en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sin realizar un análisis responsable de cada caso, para fallar la acción de tutela.

6. Posición del Ministerio del Trabajo:

El Ministerio del Trabajo juega un papel de suma importancia en este tema, pues es la entidad administrativa encargada de vigilar y de proteger los derechos de los trabajadores y es además el encargado de otorgar al empleador los permisos de despido de los trabajadores que presenten algún estado de debilidad manifiesta.

Con el choque de trenes que se ha presentado entre las altas cortes, el Ministerio ha tenido que tomar posición al respecto para tomar y fundamentar sus decisiones, la posición que ha tomado es la siguiente:

¶ Y, si aceptáramos las discrepancias entre nuestras cortes, necesario es concluir que el Órgano Judicial de Cierre en Colombia es la Honorable Corte Constitucional, en el entendido de que el precedente por ella fijado es, el que debe aplicarse⁸

Así las cosas, el Ministerio del Trabajo, de casi todas las direcciones territoriales del país, ha basado sus decisiones en la posición de la Corte Constitucional, protegiendo entonces a todas las personas que presenten cualquier estado de

⁸ **Ministerio del Trabajo.** Dirección Territorial del Valle del Cauca. Resolución No. 2014001941 del 14 de agosto de 2012.

debilidad manifiesta; razón por la cual, es casi imposible para el empleador que le sea otorgado el permiso de despido de un trabajador en estas condiciones. Los requisitos para solicitar el permiso se estudiarán más adelante en el presente análisis.

CAPÍTULO II: Í EL IMPACTO DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA SOBRE ALGUNAS FIGURAS JURÍDICO-LABORALESÍ

Introducción al capítulo

A partir de la Ley 361 de 1997 se han generado consecuencias que han perjudicado más que todo a quien tiene la calidad de empleador. Algunos de los aspectos que se han venido afectando son los siguientes:

1. Efecto al contrato a término fijo y de obra o labor determinada:

En Colombia hay tres tipos de contratos de trabajo, los cuales son, contrato a término indefinido, contrato a término fijo y contrato por obra o labor determinada. El tipo de contrato es generalmente usado dependiendo de la actividad para la cual sea contratado el trabajador o según la actividad económica del empleador. Generalmente los trabajos operativos, que requieren de actividad física, o de trabajo en plantas, o en obras son trabajos que se contratan bajo la modalidad de obra o labor determinada, o a término fijo, porque resulta más fácil, para el empleador, administrar este tipo de contratos, lo anterior en razón a las necesidades de su empresa ya que la contratación depende generalmente, de por la producción de la misma. Adicionalmente hay trabajos que tienen una duración determinada en el tiempo, porque la actividad contratada tiene una fecha de inicio y una fecha de terminación determinable en el tiempo, y por ello las partes contratan bajo dichas modalidades.

A partir de la Ley 361, y el tratamiento que la Corte Constitucional le ha dado al tema, se ha generado un problema con los contratos a término fijo o por obra o labor determinada que tienen una fecha de terminación determinable y puede ser anticipada por el trabajador. Lo anterior debido a que muy a menudo se presentan casos en los que llegada la fecha de la terminación o cumplida la labor contratada el trabajador se encuentra en un tratamiento médico, incapacitado o en el peor de los escenarios con una pérdida de capacidad laboral y entonces el empleador pierde completamente la facultad de terminar este contrato, así este amparado en una justa causa. En los casos del contrato a término fijo el contrato se renueva por un término igual y si es la cuarta renovación automáticamente se renueva por un año, obligando a ese empleador a pagar mínimo por un año más salarios y prestaciones sociales a esa persona, cuando en algunos casos esto, no está planeado. Y en los casos de la obra o labor determinada puede ser aún más grave, porque el contrato sigue vigente pero es muy posible que la obra objeto del mismo, que dio origen al contrato entre las partes, ya esté terminada y liquidada, entonces ese empleador ya no tiene trabajo para esa persona pero igualmente tiene que mantenerlo vinculado, y pagándole los salarios y prestaciones sociales.

Esta situación presenta una complejidad ya que si se analiza, las actividades económicas que usan estas dos modalidades de contratos son actividades económicas que por lo general son fluctuantes, es decir por el tipo de actividad que realizan algunas veces tienen mucho trabajo y otras veces no, por lo tanto sus ofertas laborales aumentan o disminuyen dependiendo del trabajo que tengan. Sectores como el de transporte, envíos de mercancía, construcción, contratación de mano de obra, restaurantes y bares, entre otros son sectores cuya economía no es tan estable como la de la actividad bancaria por ejemplo cuyo negocio no depende de tantos factores y donde la oferta del empleo es más estable.

Cuando se presentan estas situaciones y las relaciones laborales no pueden ser terminadas, se causa un grave perjuicio económico a los empleadores, porque deben asumir el costo de la relación laboral, al tener que pagar los salarios, prestaciones sociales y asumir en su totalidad el costo de la seguridad social, porque en muchos casos no tiene una labor o trabajo para signar el trabajador resultando un gasto excesivo para quien es empleador, afectando además, el mercado laboral. Adicionalmente, en muchos casos es posible que se deba dejar de contratar a otra persona que realmente se necesita, o en el peor de los casos se deba despedir trabajadores para cubrir los gastos de una relación laboral que ahora carece de efecto.

Volvemos entonces a la excesiva protección de la Corte Constitucional quien mediante la sentencia T-449 de 2008, la Corte señaló:

"[E]n los contratos laborales celebrados a término definido en los que esté inmerso un sujeto de especial protección y en los que el objeto jurídico no haya desaparecido, no basta con el vencimiento del plazo ó de la prórroga para dotar de eficacia la terminación unilateral del contrato, sino que, es obligación del patrono acudir ante Inspector del Trabajo para que sea éste quien, en aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, determine si la decisión del empleador se funda en razones del servicio, como por ejemplo el incumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones que le eran exigibles, y no en motivos discriminatorios, sin atender a la calificación que formalmente se le haya dado al vínculo laboral. (Negrilla fuera del texto original).

Y en la Sentencia T 255 de 2012 manifestó:

La estabilidad laboral reforzada ha sido un tema de relevancia constitucional y su fin es asegurar que el trabajador en estado de debilidad manifiesta no esté expuesto en forma permanente a perder su trabajo poniendo en riesgo su propio sustento y el de su familia, por ello el término pactado para la duración de la labor contratada pierde toda su relevancia cuando es utilizado como causa legítima por el empleador para ocultar su posición dominante y arbitraria en la relación laboral ejerciendo actos discriminatorios contra

personas particularmente vulnerables y en condiciones de debilidad manifiesta+

Como podemos observar, según esto, una vez una persona presente cualquier tipo de enfermedad, lo cual es propio de la naturaleza del ser humano, el empleador pierde automáticamente la facultad de terminar el contrato de trabajo como normalmente la Ley lo permite, de conformidad con los artículos 62, 63 y 64 del C.S.T., y cuando se habla de que la pierde, es porque una vez un trabajador en esta situación es despedido, el mismo puede presentar acción de tutela solicitando el reintegro laboral, lo cual es un riesgo latente para el empleador. Es comprensible que el Estado, quiera garantizar la protección de las personas que considere en un estado de inferioridad pero una persona que tenga un virus o una gripa o un esguince de pie no es una persona en estado de inferioridad.

Adicionalmente se debe tener en cuenta lo siguiente; la mayoría de las personas y en general los trabajadores del país son personas de buena fe pero no podemos olvidar que no todas las personas actúan siempre de buena fe y que en algunas ocasiones en razón a la necesidad la gente tiende a aprovecharse de este tipo de situaciones. Una de las consecuencias más graves que ha generado esta situación, es que en algunos casos los trabajadores se han aprovechado de este fuero constitucional creado por la Ley 361 de 1997 y cuando está próximo a terminar su contrato laboral se hacen daño a ellos mismos o se enferman o se incapacitan para que su contrato no pueda ser terminado y el empleador tenga renovarlo.

Un claro ejemplo de ello se presentó en una empresa de producción e instalación de ductos para aires acondicionados, en la cual; a un trabajador que se desempeñaba como mecánico, le entregaron carta de aviso de terminación de contrato a término fijo 35 días antes de la terminación del mismo y una semana antes de la fecha le informaron que debía organizar su puesto de trabajo porque su contrato no sería renovado. El trabajador, no estuvo de acuerdo con la decisión y se fue para el taller de la empresa, cogió un martillo y se martilló sus propios dedos de la mano izquierda, causando que los huesos se quebraran y que se le generara una incapacidad que obligó al empleador a renovar el contrato de trabajo.

Esta situación resulta bastante injusta y complicada, pues siempre los trabajadores han gozado de protecciones especiales por parte del Estado porque eran considerados *la parte débil de la relación laboral*+, hoy en día esto ha cambiado pues se han venido aprovechando de ello y ahora la parte débil es empleador, quien con interpretaciones exageradas de una norma, ha perdido cada vez más sus facultades.

2. Efecto cuando se presentan justas causas de despido:

Todas las causales de terminación, sean voluntarias o tácitas se están viendo excluidas cuando un trabajador se encuentra en un estado de debilidad manifiesta,

debido a que el vínculo laboral no puede ser terminado por protección al trabajador. Eso resulta grave, pues no se puede desconocer que el contrato laboral es una figura propia de derecho privado, y el concepto de estabilidad laboral reforzada está dejando al contrato laboral sin la posibilidad de terminarse de ninguna manera. Este problema puede analizarse en diferentes grados, como son; en los contratos a término fijo o de obra o labor determinada y cuando se presentan justas causas de despido o de terminación del contrato laboral.

El empleador tiene facultades disciplinarias dentro de su empresa frente a sus trabajadores, y hay situaciones que generan justas causas de despido ya sea de acuerdo con el Reglamento Interno de Trabajo, con las faltas graves consagradas en el contrato laboral o con el Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

Según la el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, cuando se presenten justas causas de despido por parte del empleador y el trabajador goce de la protección de estabilidad laboral reforzada, el empleador deberá solicitar un permiso al Ministerio del Trabajo demostrando que la causal de terminación del contrato de trabajo, está sustentada en una justa causa comprobada y no está relacionada con la limitación que sufre el trabajador. Lo que pretende el legislador es proteger a las personas con pérdida de capacidad laboral moderada o severa, al establecer un trámite que impida su despido en razón de su discapacidad. Al respecto la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral se ha pronunciado diciendo:

“que la existencia de un mecanismo, como el administrativo, convierta en inamovible a un trabajador que presenta discapacidad, cuando quiera que media una de las justas causas establecidas en la ley, ni aquel puede aparejarse a una coraza que le permita incumplir las obligaciones, pues lo cierto es que, por el contrario, es plena garantía que se califique si la actuación desplegada es o no con ocasión de un padecimiento, o de la situación de discapacidad, lo que blind a las partes”⁹

Desde esta perspectiva todo va muy bien, porque la norma y la voluntad del legislador está protegiendo a personas de especial protección de ser discriminadas en razón de su condición. El problema entonces que acarrea esta situación es el siguiente:

Primero, cuando se presenta una justa causa de despido generalmente es por un problema grave que se ha generado a causa o alrededor de ese trabajador, y el empleador quiere terminar cuanto antes esa relación laboral ya que, en muchos casos la presencia de ese trabajador en las instalaciones de la empresa, le está causando un perjuicio en el entorno laboral, en razón a la falta cometida. Por lo cual en estos casos, como indica la norma, el empleador antes de dar por terminado el contrato de trabajo debe pedir autorización al Ministerio del Trabajo; pero, aquí

⁹ **Corte Suprema de Justicia.** Sala Laboral. Magistrada ponente: Dra.: Elsy Del Pilar Cuello Calderón. Sentencia 41380 del 13 de marzo de 2013.

enfrentamos la primera dificultad para quien es empleador y es que, el Ministerio del Trabajo, en la práctica siempre se demora más o menos cuatro meses, o más, entonces, en ese orden de ideas ese empleador se tiene que quedar con un trabajador problemático o que le ha causado algún perjuicio durante esos cuatro meses esperando que le den la autorización. Lo cual resulta bastante complicado para un empleador o para una empresa tener a una persona trabajando y pagándole el salario y las prestaciones sociales bajo estas circunstancias.

Segundo, si se tiene en cuenta la posición de la Corte Constitucional, de que ningún trabajador con cualquier tipo de inferioridad puede ser despedido, se obliga a los empleadores a que cada vez que se presenta un problema con un trabajador que conlleve una justa causa a ver y revisar su historial médico, si tiene acceso a este, a ver si alguna vez en la vida se ha enfermado o si ha estado incapacitado durante toda la relación laboral por alguna razón para solicitar permiso al Ministerio. Pues de no hacerlo el trabajador interpone una acción de tutela y no solo es reintegrado sino que el empleador es obligado a pagar la indemnización de 180 días y los salarios, sin solución de continuidad, desde la fecha que se había dado por terminado el contrato. Esta situación resulta absurda para el empleador, pues es muy complicado que los seres humanos no se enfermen nunca o se accidenten y resulta más complicado aún que un empleador tenga que pedir siempre un permiso al Ministerio del Trabajo, que se demora cuatro meses, cuando tiene una justa causa de despido y en muchos casos, el trabajador ni siquiera goza de la protección a la estabilidad laboral reforzada.

Tercero, la verdad es que en la práctica el Ministerio del Trabajo es muy proteccionista del trabajador y casi en ningún caso otorga el permiso, entonces además del tiempo que se demora en resolverlo, generalmente no lo otorga, dejando al empleador sin ningún poder disciplinario sobre sus trabajadores y dándole a los trabajadores la facultad de cometer faltas ilimitadamente, sin ser sancionados, aduciendo a su protección, porque al contar con una protección de tal entidad, que impide la terminación de su contrato, el trabajador queda en una situación de confort tal, que inclusive ya no vuelve a tener un buen desempeño en su labor. Este es el caso de una de las empresas constructores más grandes del país, que ha presentado ante el Ministerio del Trabajo, en diferentes direcciones territoriales (porque tiene obras en varias regiones del país), doce solicitudes de autorización de terminación del contrato de trabajo, le han contestado ocho y ninguno se le ha otorgado, los cuatro restantes aún están en trámite.

En conclusión, terminar el contrato laboral de una persona con protección es casi imposible pues el mecanismo administrativo creado para ello es lento y protege de manera excesiva al trabajador.

3. Con respecto a la solicitud de autorización para terminar el contrato laboral:

ÍLey 361 de 1997 - Artículo 26º.- Modificado por el art. 137, Decreto Nacional 019 de 2012. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo

para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo+

De conformidad con lo establecido en el citado artículo los empleadores deben acudir al Ministerio del Trabajo para solicitar los permisos de despido cuando se presente una justa causa en un trabajador que se encuentre bajo la protección de la estabilidad laboral reforzada. En la práctica se presentan varios problemas frente a esta situación, no solo frente al problema del tiempo que se mencionó anteriormente sino también frente a la posición y a las decisiones que han venido tomando el Ministerio, porque el Ministerio ha tomado una posición excesivamente rígida con el empleador.

Los requisitos que exige el Ministerio de Trabajo solo para presentar la solicitud son los siguientes:

- Copia de traslado de la petición al trabajador.
- Copia del contrato de trabajo o en su defecto manifestación expresa de la relación laboral o de contrato verbal.
- Acreditar representación legal o poder debidamente otorgado en caso de apoderado para el trámite.
- Concepto, certificación o dictamen mediante el cual el tratamiento de rehabilitación culmino, o no existe la posibilidad de culminarse o no es procedente.
- Estudio del puesto de trabajo con el objeto de terminar si efectivamente en la empresa existe o no un cargo acorde con el estado de salud del trabajador.
- Discriminación de los cargos existentes en la empresa.
- Descripción de las competencias o funciones de cada cargo o puesto de trabajo relacionado con la nómina, versus el perfil, aptitudes físicas, psicológicas y técnicas con las que debe contar el trabajador que va a desempeñar el cargo.
- Certificación de la ARL sobre la existencia de la empresa solicitante de los programas de vigilancia epidemiológica de factores de riesgo, relacionados con las actividades laborales, para las que se está solicitando autorización.
- Cualquier tipo de documento mediante el cual el empleador puede haber agotado todas las posibilidades de reincorporación o reubicación laboral mencionados y que en los puestos existentes en la empresa empeorarían la condición de salud del trabajador.
- Anexar copia si existe de las restricciones y/o recomendaciones del trabajador o que definitivamente con base en las capacidades residuales del trabajador, no existe un puesto de trabajo conforme a su estado de salud.
- Acreditar los nombres y direcciones de las diferentes entidades de Seguridad Social donde se encuentra afiliado el trabajador.
- Acreditar los últimos (3) meses de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral.

- Anexar al despacho la dirección exacta y actualizada del trabajador e indicar si este último se encuentra en condiciones físicas para comparecer al despacho para el normal trámite de la solicitud.
- Aclarar si el trabajador acudió a la jurisdicción ordinaria en defensa de sus derechos (Tutela) en caso afirmativo adjuntar copia.
- Si la discapacidad proviene de un accidente de trabajo adjuntar copia del reporte a la ARL.
- Certificado de existencia y representación legal de la empresa.
- Constancia de pago de incapacidad de los últimos (3) meses.
- Copia del estudio del Sistema de Gestión y Seguridad en Salud en el Trabajo.
- Sírvase manifestarle al despacho si el trabajador actualmente se encuentra laborando, ha sido despedido y/o su contrato ha sido terminado.
- Aportar, solicitar pruebas que los interesados consideren pertinentes y/o necesarias que conduzcan a esclarecer los hechos.

Con solo leer los requisitos para presentar la solicitud se puede apreciar la dificultad que representa solicitar y más aún conseguir el permiso. De hecho algunos requisitos resultan absurdos, por ejemplo: Una empresa de construcción con 1900 trabajadores, tiene alrededor de 250 puestos de trabajo diferentes, y el Ministerio pretende que quien presente la solicitud haga un estudio de porque el trabajador no cabe en cada uno de los 250 puestos de trabajo, trámite que no solo es dispendioso, sino además costoso y eso si la empresa ya tiene organizados los puestos de trabajo con sus descripciones. Adicionalmente pretenden que el empleador pruebe que todos esos 250 diferentes cargos que existen en la empresa empeoren el estado de salud del trabajador, lo cual es imposible y en muchos casos así se tenga un lugar donde reubicar al trabajador, el empleador no lo quiere conservar porque la falta es tan grave que simplemente no lo quiere tener más.

Y a lo anterior le sumamos que, en la práctica después de hacer tan dispendioso trámite, así en muchos casos se demuestre la justa causa sea cual sea, después de cuatro (4) meses, como se mencionó anteriormente, el Ministerio del Trabajo casi nunca otorga estos permisos, lo que hace inferir que el trámite de solicitud del permiso no solo es costoso, demorado y dispendioso, sino que, además no sirve para nada y por lo tanto despedir a un trabajador con estabilidad laboral reforzada en Colombia es casi imposible.

4. Con respecto a la reubicación laboral:

La Ley exige que, en caso de que el trabajador por su estado de salud no pueda desempeñar su trabajo, el mismo sea reubicado a otro cargo que pueda desempeñar dentro de la empresa. El problema en este caso es que, cuando estas decisiones se deben tomar con trabajadores operativos, que generalmente saben realizar es trabajo físico es muy difícil buscar donde reubicarlos, porque muchas veces son trabajadores que no han terminado el bachillerato, no saben leer y escribir

y en la empresa no hay nada más que puedan hacer. Una típica situación en la que se presenta este problema es el siguiente:

Una empresa de transportes de mercancía tiene una oficina donde hay dos secretarías que se encargan de recibir y direccionar las encomiendas y tiene diez hombres que se encargan de cargar las cajas a los camiones. Es muy común que estos trabajadores hagan fuerzas mal hechas y presenten hernias o lumbagos, y después de presentarlos el médico laboral los reintegre con una recomendación de labores en la que diga que debe ser reubicado porque ese trabajador no puede levantar carga ni estar mucho tiempo parado. En ese caso se presenta un claro problema pues el empleador no tiene más puestos de trabajo, lo único sería ponerlo a supervisar o si el trabajador tiene algún nivel de educación terminar el contrato laboral de la secretaria para que este trabajador lo haga.

Como se puede observar, la situación no es para nada fácil y todo el problema es del empleador, pues es quien tiene que buscar como reestructura su empresa para acomodar al trabajador, quien muchas veces ni siquiera queda conforme con el nuevo trabajo que le es asignado, lo cual deja bastante claro que el tema de la reubicación no siempre es una solución y la Ley no tiene en cuenta este tipo de inconvenientes.

5. Con respecto a la empresa o empleador como unidad económica y la afectación al mercado laboral:

Uno de los principales problemas que ha enfrentado el empleo en Colombia es la alta tasa de informalidad del mismo, pues resulta tan costoso tener un empleado que se han inventado todo tipo de formas para evitar pagar tan alto costo. Las empresas privadas son el principal proveedor del empleo formal en el país y en muchas el gasto más grande que tiene la empresa es el pago de los salarios y las prestaciones sociales de todos sus trabajadores.

La Ley 361 de 1997 ha tenido un impacto económico dentro de las empresas que ha sido lento pero que en los últimos años se ha venido notando de manera significativa no solo porque tiene que conservar a los trabajadores que presenten algún tipo de inferioridad sino porque ha tenido que invertir más en los exámenes médicos de ingreso.

Cuando un trabajador está en un proceso de selección para cualquier cargo dentro de una organización, le exigen hacerse el examen médico de ingreso, el cual en principio era un examen de rutina para saber el estado de salud de la persona. Ahora, con el problema de la estabilidad laboral reforzada y con el tratamiento que le ha venido dando la Corte Constitucional las empresas son más cuidadosas al contratar y quieren saber todo sobre la salud del trabajador, porque saben que si padece de alguna enfermedad o está en algún tratamiento médico, ese trabajador tiene una protección especial que en algunos casos ha sido extendido incluso hasta

en el periodo de prueba. Entonces como prevención las empresas están realizando exámenes médicos de ingreso más específicos y más costosos, porque si el trabajador padece de cualquier situación de salud puede que no sea contratado. El examen más específico por trabajador le cuesta a la empresa la suma de \$61.500 pesos, valor en el que prefiere incurrir antes de contratar una persona con cualquier enfermedad.

Esta situación resulta muy compleja no solo por el costo que están teniendo que asumir las empresas para estos exámenes sino porque si analizamos un poco más allá se está viendo gravemente afectada la oferta laboral. Uno de los filtros en los que más personas se quedan para los cargos operativos en los procesos de selección son los exámenes médicos de ingreso, pues a las empresas ya les da miedo contratar a personas que presenten cualquier tipo de situación.

Ahora, es importante resaltar que el problema no es las personas con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, pues para estos casos la Ley 361 de 1997 otorga a las empresas beneficios tributarios por tener dentro de sus empleados a personas con limitaciones.¹⁰ Quienes realmente presentan el problema son las personas que no tengan una discapacidad o una pérdida de capacidad laboral sino que estén enfermas o hayan sufrido de una enfermedad o accidente. En este orden de ideas, las empresas ya no van a querer contratar, o no van a poder contratar a una persona que tenga diabetes, o a una persona que haya padecido cáncer o a una persona con problemas cardiacos o con problemas auditivos, porque en adelante éstas personas podrán ser sujetos de especial protección y se convertirán en una carga para las empresas.

Este panorama es bastante grave, la oferta laboral del país se ve afectada y la tasa del empleo formal bajará en razón a la excesiva protección. Todo en razón a la

¹⁰ **Ley 361 de 1997.** Artículo 24º.- Los particulares empleadores que vinculen laboralmente personas con limitación tendrán las siguientes garantías:

- a. A que sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitación, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados si estos tiene en sus nóminas por lo menos un mínimo del 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad enunciadas en la presente ley debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona y contratados por lo menos con anterioridad de un año; igualmente deberán mantenerse por un lapso igual al de la contratación;
- b. Prelación en el otorgamiento de créditos subvenciones de organismos estatales, siempre y cuando estos se orienten al desarrollo de planes y programas que impliquen la participación activa y permanente de personas con limitación;
- c. El Gobierno fijará las tasas arancelarias a la importación de maquinaria y equipo especialmente adoptados o destinados al manejo de personas con limitación. El Gobierno clasificará y definirá el tipo de equipos que se consideran cubiertos por el beneficiario.

interpretación que se la ha estado dando a la protección a la estabilidad laboral reforzada por parte de la Corte Constitucional.

CAPÍTULO III: Í EL IMPACTO DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN EL EMPLEADORÍ

Introducción al capítulo

El empleador, es conocido popularmente como la parte fuerte de la relación laboral, lo anterior se debe a que, se entiende que, económicamente el empleador es más poderoso que el trabajador ya que el trabajador depende de su trabajo para cumplir sus necesidades básicas. Además, a través de la historia, en casi todo el mundo, los trabajadores han sido víctimas de abusos laborales por parte de sus empleadores por mal pago, malas condiciones de trabajo, malos tratos, etc. No solo las organizaciones mundiales de trabajo han ido disminuyendo estas situaciones sino que, cada país ha ido regularizando cada vez más la relación laboral. En Colombia, hoy en día la protección al trabajador es muy amplia, tanto la Ley como las altas Cortes se han encargado de garantizar al máximo los derechos de los trabajadores; unificando la Ley laboral, de manera que los trabajadores hoy conocen todos sus derechos y les es más fácil hacerlos cumplir.

Sin duda la formalización del empleo es muy importante para el país, la protección al empleo digno y a la seguridad social es una protección fundamental, que el Estado debe garantizar, pero esta formalización y rigidez por parte del Estado también tiene sus consecuencias negativas en el mercado laboral. En materia económica el costo de tener un empleado en Colombia de manera formal es muy alto para el empleador, lo que reduce la oferta de empleo. Y si además a ese costo le sumamos todos los deberes y obligaciones que la estabilidad laboral reforzada le impone al empleador, cuando un trabajador se encuentra en estado de debilidad manifiesta, no solo hace que contratar formalmente a un trabajador sea costoso de manera económica, sino que también está reduciendo la oferta laboral. Lo anterior debido a que, actualmente los empleadores hacen un riguroso proceso de selección para no contratar a personas que presenten o que puedan presentar cualquier tipo de debilidad manifiesta.

El objetivo de este capítulo es analizar profundamente al empleador colombiano económicamente y con ello analizar la viabilidad o el impacto de la protección a la estabilidad laboral reforzada.

1. El empleador en Colombia:

En Colombia, los empleadores son personas jurídicas y personas naturales, aunque los primeros son más organizados en materia de contratos y seguridad social, ambos tienen las mismas obligaciones con respecto a ello. El empleador varía según la actividad económica o según el servicio que preste el trabajador, pero todos los empleadores se ven afectados por la estabilidad laboral reforzada de distinta manera.

1.1. Empleador persona natural:

La figura del empleador persona natural en Colombia es muy común, ya sea porque la actividad económica es pequeña o informal, o porque el trabajo que se necesita no es producto de una actividad económica sino de la actividad doméstica. Los casos más comunes de las relaciones laborales entre empleadores personas naturales y trabajador son las siguientes:

- Para el hogar: el empleador es el dueño del hogar y necesita contratar; empleadas domésticas, conductores domésticos, niñeras, etc.
- Para la finca: el empleador es el dueño de la finca y necesita contratar; empleada doméstica, mayordomo, etc.
- Para los consultorios médicos y oficinas: el empleador es el médico dueño de su consultorio privado o cualquier profesional que tenga una oficina y necesita contratar; secretaria, ayudante del aseo.
- Para los negocios pequeños e informales (que no se constituyen como empresa y que en Colombia son muy comunes) como las tiendas, peluquerías, talleres mecánicos, establecimientos de comercio pequeños, etc.: el empleador es el dueño del negocio y necesita contratar; ayudantes o vendedores.

El hecho de que el empleador sea una persona natural no lo exonera de los deberes y obligaciones que le imponen la Ley 361 de 1997 y todo el concepto de estabilidad laboral reforzada; el problema es que algunas de las exigencias de la Ley se vuelven mucho más complicadas cuando el empleador es persona natural. Económicamente el empleador persona natural, no es un empleador tan solvente y estable como lo puede ser una empresa, de lo contrario, el empleador persona natural debe trabajar para poder pagar a sus trabajadores mes a mes. Por lo general, no tienen más de un trabajador, y si este trabajador se enferma o se encuentra en un estado de debilidad manifiesta el empleador se ve directamente afectado.

Las posibles situaciones que se pueden presentar si uno de estos trabajadores se enferma, o se encuentra en un estado de debilidad manifiesta son:

- El trabajo que esta persona realiza es personal y si no puede realizarlo el empleador se ve perjudicado pues no tiene quien le preste el servicio.
- Mientras el trabajador se encuentre incapacitado o esperando la calificación de pérdida de capacidad laboral, el empleador debe seguir pagando su sueldo y su seguridad social y además debe contratar a otra persona para que lo reemplace y pagarle también salario y seguridad social, lo que significa un costo adicional.
- En caso de que el trabajador ya no pueda realizar el trabajo para el cual fue contratado y necesite ser reubicado el empleador no va a tener donde reubicarlo, pues si su labor era ser empleada doméstica, la dueña de la casa solo tiene ese puesto de trabajo para ofrecerle y la reubicación es imposible,

situación que se repite con los mayordomos, los jardineros, los conductores domésticos, las niñeras, las secretarias, etc.

- Si el trabajador llegase a incurrir en una falta grave, el empleador tendría que solicitar el permiso de terminación del contrato. Este empleador tendría que contratar un abogado que le ayudara con el trámite y adicionalmente pagarle a ese trabajador que incurrió en una falta grave el salario y la seguridad social durante el término que se demore el Ministerio en dar el permiso.
- Cuando el trabajo para el cual el trabajador fue contratado se acaba, por ejemplo: el niño crece y la niñera no es necesaria, o se vende la finca y el mayordomo ya no es necesario, o los dueños de la casa se van a vivir a otro país y ya la empleada doméstica no es necesaria, etc. En todos casos habría una justa causa de terminación del contrato, pero el vínculo laboral no puede ser finalizado entonces mientras se resuelve el permiso el empleador tiene que seguir pagando salario y seguridad social, incluso si el servicio no está siendo prestado.

Todas las situaciones planteadas generan gastos económicos al empleador, que para una persona natural pueden ser muy difíciles de cubrir, además la mayoría no tienen mucho conocimiento legal y tendría que acudir a un abogado para que le ayude en estos aspectos.

Por otro lado, hay situaciones que la Ley 361 de 1997 ni siquiera contempla para personas naturales, como por ejemplo: si el empleador persona natural se muere, ¿Quién queda a cargo del trabajador con estabilidad laboral reforzada? En estos casos, el trabajador quedaría desprotegido, debido a que no solo no tiene quien le pague el salario y la seguridad social, sino que, además con pérdida de capacidad laboral ya nadie lo va a contratar, quedando completamente desprotegido.

1.2. Empleador persona jurídica:

Cuando el empleador es persona jurídica, en teoría es un poco más fácil de administrar los temas laborales y económicos, toda vez que las personas jurídicas generalmente desarrollan actividades económicas y tienen un personal administrativo que se encargan de éstos temas. De igual manera se presentan casos en los que la estabilidad laboral reforzada se vuelve difícil de manejar.

Para hacer el análisis con los empleadores persona jurídica, se deben hacer una distinción dependiendo del tamaño de la empresa, dado que, no es lo mismo una empresa grande que una empresa pymes¹¹.

Empresa grande vs. Empresa pymes:

¹¹ Pequeñas y medianas empresas.

El 96% de las empresas del país son empresas pymes¹², y solo el 4% restante son empresas grandes.

Las empresas pymes son: microempresas que no superan los 10 trabajadores; pequeñas empresas que están entre los 11 y los 50 trabajadores; y empresas medianas que están entre 51 y 200 trabajadores. El problema mayor que presentan estas empresas, además del costo económico es el tema de la reubicación. Lo anterior debido a que, estas empresas no tienen muchos puestos de trabajo que ofrecer, entonces cuando un trabajador ya no puede desempeñar su labor y debe ser reubicado por recomendación médica, la empresa no va a tener un puesto donde reubicarlo. Generalmente estas personas son reubicadas, en puestos de trabajo que no les gusta como por ejemplo de archivadores, lo que causa un descontento al trabajador y al ambiente laboral. Pero, no hay nada que hacer al respecto, porque la empresa no puede desvincular a ese trabajador y tiene que encontrarle algo que hacer.

Las empresas grandes: son quizás los empleador menos afectados, aunque la norma es la misma tienen más capacidad económica y además tienen muchos más puestos de trabajo en los cuales reubicar a los trabajadores. Ahora, un factor a tener en cuenta es la actividad económica que realice la empresa, toda vez que, hay negocios más fluctuantes que otros. Por ejemplo, la construcción es una actividad que demanda un gran número de trabajadores de mano de obra, pero estas empresas ofrecen trabajo dependiendo de los contratos que tengan. Se pueden presentar ocasiones en las que la obra se acaba y los vínculos laborales de los trabajadores en estado de debilidad manifiesta no pueden terminarse, presentando un problema para la empresa si no tiene más obras no tiene donde reubicarlo. Incluso hay casos en los cuales la obra se realiza en una ciudad donde no hay sede administrativa de la compañía, entonces la empresa no tiene nada de trabajo que ofrecerle al trabajador en esa ciudad. Pero aun así tiene que seguir pagándole el salario y las prestaciones sociales, aun cuando el trabajador no está prestando el servicio.

¹² **GIRALDO** Beatriz Elena. Estadísticas de la Microempresa en Colombia Análisis Corporativo 1990 – 2005. Observatorio Colombiano de las Microempresas. Pág. 8 de 16.

CONCLUSIONES

Jurídicas:

El problema de la protección a la estabilidad laboral reforzada, no es un problema normativo sino de interpretación. Pues ha sido la Corte Constitucional, quien ha elevado la protección a tal punto que ha dejado al empleador sin opciones cuando se le presentan estos casos.

La Corte Constitucional, le está imponiendo cargas constitucionales al empleador, debido a que, se está asegurando de proteger a las personas que considera en estado de inferioridad a costas de la relación laboral.

Jurídicamente, hoy es casi imposible para un empleador ejercer la autonomía de la voluntad y las normas laborales establecidas para la terminación de los contratos de trabajo cuando el trabajador presenta un estado de debilidad manifiesta. Los mecanismos que le exigen para hacerlos son imposibles de cumplir.

Económicas:

Se está viendo afectado el mercado laboral, con esta situación los requisitos para contratar a un empleador en temas de salud ahora son rígidos y complicados. Adicionalmente el costo que tienen que asumir las empresas para mantener vigentes los vínculos laborales, de las personas con debilidad manifiesta es tan alto que se están despidiendo trabajadores dentro de las organizaciones. Cada vez las empresas están invirtiendo más cantidad de dinero en los exámenes médicos de ingreso, con el fin de descartar cualquier estado de salud del trabajador que pueda ponerlo en un estado de debilidad manifiesta.

Interrogantes que nos deja el análisis:

¿Qué pasa si un empleador persona natural, que está a cargo de una persona con estabilidad laboral reforzada se muere? Esta es una de las situaciones que la Ley no resuelve, en caso de que esto suceda dicho trabajador quedaría completamente desprotegido. Por un lado, deja de recibir su sueldo y deja de estar afiliado a la seguridad social y por el otro nadie más lo va a contratar en razón de su estado de debilidad manifiesta. ¿Quién debe asumir la carga de proteger a este trabajador?

¿Qué va a pasar en adelante, con las personas que padezcan de enfermedades tan comunes como la diabetes, la presión arterial alta, el cáncer, la osteoporosis, etc.? En el futuro, nadie va a querer contratar a trabajadores que presenten cualquier tipo de afectación de salud, aun pudiendo trabajar. Situación que es bastante grave porque entonces estas personas, ahora si van a quedar desprotegidas debido a que les va a ser imposible conseguir trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

Código Sustantivo del Trabajo y Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. 34ª Edición. Bogotá D.C. Legis. 2014. Pág. 851.

Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Sentencia C 824 de 2011.

Corte Constitucional de Colombia. Magistrado: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia T 018 de 2013

Corte Constitucional de Colombia. Magistrado: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia T 548 de 2012.

Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz. Sentencia 39207 del 28 de agosto de 2012.

Ministerio del Trabajo. Dirección Territorial del Valle del Cauca. Resolución No. 2014001941 del 14 de agosto de 2012.

Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Magistrada ponente: Dra.: Elsy Del Pilar Cuello Calderón. Sentencia 41380 del 13 de marzo de 2013.

Ley 361 de 1997. Diario Oficial No. 42.978, de 11 de febrero de 1997. Congreso de Colombia

GIRALDO Beatriz Elena. Estadísticas de la Microempresa en Colombia Análisis Corporativo 1990 . 2005. Observatorio Colombiano de las Microempresas. Pág. 8 de 16.

