

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA EL DESPIDO DE
TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD DEBIDO A SU INEPTITUD PARA
REALIZAR LA LABOR ENCOMENDADA: ¿GARANTIZA PLENAMENTE SUS
DERECHOS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES?

LUIS EMILIO VALDERRAMA GOMEZ

JUAN PABLO JIMÉNEZ RESTREPO

Monografía para optar por el título de Abogado

ASESOR TEMÁTICO: MARIO ENRIQUE CORREA MUÑOZ

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2018

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA EL DESPIDO DE
TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD DEBIDO A SU INEPTITUD PARA
REALIZAR LA LABOR ENCOMENDADA: ¿GARANTIZA PLENAMENTE SUS
DERECHOS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES?

LUIS EMILIO VALDERRAMA GOMEZ

JUAN PABLO JIMÉNEZ RESTREPO

Monografía para optar por el título de Abogado

ASESOR TEMÁTICO: MARIO ENRIQUE CORREA MUÑOZ

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2018

Nota de aceptación

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Medellín / 2018.

Contenido

Resumen.....	6
Palabras claves	7
Planteamiento del problema	8
Pregunta problematizadora	15
Objetivos	16
Justificación	17
Introducción	20
CAPÍTULO I	22
Marco jurídico laboral para las personas con discapacidad en Colombia	22
Concepto de discapacidad	22
Marco jurídico internacional para las personas con discapacidad	30
Marco Constitucional	38
Marco legal nacional	46
CAPÍTULO II	52
Estabilidad laboral reforzada en Colombia frente a la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador: PcD y debilidad manifiesta.....	52
Debilidad manifiesta en la Constitución y la Jurisprudencia: alcance y consecuencias.....	52
La estabilidad laboral reforzada y sus destinatarios	56
Aplicación de la estabilidad laboral reforzada en PcD y otros: la ley 361 de 1997.....	63
La sentencias hito sobre la materia y sus problemas jurídicos	65
La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia frente a la ley 361 de 1997	69
Conclusiones sobre la jurisprudencia analizada.....	75
CAPÍTULO III	81
Procedimiento administrativo para el despido de las PcD por ineptitud en el desempeño de sus labores.....	81
Aproximación a la causal 13 del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo.....	81
Ineptitud del trabajador discapacitado para prestar el servicio convenido: trámite y diferencias respecto a los trabajadores no discapacitados.....	90
Trámite administrativo para la desvinculación laboral de las PcD: Ministerio del Trabajo	97
CONCLUSIONES	107

Referencias.....112

Resumen

Esta investigación aborda la estabilidad laboral reforzada de las personas con discapacidad -PcD- al momento de terminación de su contrato laboral, cuando la causal invocada por el empleador es el numeral 13 del artículo a) del artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo, relativa a la *ineptitud del trabajador para prestar el servicio convenido*. A través de una lectura del artículo 26 de la ley 361 de 1997, armonizada con la Constitución Política, los tratados internacionales y la jurisprudencia en torno a la condición de discapacidad, se analiza críticamente el procedimiento administrativo de terminación del vínculo laboral cuando la discapacidad se encuentra insuperable e incompatible con las labores a desempeñar y la posibilidad de reintegración laboral del trabajador, así como también se pregunta cuál es la protección especial de índole constitucional a la que pueden acceder las PcD a quienes se discrimine negativamente con ocasión de su discapacidad, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, haciendo un seguimiento a la presunción de discriminación como figura de discriminación positiva consagrada por dicha ley de 1997.

Palabras claves

Personas con Discapacidad

Presunción de Discriminación

Ley 361 de 1997

Jurisprudencia

Estabilidad laboral reforzada.

Planteamiento del problema

En Colombia, bajo la vigencia de la Constitución Política de 1991, los tratados internacionales en materia laboral ratificados, la ley estatutaria 1618 de 2013 y la ley 361 de 1997, se ha configurado una llamada “presunción de discriminación”, la cual opera en los eventos de despido de trabajadores en situación de discapacidad. Esta presunción, antes no reconocida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido recientemente aceptada por dicha Sala en la sentencia SL1360 de 2018, y partir de ella, se traslada la carga de la prueba de la causal que motiva el despido al empleador, el cual debe demostrar ante las autoridades respectivas que la desvinculación laboral no obedece a la discriminación presumida por la ley, cuando no se invoca una justa causa para proceder al despido de una persona con discapacidad. En este contexto, el empleador debe acudir a instancias institucionales, en caso de controversia, para exponer al Ministerio del Trabajo, la configuración de la causal o las causales que dan lugar al despido, con base en el Código Sustantivo del Trabajo que las consagra taxativamente. Esta presunción de discriminación fue objeto de control constitucional en sentencia C-531 de 2000, con ponencia del magistrado Álvaro Tafur Galvis, y en ella se clarifica lo siguiente:

En cuanto al primer contenido normativo acusado por los actores, expuesto en el inciso 1o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que señala que ninguna persona limitada puede ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo, para la Corte es claro que en lugar de contradecir el ordenamiento superior, lo desarrolla. **Lo anterior, pues se evidencia como una protección del trabajador que sufre**

de una disminución física, sensorial o síquica, en cuanto impide que ésta se configure per se en causal de despido o de terminación del contrato de trabajo, pues la misma sólo podrá alcanzar dicho efecto, en virtud de “la ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada” (C.S.T., art. 62, literal a-13), y según el nivel y grado de la disminución física que presente el trabajador.

En tal situación, el requerimiento de la autorización de la oficina de Trabajo *para proceder al despido o terminación del contrato de trabajo debe entenderse como una intervención de la autoridad pública encargada de promover y garantizar el derecho al trabajo según el ordenamiento jurídico nacional e internacional vigente sobre estas materias*, para corroborar la situación fáctica que describe dicha causa legal de despido y proteger así al trabajador.

Es de reiterar, según lo señalado por esta Corte con anterioridad, que la legislación que favorezca a los discapacitados “no consagra derechos absolutos o a perpetuidad que puedan ser oponibles en toda circunstancia a los intereses generales del Estado y de la sociedad, o a los legítimos derechos de otros (Sentencia C-531 de 2000) (Negrilla y cursiva fuera del original).

Visto lo anterior, además de las otras causales consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo, este consagra como justa causa de terminación del contrato *La ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada* (artículo 62, literal a), numeral 13), lo cual obliga a pensar en esta causal, abiertamente relacionadas con el desempeño laboral del trabajador, como posibles encubridoras de violaciones al derecho al trabajo y la igualdad

material de los trabajadores con discapacidad, puesto que, dada su especial condición de discapacidad, es apenas natural que su desempeño no sea equivalente al de sus compañeros o que la función que preste no sea óptima, situación que no debe desconocerse, aunque la ley permita al empleador, según la sentencia citada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le baste al empleador esgrimir una justa causal de despido.

Por esta razón, esta sentencia, ese decir, la SL/1360 de 2018, y el general el ordenamiento jurídico colombiano, desde la propia Carta Constitucional y los tratados internacionales, hasta las normas especializadas sobre la materia, deben ser sometidas a un análisis hermenéutico que permita identificar cuándo se configura una causa justa de despido de trabajadores en situación de discapacidad en razón de su desempeño laboral, y cuáles son los derechos, las obligaciones, las garantías reforzadas y los procedimientos especiales a favor de esta población vulnerable, pues la incorrecta interpretación de la norma y la jurisprudencia puede llevar a vulnerar derechos fundamentales como la igualdad material, así como la vida digna, el mínimo vital y otros derechos de primer orden asociados al derecho al trabajo.

Cabe destacar en este punto que el Ministerio del Trabajo, organismo encargado de autorizar o denegar, a través de sus inspectores, la solicitud de los empleadores para despedir a sus trabajadores con discapacidad, expidió en 2010 el concepto 363455, según el cual, para que dicha solicitud pueda ser aprobada, se requiere:

- a) Concepto, certificación o dictamen mediante el cual el tratamiento de rehabilitación culminó, no existe posibilidad de culminarse o no es procedente.

b) Estudios de puesto de trabajo con el objeto de determinar si efectivamente en la empresa existe o no un cargo acorde a la salud del trabajador.

c) La discriminación de cargos en la empresa.

d) Un documento que describa las competencias o funciones de cada cargo o puesto de trabajo relacionado en la nómina, versus el perfil, aptitudes físicas, psicológicas y técnicas con las que debe contar el trabajador que va a desempeñar el cargo.

e) Cualquier tipo de documento mediante el cual el empleador pruebe 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 ó que definitivamente con base en las capacidades residuales del trabajador, no existe un puesto de trabajo para ofrecerle conforme a su estado de salud.

Este procedimiento, de índole administrativa, que busca respaldar ante el Ministerio de Trabajo la solicitud de despido, sin embargo, no está consagrado en la ley de manera específica, pues ninguna norma de rango constitucional o legal así lo dispone, y en consecuencia acude al Procedimiento Administrativo Sancionatorio – PAS – del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, siguiendo las directrices probatorias estipuladas en un concepto, cuya naturaleza jurídica, como se ha reiterado en múltiples ocasiones, no tiene un carácter vinculante para terceros, es decir, no sustituye la ley:

Los conceptos emitidos por las entidades públicas en respuesta a un derecho de petición de consultas de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, insistimos, son orientaciones, puntos de vista, consejos y cumplen tanto una función didáctica como una función de comunicación fluida y transparente. De llegar a establecerse una responsabilidad patrimonial por el contenido de tales conceptos, entonces, esto podría traer como consecuencia no solo que se rompa el canal fluido de comunicación entre el pueblo y la administración que existe y se ha consolidado en virtud del ejercicio del derecho de petición de consultas, sino que podría significar, al mismo tiempo, la ruptura del principio de legalidad y con ello una vulneración del principio de estado de derecho por cuanto se le otorgaría a cada autoridad pública el derecho de hacer una interpretación auténtica de la ley (Sentencia C-542, 2005) (Negrilla fuera del original).

Por esta razón, se considera oportuno indagar en la normatividad colombiana y su bloque de constitucionalidad para identificar no sólo cuando se configura la causal de despido justificado de personas con discapacidad, atendiendo a su especial condición física o psíquica y sus derechos especiales en materia de garantías laborales reforzadas, sino también cuál es el procedimiento que deben seguir los empleadores para hacerla efectiva, si ello fuere posible, a fin de constatar si el Estado colombiano y por supuesto los particulares en su calidad de patrones, están respetando los derechos laborales y aún fundamentales de las personas con discapacidad cuando dan por terminado su contrato de trabajo, en especial,

considerando la posición del Ministerio del Trabajo en su concepto 1200000- 130078, en la cual enfatiza :

Se deduce que solo aquellos trabajadores que se encuentren en situación de discapacidad manejada ésta dentro de parámetros de razonabilidad, cuando la misma afecte gravemente la situación del trabajador que le impida desempeñar adecuadamente la labor, tendrían este fuero de estabilidad laboral reforzada y el Empleador estaría obligado a solicitar la Autorización del Inspector de Trabajo y Seguridad Social, a la que alude el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, **por cuanto la discapacidad de una persona, no implica necesariamente la falta de su capacidad para laborar.**

Por ello, el Inspector de Trabajo y seguridad Social, **al decidir la solicitud de autorización de despido por razón de su discapacidad, no debe involucrarse en el estudio de las normas relativas a las justas causales de despido señaladas para el trabajador oficial en la Ley 734 de 2002 y para el trabajador particular en el Código Sustantivo del Trabajo; sino analizar el cumplimiento por parte del Empleador de obligaciones legales que implica la realización de actividades y tareas previas que debió cumplir al realizar el reintegro del trabajador a su labor vencida la incapacidad o la rehabilitación.** (Concepto 1200000-130078, 2016).

De este modo, en el escenario en que el propio Ministerio de Trabajo sustenta su decisión sobre el despido de personas con discapacidad con base en otros criterios, distintos a las causales taxativas del Código Sustantivo de Trabajo u otras normas laborales

especiales de acuerdo con la calidad o vínculo jurídico del empleado, buscando establecer el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones especiales del empleador frente a su empleado con estabilidad laboral reforzada, se pregunta, a partir de la ley 361 de 1997, la ley 1618 de 2013, el bloque de constitucionalidad (Convenios de la OIT , Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, etcétera) y la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

Pregunta problematizadora

¿El procedimiento administrativo para el despido de trabajadores en situación de discapacidad debido a *su ineptitud para realizar la labor encomendada* garantiza plenamente sus derechos constitucionales y convencionales?

Objetivos

General:

Verificar si el procedimiento administrativo para el despido de trabajadores en situación de discapacidad debido a *su ineptitud para realizar la labor encomendada* garantiza plenamente sus derechos constitucionales y convencionales

Específicos:

Recopilar la normatividad vigente del orden constitucional, convencional y legal en Colombia en materia del derecho al trabajo de las personas en situación de discapacidad.

Analizar las normas, los procedimientos y la jurisprudencia establecidos para el despido de los trabajadores en situación de discapacidad a causa de su desempeño, y su eficacia frente a la garantía de sus derechos constitucionales y convencionales.

Realizar una crítica propositiva de las normas y procedimientos establecidos para el despido por ineptitud laboral de las personas con discapacidad en el marco de los derechos especiales de esta población reconocidos en el ámbito nacional e internacional.

Justificación

En Colombia, de acuerdo con Registro de Localización y Caracterización de Personas con Discapacidad -RLCPD-, según publicación de El Colombiano (2018), para junio de 2018 se encuentran registradas 1.400.000 personas con discapacidad - PcD, aproximadamente el 3% de la población total de colombianos. Esta cifra es inferior a la registrada por el Censo General de 2005 del Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE, según el cual, para aquella fecha, en el país había una población con discapacidad de 2.600.000, aproximadamente. De modo que es posible que el con Registro de Localización y Caracterización de Personas con Discapacidad -RLCPD- no comprenda toda la población con discapacidad. Sin embargo, este registro, sí ha permitido una mejor caracterización de la población con discapacidad, especialmente en materia de inclusión laboral y ocupación de las PcD.

Las cifras actuales, recogidas también por Fedesarrollo en mayo de 2018, son realmente preocupantes, pues indican que a pesar de la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – CDPCD- y la incorporación al ordenamiento de normas como la ley estatutaria 1618 de 2013, los avances reales en materia de inclusión e integración laboral de las PcD son casi nulos. Según el Informe Mensual del Mercado Laboral de Fedesarrollo de mayo de 2018:

A pesar de lo anterior, la información del RLCPD permite hacer una caracterización de la población con discapacidad. De acuerdo con las estadísticas, el 31% de las personas registradas se encuentran incapacitadas de manera permanente para trabajar y no cuentan con una pensión, y apenas

el 12% se encuentra trabajando (Gráfico 2). Adicionalmente, de las personas que se encuentran trabajando, el 80% refirieron trabajar sin contrato laboral y solo el 7% afirmaba tener un contrato a término fijo (Fedesarrollo, 2018, p. 5).

Como se lee, la tasa de ocupación laboral de las PcD es realmente mínima, respecto no sólo la población con discapacidad, sino respecto a la población total de colombianos laboralmente activos. Todavía se observa con mayor preocupación la tasa de informalidad laboral en este grupo poblacional, incluso por encima de la media nacional de 45% para hombres y 49% para mujeres (El tiempo, mayo, 2018). Que solo el 7% de las PcD tenga un vínculo laboral formal resulta francamente decepcionante, aunque, no por ello, debe descuidarse el seguimiento activo a estos vínculos, a fin de garantizar para las PcD los derechos constitucionales y convencionales a los que son acreedores por su especial condición de vulnerabilidad. Dentro de estos derechos sobresale el derecho a la estabilidad laboral, consagrado, entre otros, por la CDPCD (artículo 27), la ley estatutaria de 1618 de 2013 (artículo 13) y la Constitución Política (Art. 1, 2, 25, 47 y 53), el cual, tratándose de personas con discapacidad, está a su vez regulado por la ley 361 de 1997, mediante la cual se establece el trámite para el despido de las PcD y se consagra la figura de discriminación.

Este trabajo de investigación hermenéutica encuentra su justificación precisamente en el reconocimiento de las necesidades especiales de las PcD y en la problematización del Derecho como una manera de transformarlo y comprenderlo a cabalidad, en una clara línea de constitucionalización del ordenamiento jurídico. La estabilidad laboral reforzada de las PcD, en especial con base en el artículo 26 de la citada ley 361 de 1997, ha sido un asunto polémico al interior del ordenamiento, puesto que incluso ha enfrentado los criterios de la

Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, lo cual amerita un análisis concienzudo que de cuenta de los alcances del amparo especial que las actuales leyes y la actual jurisprudencia brindan a las PcD en materia de estabilidad ocupacional, a fin de verificar si se ajusta a sus derechos constitucionales y convencionales.

Introducción

Aunque en Colombia existen normas sobre la condición de discapacidad incluso desde antes de promulgada la Constitución Política de 1991, sólo hasta la promulgación de esta carta fundacional y posteriormente la ratificación de tratados especializados, conforme al nuevo paradigma de interpretación de la discapacidad, conocido como Enfoque de Derechos, las PcD tienen un marco normativo extenso y garantizar para hacer valer sus derechos como sujetos de especial protección constitucional.

La ratificación por parte de Colombia de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad – CDPCD- de 2006, fue el primer espaldarazo para la articulación de un sistema normativo de índole nacional concretado en el Sistema Nacional de Discapacidad y ulteriormente con ley estatutaria 1618 de 2013. Este nuevo escenario normativo, marcado por el Enfoque de Derechos como paradigma de interpretación, exige un mayor compromiso por parte de los Estados en la salvaguarda de las PcD y sus derechos, mediante la adopción de ajustes razonables y acciones afirmativas, producto de la discriminación positiva que conduzca a la igualdad formal y material de las PcD, de acuerdo con el texto constitucional del artículo 13 superior.

Así las cosas, no sólo es pertinente que la legislación futura se ajuste a los nuevos estándares normativos e interpretativos respecto a la discapacidad como fenómeno social, sino que conviene reinterpretar el ordenamiento jurídico para que reproduzca los principios constitucionales y convencionales que rigen a favor de las PcD. Como ejemplos manifiestos de esta consecuencia inevitable del Enfoque de Derechos implícito en la nueva legislación y la reciente jurisprudencia, podemos encontrar el artículo 137 del Decreto 19

de 2012 y la sentencia C-458/15 de la Corte Constitucional, en los cuales se advierte de la posibilidad de que el lenguaje empleado en anteriores normas de nuestro ordenamiento tenga un efecto discriminatorio y contravenga los derechos de las PcD.

En esta misma línea, esta investigación de cuño hermenéutico, se propone interpretar el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, a fin de conocer cuál es el actual estado de protección, en materia de estabilidad laboral reforzada, de las PcD, especialmente en cuanto a la conservación de su empleo y condiciones laborales, teniendo presente siempre como escenario el actual panorama normativo y conceptual en torno a la discapacidad en el país, para lo cual conviene inicialmente conocer el Enfoque de Derechos y la legislación reciente sobre discapacidad y derecho al trabajo de las PcD.

CAPÍTULO I

Marco jurídico laboral para las personas con discapacidad en Colombia

Concepto de discapacidad

Sin ánimo de centrar la atención en la evolución etimológica o epistemológica de la discapacidad, asunto inabordable en el marco de esta investigación, es necesario poner de manifiesto que su significación ha variado considerablemente de acuerdo con los diferentes períodos históricos y los contextos sociales en que ha sido conceptualizada. En términos generales, Duque, Quintero y González (2016), afirman:

La discapacidad ha sido abordada a nivel mundial principalmente desde tres modelos: el de prescindencia, el rehabilitador y el social, que ilustran la visión que se ha dado a este estado de salud en la persona. Así, el *modelo de la prescindencia* se suscribe al campo religioso, asumiendo que los sujetos con discapacidad son representaciones diabólicas y, por lo tanto, la sociedad debe prescindir de ellos. Por su parte, el *modelo rehabilitador* se orienta a lo científico desde los conceptos médicos; su fin principal es normalizar a la persona con limitación [...] lo cual implica el ocultamiento del problema de salud y la implementación de políticas legislativas de servicios sociales para el tratamiento individual. Finalmente, el *modelo social* desde la concepción de derechos humanos pretende el respeto a la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando inclusión y concluyendo que [...] las causas no son individuales sino sociales, al no prestarse servicios adecuados que

garanticen las necesidades propias de esta población. (p. 64) (Cursivas pertenecientes al texto original).

Estos modelos referidos por los autores, contrario a lo que pudiera pensarse, no han ido evolucionándose a sí mismos, sino que, incluso ahora, pese a la predominancia del modelo social o biopsicosocial (una síntesis del modelo médico-rehabilitador y el modelo social), se presentan situaciones que conducen a la conclusión de que la visión negativa, mística o religiosa, del modelo de prescindencia sobre la discapacidad (manifestado en la eugenesia o la marginación), no ha desaparecido. Concretamente en Colombia, como lo recuerdan Kairus y Méndez (2015), la propia Corte Constitucional ha consentido prácticas de esta naturaleza.

En nuestro país este modelo se refleja en la actualidad, entre otros, en la esterilización forzada de las personas con discapacidad. La Corte Constitucional avaló mediante la Sentencia C-131 de 2014 la práctica de la esterilización quirúrgica a menores de edad con discapacidad cognitiva y psicosocial. Esta práctica eugenésica, realizada de manera generalizada en diferentes momentos de la historia, refleja una visión de las personas con discapacidad como indignas de reproducirse. La esterilización de estas por tanto, es también una forma de evitar más personas con discapacidad habiten el planeta, aunque no sea necesariamente cierto que una persona con discapacidad engendrará hijos o hijas con discapacidad. Este modelo también se evidencia en instituciones como la interdicción, que sustraen la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, eliminando su capacidad de tomar decisiones y participar en la sociedad. (p. 8).

De igual modo, el modelo médico-rehabilitador estuvo presente hasta hace relativamente poco en el ordenamiento jurídico colombiano, implícito en el decreto 917 de 1999, mediante el cual se adoptó el Manual Único de Calificación de Invalidez -MUCI-, con base en la Clasificación Internacional de Deficiencia, Discapacidad y Minusvalía – CIDDM–, “realizada por la Organización Mundial de la Salud en 1980, y el Manual de Discapacidades de la Asociación Médica Americana, que no obstante [...] genera controversias frente a aspectos para que la persona pueda ser calificada” (Duque et al, 2016, p. 67). Sin embargo, el país cambió su legislación sobre la materia mediante decreto 1507 de 2014, a través del cual se creó el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, este sí con base en las actuales corrientes “sociales” sobre la discapacidad, conforme se lee en el artículo 4º de dicho instrumento.

Artículo 4º. Normas de interpretación del Manual. Para la comprensión del presente Manual, se aplicarán las siguientes normas de interpretación:

[...]

4. Cuando una patología o diagnóstico no aparezca en el texto del presente Manual, o no se pueda homologar al mismo, **se acudirá a la interpretación dada en instrumentos similares de otros países o de organismos internacionales, tales como la Comisión de Expertos de la OIT, el Manual de Consecuencias de la Enfermedad de la OMS y el CIF y el Manual de Discapacidades de la Asociación Médica Americana (AMA) versiones 5ª y 6ª y sus actualizaciones.** (Decreto 1507, 2.014) (Negrilla no pertenecientes al texto original).

Aunque las críticas sobre la permanencia del modelo médico en el ordenamiento persisten, pues se relaciona la propia declaración de invalidez (y la condición de “inválido”, término considerado discriminatorio conforme la nueva legislación internacional sobre derechos de las PCD) o calificación porcentual de discapacidad como un rezago de dicho paradigma de exclusión.

En nuestro país, esta concepción se refleja de manera evidente con la exigencia legal de la calificación porcentual de discapacidad, como herramienta para acceder a determinados derechos. Esto, pues el proceso de calificación (como se profundizará más adelante) se basa en un dictamen médico que mide lo que las PCD no pueden hacer y a partir de esto se estructura un porcentaje 10 que los define como personas y les permite acceder o no a ciertos beneficios. En este sentido, el modelo médico se materializa en Colombia debido a que la única forma de certificar la discapacidad es a través de una certificación médica o que la principal prueba considerada en un proceso de interdicción es un dictamen de psiquiatría forense. La Corte Constitucional, ha reconocido que este enfoque médico difícilmente respeta los derechos humanos, como el internamiento forzado, o la facultad de los médicos decidir sobre los aspectos vitales de la vida del sujeto con discapacidad (Kairus y Méndez, 2015, p.p. 10-11)

En todo caso, tanto académica como institucionalmente, el modelo social se ha impuesto como el nuevo paradigma en el entendimiento de la discapacidad en pleno siglo XXI, pese a la existencia de estos rezagos de otros modelos. En realidad, este paradigma, enfocado en la sociedad que restringe los derechos de las personas con discapacidad -PCD-,

antes que en estas como disminuidas o incapaces desde concepciones médico-funcionales, es una síntesis del modelo médico rehabilitador y las nuevas visiones con base en los derechos de las PCD. Nace así en 2001 la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud -CIF- de la Organización Mundial de la Salud -OMS-. En palabras de Chaná y Albuquerque (2006):

La CIF es una clasificación cuyo objetivo es aportar un lenguaje común, fiable, estandarizado y aplicable transculturalmente, que permita describir el funcionamiento humano y la discapacidad, utilizando una visión universal de la discapacidad. Forma parte de la familia de clasificaciones de la Organización Mundial de la Salud que proporcionan un marco conceptual uniforme de clasificación(2). La mayor virtud de esta clasificación es que provee un abordaje integral del paciente, estableciendo un paradigma que aborda la problemática de los pacientes enlazando los diferentes componentes de la funcionalidad en forma circular donde un sistema influye sobre el otro, implicándose e imbricándose entre ellos (p. 90).

Esta nueva clasificación, al interrelacionar la condición física y de salud con el entorno social y ambiental de la PCD, trasciende el modelo biológico o médico, haciendo hincapié en factores sociales o políticos, económicos, urbanísticos, ambientales, etcétera, que se conjugan con una determinada condición física o mental para generar restricciones u oportunidades en la participación social, por ejemplo. Se trata de una clasificación universal del funcionamiento humano, sin cargas o connotaciones negativas o positivas, con base en tres ámbitos o categorías, que contrastan con la Clasificación Internacional de Deficiencia, Discapacidad y Minusvalía – CIDD- de la década del 80: a) **estructuras y funciones**

corporales (antes *deficiencias*), b) **actividades** (antes *discapacidad*) y c) **participación** (antes *minusvalía*). Estas categorías se relacionan a su vez con factores i) **ambientales** y ii) **personales**. A continuación, se reproduce el cuadro de interacciones entre los componentes de la CIF ofrecido por la OMS.

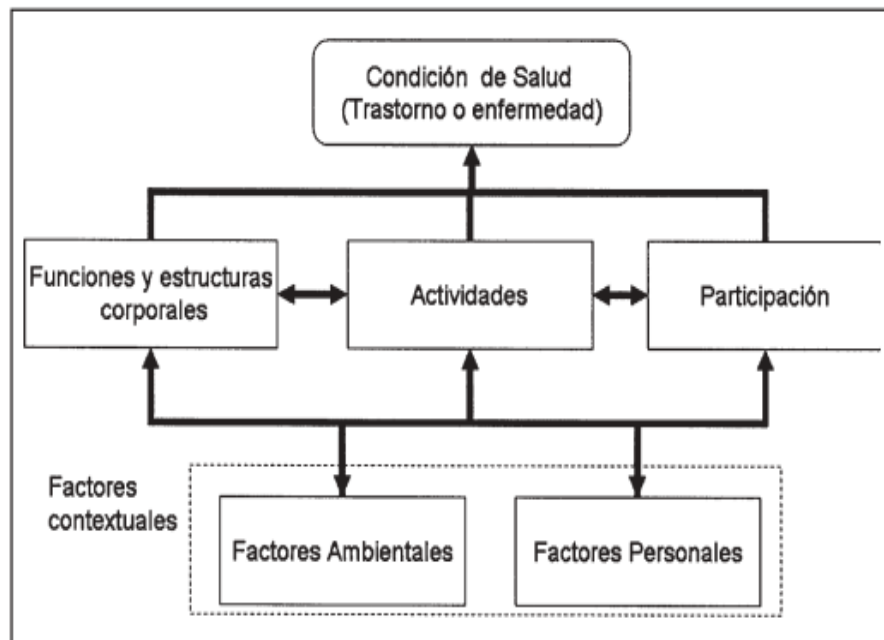


Figura 1. Interacción componentes CIF.

En comparación con la CIDDM la CIF aporta, más que nuevos elementos de comprensión, nuevos enfoques, los cuales terminan por expandir el radio de comprensión de la discapacidad como problema de salud pública y de derechos. Castillo y Vélez (2001) realizan un resumen comparativo de estos cambios introducidos por la nueva clasificación de la OMS frente a CIDDM, como se cita en Duque et al (2016),:

- a. **CIDDM**: se busca registrar la interacción del individuo y el entorno para la apreciación de sus capacidades. **CIF**: agrupar las consecuencias asociadas

con las condiciones de salud determinadas por las dimensiones de estructura o función corporal, actividades personales y participación en sociedad. Por tanto, **se adquiere un concepto diferente de la salud y sus estados, en el que se involucra tanto la parte corporal, las actividades y lo social.**

b. **CIDDM:** su objetivo primordial es determinar el grado de funcionalidad de las personas con relación al entorno. **CIF:** la **construcción de un lenguaje común y práctico para cualquiera que tenga injerencia en el tema de la discapacidad y plantear términos funcionales**, consecuencias de las condiciones de salud asociadas a nivel corporal, individual y grupal. No obstante, desde la misma CIF se sugiere capacitarse para manejar la nueva clasificación, ya que es más compleja.

c. **CDDM:** busca reflejar la consecuencia de la deficiencia en cuanto a capacidad funcional y actividad de la persona. **CIF:** **llama a la discapacidad limitación de la actividad, ya que tiene en cuenta la naturaleza y calidad para la ejecución de actividades**, además aporta, en el sentido de plantear que el uso de dispositivos de ayuda no elimina la deficiencia pero sí puede eliminar las limitaciones de la actividad.

d. **CDDM:** considera la minusvalía como la alteración para el desempeño de un rol social, laboral, familiar de un individuo como resultado de la discapacidad o deficiencia. **CIF:** **cambia el nombre por restricción en la participación, la cual puede estar restringida en naturaleza, duración y calidad, además incorpora como estándar internacional la igualdad de**

oportunidades. Entonces, la CIF puede incidir en cambios sociales para las personas con restricciones en la participación. En este sentido, **el minusválido adquiere un papel individual más allá de sus deficiencias y limitaciones en la capacidad.** (p. 51) (Citado por Duque et al, 2016, p. 71) (Negrilla no perteneciente al texto original).

Esta clasificación, con claro énfasis en el modelo social, no obstante, no renuncia por completo al antecedente modelo médico, por lo que ha sido objeto de algunos reparos, especialmente con relación a la definición que finalmente ofrece sobre la discapacidad. Por ejemplo, Vásquez y Gaité (2008), sostienen que “*se mantuvo como término genérico para las tres perspectivas: corporal, individual y sociales*”, pues la actual definición de discapacidad de la OMS indica que es “**un término genérico que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una “condición de salud”) y sus factores contextuales (factores ambientales y personales)**”. (OMS, 2001, p. 206):

Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales.

Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive (OMS, 2001, p. 214).

En cualquier caso esta clasificación es actualmente la guía metodológica y conceptual para la elaboración de los programas y políticas públicas en materia de discapacidad, pues su complejidad ofrece mejores respuestas a la situación actual de las PCD, frente a las cuales se ha priorizado en los últimos años su protección, en vista de las dificultades y discriminaciones que históricamente han padecido. El cambio de paradigma teórico ha conducido, paulatinamente, a la transformación de la sociedad, la cual, en consecuencia, ha adoptado nuevos marcos jurídicos para concretar el propósito de garantizar los derechos de la PCD.

Marco jurídico internacional para las personas con discapacidad

Como antecedentes en la regulación de la discapacidad en el ámbito internacional se encuentran gran variedad de declaraciones y tratados internacionales, comenzando fundamentalmente por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Declaración de los Derechos de las Personas con retardo mental de 1971, la Declaración de los Derechos de los impedidos de 1975, la Declaración sobre las personas sordociegas de 1979, los Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención en salud mental de 1991, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas formas de discriminación contra las personas con discapacidad del año 2000, la Declaración de Panamá del año 2.000, la Declaración de Caracas de 2001 y la Declaración de Cartagena de 2002, entre otros, conforme exposición de López (2017), todas ellas con base en un enfoque médico rehabilitador (p. 44).

En la actualidad, la discapacidad ha dejado de ser vista como un mero asunto de salud pública y se ha reconocido la necesidad de vincularla definitivamente con los Derechos

Humanos de las PCD. Aunque existen múltiples regulaciones a lo largo de la Historia, a nivel internacional la norma por antonomasia de las PCD es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –CDPCD-, promulgada en 2006 por la Organización de Naciones Unidas -ONU-. A partir de esta Convención, ratificada por Colombia mediante la ley 1346 de 2.009, al decir de autoras como Alarcón (2014) y Hernández (2015), se adopta realmente el llamado *enfoque de derechos*, según el cual:

[...] marca un cambio en el concepto de discapacidad, pasando de una preocupación en materia de bienestar social a una cuestión de derechos humanos con una dimensión de desarrollo social que reconoce que las barreras y los prejuicios de la sociedad constituyen en sí mismos una discapacidad (Alarcón, 2014, p. 12)

Por su parte, Hernández (2015), acentúa el carácter pluritutelado de este tratado internacional:

En el ámbito jurídico el concepto de discapacidad adquiere mayor relevancia con la teoría del enfoque de derechos, porque **reconoce la justicia social, la igualdad de derechos, la equidad, la aceptación, la pertenencia y la inclusión social, que implica que todos los seres humanos deben ser valorados y aceptados, vistos como seres únicos, con equiparación de oportunidades y no discriminados en razón de su deficiencia o situación de salud específica. El enfoque de derechos reconoce la diversidad de los seres humanos y por consiguiente la superación de barreras de quienes tienen alguna deficiencia para participar en condiciones de igualdad.** En este

contexto colombiano la Corte Constitucional ha reconocido ampliamente la necesidad de proteger y promover los derechos humanos de las personas con discapacidad protegiendo sus derechos en condiciones de igualdad (p. 57-58) (Negrilla no perteneciente al texto original).

Esta norma convencional, que se acompaña de un protocolo facultativo, funge como orientadora de toda la actividad normativa que dentro de su jurisdicción adelanten los Estados partes. De allí que su importancia no se limite a ofrecer un escenario normativo para las PCD, sino que a partir de ella se transforma el antiguo paradigma biologicista o médico por uno social que, incluso, como afirman las autoras reseñadas, es al mismo tiempo un enfoque de derechos que va más allá de la caracterización sociológica de un grupo social vulnerable, pues los empodera como sujetos especiales de derecho.

En concreto la CDPCD se propone “*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*”, bajo los principios como a) **El respeto de la dignidad inherente**, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) **La no discriminación**; c) **La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad**; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) **La igualdad de oportunidades**; f) **La accesibilidad**; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; y h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad (CDPCD, 2006).

La convención establece un decálogo de obligaciones para los Estados partes, fundamentalmente dirigido a comprometerlos activamente en brindar las suficientes garantías para el pleno goce de sus derechos, los cuales también se desarrollan en un catálogo amplio. Conviene hacer énfasis en los derechos relacionados con el derecho al trabajo y la seguridad social de las PCD, para lo cual se cita a continuación el artículo 28 de la CDPCD, relativo al derecho al trabajo y empleo:

Artículo 27. Trabajo y empleo.

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, **en igualdad de condiciones con las demás**; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado **y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad**. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, **incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación**, entre ellas:

a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables;

c) **Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás;**

[...]

e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y **apoyarlas** para la búsqueda, obtención, **mantenimiento del empleo y retorno al mismo**;

[...]

h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, **que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas**;

i) **Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo**;

[...]

k) **Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.** (CDPCD, 2006) (Negrilla no perteneciente al texto original).

Las disposiciones de la CDPCD respecto al derecho al trabajo son bastante amplias y detalladas y comprenden un extenso listado de obligaciones para los Estados partes, los cuales deben garantizar a las PCD el derecho al trabajo desde su acceso, su mantenimiento y su reincorporación, en caso de ser necesario tomar medidas en este sentido. Estos preceptos constituyen la más reciente y acabada regulación sobre el derecho al trabajo y las personas con discapacidad, aunque no son las únicas, porque no sólo antes existieron otros

instrumentos internacionales regulatorios de la discapacidad, como se expuso párrafos atrás, sino que la Organización Internacional del Trabajo -OIT- ya desde la década del 50 del siglo pasado había convenido algunas disposiciones sobre la materia, como lo recuerda O'Reilly (2007):

En 1955 la OIT adoptó el que ha sido el instrumento internacional más importante con relación al derecho al trabajo de las personas con discapacidades: la Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, 1955 (núm. 99). Hasta la adopción del Convenio de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983 (núm. 159) y la Recomendación sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983 (núm. 168), casi treinta años más tarde, la Recomendación núm. 99 sirvió de base para las legislaciones y prácticas nacionales en materia de orientación profesional, formación profesional y colocación de las personas discapacitadas. Se basó en las disposiciones fundamentales de los instrumentos anteriores relativos, por ejemplo, a formación profesional, igualdad de oportunidades e igual salario por igual trabajo (p. 5).

En particular el Convenio 159 de 1983, sobre la readaptación profesional y el empleo, y la Recomendación 168 del mismo año, constituyen un verdadero hito en materia de discapacidad en el trabajo. Aunque el enfoque empleado para la elaboración de dicho instrumento fue precisamente el modelo médico, biologicista o rehabilitador, presente por ejemplo en el uso de la palabra “inválido” para referirse a las PCD, este convenio fue el instrumento más trascendente hasta la aparición de la CDPCD en 2006, pues dispone

obligaciones para los Estados relativas a la readaptación y empleo de las PCD, bajo “el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores inválidos y los trabajadores en general” (Convenio 159, 1983):

Deberá respetarse la igualdad de oportunidades y de trato para trabajadoras inválidas y trabajadores inválidos. Las medidas positivas especiales encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores inválidos y los demás trabajadores no deberán considerarse discriminatorias respecto de estos últimos. (Convenio 159, 1983):

El Convenio 159 debe leerse conjuntamente con la Recomendación 168, a través de la cual se hace un extenso desarrollo del contenido normativo del Convenio, ofreciendo definiciones y detallando el alcance de las obligaciones contenidas en él, relativas a la readaptación profesional y oportunidades de empleo, readaptación profesional rural, readaptación y seguridad social, formación y participación. Con relación a la estabilidad laboral de las PCD, la Recomendación dispone:

7. Las personas inválidas deberían disfrutar de **igualdad de oportunidades y de trato en cuanto** al acceso, **la conservación** y la promoción en un empleo que, siempre que sea posible, corresponda a su elección y a sus aptitudes individuales.

9. **Las medidas positivas especiales destinadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores inválidos y los demás trabajadores no deberían considerarse discriminatorias respecto de estos últimos.**

14. Las medidas de readaptación profesional destinadas a personas inválidas deberían ser reexaminadas después a fin de evaluar sus resultados (Recomendación 168, 1983) (Negrilla no perteneciente al texto original).

La evolución de estos convenios y recomendaciones al interior de la OIT (incluso desde 1925 y 1944), naturalmente, se acompañó de un sinnúmero de convenciones, declaraciones, resoluciones, etcétera, de las distintas organizaciones internacionales, como la ONU y la OEA, por lo cual citarlos todos y reparar de cada uno de ellos su aporte o interrelación con el marco normativo actual en materia de discapacidad y derecho al trabajo rebasa completamente el marco de esta investigación, pero a grandes rasgos pueden citarse también el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles de 1966, el Convenio No. 142 de la OIT, sobre desarrollo de los recursos humanos de 1975; la Resolución de la OIT sobre la readaptación profesional y la reintegración social de los inválidos o impedidos de 1975; la Recomendación 168 de la OIT sobre el Convenio 159; El Repertorio de Recomendaciones Prácticas sobre la gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo del año 2000; y finalmente, en el contexto latinoamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1978 y su protocolo adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1998.

Marco Constitucional

Por supuesto que en el plano nacional también existe una vasta normatividad en materia de discapacidad, generalmente influenciada por los instrumentos normativos internacionales. La Constitución Política colombiana es el primer texto jurídico que reconoce los derechos de las PCD, desde su promulgación en 1991. Los artículos 13, 47, 54 y 68 dan cuenta de mandatos dirigidos a la protección de las PCD, haciéndose énfasis en la obligación del Estado por garantizar la igualdad entre sus ciudadanos y las tareas necesarias para concretarla. En palabras de la Corte Constitucional, en sentencia C-220 de 2017, la igualdad, “como pilar fundamental del Estado social de Derecho” comprende una “estructura compleja” que no se agota en la igualdad formal ante la ley, contenida en el primer inciso del artículo 13:

4.3. Una segunda faceta, que reconoce las condiciones diferenciales de existencia entre distintos grupos sociales, se manifiesta a través de la denominada “**igualdad material**”. Como lo prescriben los incisos segundo y tercero del artículo 13 superior, **el Estado colombiano debe adoptar medidas promocionales y dar un trato especial –de carácter favorable–, a las personas y grupos vulnerables o a los sujetos en condición de debilidad manifiesta**. Esta visión social del Estado, refleja una organización política comprometida con la satisfacción de ciertas condiciones y derechos materiales, que reconoce las desigualdades que se presentan en la realidad, y frente a las cuales es necesario adoptar medidas especiales para su superación con el fin de garantizar un punto de partida equitativo entre los ciudadanos. ^[14]

4.4. En desarrollo de la faceta de la igualdad material, la Corte ha señalado que en algunos casos **la aplicación del principio de igualdad supone importantes retos en lo que a la distribución de bienes escasos y cargas públicas hace referencia.**^[15] En estos ámbitos, el legislador y otras autoridades a las que les compete **la ejecución de políticas públicas, suelen basar su decisión en las condiciones de igualdad y mérito, aunque también han considerado necesario implementar medidas positivas (o afirmativas)** para corregir una distribución inequitativa de tales bienes, originada en circunstancias históricas de discriminación, o en situaciones de marginamiento social y geográfico (Sentencia C-220, 2017) (Negrilla no perteneciente al texto original).

La Asamblea Nacional Constituyente comprendió desde entonces esta doble dimensión del derecho a la igualdad de todos los ciudadanos, como lo recuerda la Corte Constitucional en sentencia C-042 de 2017, reconociendo un vínculo entrañable entre los derechos fundamentales de las personas y los derechos sociales, económicos y culturales, a fin de que estos últimos facilitaran materialmente a la protección plena de los primeros:

La evolución histórica le ha dado a diferenciar la concepción clásica liberal de los Derechos Humanos frente a los derechos sociales, económicos y culturales cuya aparición es posterior, mientras los primeros dan a las personas un poder actuar, los segundos le otorgan la facultad de reclamar determinadas prestaciones al Estado y tiene que ver con los grupos sociales en los que la persona se sitúa, así los derechos sociales, económicos y culturales constituyen un conjunto de exigencias que imponen al reconocimiento de la dignidad

humana a la organización política de la sociedad. **En la actualidad es claro que la libertad individual y la igualdad jurídica deben hacerse efectivas a través de las exigencias que las personas y los grupos plantean a la sociedad y al Estado con el fin de que les proporcione los medios para alcanzar una existencia digna, así, derechos individuales y derechos sociales vienen a complementarse en cuanto a los segundos amplían el ámbito de protección de la persona asegurándole incluso las condiciones materiales para el disfrute electivo y pleno de los derechos individuales** en cuanto a la naturaleza jurídica de los derechos sociales, esta subcomisión se planteó el problema de su alcance y eficacia como origen de situaciones constitutivas de derechos ‘constijurisdiccionalmente’ ejercitables.” (Sentencia C-042, 2017) (Negrilla no perteneciente al texto original).

El derecho a la igualdad bajo esta interpretación amplia, es decir, en sentido formal y material, permite comprender las disposiciones constitucionales contenidas en artículos 47, 54 y 68, todas ellas a materializar los derechos fundamentales de las poblaciones en debilidad manifiesta o vulnerables, especialmente las PCD. Artículos como el 47, a partir del cual se establece una obligación concreta al Estado colombiano frente a la “*previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos*”, permiten concluir que ya desde la Constitución de 1991 imperaba en el ordenamiento una visión superior en materia de derechos frente las PCD, aunque el propio texto constitucional emplee términos abiertamente relacionados con el modelo médico rehabilitador como “disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”.

Actualmente, no obstante la redacción utilizada en la carta constitucional, en materia de discapacidad gobierna en el país la visión de enfoque de derechos, pues esta es la que se ha integrado al ordenamiento mediante el bloque de constitucionalidad (artículo 94), al ratificarse mediante la ley 1346 de 2009 la CDPCD de 2006, cuyo alcance hermenéutico se expuso párrafos atrás. El derecho a la igualdad material de todas las personas, junto a las acciones positivas o afirmativas en cabeza del Estado para garantizarlas, concuerdan coherentemente con la CDPCD y su vocación proteccionista, bajo el modelo o paradigma del enfoque de derechos, como síntesis del modelo social, el modelo médico y el reconocimiento de derechos.

A este bloque de constitucionalidad viene a sumarse también la ley 1618 de 2013, cuyo rango de norma estatutaria la confiere un carácter superior por sobre las otras normas de índole legal, con base en el trámite diferencial que surten en el congreso y sobre todo la materia específica que regulan: derechos fundamentales, con base en el artículo 152 de la Constitución Política. La Corte Constitucional, en sentencia C-191 de 1998, explica:

Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. **Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.** Sobre este punto, la Corporación se ha expresado como sigue: Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el

bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, **son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes.**

(Sentencia C-191, 1998) (Negrilla no perteneciente al texto original).

Conforme a su naturaleza de rango superior y en vista de que se trata de una ley estatutaria, es decir, que versa sobre derechos fundamentales, conviene observar detalladamente esta norma, “*por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad*”, bajo los principios de **dignidad humana**, respeto, **autonomía individual**, independencia, **igualdad**, equidad, Justicia, inclusión, **progresividad en la financiación**, equiparación de oportunidades, **protección, no discriminación**, solidaridad, pluralismo, **accesibilidad**, diversidad, respeto, aceptación de las diferencias y **participación de las personas con discapacidad** (Ley 1618, 2013).

Esta ley estatutaria recoge los mandatos de CDPCD e incluso se crea para cumplir con las obligaciones adquiridas mediante la ratificación de este tratado internacional. Las definiciones que trae consigo sobre la materia reflejan esta afirmación, pues en su gran mayoría se corresponden con los términos y usos que emplea la ONU para la elaboración del instrumento internacional. Priman entonces el enfoque de derechos, con toda la carga semántica que trae consigo la CDPCD de la ONU y la CIF de OMS, por sobre las antiguas visiones asistencialistas o rehabilitadoras. Sobresalen también conceptos como el de acciones afirmativas, rehabilitación integral y enfoque diferencial como desarrollo del principio de igualdad (en sentido material) a favor de las PCD. Un aspecto bastante relevante es que en el título III, *obligaciones del Estado y la sociedad*, el legislador

estatutario no se conformó con descargar responsabilidades en el Estado y sus instituciones, sino que las hizo extensivas también a la sociedad, incluidos los empleadores, el sector privado y los gremios:

Artículo 6°. Deberes de la sociedad. Son deberes de la familia, las empresas privadas, las organizaciones no gubernamentales, los gremios y la sociedad en general:

2. Las empresas, los gremios, las organizaciones no gubernamentales, las Cámaras de Comercio, los sindicatos y organizaciones de personas con discapacidad, **integrarán el Consejo para la Inclusión de la Discapacidad**, que para el efecto se crea en el numeral 11 del artículo 5°. **Este consejo tendrá como fin coordinar las acciones que el sector privado adelante con el fin de coadyuvar al ejercicio de los derechos y la inclusión de las personas con discapacidad.**

4. **Asumir la responsabilidad compartida de evitar y eliminar barreras actitudinales, sociales, culturales, físicas, arquitectónicas, de comunicación, y de cualquier otro tipo, que impidan la efectiva participación de las personas con discapacidad y sus familias.**

5. **Participar en la construcción e implementación de las políticas de inclusión social de las personas con discapacidad.**

6. **Velar por el respeto y garantía de los derechos de las personas con discapacidad.** (Ley 1618, 2013) (Negrilla no perteneciente al texto original).

Esta disposición estatutaria es bastante importante considerando los retos y obstáculos existentes en materia laboral para las PCD, al integrar a la sociedad en los esfuerzos mancomunados para lograr la accesibilidad y adaptabilidad de las PCD, en la búsqueda por materializar lo dispuesto en el artículo 13 de esa misma norma, en el que se contempla el derecho al trabajo y las obligaciones de la institucionalidad frente a este, involucrando entre otros al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Ministerio del Trabajo, el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, los empresarios y empleadores o el Gobierno Nacional. Entre las disposiciones más sobresalientes se destacan la creación de incentivos tributarios y licitatorios para entidades públicas y privadas, educación diferencial para el trabajo a cargo del SENA, otorgamientos de créditos con base en tasas preferenciales o créditos blandos, etcétera. Concretamente, para el Ministerio del Trabajo, se establecen, entre otras, las siguientes obligaciones:

2. El Ministerio de Trabajo o quien haga sus veces deberá:
 - a) Garantizar la capacitación y formación al trabajo de las personas con discapacidad y sus familias, teniendo en cuenta la oferta laboral del país;
 - b) Fortalecer el programa de ubicación laboral de las personas con discapacidad, mediante estrategias de promoción direccionadas hacia el sector empresarial, incentivando además los servicios de apoyo de acompañamiento a las empresas; (Ley 1618, 2013).

Este numeral 2 del artículo 13 de la ley 1618 de 2013 (compuesto también por otros literales), sin embargo, no alude concretamente a obligaciones específicas del Ministerio de Trabajo para garantizar la permanencia de las PCD en sus puestos y lugares de trabajo, por

más que la CDPCD sí hace expresa alusión a esta tarea por parte de los Estados partes. No obstante, el numeral 6 hace referencia a la obligación de empresarios y empleadores frente a esta población vulnerable, de la siguiente manera:

6. Los empresarios y empleadores que vinculen laboralmente personas con discapacidad, tendrán además de lo establecido en el capítulo [IV](#) de la Ley 361 de 1997, los estímulos económicos que establezca el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad al artículo 27 numeral 1 literales [h](#)), [i](#)) de la Ley 1346 de 2009. (Ley 1618, 2013).

La norma a la que alude este numeral, ley 361 de 1997, específicamente su capítulo IV, es regulatoria de la *Integración laboral* de las PCD, y en el texto legal se incluye entre otras disposiciones la presunción de discriminación a favor de las personas con discapacidad, la cual será abordada en el siguiente capítulo, pero aquí se hace notar cómo al incluirse dentro del texto legal dicha presunción adquiere un rango de constitucionalidad.

Finalmente, la ley 1618 de 2013 contempla en su artículo 21 un desarrollo del derecho a la justicia de las PCD, vinculando al Ministerio de Justicia y del Derecho, el Ministerio Público, los órganos de control y a la rama judicial, procurando garantizar el acceso a la justicia de esta población de especial protección. Este artículo resulta de interés por cuanto involucra a otros actores institucionales en la tarea de garantizar el derecho a la justicia de las PCD, lo cual, al menos en el texto legal, significa mayor respaldo para ellas, en especial al no haberse establecido una tarea u obligación específica a cargo del Ministerio del Trabajo para intervenir de manera diferencial a favor de las personas con discapacidad cuando se encuentre en medio de una situación que comprometa sus derechos laborales.

Marco legal nacional

En cuanto a las leyes y decretos propiamente dichos que regulan la discapacidad en Colombia conviene dejar claro desde un principio que a lo largo de la historia la cantidad de normas ha sido copiosa, derogándose unas a otras conforme evoluciona el derecho y los paradigmas sociopolíticos en torno a la discapacidad. Sin embargo, el Ministerio de Salud y la Protección Social compiló en 2017 las normas más representativas, clasificándolas por materias y fuentes que las expiden. A continuación se cita el informe Normograma de Discapacidad para la República de Colombia (2017), destacando las normas más relevante, especialmente sobre inclusión y derecho al trabajo.

Desde 1991 se han expedido en Colombia al menos una veintena de normas sobre inclusión, dentro de un marco general de los derechos de las PCD, que va desde la participación política, la integración social, equiparación de oportunidades y políticas generales. Sobresalen normas como el decreto 2381 de 1993 (Por el cual se declara el 3 de diciembre de cada año como el día nacional de las personas con discapacidad), la ley 163 de 1994 (Posibilidad de ejercer el derecho al sufragio "acompañados" hasta el interior del cubículo de votación. Art. 16), **la ley 361 de 1997 (Por la cual se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación y se dictan otras disposiciones, en**

especial relativas a la integración laboral), la ley 909 de 2004 (Regulan el empleo público y la carrera administrativa y en su Art 52 protege a las personas con discapacidad), la ley 982 de 2005 (Se establecen normas tendientes a la equiparación de oportunidades para las personas sordas y sordo- ciegas y se dictan otras disposiciones), la ley 1448 de 2011, en el marco del conflicto armado (Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Respecto a las a personas con discapacidad se refiere en Art. 13. Sobre enfoque diferencial. Art 51. Medidas en materia de educación. Art. 114. Atención preferencial. Art. 123. Medidas de restitución en materia de vivienda y Art. 136 sobre programas de rehabilitación). El decreto 19 de 2012 (Obligación de las entidades del Estado de generar mecanismos de atención preferencial a personas con discapacidad. Art. 13 No discriminación a las PcD en Ar. 26.), la ley 1752 de 2015 (Por medio de la cual se modifica la Ley 1482 de 2011, para sancionar penalmente la discriminación contra las personas con discapacidad. Eleva a delito la discriminación por motivos de discapacidad), entre otras.

Dentro de este marco general, la norma más importante, sin embargo, es la ley 1145 de 2007, por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad -SND-, diseñando un entramado institucional bastante complejo para la protección de los derechos de las PCD, el cual converge en Consejo Nacional de Discapacidad -CND y los Comités Territoriales de este, cuyas funciones van desde la vigilancia y control hasta la promoción y diseño de políticas públicas sobre esta población. En 2016, mediante el decreto 2107, se establece como organismo rector del SND al Ministerio de Interior, considerando que este “articula la institucionalidad del Estado colombiano en materia de derechos humanos, y por

tanto, se constituye como entidad idónea para ser el organismo rector, cuyo objeto está orientado a garantía de los derechos humanos de las personas con discapacidad”.

Finalmente, con base en el Normograma de Discapacidad para la República de Colombia, se cita el siguiente cuadro de la normatividad laboral para las PCD, elaborado por el Ministerio de Salud en 2017:

NORMAS SOBRE TRABAJO

NORM A	A ÑO	FUNDAMENTO
Ley 82	1988	Aprueba el convenio de la OIT respecto a la garantía de derechos laborales de la población con discapacidad en Colombia.
Decreto 2177	1989	Por el cual se desarrolla la Ley 82 de 1988, aprobatoria del Convenio Número 159, suscrito con la Organización Internacional Del Trabajo, sobre Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Invalidas.
Decreto 917	1999	Mediante el cual se adopta el Manual Único para la Calificación de la Invalidez-MUCI, y se determina que el contenido en ese decreto se aplica a todos los habitantes del territorio nacional, a los

		trabajadores de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y del sector privado en general, para determinar la pérdida de la capacidad laboral de cualquier origen.
Ley 1221	2008	Por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones. En su parágrafo 2, del artículo 3°, determina que el MPS formulará una política pública de incorporación al teletrabajo de la población vulnerable y PcD.
Ley 1429	2010	Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo. Art. 10 sobre Descuento en el Impuesto sobre la Renta y Complementarios de los aportes parafiscales y otras contribuciones de nómina para los empleadores que contraten personas en situación de desplazamiento, en proceso de reintegración o discapacidad
Decreto 884	2012	Reglamenta la Ley 1221 de 2008 sobre teletrabajo. Artículo 13 Numeral 3°
Decreto 1510	2013	Expedida por el DNP. “Por el cual se reglamenta el Sistema de Compras y contratación pública”. En su Artículo 33 sobre Factores de desempate: entre dos o más ofertas que se presentan para contratación estatal. Habrá Preferencias a favor de empleadores particulares que vinculen laboralmente Personas con Discapacidad debidamente certificadas en un 10% de su planta de trabajadores. Aplica para adjudicación y celebración de contratos de organismos estatales.

Decreto N° 19	2012	Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Artículo 13. Atención especial personas en situación de discapacidad, y otras poblaciones. Artículo 137. no discriminación a persona en situación de discapacidad. Artículo 142. Respecto de la calificación en primera oportunidad, corresponde a las Juntas Regionales calificar en primera instancia la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez y determinar su origen
Ley 1607	2013	Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones. Art. 49, sobre servicios gravados con la tarifa del cinco por ciento (5%), numeral 4. Cuando los servicios mencionados sean prestados mediante personas con discapacidad.
Resolución No. 1726	2014	El Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, "Por la cual se adopta la Política Institucional para Atención de las Personas con discapacidad".
Decreto 1507	2014	Por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional.

Fuente: Ministerio de Salud y la Protección Social.

Este es a grandes rasgos la situación jurídica de las PCD y el marco normativo de la discapacidad en Colombia, enfatizado hacia las normas relativas al derecho laboras de las PCD y la protección del derecho al trabajo en condiciones de igualdad material, bajo un nuevo enfoque o paradigma sobre la discapacidad propiciado por la CDPCD de la ONU de 2006 y la CIF de la OMS de 2001, el enfoque de derechos (modelo híbrido entre el social y el médico o biológico y el reconocimiento de derechos). Sin embargo, queda por analizar, jurisprudencialmente, como han sido interpretadas estas normas, especialmente aquellas relativas a la situación de vulnerabilidad de las PCD, o debilidad manifiesta, y los mecanismos normativos que protegen laboralmente a esta población con base las acciones positivas, afirmativas y diferenciales que la Constitución, los tratados y las leyes contemplan.

CAPÍTULO II

Estabilidad laboral reforzada en Colombia frente a la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador: PcD y debilidad manifiesta.

Debilidad manifiesta en la Constitución y la Jurisprudencia: alcance y consecuencias.

En Colombia, por expreso mandato constitucional, las poblaciones y personas vulnerables gozan de una especial protección o amparo reforzado, que, como afirma la Corte Constitucional, “*parte del reconocimiento que el Constituyente de 1991 hizo de la desigualdad formal y real a la que se han visto sometidos históricamente*” (Sentencia T/282, 2008). Con base en el artículo 13 superior, reiterando lo expresado en el capítulo I, la igualdad trasciende su connotación formal frente a la ley para otorgar garantías de verdadera igualdad material para quien se encuentre en una posición de asimetría frente al Estado o sus conciudadanos. La Corte Constitucional identifica los «sujetos de especial protección constitucional»:

[...] como sujetos de especial protección a los niños y niñas, a las madres cabeza de familia, a las personas en situación de discapacidad, a la población desplazada, a los adultos mayores, **y todas aquellas personas que por su situación de debilidad manifiesta** los ubican en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población; motivo por el cual considera que la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que las **condiciones de debilidad manifiesta** obligan a un tratamiento preferencial en términos de

acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a través de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionados.^[13] (Sentencia T/495, 2010) (Negrilla no perteneciente al texto original) (Cursiva no perteneciente al texto original)

El concepto de «debilidad manifiesta», como se observa, es extensible a diferentes sujetos o grupos poblaciones, pero además opera dentro de distintos ámbitos o especialidades del ordenamiento jurídico, por lo que es tenido en cuenta para fundamentar decisiones, en sede de tutela, sobre cualquier tipo de asuntos donde se verifique la existencia de esa condición de asimetría o desigualdad evidente del actor, previo análisis de la procedencia de la tutela y los requisitos de inmediatez y subsidiariedad, generalmente basado en el propio estado de debilidad manifiesta, puesto que *“por la situación de especial vulnerabilidad del accionante y el grado de afectación de derechos considerados como de rango fundamental es que es procedente la tutela, de allí que el medio ordinario de defensa carezca de eficacia y el asunto sea atribuido al conocimiento del juez de tutela”* (Sentencia T/317, 2017).

Con relación a la delimitación conceptual del estado o condición de debilidad manifiesta, el asunto resulta un poco difuso, toda vez que pese a la extendida utilización del concepto, especialmente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en pocas ocasiones esa corporación aporta una definición abstracta, limitándose, generalmente, a aludir a su fundamento normativo constitucional, los sujetos que se encuentran en dicho estado o están sometidos a dicha condición y las consecuencias, en términos tutelares, a favor de estos sujetos.

Algunas de las primeras referencias a la debilidad manifiesta en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se encuentran las sentencias T/427 (discapacitados) y T/533 (“indigentes”) de 1992, en las cuales se hace alusión al artículo 13 de la Constitución Política y los sujetos que pueden hallarse en tal situación, pero no se explica cuál es el contenido de dicho concepto. Esta tendencia ha sido reiterativa en los textos jurisprudenciales, optándose por una definición más operatoria que sustancial, en el sentido de identificar los sujetos que se hallan bajo tal condición y las consecuencias jurídicas que trae aparejada. Esta misma línea se encuentra en la C/531 del 2000 y la T/1040 de 2001, dos de las sentencias hito en materia de estabilidad laboral reforzada de las PcD, reconocidas, sobra decirlo, como personas en estado de debilidad manifiesta.

Al parecer, la Corte Constitucional se inclina por mantener cierta plasticidad del concepto, con el ánimo de no limitar su aplicación a casos concretos para hacerlo extensivo a cualquier situación que a discreción del juez constitucional comporte dicha entidad. Gracias a esto, se han reconocido por vía de la acción de tutela los derechos de personas que, pese a no estar calificados legalmente o reconocidos previamente como sujetos de especial protección se encuentra en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico y requieren una protección especial o reforzada. Con base en el pronunciamiento hito de la Corte Constitucional en sentencia C/531 del 2000, en sentencia T/040 de 2016, esa corporación afirma, refiriéndose a las personas con afectaciones de salud en el marco de su derecho al trabajo:

En ese orden de ideas, darles un trato diferente a las personas en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud y a las personas calificadas como discapacitados, desconoce los fundamentos constitucionales y, principalmente,

su relación con los principios de igualdad y solidaridad, pues resulta discriminatorio tratar de igual manera a una persona sana que a una enferma, este o no calificada (Sentencia T/040, 2016).

En todo caso, el propósito de la Corte Constitucional no es otro que dar aplicación a lo preceptuado por la carta constitucional en materia de igualdad material, pues el constituyente plasmó en el artículo 13 el propio concepto de debilidad manifiesta en su inciso 3º, el cual, en últimas, como fuente de especial protección constitucional, está encaminado a desarrollar el principio de solidaridad, buscando garantizar la vida digna y las mismas oportunidades para todos, en atención a su condiciones diferenciadas en materia económica, física y mental, las cuales, a su vez, pueden ser transitorias o permanentes. Al respecto, la Corte Constitucional:

Frente a esta última manifestación del artículo 13, se integra **la cláusula constitucional de promoción de la igualdad**, la cual consiste en imponerle al Estado un deber o una carga de protección en relación con aquellas personas que por su condición económica, física o mental, **se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.**

Para lograr el precitado mandato constitucional, se han creado y establecido las denominadas “**acciones afirmativas**”, entendidas como “*las políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una*

mayor representación” (Sentencia C/458, 2015) (Negrilla no perteneciente al texto original) (Cursiva perteneciente al texto original)

La debilidad manifiesta, ligada a la aludida «cláusula constitucional de promoción de la igualdad», más que un parámetro de clasificación, funciona como un mecanismo de igualación o equiparación jurídica y material de individuos o grupos sometidos a diversos factores de vulnerabilidad no definidos ni delimitados previamente, pues su funcionalidad radica, según se comprende de los pronunciamientos jurisprudenciales (aunque ellos no lo manifiesten expresamente), en la discrecionalidad del juez constitucional y el intérprete normativo en general para: **a)** identificar, sin limitaciones interpretativas o temáticas a priori, escenarios individuales y sociales, históricos o coyunturales, que ponen en una situación de desequilibrio o desventaja evidente a una persona o grupo social frente a los demás, vulnerando la garantía constitucional de igualdad formal y, sobre todo, material, dentro del ordenamiento jurídico; y **b)** aplicar, con base en la especial situación de vulnerabilidad identificada, un remedio jurídico de naturaleza constitucional aunque este no esté previamente determinado legal o constitucionalmente, sin obviar, por supuesto, que en algunos casos semejantes y reiterados la Corte Constitucional ha ido trazando algunos lineamientos para su resolución.

La estabilidad laboral reforzada y sus destinatarios

El resultado de la aplicación de la «cláusula constitucional de promoción de la igualdad» no es otro que el empleo de un «tratamiento diferencial positivo» (Sentencia SU/049, 2017), conforme la obligación constitucional y convencional que tiene el Estado

de emprender «acciones afirmativas» a favor de los grupos y personas vulnerables. La aplicación de esta cláusula, así como la condición de debilidad manifiesta, no se restringe a ningún ámbito jurídico o experiencial, pero en lo que respecta a este trabajo, en materia laboral, por ejemplo, surge la institución de la estabilidad laboral reforzada, íntimamente vinculada con la debilidad manifiesta como factor de consideración para un amparo reforzado. La estabilidad laboral reforzada es entendida por la Corte Constitucional como:

[..] como una prerrogativa que propende por una verdadera integración social, ha sido objeto de numerosos desarrollos por parte de la jurisprudencia constitucional, la legislación interna y tratados internacionales^[18], a partir de los cuales esta Corporación ha terminado por definirla como **el derecho del que gozan todas las personas que se encuentran bajo una especial condición de vulnerabilidad, a no ser desvinculadas de sus puestos de trabajo por razones relacionadas con su especial situación, a menos que se cuente con la autorización de la autoridad del trabajo correspondiente. Ello, de manera que se verifiquen las razones del despido y se corrobore que éstas no están relacionadas con argumentos discriminatorios** (Sentencia T/442, 2017) (Negrilla no perteneciente al texto original).

En términos generales, el fundamento jurídico de la estabilidad laboral (ocupacional) reforzada se halla en la propia Constitución Política, e incluso la Corporación Superior se refiere a ella como un derecho fundamental en algunas sentencias como la T/320 de 2016 y la SU/049 de 2017, aunque, en algunas otras, como la T/1040 de 2001 y la T/689 de 2004 se manifieste que “*esta garantía de estabilidad laboral no implica, por sí sola, un derecho constitucional fundamental a permanecer en un puesto de trabajo determinado*” o “*en*

principio no existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral”, es decir, no existe un derecho fundamental a estar vinculado a un trabajo, a menos que concurran algunas situaciones excepcionales. De lo que no cabe duda es del carácter constitucional de la estabilidad laboral reforzada, pues como lo sintetiza la Corte Constitucional:

El derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no tiene un rango puramente legal sino que se funda razonablemente y de forma directa en diversas disposiciones de la Constitución Política: en el derecho a “*la estabilidad en el empleo*” (CP art 53);^[61] **en el derecho de todas las personas que “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” a ser protegidas “especialmente”** con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “*real y efectiva*” (CP arts. 13 y 93);^[62] en que el derecho al trabajo “*en todas sus modalidades*” tiene especial protección del Estado y debe estar rodeado de “*condiciones dignas y justas*” (CP art 25); en el deber que tiene el Estado de adelantar una política de “*integración social*” a favor de aquellos que pueden considerarse “*disminuidos físicos, sensoriales y síquicos*” (CP art 47);^[63] en el derecho fundamental a gozar de un mínimo vital, entendido como la posibilidad efectiva de satisfacer necesidades humanas básicas como la alimentación, el vestido, el aseo, la vivienda, la educación y la salud (CP arts. 1, 53, 93 y 94); en el deber de todos de “*obrar conforme al principio de solidaridad social*” (CP arts. 1, 48 y 95).^[64] (Sentencia SU/049, 2017) (Cursivas pertenecientes al texto original) (Negrillas no pertenecientes al texto original).

Bajo este marco normativo superior, se consolida una institución con cierta tradición en materia de protección de la estabilidad en empleo, la cual, como afirma la Corporación Superior, comprende:

“(i) el derecho a permanecer en el empleo; (ii) no ser despedido por causa de la situación de vulnerabilidad; (iii) permanecer en el empleo hasta que se requiera y hasta tanto no se configure una causal objetiva que obligue la terminación del vínculo; y (iv) que la correspondiente autoridad laboral autorice el despido o la terminación del contrato, con fundamento en la previa verificación de la ocurrencia de la causal que se alega para finiquitar el contrato laboral, so pena de que el despido se considere ineficaz”.^[21] (Sentencia T/442, 2017) (Cursiva perteneciente al texto original).

Ahora bien, dicho amparo favorece no sólo a otros actores predefinidos como los aforados sindicales, las trabajadoras gestantes o las PcD, **sino que cualquier persona, hallándose en un situación de debilidad manifiesta, puede rogar la protección especial constitucional frente a sus estabilidad laboral, incluso aunque esa condición de vulnerabilidad sea transitoria o variable** (Sentencia SU/049, 2017), aunque, con anterioridad a esta sentencia unificadora, en sentencia T/040 de 2016, la misma Corte Constitucional había limitado la estabilidad laboral reforzada a (i) mujeres embarazadas; (ii) personas con discapacidad o ***en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud***; (iii) aforados sindicales; y (iv) madres cabeza de familia, todos casos recurrentes en la jurisprudencia de dicha corporación. Pero la limitación del estado de debilidad manifiesta a motivos de salud (usual en fallos de tutela como T/405 de 2015, T/691 de 2015, T/141 de 2016), es una posición desautorizada en la sentencia unificadora referenciada, la cual al

respecto expresa, literalmente, que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada se funda “en el derecho **de todas las personas que “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”** a ser protegidas “*especialmente*” con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “*real y efectiva*”.

Sin embargo, una nueva sentencia unificadora sobre la materia, la SU/040 de 2018, antes que clarificar el panorama tutelar en términos de cobertura y destinatarios de la estabilidad laboral reforzada, lo enrarece, pues, pese a citar consideraciones suyas en las que diferencia mediante conectores disyuntivos las personas en estado de debilidad manifiesta de las PcD, enfermos, mujeres embarazadas, etcétera:

El concepto de “estabilidad laboral reforzada” se ha aplicado en situaciones [...] han sido despedidas o sus contratos no han sido renovados, en claro desconocimiento de las obligaciones constitucionales y de ley, para con las mujeres embarazadas, trabajadores aforados, personas discapacitadas **u otras personas en estado debilidad manifiesta.**

[...]

En tercer lugar la estabilidad laboral reforzada se aplica “frente a cualquier modalidad de contrato y con independencia del origen de la enfermedad, discapacidad **o estado de debilidad manifiesta del accionante.** (Sentencia SU/040, 2018)

En otros apartes de sus consideraciones y citas, sugiere la reducción del estado de debilidad manifiesta al estricto ámbito de la salud, realizando afirmaciones tales como:

(i) En primer lugar, en dicha sentencia se señala que existe el derecho a la estabilidad laboral reforzada “**siempre que el sujeto sufra de una condición médica que limite una función propia del contexto en que se desenvuelve, de acuerdo con la edad, el sexo o factores sociales y culturales**”. Luego de analizar varias providencias^[54] en las que los accionantes, personas incapacitadas o con una discapacidad o problema de salud que disminuía su posibilidad física de trabajar, alegaban haber sido despedidos sin autorización del inspector de trabajo, la Corte consideró que “con independencia de la denominación, si el trabajador se encuentra en un periodo de incapacidad transitoria o permanente, sufre de una discapacidad **o en razón de sus condiciones de salud se encuentra un estado de debilidad manifiesta**, existirá el derecho a la estabilidad laboral reforzada” (Sentencia SU/040, 2018) (Negrilla no perteneciente al texto original).

En todo caso, desde una lectura hermenéutica de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se tiene por criterio unificado el sentado en la sentencia SU/049 de 2017, en tanto, esta sentencia, **además de tener como objetivo la unificación de criterios en torno a los sujetos pasibles de la estabilidad laboral reforzada tomando distancia de la postura restrictiva de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a diferencia de la SU/040 de 2018**, concentrada en la unificación de criterios alrededor del vínculo contractual o laboral que da origen a la estabilidad laboral reforzada, **es la más armonizada con la Constitución Política, su catálogo de derechos y principios axiomáticos, como el pro hominem y pro operario**. Sumado a lo anterior, en otras sentencias de la misma corporación, se reconoce la estabilidad laboral reforzada a personas

distintas a las referidas hasta ahora, como los prepensionados, a quienes la Corte Constitucional reconoce dicho beneficio, aclarando que su origen es supralegal, es decir, constitucional:

Sin embargo, las medidas de protección consagradas en la 790 de 2002, para este grupo de personas, **por ser de origen supralegal, se deben extender a todos los grupos tradicionalmente discriminados, con base en lo dispuesto por el artículo 13 Superior, cuando quiera que el ejercicio de los derechos fundamentales de estos sujetos de especial protección constitucional puedan llegar a verse conculcados** (Sentencia T/824, 2014) (Negrilla no perteneciente al texto original).

De modo que, insistiendo en su rango superior, dicha institución de la estabilidad laboral reforzada, cuando se soporta en el estado de debilidad manifiesta, no debe, a priori, delimitar taxativamente sus destinatarios, suplantando la discrecionalidad del juez constitucional para identificar la condición de desigualdad material del actor y elegir el mejor remedio constitucional y legal para cesar la vulneración a los derechos fundamentales.

Otro argumento que fundamenta la postura amplificadora de la cobertura de la Corte Constitucional también la encontramos en las sentencias unificadoras aludidas atrás, con relación a la aplicación de la estabilidad laboral reforzada sobre vínculos jurídicos distintos a la relación laboral que emana estrictamente del contrato de trabajo, puesto que dicha prerrogativa se extiende, según esa jurisprudencia, a los contratos divergentes, como el de

prestación de servicio, razón por la cual acuña el término de «estabilidad ocupacional reforzada». En la sentencia SU/049 de 2017 encontramos:

En nuestro medio jurídico, la locución ‘laboral’ se asocia legislativamente a las relaciones de trabajo dependiente, caracterizadas por la prestación de servicios personales bajo subordinación jerárquica. No obstante, **esta Corte ha señalado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada aplica no solo a quienes tienen un vínculo de trabajo dependiente estrictamente subordinado y sujeto al derecho laboral, sino también a quienes están insertos en relaciones ocupacionales divergentes, originadas por ejemplo en un contrato de prestación de servicios o en un contrato de aprendizaje.** En efecto, desde la sentencia T-1210 de 2008 la Corte ha sostenido que “aún en el seno del contrato de prestación de servicios, puede predicarse ciertas garantías de la que gozan las relaciones laborales, al cobrar importancia los principios de estabilidad laboral a ciertos sujetos”.^[67] Luego esta posición se ha reiterado en distintas ocasiones, como por ejemplo en las sentencias T-490 de 2010,^[68] T-988 de 2012,^[69] T-144 de 2014^[70] y T-310 de 2015.^[71] (Sentencia SU/049, 2017).
Negrilla no perteneciente al texto original).

Aplicación de la estabilidad laboral reforzada en PcD y otros: la ley 361 de 1997.

Visto todo lo anterior, parece razonable concluir que la postura más reciente de la Corte Constitucional respecto a la cobertura de la estabilidad laboral reforzada, en las dos

últimas sentencias unificadoras sobre la materia, es claramente hacer extensiva la aplicación de esa garantía ocupacional a todas las personas que se hallen bajo un estado de debilidad manifiesta, sin que ello impida que la propia corporación establezca unas reglas de aplicación, como lo ha venido haciendo en el caso de las mujeres embarazadas o aquellos que se encuentren en estado de debilidad manifiesta por motivos de salud.

Estas reglas específicas y diferenciadas de aplicación del remedio constitucional a las desvinculaciones que comprometan los derechos fundamentales y la estabilidad laboral de los trabajadores especialmente protegidos, en algunos casos, se acompañan de la interpretación de las normas legales que regulan la materia. Tratándose de las PcD, existe una norma que ha sido objeto de múltiples debates entre los diferentes operadores jurídicos, la ley 361 de 1997, en especial su artículo 26, cuyos alcances normativos fueron motivo de controversias entre la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. El texto legal, modificado por el artículo 137 del Decreto 19 de 2012 es el siguiente:

Artículo 26. No discriminación a persona en situación de discapacidad.

En ningún caso la ~~limitación~~ **<discapacidad>**^{<1>} de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha ~~limitación~~ **<discapacidad>**^{<1>} sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona ~~limitada~~ **<en situación de discapacidad>**^{<1>} podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su ~~limitación~~ **<discapacidad>**^{<1>}, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad>^{<1>}, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren. (Ley 361, 1997, art. 26).

La sentencias hito sobre la materia y sus problemas jurídicos

Los dos problemas jurídicos suscitados por el artículo citado que han sido objeto de divergencia entre las altas cortes, pueden sintetizarse así, con base en las dos sentencias hitos que la Corte Constitucional profirió a principios de primera década del siglo XXI, la sentencia C/531 de 2000 y la T/1040 de 2010:

i) ¿La indemnización a favor del trabajador discapacitado satisface las obligaciones constitucionales y legales que tiene el empleador frente a aquel cuando decida terminar unilateralmente el contrato de trabajo sin justa causa? ¿Este despido puede realizarse sin autorización del Ministerio del Trabajo?

La sentencia C/531 de 2000 resuelve la exequibilidad del inciso primero y segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, manifestando que, respecto al segundo inciso, consagratorio de **la indemnización de 180 días** de salario a favor del trabajador despedido **en razón de su discapacidad**, esta sanción de orden pecuniario es afín al ordenamiento constitucional y legal, pero **de ningún modo satisface la obligación patronal, dentro del**

marco constitucional, de solicitar autorización al Ministerio de Trabajo para terminar el vínculo de un trabajador discapacitado. En consecuencia, el despido efectuado **sin dicha autorización está viciado de nulidad, procediendo en consecuencia el reintegro del trabajador,** para quien está habilitada la vía tutelar en vista de su debilidad manifiesta como especial sujeto de protección constitucional.

Dentro de las consideraciones de la Corte Constitucional, como observa esa corporación en la sentencia T/1040 de 2001 posterior, cabe rescatar dos conclusiones importantes, las cuales fueron sugeridas ya en párrafos precedentes:

1) que el derecho a la estabilidad laboral reforzada a las personas con discapacidades **tiene un ámbito constitucional propio cuya protección no está supeditada a un desarrollo legal previo** y; 2) que constitucionalmente, dicho ámbito de protección **va más allá del mecanismo de protección laboral imperfecta al que están sujetos la generalidad de los trabajadores** (Sentencia T/1040, 2001). (Negrilla no perteneciente al texto original).

ii) **¿Las personas que no estén calificadas o identificadas como discapacitadas, pero que sufran una situación de debilidad manifiesta con motivo de su estado de salud al momento de la terminación del vínculo laboral por parte del empleador, son pasibles de la estabilidad laboral reforzada en los términos del artículo 26 de la ley 361 de 1997? ¿Existe una presunción de discriminación en favor de los discapacitados y personas enfermas cuando son despedidos por su empleador?**

La sentencia T/1040 de 2001, por su parte, considera que la protección de estabilidad laboral reforzada no opera únicamente a favor de los discapacitados, pues este **amparo reforzado debe acudir también** a la salvaguarda de aquellas personas que, sin ser discapacitadas ni estar calificadas como tales, se encuentren en **un estado de debilidad manifiesta cuando sus afectaciones de salud le impidan desempeñar la prestación personal** objeto del vínculo laboral:

La falta de interés de la empresa por atender los particulares requerimientos de salud de la demandante, pese al conocimiento que tenía de su estado llevan a esta Corporación a la conclusión de que el despido se efectuó como consecuencia de que la empresa no quiso asumir correctamente el deber de reubicar y capacitar a la demandante en un puesto de trabajo con **funciones aptas para su condición de salud** y prefirió terminarle unilateralmente su contrato de trabajo, abusando de una facultad legal para legitimar su conducta omisiva.

Esta Corporación no puede convalidar dicha conducta, so pretexto de garantizar la facultad del empleador para despedir sin justa causa a sus empleados. **La protección constitucional de los derechos subjetivos –en este caso el del despido- está limitada por la proscripción del abuso de los derechos de las demás personas –en este caso se trata del derecho a un trabajo en condiciones dignas y a la protección de los disminuidos físicos.**

^[22] Sin embargo, la Corte tampoco desconoce que las condiciones de salud de los empleados no les confieren el derecho a permanecer inamovibles en un

puesto fijo de trabajo (Sentencia T/1040 de 2001) (Negrilla no perteneciente al texto original).

Por otra parte, esta providencia también pone el acento en una de las cuestiones medulares del debate entre las altas cortes: **la presunción de discriminación** en los eventos de despidos de personas discapacitadas (y por extensión, de aquellas con afectaciones de salud que impidan o dificulten su desempeño laboral). Al respecto la corporación señala:

Con todo, la facultad del empleador de terminar unilateralmente los contratos de trabajo sin justa causa lo exime de la obligación de motivar su decisión. Esta circunstancia dificulta probar el motivo del despido. Por supuesto, en aquellos casos en que éste sea consecuencia de una disminución de su capacidad física, no es de esperarse que el trabajador se encuentre en capacidad de probarlo. Sin embargo, su sola afirmación tampoco resulta suficiente para llegar a la conclusión de que el despido ha sido motivado con ocasión de la condición individual objeto de especial protección.

En estos casos, por lo tanto, opera una presunción a favor del trabajador, que, en todo caso, no lo exime de la carga de allegar una prueba sumaria, que le proporcione al juez los suficientes elementos de juicio para concluir que el despido se efectuó por razón de la condición de especial protección (Sentencia T/1040 de 2001) (Negrilla no perteneciente al texto original).

En síntesis, desde aquellas providencias, la Corte Constitucional sostuvo una postura generosa en favor de los discapacitados y las personas con afecciones de salud que

impidieran o dificultaran el desarrollo de sus actividades labores, sin oponer mayores trabas a estas últimas para acceder a la estabilidad laboral reforzada, como a continuación se muestra que sí lo hizo la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. **En últimas, se consideró nulo el despido de personas incapacitadas y afectadas en su salud en “razón de su limitación” sin autorización del Ministerio de Trabajo.** Por otra parte, **la presunción de discriminación con base en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, estudiada bajo la misma lógica, cobijó a ambos grupos**, lo cual también enfrentó a las Cortes, hasta que, finalmente, en 2018, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia abandonó la línea jurisprudencial que sostuvo hasta entonces, en la que afirmaba la inexistencia de una presunción de discriminación fundamentada en el artículo comentado.

La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia frente a la ley 361 de 1997

Calificación de incapacidad / Debilidad manifiesta	
<p>Durante muchos años, ambas Cortes han líneas jurisprudenciales incompatibles respecto a la estabilidad laboral reforzada en personas con afecciones de salud que fueron desvinculadas de sus puestos de trabajo o relaciones contractuales divergentes. Para la Corte Constitucional, inclinada a la amplificación de derechos constitucionales a favor de los sujetos de especial protección, la debilidad manifiesta por motivos de salud no requiere de calificación legal y previa de la incapacidad laboral, mientras la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral sí exigió la acreditación de una incapacidad moderada, es decir, igual o superior al 15% para que el actor fuera pasible del amparo reforzado.</p>	
Sala Laboral - Corte Suprema de Justicia	Corte Constitucional

<p>Sentencias anteriores a las sentencias de unificación de la Corte Constitucional:</p> <p>Número de Radicación: 32532 de 2008</p> <p>Número de Radicación: 35606 de 2009</p> <p>Número de Radicación: 38992 de 2010</p> <p>Número de Radicación: 36115 de 2010</p> <p>Número de Radicación: 39207 de 2012</p>	<p>Sentencias hito:</p> <p>Sentencia C/531 de 2000</p> <p>Sentencia T/1040 de 2001</p>
<p>Sentencias posteriores a las sentencias de unificación de la Corte Constitucional:</p> <p>Número de Providencia: SL/3545 de 2018</p> <p>Número de Providencia: SL/3521 de 2018</p> <p>Número de Providencia: SL/3334 de 2018</p> <p>Número de Providencia: SL/3099 de 2018</p>	<p>Sentencias recientes:</p> <p>Sentencia T/597 de 2014</p> <p>Sentencia T/405 de 2015</p> <p>Sentencia T/691 de 2015</p> <p>Sentencia T/594 de 2015</p> <p>Sentencia T/351 de 2015</p> <p>Sentencia T/106 de 2015</p> <p>Sentencia T/057 de 2016</p> <p>Sentencia T/141 de 2016</p> <p>Sentencia T/251 de 2016</p>
	<p>Sentencias de Unificación:</p> <p>Sentencia SU/049 de 2017</p> <p>Sentencia SU/040 de 2018</p>

--	--

Este cuadro recoge algunas de las sentencias que demarcan las líneas jurisprudenciales desarrolladas por ambas Cortes respecto a la estabilidad laboral reforzada en personas no discapacitadas pero con afectaciones de salud. Los argumentos esbozados por la Corte Constitucional ya han sido expuestos aquí cuando se trataron las sentencias hito y unificadoras dentro del cuadro. Por su parte, la postura de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se expone en los siguientes argumentos:

Es claro entonces que la precipitada Ley (se refiere a la ley 361 de 1997) se ocupa esencialmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; **de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad**, esto es para aquellos que su minusvalía está comprendida

en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo

Ahora, como la ley examinada no determina los extremos en que se encuentra la limitación moderada, debe recurrirse al Decreto 2463 de 2001 que sí lo hace, aclarando que en su artículo 1º de manera expresa indica que su aplicación comprende, entre otras, a las personas con derecho a las prestaciones y beneficios contemplados en las Leyes 21 de 1982, 100 de 1993, 361 de 1997 y 418 de 1997 (Rad. 32532, 2008) (Negrilla no perteneciente al texto original).

Con base en esta interpretación estrictamente legal, la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral desconoció sistemáticamente la posibilidad, a aquellas personas sometidas a un estado de debilidad manifiesta por cuestiones de salud, de acceder a la estabilidad laboral reforzada, la cual tiene fundamento, según los primeros pronunciamientos de la Corte Constitucional, no en un instrumento legal, sino en la propia Constitución Política, razón por la cual su aplicación e interpretación reboza cualquier lectura del ordenamiento que desconozca los derechos fundamentales y la protección especial a los sujetos o grupos vulnerables y en estado de debilidad manifiesta. La propia Corte Constitucional, considerando que el asunto es de índole constitucional, en sentencia SU/049 de 2017, se arrogó la facultad de unificar criterios sobre la materia, con base en la potestad que la propia carta política le confía de guardar la integridad y supremacía de la Constitución (Art. 241, C.P.), indicando que la *“estabilidad ocupacional reforzada es un derecho constitucional, y por tanto esta Corporación en su calidad de órgano de cierre en la materia tiene competencia para unificar la interpretación correspondiente, cuando haya*

criterios dispares en la jurisprudencia nacional”. Sin embargo, en recientes providencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, posteriores a las sentencias de unificación del órgano de cierre constitucional como aparecen en el cuadro, se observa la preservación de dichos criterios legales sobre la calificación legal de la incapacidad, haciendo caso omiso al llamamiento de la Corte Constitucional, sin oponer nuevos argumentos que permitan inferir al menos que actúa bajo la excepción de constitucionalidad para garantizar la supremacía de la Constitución.

De este modo la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral sigue desconociendo los derechos constitucionales a favor de las personas que, sin estar previa y legalmente calificadas como discapacitados, i) padecen una afectación de salud permanente o transitoria, ii) que les impide desarrollar sus actividades laborales iii) y de la cual está enterado el empleador al momento del despido, según las reglas de aplicación de la estabilidad laboral reforzada recogidas por la SU/040 de 2018 y ya aplicadas en las sentencias T/461 de 2015, T/878 de 2014 y T/674 de 2014. Por supuesto que al requerir una calificación legal de su incapacidad laboral igual o superior 15% (moderada), se desconoce la posible situación de debilidad manifiesta del trabajador con afecciones de salud, lo cual a su vez le impide gozar de la presunción de discriminación que consagra el artículo 26 de la ley 361 de 1997, en su momento también desconocida por esa misma Sala, como se observa en las sentencias SL36115 y SL35794 de 2010:

Pero no figura consagrada en esa preceptiva legal una presunción, entendida como el razonamiento lógico que hace el legislador –con el fin de darle estabilidad a las relaciones de orden social, familiar y patrimonial- de

tener por demostrado o por probable un hecho a partir de otro cuya evidencia probatoria no se discute.

Su redacción no da margen para concluir el establecimiento de una presunción, ya legal, susceptible de ser desvirtuada, ora de derecho, que no admite la posibilidad de ser desmoronada.

No contiene esa norma una inferencia lógica del legislador en el que a partir de un hecho antecedente “se entienda”, “se reputa”, “se presume” otro hecho, en el sentido de tener por probado o por probable este último (Sentencia SL/36115, 2010) (Negrilla no perteneciente al texto original).

Esta postura sostenida otrora por la Corte Suprema de Justicia varió radicalmente con la sentencia SL/1360 de 2018, en la que la Sala Laboral de esa corporación reconoció la existencia de la presunción de discriminación a favor de los discapacitados al momento de extinción del vínculo laboral por parte del empleador, haciendo, entre otras, las siguientes reflexiones, esgrimidas también en las sentencias SL/3510, SL/3520 y SL/3255 de 2018:

(a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.

(b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del

trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.

(c) La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas (Sentencia SL/1360, 2010).

Esta nueva postura, sin duda, no sólo es más acorde con las sostenidas por la Corte Constitucional, sino que profundiza, armonizando su interpretación con la propia carta política, en el alcance normativo de la presunción de discriminación de la ley 361 de 1997, ofreciendo una interpretación más integral y hermenéutica de la norma, a diferencia del actual tratamiento que recibe por parte de la Sala Laboral el tema de estabilidad laboral reforzada en personas no discapacitadas pero con afectaciones de salud, en los términos de la SU/049 de 2017 y la SU/040 de 2018.

Conclusiones sobre la jurisprudencia analizada

El recorrido por esta jurisprudencia desarrollada la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, permite concluir algunas ideas entorno a la actual protección

reforzada en materia laboral que reciben las PcD y otros grupos que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, especialmente al término o fenecimiento del vínculo laboral:

a) La debilidad manifiesta como concepto plasmado en la Constitución Política y desarrollado por la Corte Constitucional, pese a no estar definido en la carta política ni en la jurisprudencia de esa corporación, se refiere a una situación de desigualdad material de ciertas personas o grupos sociales, etarios, étnicos, etcétera, frente al ordenamiento jurídico, lo cual les convierte en sujetos de especial protección constitucional (sin que preexista una condición particular), y a favor de los cuales conviene materializar, mediante una diferenciación positiva traducida en acciones afirmativas y ajustes razonables, los principios y axiomas constitucionales de la igualdad, la solidaridad, la dignidad humana. La debilidad manifiesta es un concepto, si se quiere, abierto, puesto que no se limita a un campo determinado de la experiencia o el ordenamiento jurídico, ni tampoco está dirigido a un número determinado de personas cuyas características o condiciones sean definidas previamente, como sí ocurre con ciertos grupos como los étnicos, sindicales, los menores de edad, las PcD, a los cuales la propia Constitución Política reconoce a priori como sujetos de especial protección. Esta plasticidad del concepto le otorga protagonismo al juez constitucional y al intérprete normativo para identificar las situaciones de vulnerabilidad y decantarse por el remedio constitucional más idóneo para cesar o mitigar dicha situación conculcadora de derechos.

b) En materia laboral, como parte del derecho al trabajo, la Constitución Política contempla la estabilidad laboral en todos los momentos o etapas del vínculo laboral y a favor de todas las personas. No obstante, los sujetos de especial protección constitucional, bien reconocidos por la propia carta política o la jurisprudencia, ora aquellos en situación

de debilidad manifiesta, gozan de una estabilidad laboral reforzada que, al momento de terminación del vínculo laboral por parte del empleador, se activa para garantizar un amparo especial que se compadezca con su particular vulnerabilidad. Aunque algunas sentencias de la Corte Constitucional reducen el espectro de cobertura de la estabilidad laboral reforzada en estos términos a ciertos grupos o personas, la propia Corte Constitucional, en sentencias de unificación reciente, permite concluir que, bajo la figura “abierta” de la debilidad manifiesta, todas las personas tienen derecho a acceder a esta prerrogativa constitucional (la estabilidad laboral reforzada), siempre que se acredite su condición de indefensión o vulnerabilidad, pues la fuente normativa de la estabilidad laboral reforzada es la propia norma superior y no depende de desarrollos previos de orden legal.

c) La garantía de estabilidad reforzada opera de distintas maneras de acuerdo con el grupo o población destinatario del amparo constitucional, estableciéndose por la vía jurisprudencial o legal algunas reglas de cuya observación depende el éxito de la protección especial. No obstante, estas reglas, jurisprudenciales o legales, han estado sometidas a diferentes interpretaciones al interior de la Corte Constitucional y también han generado disputas entre esta corporación y otros órganos de cierre de la administración de justicia. Para el caso concreto de las PcD, sujetos de especial protección constitucional, la estabilidad laboral reforzada al momento de terminación del vínculo laboral está desarrollada por la ley 361 de 1997, en especial por su artículo 26. La Corte Constitucional, por su parte, ha mantenido una posición generosa y permisiva en materia de cobertura y alcance de los derechos que en esta norma se consagran a favor de las PcD, haciéndolos extensivos, conforme a reglas especiales recogidas por la SU/040 de 2018, a las personas

que sin ser discapacitadas padezcan afecciones (permanente o transitorias) de salud que impidan desempeñar su trabajo, y se podría decir que a cualquier persona en estado de debilidad manifiesta, conforme lo explicado atrás.

d) Por su parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha negado esta posibilidad a las personas que no son discapacitadas, considerando, incluso después de la sentencia unificadora SU/049 de 2017, en la que la Corte Constitucional se arroga la competencia para decidir definitivamente el tema y unificar criterios, que para acceder a la estabilidad laboral reforzada la persona debe acreditar una calificación de invalidez igual o superior al 15% conforme la normativa legal vigente, haciendo una interpretación “integral” de la ley 361 de 1991 y el ordenamiento jurídico. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia no hace esta interpretación desde la supremacía de la Constitución Política, es decir, atendiendo los principios y axiomas superiores que mandan a la materialización de la igualdad material, real y efectiva, y la solidaridad social.

e) Con relación a la presunción de discriminación contemplada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 a favor de los discapacitados, la Corte Constitucional desde muy temprano (C/531 de 2000, T1040 de 2001), advirtió que la indemnización que ese artículo consagra a cargo del empleador que de por terminado el vínculo laboral de una persona discapacitada, no garantiza las responsabilidades constitucionales a las que esta obligado, pues para despedir a un trabajador en esas condiciones debe solicitar autorización previa a la Oficina (Ministerio del Trabajo). De este modo, surge una presunción de discriminación a favor del trabajador discapacitado, pues el empleador debe fundar la decisión de despido al Ministerio del Trabajo, so pena de declararse nula la terminación del vínculo laboral. Sobre

este punto, la Corte Constitucional no ha sido muy clara al momento de delimitar el alcance de dicha presunción.

f) La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por su parte, sostuvo hasta 2018 la inexistencia de la presunción de discriminación a favor del trabajador discapacitado con base en la ley precitada. Sin embargo, mediante sentencia SL/1036 de 2018, abandonó este criterio para decantarse por la existencia de una presunción de discriminación en los casos en que no se alegue una causal justa de terminación del contrato por parte del empleador. Es decir, todas las justas causas no requieren la autorización previa del Ministerio del Trabajo, pues la estabilidad laboral reforzada ofrecida por el artículo 26 aludido, sólo opera cuando se produzca la desvinculación “debido a la limitación” de la persona, evento el cual se traslada la carga de la prueba en contra del empleador, quien debe demostrar que la terminación del contrato no obedece a la condición de discapacidad del trabajador. La presunción de discriminación así entendida por la Corte Suprema de Justicia, no obstante, no opera a favor de las personas cuya afectación de salud no esté calificada legalmente como se explicó arriba, lo cual restringe los derechos de personas bajo estados de debilidad manifiesta.

g) En Colombia, entonces, desde una postura constitucionalista, cabe concluir que la presunción de discriminación a favor de los discapacitados es extensible a las personas con afectaciones de salud que impidan su desempeño laboral, siempre que se observen las reglas de la SU/040 de 2018. Esta presunción de discriminación opera exclusivamente cuando no se alegue una justa causa de despido por parte del empleador, lo cual traslada la carga de la prueba a este último, quien debe demostrar que solicitó autorización del Ministerio del Trabajo para realizar el despido y fue imposible la reubicación del trabajador

o la reasignación de funciones (caso en el cual deberá pagar la indemnización de 180 días a favor del trabajador), o que estaba amparado para hacerlo por una causal objetiva de despido justificado.

Bajo este escenario jurisprudencial, a partir del cual es posible identificar diferentes situaciones y criterios de resolución e interpretación jurídica, conviene adentrarse pues de una buena vez en el procedimiento administrativo para la terminación del contrato de las PcD, conforme el objetivo general de este trabajo, pues es claro que sin este repaso jurisprudencial es imposible comprender cuáles son las situaciones que se pueden presentar en caso de despido de una PcD con ocasión de su “ineptitud laboral” y cómo deben resolverse de acuerdo a las leyes, la Constitución y la jurisprudencia.

CAPÍTULO III

Procedimiento administrativo para el despido de las PcD por ineptitud en el desempeño de sus labores

Aproximación a la causal 13 del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo.

En consonancia con la pregunta problematizadora que orienta este trabajo es oportuno abordar concretamente la causal número 13 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, antes numeral 1 del artículo 63, reformado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, la cual consagra, en su literalidad, como justa causa de despido del trabajador con preaviso, *la ineptitud del trabajador para prestar el servicio convenido*. De acuerdo con la jurisprudencia analizada para esta investigación, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sus más recientes pronunciamientos, sin desconocer la existencia de una presunción de discriminación a favor de las PcD, argumenta que mientras se alegue una justa causa de despido por parte del empleador, no se requiere una autorización del Inspector de Trabajo para proceder a la terminación del contrato de estas personas, quienes son sujeto de especial protección constitucional. Sin embargo, en vista de que esta causal está intrínsecamente relacionada con la capacidad laboral de las PcD, es necesario plantear una reflexión en torno a esta causal, para identificar si se trata de una justa causa en los términos formulados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, lo cual eximiría al empleador de requerir autorización al Ministerio de Trabajo para proceder al despido definitivo del trabajador discapacitado.

El Código Sustantivo de Trabajo dispone dos formas generales de terminar el contrato al trabajador: con justa causa y sin ella. En caso de inexistencia de una justa causa, de acuerdo con la modalidad del contrato o vínculo laboral, se tendrá en cuenta lo dispuesto por el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo, modificado a su vez por el artículo 28 ley 789 de 2002. Por el contrario, en el evento de invocarse una justa causa comprobada, el empleador podrá finiquitar la relación laboral conforme los artículos 62 de la codificación laboral. Bajo las 8 primeras causales del artículo 62, literal a), no es necesario preavisar al trabajador de la terminación de su contrato de trabajo, mientras que, tratándose de las causales 9 a 15 del literal a) del artículo 62, es requisito sine qua non preavisar el empleado de la terminación de su contrato. Así las cosas, las causales de terminación del vínculo laboral con justa causa sin preaviso del artículo 62, literal a), son, por así decirlo, causales objetivas, pues su verificación y comprobación no requieren de una valoración del hecho configurador de la causal esgrimida. Para entrar en detalle, se reproduce el texto legal comentado:

Artículo 62. Terminación del contrato por justa causa. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente, el contrato de trabajo:

A - Por parte del patrono:

1. El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos para su admisión;
2. Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina, en que incurra el trabajador durante sus labores, contra el patrono, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo;

3. Todo acto grave de violencia, injurias o malos tratamientos en que incurra el trabajador, fuera del servicio, en contra del patrono, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, o jefes de taller, vigilantes o celadores.

4. Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas.

5. Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo cuando sea debidamente comprobado ante autoridad competente;

6. El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa;

7. La detención preventiva del trabajador, por más de treinta (30) días, a menos que posteriormente sea absuelto; o el arresto correccional que exceda de ocho (8) días, o aun por tiempo menor, cuando la causa de la sanción sea suficiente por sí misma para justificarla extinción del contrato;

8. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 59 y 61, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, siempre que el hecho esté

debidamente comprobado y que en la aplicación de la sanción se observe el respectivo procedimiento reglamentario o convencional. (Código Sustantivo de Trabajo, 1951).

Una lectura rápida permite concluir que ninguna de las anteriores causales amerita una valoración subjetiva del empleador para ser invocadas, pues basta comprobar su ocurrencia para que el empleador disponga la terminación del contrato, con excepción de la causal 8, pues, al referirse al incumplimiento de las prohibiciones legales, manuales, reglamentos, etcétera, debe tramitarse en primera instancia el proceso sancionatorio previsto para esos casos, antes de proceder al despido justificado. Es decir, en términos generales, estas causales se configuran con la comprobación de la ocurrencia del hecho positivo (engaño, violencia, delito, detención preventiva, etcétera). Por otra, no obstante, esta misma reflexión no puede aplicarse a la lectura de las justas causas con preaviso del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo, pues al menos dos de ellas pueden prestarse a interpretaciones subjetivas del empleador para invocarlas.

Artículo 62. Terminación del contrato por justa causa. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente, el contrato de trabajo: correspondientes a tal periodo.

A). Por parte del patrono:

9. El deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del {empleador}.

10. *La sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales.*

13. La ineptitud del trabajador para prestar el servicio convenido.

(Código Sustantivo de Trabajo, 1951) (Negrilla y cursiva no perteneciente al texto original).

Como se observa en la norma, estas tres causales de las seis que contempla este artículo como aquellas que requieren preaviso, pueden prestarse a diferentes interpretaciones, pues no se refieren precisamente a un hecho objetivo y positivo cuya verificación siempre pueda verificarse de manera llana y simple. Con relación a las causal 10 del literal a), relativa a la sistemática inejecución, sin razones válidas, de las obligaciones convencionales o legales, por lo menos, es necesario indagar por el significado y alcance de las expresiones “sistemática” y “razones válidas”. Respecto a la sistematicidad de la conducta de inejecución, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL/18623 de 2016, trae a colación lo considerado por esa misma corporación en sentencia de la CSJ SL, 11 may. 2006 rad. 26951, reiterada en un caso análogo de despido indirecto SL, 9. ag. 2011, rad. 41490:

La mora en el pago de los salarios nunca fue reiterada», queriendo significar que el incumplimiento debe ser continuado y no ocasional para que se configure la causal; no va en contravía a lo adocinado por esta Sala de la Corte sobre el tema, en donde al referirse a la causal del numeral 10 del literal a) de ese mismo ordenamiento, que tiene plena aplicación para esta

eventualidad en lo que respecta a lo que debe entenderse por el vocablo “sistemático”, en sentencia del 6 de junio de 1996 radicado 8313, puntualizó: «(...) **Considera la Sala oportuna la ocasión para referir que la causal 10 del artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965 que faculta al empleador para despedir en forma justa a un trabajador, exige que la inejecución de las obligaciones legales o convencionales sea sistemática, entendiéndose con ello que deba ser regular, periódica o continua, que apunte a demostrar que el trabajador ha tomado la conducta o el propósito de incumplir**” (resalta la Sala) (Sentencia SL/18623, 2016) (Negrilla no perteneciente al texto original).

Nótese como el fallador conmina a “*demostrar que el trabajador ha tomado la conducta o el propósito de incumplir*” para determinar la configuración de la causal, lo cual no es otra cosa que trasladarle la carga de la prueba sobre la voluntad del trabajador, un elemento subjetivo cuya valoración finalmente resuelve el juez, pero que a priori debe hacer el empleador, como no ocurre cuando invoca causales como el hurto, la violencia grave, el engaño o fraude, entre otros. Es evidente que esta, a pesar de ser efectivamente una justa causa de terminación unilateral del contrato a favor del empleador, no es una causal objetiva como las demás dispuestas como justas causas. En esta misma línea, como se explicará a continuación, se encuentra la causal 13 del literal a) del artículo 62, sobre *la ineptitud del trabajador para prestar el servicio convenido*, la cual da origen a este trabajo de investigación.

La causal 13 del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo es tal vez una de las que mayor dificultad encierra al momento de su interpretación, pues esta, de

suyo, comprende una valoración en doble vía del desempeño del empleado, toda vez que, la ineptitud, como la llama el Código Sustantivo del Trabajo, puede comprobarse de manera objetiva y subjetiva, y aún puede confundirse con las causales 9 y 10 del literal a) del artículo 62 referido, como se explica a continuación.

La edición vigesimotercera (2014) del Diccionario de la Lengua Española – DLE - de la Real Academia Española - RAE- define la ineptitud como:

Del lat. ineptitūdo.

1. f. Inhabilidad, falta de aptitud o de capacidad. (RAE, 2014).

Por su parte, en el ámbito laboral, Hernández (2016), recoge la definición propuesta por el profesor Ortega Torres (1982):

A. Incapacidad laboral, cuando el empleado no sabe realizar el trabajo para el cual fue contratado. B. Inhabilidad o negligencia laboral, cuando el trabajador, aun conociendo el trabajo para el cual fue contratado no es apto para el mismo, y C. Insuficiencia del rendimiento, cuando el empleado, aun conociendo el trabajo y siendo apto para el mismo, no lo realiza con la intensidad requerida. **Los tres sostienen que son justas causas para la ruptura del contrato de trabajo.** (Ortega, 1982, p. 143, citado por Hernández, 2016, p. 33) (Negrilla no perteneciente al texto original).

En los términos planteados por el profesor Ortega, la ineptitud se expresa como i) desconocimiento de la labor; ii) negligencia, aunque exista conocimiento; y iii) rendimiento insuficiente. Obsérvese que la segunda acepción planteado por Ortega puede confundirse

con las causales 9 y 10 del literal a) del artículo 62, pues se considera inhábil o negligente al trabajador al momento de desempeñar sus funciones, lo cual le acerca a la “inejecución sistemática, sin razones válidas” o el “deficiente rendimiento” que prescriben los numerales aludidos. Por su parte, tomando distancia de esta confusión, Acevedo Gómez, citado a su vez por Castro (2002), señala que la ineptitud “*es ajena a la voluntad del trabajador, es la falta de habilidad suficiente para el desempeño de la labor contratada*” (1982, p. 114 - 116). Es claro que la ineptitud es ajena a la voluntad del trabajador, pues este no se propone incumplir sus laborales, caso en el cual se hallaría incurso en la causal 10 del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo y no la causal 13 del mismo artículo.

Ahora bien, al encontrarse la causal 13 del literal a) dentro de aquellas que requieren previo aviso al trabajador, el despido justificado debe tramitar, antes de su perfeccionamiento, la comunicación motivada del despido y la posibilidad de defensa del trabajador (sentencia C/594, 1998 y sentencia C/229, 1998), como lo recuerda Castro (2002), lo cual permite que dicha causal pueda ser rebatida por el trabajador antes de que se materialice la terminación del contrato, lo cual, no obstante, no impide que para la invocación de la causal se empleen valoraciones subjetivas por parte del empleador, pues es cierto que en algunas relaciones laborales se dificultad sobremanera determinar la habilidad de un trabajador para desempeñar sus funciones o el rendimiento de este al ejecutarlas, en especial cuando la prestación no puede ser cuantificada, sino que su conmensuración obliga al uso de criterios cualitativos, o cuando la ineptitud resulta sobreviniente, es decir, con posterioridad a un período considerable de desempeño suficiente y adecuado, como cuando se afecta la salud del trabajador o este se muestra incapaz de adquirir habilidades laborales para las cuales se le capacita.

Si bien la ineptitud puede comprobarse de manera objetiva, contrastando el nivel de producción de un trabajador y otro en igualdad de condiciones, por ejemplo, o contrastando las habilidades que en su hoja de vida manifiesta tener el candidato y su posterior desempeño insuficiente, sin que medie ninguna situación eximente o justificante, lo cierto es que, en algunas ocasiones, la invocación de esta causal puede presentar dificultades, en especial, como se dijo arriba, cuando la labor desempeñada debe medirse cualitativa y no cuantitativamente, como puede ocurrir, para poner dos ejemplos, con un periodista o un abogado, a quienes se les reproche sus conocimientos prácticos, a pesar, incluso, de que tengan licencia para ejercer el oficio, como en el segundo caso. El trasfondo de esta reflexión obliga a pensar en el alcance de esta causal, así como sus efectos prácticos, incluso para personas en igualdad de condiciones físicas, psíquicas y materiales, pues, como se advierte, la aplicación de la causal, de doble connotación (objetiva y subjetiva) puede resultar problemática.

Por supuesto, esta dificultad en la apreciación y aplicación de la causal 13 del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo adquiere mayor trascendencia cuando sus destinatarios son las PcD, pues, como se ha sostenido a lo largo de este trabajo, precisamente por encontrarse en un situación de desigualdad material o debilidad manifiesta, a ellas no puede aplicarse el ordenamiento jurídico sin hacer una previa interpretación hermenéutica de este desde la Constitución Política, los principios fundantes del Estado Social de Derecho y los derechos fundamentales. Ese es precisamente el objetivo de principal de este trabajo, a partir del cual se pretende la verificación de las garantías legales y constitucionales en el proceso administrativo de despido justificado de

las PcD con base en esta causal relativa a la ineptitud del trabajador para desempeñar sus funciones.

Ineptitud del trabajador discapacitado para prestar el servicio convenido: trámite y diferencias respecto a los trabajadores no discapacitados.

Sea lo primero, pues, identificar en qué condiciones y bajo qué normativa jurídica se aplica a las PcD la causal 13 del literal a) artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo. Como se explicó con holgura en el capítulo II, las PcD son consideradas sujetos de especial protección constitucional y titulares de la estabilidad laboral reforzada, con base en el artículo 26 de la ley 361 de 1997. Esta garantía constitucional obliga al Estado colombiano a reinterpretar el ordenamiento jurídico para aplicar ajustes razonables y desarrollar acciones afirmativas a fin de igualar materialmente a las PcD, conforme la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –CDPCD-, la Constitución Política de 1991 y la ley estatutaria 1618 de 2013.

Bajo el amparo de dicha normativa, las PcD gozan de derechos reforzados antes, durante y después del vínculo laboral, con lo cual, un primer análisis lleva necesariamente a la conclusión de que este grupo poblacional no puede ser discriminado con ocasión de la diferencia que presentan sus interacciones en cuanto a **estructuras y funciones corporales** (antes *deficiencias*), b) **actividades** (antes *discapacidad*) y c) **participación** (antes *minusvalía*), de acuerdo con la CIF de la OMS. En estos términos, como se plantea en la CDPCD y se ratifica en la ley estatutaria 1618 de 2013, es obligación del Estado, en cabeza del Ministerio del Trabajo y el SENA (aunque la sociedad en general está llamada también

a cumplir con este compromiso), capacitar para el trabajo a las PcD, de modo que puedan acceder al mercado laboral o se cree por parte de la institucionalidad espacios propios y diferenciados con ese propósito, conforme el título IV, artículo 13, de la ley estatutaria sobre la materia. Este mismo articulado estimula la contratación de las PcD, mediante beneficios fiscales y tributarios, o criterios de preferencia en materia de contratación pública, de suerte que la integración laboral de las PcD sea una realidad y no meramente una expresión de buena voluntad por parte del legislador y las instituciones públicas y privadas.

En términos generales, la inclusión laboral de las PcD en Colombia no tiene avances significativos. De acuerdo con el Informe mensual del mercado laboral - Inclusión laboral de las personas con discapacidad de Fedesarrollo (mayo, 2018):

De acuerdo con las estadísticas, el 31% de las personas registradas se encuentran incapacitadas de manera permanente para trabajar y no cuentan con una pensión, **y apenas el 12% se encuentra trabajando (Gráfico 2). Adicionalmente, de las personas que se encuentran trabajando, el 80% refirieron trabajar sin contrato laboral y solo el 7% afirmaba tener un contrato a término fijo.** (Fedesarrollo, 2018, p. 5) (Negrilla no perteneciente al texto original).

Esta información se compadece con la suministrada por el periódico El Colombiano, en su edición virtual, el pasado 18 de julio de 2018, pues de acuerdo con la publicación del medio, con base en el Registro de Localización y Caracterización de Personas con Discapacidad -RLCPD:

La caracterización permitió ubicar a 165.283 discapacitados trabajando, de los cuales el 80,33 %, es decir 132.772 no tenían contrato laboral. Además, el 32 % de ellos no pueden trabajar y no tienen pensión, mientras que **solo 11 % tenía un contrato a término indefinido** (ver gráfico). (El Colombiano, 18 Julio 2018).

No obstante el desalentador panorama, es una realidad que en el país existe una población con discapacidad empelada que requiere una atención especial en aras de garantizar todos sus derechos constitucionales y convencionales, particularmente cuando estos se ven amenazados durante o después de contraer un vínculo laboral formal. Precisamente, en el marco de la pregunta problematizadora, este trabajo se sitúa en el momento en que cesa dicho vínculo, con la terminación del contrato laboral de las PcD. En capítulos anteriores, se ahondó en la jurisprudencia constitucional y ordinaria respecto a la forma en que debe interpretarse la normativa colombiana e internacional frente a los casos de desvinculación laboral de las PcD, concluyéndose que bajo la vigencia del artículo 26 de la ley 361 de 1997, incluso a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, antes opuesta a esta tesis, que existe una presunción de discriminación a favor de las PcD, e inclusive, siguiendo a la Corte Constitucional, a favor de aquellas personas que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta, en especial cuando esta condición tenga origen en una afectación de salud.

Sin embargo, esta presunción de discriminación, según explica la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no opera cuando el empleador invoca para efectuar el despido una justa causal de las consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo. Conviene reiterar la síntesis que la Corte Suprema de Justicia hace de su postura:

(a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 **pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias**, lo que significa que la **extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima**.

(b) A pesar de lo anterior, **si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio**, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.

(c) **La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar**, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente **las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad**. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas (Sentencia SL/1360, 2010) (Negrilla no perteneciente al texto original).

Es claro que la Corporación de cierre en materia laboral sólo encuentra necesaria la intervención del Ministerio del Trabajo en los eventos en que el despido esté mediado por

una razón discriminatoria, señalando que “*la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima*”. Como se ha visto, estas justas causas a las que hace referencia la Sala Laboral de CSJ son aquellas contempladas por el artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo. Dentro de estas justas causas, además, se resaltan dos que por su naturaleza comprenden un componente subjetivo en su valoración, cuales son las causales 10 y 13 del artículo 62, literal a). Especialmente, el numeral 13 del literal a), sobre el cual se han hecho algunas acotaciones generales, es todavía más problemático cuando se le analiza desde las PcD como sus destinatarias, permitiendo formular este interrogante:

¿La justa causa con preaviso de terminación del contrato laboral del trabajador contenida en el numeral 13 del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo puede ser considerada como una de las *justas causas legítimas* para efectuar el despido de una PcD sin necesidad de autorización del Ministerio del Trabajo, según los criterios recientes de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional?

Como se viene argumentando desde páginas atrás, la justa causa de despido con preaviso con base en *la ineptitud del trabajador para prestar el servicio convenido*, aunque está plenamente vigente en el ordenamiento jurídico y dogmática y jurisprudencialmente ha sido desarrollada, presenta algunas dificultades en su interpretación y aplicación, pero, en tratándose de PcD como sus destinatarias, la propia causal, si se quiere, se desfigura completamente, puesto que, una vez efectuado un análisis somero, en seguida es palpable que, al estar relacionado intrínsecamente con la condición de discapacidad de la PcD, difícilmente, sino imposible de plano, podrá invocarse contra una PcD como justa causa legítima de terminación del contrato laboral, sin que medie la intervención y autorización del Ministerio del Trabajo a esos efectos.

La obligación de los Estados partes de la CDPCD es precisamente realizar ajustes razonables y acciones afirmativas con el fin de garantizar de igualar materialmente a las PcD en términos de derechos y garantías. En el caso concreto, los ajustes razonables, mediante una discriminación positiva, se han realizado por la vía legal y jurisprudencial, pues la ley 361 de 1997 no sólo consagra una estabilidad laboral reforzada a favor de la PcD, sino que dicha estabilidad ha sido reconocida y ampliada, con base en la Constitución Política y las Convenciones sobre la materia, por parte de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. Una desvinculación laboral invocada en la ineptitud de las PcD, no sólo resulta contraria a la interpretación jurisprudencial de la estabilidad laboral reforzada de ese grupo, sino que violenta abiertamente los compromisos internacionales del Estado colombiano y su carta fundacional.

Una primera reflexión que suscita la aplicación de la causal referida en las PcD es precisamente la relativa a la obligación del empleador de una PcD de proceder a la **“rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación”** (SL/1360, 2010). Como se analizó en su momento respecto a la causal 13 del literal a) artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, la ineptitud del trabajador puede obedecer a i) el desconocimiento, la incapacidad o inhabilidad previa o antecedente de ejercer el servicio convenido, lo cual contraria los mandatos del artículo 27 de la CDPCD y el artículo 13 de la ley estatutaria 1618 de 2013, al negarse la inclusión laboral de las PcD; ii) la negligencia o incapacidad para desempeñar las funciones aunque se tenga el conocimiento y iii) el bajo rendimiento en el desempeño laboral. En estos dos últimos casos, invocada esta causal frente a las PcD, sin duda alguna vulneraría el compromiso del Estado frente a su obligación de

k) *Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.* (CDPCD, 2006) (Cursiva no perteneciente al texto original).

Como no ocurre con un ciudadano en plenitud de condiciones, frente al cual sí puede oponerse esta causal e incluso hacerse efectivo el despido con justa causa, cuando se trata de una PcD la invocación de esta causal es en sí mismo un acto discriminatorio, pues la motivación para la terminación del vínculo laboral obedece precisamente al factor diferencial que le impide o dificulta desarrollar habilidades y mantener el rendimiento laboral, lo que de ningún modo puede ser considerado ineptitud, y en consecuencia se debe proceder conforme lo prevé el artículo 26 de la ley 361 de 1997, requiriendo la autorización del Ministerio de Trabajo, obligación que no es preciso cumplir frente a un ciudadano en plenitud de condiciones, pues este no goza de la especial protección constitucional tantas veces mencionada aquí, procediéndose únicamente a motivar la decisión y permitirle la defensa, sin que interese en ningún momento su *rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación*. Este panorama indica que esta justa causal con preaviso, relativa a la ineptitud del trabajador, frente a las PcD, opera mediante una discriminación positiva, en el marco de la estabilidad laboral reforzada construida legal y jurisprudencialmente, con lo que el Estado colombiano satisface sus compromisos convencionales y constitucionales al respecto, **impidiendo que esta pueda ser invocada contra una PcD sin que se surta el trámite administrativo para su desvinculación**, conforme su estabilidad laboral reforzada, **operando abiertamente la presunción de discriminación**, en los términos anteriormente expuestos respecto a la nulidad del despido, el reintegro del trabajador y la

indemnización de 180 SMLDV, efectos perseguibles a través de la acción de tutela, incluso, como otra expresión de la estabilidad laboral reforzada.

Trámite administrativo para la desvinculación laboral de las PcD: Ministerio del Trabajo.

Ahora bien, con base en el capítulo anterior y lo visto hasta ahora, en primer lugar, **es necesario hacer claridad sobre la naturaleza de este trámite, el cual, sea dicho categóricamente, no se adelanta en contra de PcD por su ineptitud laboral**, sino cuando **discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar y salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo**. Lo anterior significa que conforme la legislación y la jurisprudencia nacional, la ineptitud de un trabajador discapacitado para desempeñar su labor no puede ser esgrimida sin que se configure la presunción de discriminación, a menos que el Ministerio del Trabajo encuentre que la situación de discapacidad es incompatible e insuperable y no es procedente la reocupación de la PcD.

Pues bien, dentro las inquietudes que genera este procedimiento administrativo de terminación del contrato de las PcD, versa precisamente sobre el trámite que adelanta el Ministerio de Trabajo una vez activado por parte del empleador el protocolo establecido en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, esto es, con posterioridad a surtir el trámite disciplinario interno contemplado en el artículo 104 y ss del Código Sustantivo del Trabajo, aplicando el artículo 29 de la Constitución Política. De conformidad con la Resolución 2143 de 2014, el Coordinador del Grupo de Atención al Ciudadano y Trámites de las

Direcciones Territoriales del Ministerio del Trabajo (artículo 2), así como los Inspectores de Trabajo (artículo 7), tienen, entre otras, la función de:

Autorizar la terminación de los contratos de trabajo en razón de la limitación física del trabajador, en el caso contemplado en el artículo [26](#) de la Ley 361 de 1997, modificado por el artículo [137](#) del Decreto-ley 19 de 2012 (MinTrabajo, 2014).

De acuerdo con el Manual del Inspector de Trabajo y Seguridad Social (2014), el procedimiento de Autorizar la terminación de los contratos de trabajo en razón de la limitación física del trabajador, en el caso contemplado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, debe orientarse por el procedimiento general sancionatorio del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA – (ley 1437 de 2011), ateniéndose a lo allí dispuesto de manera general para los procedimientos sancionatorios, y teniendo en cuenta además los siguientes documentos:

Para que una autorización del Inspector de Trabajo sea viable, los soportes documentales son los siguientes:

a) Concepto, certificación o dictamen mediante el cual el tratamiento de rehabilitación culminó, no existe posibilidad de culminarse o no es procedente.

b) Estudios de puesto de trabajo con el objeto de determinar si efectivamente en la empresa existe o no un cargo acorde a la salud del trabajador.

c) La discriminación de cargos en la empresa.

d) Un documento que describa las competencias o funciones de cada cargo o puesto de trabajo relacionado en la nómina, versus el perfil, aptitudes físicas, psicológicas y técnicas con las que debe contar el trabajador que va a desempeñar el cargo.

e) Cualquier tipo de documento mediante el cual el empleador pruebe 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 o que definitivamente con base en las capacidades residuales del trabajador, no existe un puesto de trabajo para ofrecerle conforme a su estado de salud. (MinTrabajo, 2014).

Conforme a la información anterior, es evidente que el procedimiento administrativo para el despido de las PcD con ocasión de su situación de discapacidad está reglado, aplicándose un procedimiento genérico con base en una norma general como lo es el CPACA, el cual es empleado para un sinnúmero de procedimientos de índole administrativa. Sin embargo, sin ánimo de profundizar en los detalles de este procedimiento, basta dejar claridad que este cumple un papel residual en caso de inexistencia de un procedimiento específico, razón por la cual el Inspector de Trabajo acude a él para dar trámite a la Autorización de despido de PcD. Ahora bien, con relación a los documentos exigidos por el Inspector de Trabajo y relacionados arriba, estos no son propios del procedimiento administrativo sancionatorio – PAS – sino que fueron requeridos a partir del concepto 003440 de 2011 del Ministerio de Protección Social (ahora Ministerio del Trabajo).

A propósito de este concepto, a través del cual el Ministerio de Trabajo adopta unos requerimientos para determinar la viabilidad la autorización de despido de una PcD, resulta cuando menos escandaloso que este procedimiento, el cual se orienta por el PAS a falta de uno específico para ese propósito, además este complementado por un concepto, institución jurídica sin fuerza vinculante para terceros, aunque deban ser respetados al interior de las entidades (C/487, 1996). Como si no fuera suficiente con el hecho de que el procedimiento de autorización no estuviera reglado por una norma específica que atienda las condiciones especiales de las PcD, bajo el marco normativo especial que las cobija, que este procedimiento esté delimitado también en materia probatoria por un simple concepto del Ministerio de Trabajo deja mucho que desear, en especial para garantizar seguridad jurídica y la prevalencia y amparo reforzado respecto a las PcD.

Sobra decir que una vez surtido el PAS, el Inspector de Trabajo emite una decisión conforme al material probatorio y las apreciaciones que tenga a bien hacer con base en la legislación y la jurisprudencia nacional, haciendo claridad que el procedimiento y su impulso depende sobre todo del empleador, puesto que es él quién debe cumplir con todas las cargas del procedimiento, desde la elevación de la solicitud de autorización hasta el deber de aportar la documentación y pruebas necesarias para el éxito del procedimiento de despido. Vale aclarar en este punto que ante el despido del PcD, sin agotarse el PSA de autorización del Ministerio del Trabajo, el trabajador tienen abiertas las puertas de la vía tutelar, a través de la cual puede concedérsele el reintegro e imponerse la sanción indemnizatoria al empleador, conforme los numerosos casos reseñados en este trabajo, pero en el procedimiento administrativo es un protagonista silencioso.

Por otra parte, lo que sin duda brilla por su ausencia dentro del trámite administrativo de autorización de despido de una PcD, es el componente de multidisciplinariedad que debe estar siempre presente en aquellos asuntos que involucran a las PcD, conforme a la CDPCD de 2006. Según el artículo 26 de dicha convención:

Artículo 26. Habilitación y rehabilitación

1. Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal fin, **los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación**, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales, **de forma que esos servicios y programas:**

a) Comiencen en la etapa más temprana posible y **se basen en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona;**
(CDPCD, 2006) (Negrilla no perteneciente al texto original).

No deja de llamar la atención que los funcionarios competentes para conocer sobre estas autorizaciones sean los coordinadores del Grupo de Atención al Ciudadano y Trámites y los Inspectores de Trabajo, sin que se prevea tampoco la conformación de un grupo interdisciplinar e interinstitucional para adelantar estos procedimientos. Parece improbable que la especialidad de la condición de discapacidad en los universos médicos, psicológicos,

terapéuticos, etcétera, pueda ser abarcada por un solo funcionario encargado de decidir al respecto, en especial cuando este generalmente posee conocimientos jurídicos y de la especialidad laboral y seguridad social.

En síntesis, el trámite de Autorización de la terminación de los contratos de trabajo debido a la limitación física del trabajador, en el caso contemplado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, puede ser objeto de las siguientes críticas:

a) La inexistencia de un procedimiento exclusivo y especial para tramitar dicha autorización, el cual comprenda todo el universo normativo que cobija a las PcD, del orden legal, constitucional y convencional.

b) Que el actual procedimiento que se surte a través del PAS del CPACA, esté complementado a través de un concepto 003440 de 2011 del Ministerio de Protección Social (ahora Ministerio del Trabajo), determinando los documentos y pruebas que “hacen viable la solicitud”, concepto cuyo alcance jurídico sólo tiene efectos vinculantes excepcionalmente de manera interna, sin que sea oponible con la misma fuerza a terceros, lo que genera una cierta inseguridad jurídica.

c) El escaso protagonismo dentro del procedimiento de las PcD.

d) La falta del componente multidisciplinar, interdisciplinar e interinstitucional dentro del procedimiento de autorización de despido de las PcD, pese a que las diferentes leyes y convenciones, en especial la CDPCD, compromete a los Estados parte en ese sentido.

e) Como consecuencia de lo anterior, todo el peso de la decisión y su motivación recae sobre un funcionario al cual no se le exige conocimientos en materia de discapacidad (médicos, psicológicos, terapéuticos, jurídicos), generando inquietud sobre su idoneidad y la necesidad de aplicar el criterio multidisciplinar en este tipo de decisiones.

El resultado de este procedimiento cuestionado de autorización puede ser en tres sentidos: a) **desautorizando**, caso en el cual se garantiza la reincorporación o reubicación de la PcD; b) **autorizando el despido previa indemnización de 180 de SMLDV**, conforme el inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, pues es necesario recordar que al tenor de la Corte Constitucional dicha indemnización es independiente de las demás sanciones que contempla dicho artículo; y c) **autorizando por una justa causa en la que no se discuta la situación de discapacidad o salud del trabajador, caso en el cual no opera la sanción indemnizatoria**.

Dicho lo anterior, es claro que en Colombia existen dos situaciones distintas, en las cuales, sin embargo, opera un estabilidad laboral reforzada a favor de las PcD, en cumplimiento de las normas nacionales e internacionales de amparo reforzado a favor de esta comunidad:

1) La presunción de discriminación a favor de las PcD cuando no se esgrima una justa causal de despido dentro de las contempladas en los artículos 62 del Código Sustantivo de Trabajo, presunción que jurisprudencialmente ha sido reconocida de tiempo atrás por la Corte Constitucional y más recientemente por la Corte Suprema de Justicia. Ello encuentra una excepción clara, tratándose de las PcD, en la causal 13 del literal a) del artículo 62,

relativa a la ineptitud del trabajador, puesto que alegar semejante causal en contra de la PcD es abiertamente ilegítimo, pues resulta discriminatorio y contrario a los artículos 26 y 27 de la CDPCD y el artículo 13 y ss de la ley estatutaria 1618 de 2013. Aunque esta causal de ineptitud laboral pueda ser invocada frente a cualquier ciudadano en plenitud de condiciones, no lo es así frente a las PcD, a quienes debe garantizarse su rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral, garantías que no operan a favor de los primeros.

2) Una segunda situación es la que se presenta cuando la discapacidad de una persona sea clara y demostradamente incompatible e insuperable para el cargo que se va a desempeñar y no exista posibilidad de garantizar su reintegración laboral mediante la readaptación, reinserción y reubicación laboral, bien porque la condición de discapacidad sea permanente o transitoria, caso en el cual debe intervenir el Ministerio del Trabajo, mediante un procedimiento cuestionable, pero que representa también una garantía reforzada a favor de las PcD, e incluso para aquellas personas en estado de debilidad manifiesta, pues, siguiendo la argumentación de la Corte Constitucional, en especial en casos de afectación a la salud, la estabilidad laboral reforzada de las PcD le es extensible, como sujetos de especial protección constitucional.

Habiendo realizado un análisis de ambas situaciones, en el marco de la normatividad en materia de discapacidad y la jurisprudencia constitucional y ordinaria al respecto, puede decirse a grandes rasgos que en Colombia el procedimiento administrativo para el despido de trabajadores en situación de discapacidad debido a *su ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada* garantiza plenamente sus derechos constitucionales y convencionales. Ello, por cuanto en Colombia esta no es justa causa para despedir una PcD

(requiriendo la intervención del Mintrabajo), y en caso de que su discapacidad sea una motivación soterrada del empleador para efectuar el despido, la ley y la jurisprudencia prevén la configuración de la presunción de discriminación a favor del trabajador, activándose la vía tutelar y la estabilidad laboral reforzada de origen constitucional y legal, específicamente las medidas contempladas en el artículo 26 de la ley 361 de 1997. Estas garantías, además, se hacen extensivas para aquellas personas en estado de debilidad manifiesta, en especial por cuestiones de salud, con lo cual se aplican los criterios de inclusión y reconocimiento de las CDPCD y la ley estatutaria 1618 de 2013. El empleador, en este caso, se ve obligado en justificar, invocando una causal justa de terminación del contrario, la decisión de despido, o ateniéndose al triple efecto que puede perseguir el trabajador por la vía tutelar: la nulidad del despido, la reincorporación o reintegro laboral y la indemnización sancionatorio del inciso segundo del artículo 26 aludido.

Por otra parte, frente a la discapacidad incompatible e insuperable para el cargo a desempeñar y el respectivo trámite de autorización por parte del Ministerio de Trabajo, es claro que, aunque existan reparos al procedimiento, como se planteó arriba, este existe, tramitándose mediante el PAS del CPACA y de acuerdo a las directrices (aunque establecidas mediante concepto y no resolución, decreto o ley) del Ministerio del Trabajo, designado por la ley 361 de 1997 como el competente para esos efectos. Si bien vale la pena contemplar la posibilidad de realizar algunos ajustes razonables sobre este procedimiento, en la actualidad este funciona como una medida reforzada de amparo, de la cual no disponen los demás ciudadanos, pues lo que se pretende es la igualdad formal y material de las PcD, mediante la discriminación positiva, bajo el imperio de los artículos superiores 13, 47, 54 y 68.

Un asunto que amerita una última consideración, es precisamente el relacionado con el efecto extensivo de esta legislación y jurisprudencia a favor de aquellas personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta. Si bien la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, se niega actualmente a reconocer a las personas con afecciones de salud el derecho a la estabilidad laboral reforzada en los términos que aplica para las PcD, a menos que estas estén calificadas al menos en grado severo (15% o superior), lo cierto es que la Corte Constitucional, en sentencia SU/049 de 2017 y sentencia SU/040 de 2018, amplía esta estabilidad laboral reforzada aunque no exista previa calificación de la afección en salud y podría decirse que a otros estados de debilidad manifiesta no relacionados con la situación de salud de la persona. Vale aclarar que en la SU/049 de 2017, en la que la Corte Constitucional se arroga la competencia para decidir definitivamente el tema y unificar criterios, esta es la posición que se sostiene, y siendo la Corte Constitucional la encargada de la salvaguarda de la norma de normas, resulta apropiado y consecuente acoger su criterio, sobre todo cuando este es el que más y mejor garantiza los derechos fundamentales y desarrolla los principios superiores

CONCLUSIONES

En nuestro país, las PcD se encuentran protegidas mediante todo tipo de instrumentos de índole legal, constitucional y convencional. El desarrollo normativo en los últimos años ha sido ciertamente importante, en especial gracias al espaldarazo de la CDPCD de 2006, a partir de la cual se ha legislado en gran número de materias, haciendo destinatarias a las PcD de legislaciones proteccionistas. En especial, desde 1997 la ley 361, en su artículo 26, establece una figura conocida como presunción de discriminación, la cual opera a favor de las PcD al momento de terminación de su vínculo laboral. Esta figura jurídica, no obstante, ha sido objeto de múltiples polémicas jurisprudenciales, llegando incluso a enfrentar los criterios de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. Esta última corporación sólo reconoció la existencia de esta presunción de discriminación en jurisprudencia reciente, pero además clarificó el panorama de la desvinculación laboral de las PcD, aduciendo que mientras opere una justa causa de despido, no hay lugar la intervención del Ministerio de Trabajo para su autorización o la presunción de discriminación en sí misma, pues las justas causas que no están mediadas por razones discriminatorias, verdadero objeto de censura por parte de la ley 361 de 1997.

Bajo este panorama, preguntarse por la *ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada* como una justa causal de terminación del contrato contemplada por el Código Sustantivo de Trabajo, la cual opera contra cualquier trabajador en plenitud de condiciones, resultó de suma trascendencia, pues permitió indagar en la jurisprudencia y el ordenamiento jurídico por los derechos de las PcD, a quienes resulta abiertamente inconstitucional y discriminatorio aplicar dicha causal, pues esta está indisolublemente

ligada a su capacidad laboral como PcD. En su lugar, el ordenamiento contempla dos situaciones en las que se observa el amparo reforzado que como PcD merecen, traducidas en una estabilidad laboral reforzada en su favor.

La primera de ellas se presenta en el evento en el que el empleador despida sin ninguna justificación o escondiendo tras la invocación de una justa causa un móvil discriminatorio con ocasión de la discapacidad de su trabajador. En este caso la estabilidad laboral reforzada se activa permitiendo al trabajador acceder a la vía tutelar para reclamar de una forma expedita la salvaguarda de sus derechos fundamentales a la igualdad y la vida digna. Una vez verificado por el juez constitucional la inexistencia del procedimiento adecuado de reintegración laboral mediante la reincorporación, reubicación o reasignación de funciones, este puede fallar en tres sentidos: declarando la nulidad del despido, ordenando el reintegro laboral y haciendo efectiva la sanción indemnizatoria del inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997.

El segundo evento se presenta cuando el empleador, siguiendo lo preceptuado por el artículo 26 aludido, solicita la autorización del Ministerio de Trabajo, en cabeza del Inspector de Trabajo, para proceder al despido del trabajador con discapacidad, cuando esta sea insuperable e incompatible con el cargo a desempeñar y la disponibilidad laboral que exista al interior de la empresa, pues el papel del Inspector es surtir un procedimiento mediante el cual se estudien todas las posibilidades de reintegración y reincorporación laboral de la PcD, incluso creando nuevos puestos de trabajo (MinTrabajo, 2016). Esta es sin duda otra expresión de la estabilidad laboral reforzada de las PcD, mediante la cual se busca garantizar los derechos superiores y la especial protección de esta población.

No obstante lo anterior, con lo cual puede decirse que sí existe una garantía a favor de la estabilidad y la inclusión laboral de las PcD, lo cierto es que pueden sugerirse dos críticas respecto a ambas situaciones. Respecto a la primera, aunque la Corte Constitucional se haya decantado por extender esta estabilidad laboral reforzada a las personas no discapacitadas pero bajo estado de debilidad manifiesta por cuestiones de salud, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia no se aviene a esta interpretación, generando inseguridad jurídica respecto a la situación de estas personas, a quienes exige un mínimo de calificación de su afección de salud, igual o superior al 15% de acuerdo a la tabla de calificación de invalidez y pérdida de capacidad laboral.

Por otra parte, el procedimiento de autorización de despido de las PcD, a nuestro juicio, merece ajustes razonables en el sentido de que se cree un trámite especial, y no se acuda al proceso administrativo sancionatorio del CPACA, pues dada la especial protección constitucional de las PcD lo ideal es que la regulación de sus situaciones, en especial aquellas que involucran derechos fundamentales, sea diseñada específicamente para protegerlos. El procedimiento, según se expuso en el Capítulo III, presenta dificultades también en puntos como:

b) Que el actual procedimiento que se surte a través del Procedimiento administrativo sancionatorio del CPACA, esté complementado a través de un concepto 003440 de 2011 del Ministerio de Protección Social (ahora Ministerio del Trabajo), determinando los documentos y pruebas que “hacen viable la solicitud”, concepto cuyo alcance jurídico sólo tiene efectos vinculantes excepcionalmente de manera interna, sin que sea oponible con la misma fuerza a terceros, lo que genera una cierta inseguridad jurídica.

c) El escaso protagonismo dentro del procedimiento de las PcD.

d) La falta del componente multidisciplinar, interdisciplinar e interinstitucional dentro del procedimiento de autorización de despido de las PcD, pese a que las diferentes leyes y convenciones, en especial la CDPCD, compromete a los Estados parte en ese sentido

e) Como consecuencia de lo anterior, todo el peso de la decisión y su motivación recae sobre un funcionario al cual no se le exige conocimientos en materia de discapacidad (médicos, psicológicos, terapéuticos, jurídicos), generando inquietud sobre su idoneidad y la necesidad de aplicar el criterio multidisciplinar en este tipo de decisiones.

En todo caso, aunque los avances resultan significativos, lo cierto es que en materia de derechos laborales para las PcD, nunca parece suficiente, y cualquier ajuste razonable, pensando en favor de estas personas en situación de vulnerabilidad, es bienvenido, en especial teniendo en cuenta su escasa participación en el mercado laboral formal de nuestro país. Pero, en tratándose de la estabilidad laboral reforzada de las PcD (y por extensión de las personas con afecciones de salud), sí existen garantías, con base en la legislación nacional e internacional y especialmente la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cada vez más ajustada al enfoque de Derechos propuesto por la CDPCD de 2006.

Referencias

Ramírez & Arango, (2017). La estabilidad laboral reforzada del trabajador en situación de discapacidad, naturaleza jurídica, efectos y jurisprudencia. Universidad Pontificia Bolivariana. [Trabajo para optar al título de abogado] Medellín, Colombia:

Ley 361 de 1997. Diario Oficial de la República de Colombia 42978, Bogotá, Colombia, 07 de febrero de 1997.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SL1360, Rad. 53394 de 11 de abril de 2018. MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-531, Exp. D-2600 de 10 de mayo de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá, Colombia

Ministerio del Trabajo. (03 de diciembre de 2010) Concepto 363455. Rad. 276890.
[Concepto de Ana María Cabrera Videla]

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-542, Exp. D-5480 de 24 de mayo de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, Colombia.

Duque Q., S. P., Quintero Q., M. L. & González S., P., (2016). Sobre la protección en el trabajo para las personas con discapacidad. Universidad de Antioquia. Medellín, Colombia.

Kairuz C., M. J. & Méndez G., A. M., (2015). Problemas de la calificación porcentual de la discapacidad en el marco jurídico colombiano, a la luz del Modelo Social contenido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Universidad de los Andes. [Trabajo para optar al título de abogadas] Bogotá, Colombia:

Decreto 917 de 1999. Diario Oficial de la República de Colombia 43601, Bogotá, Colombia, 28 de mayo de 1997.

Organización Mundial de la Salud [OMS] (1983). Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías. Manual de clasificación de las consecuencias de la enfermedad. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto Nacional de Servicios Sociales, INSERSO.

Decreto 1507 de 2.014. Diario Oficial de la República de Colombia 49241, Bogotá, Colombia, 12 de agosto de 2014.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-131, Exp. D-9786 de 11 de marzo de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo. Bogotá, Colombia

Organización Mundial de la Salud [OMS] (2001). Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud. Grupo de Clasificación, Evaluación, Encuestas y Terminología. Ginebra, Suiza.

Chaná C, P. & Albuquerque, D., (2006) La clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) y la práctica neurológica. *Revista chilena de neuro-psiquiatría*, 44 (2), 89-97.

Castillo, J. & Vélez, C. (2001). Salud pública y discapacidad: Una mirada alternativa. *Ánfora*, 16, 75-86.

Herrera, S., Vásquez, J. L. & y Gaité, L (2008). La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF). Rehabilitación. *Revista de la Sociedad Española de Rehabilitación y Medicina Física*, 42(6), 269-75.

Organización de la Naciones Unidas [ONU] (2006). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ginebra, Suiza.

Organización de la Naciones Unidas [ONU] (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Ginebra, Suiza.

López G., J. M., (2017). Acoso laboral en personas con discapacidad en Colombia: análisis crítico de la ley 1010 de 2006 en el marco de la normativa nacional e internacional

sobre discapacidad. Universidad Autónoma Latinoamericana. [Trabajo para optar al título de abogado] Medellín, Colombia.

Alarcón P., Y., (2014). Una mirada al el enfoque de derechos en la protección de las personas con o en situación de discapacidad en Colombia. *Revista Vniversitas Jurídica*, No. 128, 11-15.

Hernández R., M. I., (2015). El Concepto de Discapacidad: De la Enfermedad al Enfoque de Derechos. *Revista CES*, Vol. 6, No. 2, 46-59.

O'Reilly, A. (2007). El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades. Ginebra, Suiza. OIT.

Organización Internacional del Trabajo [OIT] (1983). Convenio 159. Ginebra, Suiza.

Organización Internacional del Trabajo [OIT] (1983). Recomendación 168. Ginebra, Suiza

Organización de la Naciones Unidas [ONU] (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ginebra, Suiza.

Organización de la Naciones Unidas [ONU] (1966). Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles. Ginebra, Suiza.

Organización de Estados Americanos [OEA] (1978). Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica.

Organización de Estados Americanos [OEA] (1998). Protocolo adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica.

Constitución política de Colombia [Const.] (1991) Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-220, Exp. D-11626 de 19 de abril de 2017, M.P. José Antonio Cepeda Amarís. Bogotá, Colombia

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-042, Exp. D-11480 de 01 de febrero de 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez. Bogotá, Colombia

Ley 1346 de 2009. Diario Oficial de la República de Colombia 47427, Bogotá, Colombia, 03 de julio de 2009.

Ley 1618 de 2013. Diario Oficial de la República de Colombia 48717, Bogotá, Colombia, 27 de febrero de 2013.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-191, Exp. D-1868 de 06 de mayo de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, Colombia

Ministerio de Salud y Protección Social (2017) Normograma de Discapacidad para la República de Colombia. Bogotá, Colombia

Ley 1145 de 2007. Diario Oficial de la República de Colombia 46685, Bogotá, Colombia, 10 de julio de 2007.

Decreto 2107 de 2016. Diario Oficial de la República de Colombia 50095, Bogotá, Colombia, 22 de diciembre de 2016.

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-282, Exp. T-1.740.531 de 14 de marzo de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-495, Exp. T-2.548.194 de 16 de junio de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-317, Exp. T-5.921.558 de 12 de mayo de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-427, Exp. T-936 de 24 de junio de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-533, Exp. T-3038 de 23 de septiembre de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-1040, Exp. Acumulados T-445.134 y T-457.673 de 27 de septiembre de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-040, Exp. T-5.168.539 de 09 de febrero de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. Sentencia T-442, Exp. T-6.028.205. de 13 de julio de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-320, Exp. T-5.187.233. de 21 de junio de 2016, M.P. Alberto Rojas Ríos. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. Sentencia T-689, Exp. T-853326. de 22 de julio de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-691, Exp. T-5.049.495. de 11 de noviembre de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-141, Exp. expedientes T-5152536 y T-5208261 de 28 de marzo de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-824, Exp. T- 4.349.995 de 05 de noviembre de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-597, Exp. T-4.326.499 de 22 de agosto de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. Sentencia T-405, Exp. T-3919246, T-3921904 T-3925289 y T-3928410 de 30 de junio de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-691, Exp. T-4.326.499 de 22 de agosto de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. Sentencia T-594, Exp. T-4945430, T-4934726, T-4943891 y T-4939076 de 14 de noviembre de 2015, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, Colombia

Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-351, Exp T-3.010.397 de 09 de junio de 2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-106, Exp T-4.596.125 y T-4.599.220 de 25 de marzo de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-057, Exp T-5.202.686 de 11 de febrero de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. Sentencia T-251, Exp T T-5.255.723 y T-5.296.8327 de 11 de mayo de 2016, M.P. Alberto Rojas Ríos. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. Sentencia T-461, Exp T T-5.255.723 y T-5.296.8327 de 11 de mayo de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldan. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-878, Exp T-4.190.881 de 18 de noviembre de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-674, Exp T-4225151 de 10 de septiembre de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-531, Exp. D-2600 de 10 de mayo de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-458, Exp D-10585 de 22 de julio de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia SU-049, Exp T-4632398 de 02 de febrero de 2017, M.P. María Victoria Calle Correa. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia SU-040, Exp T-5.692.280 de 10 de mayo de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger. Bogotá, Colombia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad. 32532 de 15 de julio de 2008. MP Elsa Del Pilar Cuello Calderón, Bogotá, Colombia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad. 35606 de 25 de marzo de 2009. MP Isaura Vargas Díaz. Bogotá, Colombia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad. 38992 de 03 de noviembre de 2010. MP Camilo Tarquino Gallego. Bogotá, Colombia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad. 36115 de 16 de marzo de 2010. MP Gustavo José Gnecco Mendoza. Bogotá, Colombia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad. 39207 de 28 de agosto de 2012. MP Jorge Mauricio Burgos Ruíz. Bogotá, Colombia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL/3545, Rad. 61708 de 23 de agosto de 2018. MP Dolly Amparo Caguasango Villota. Bogotá, Colombia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL/3251, Rad. 56995 de 09 de agosto de 2018. MP Dolly Amparo Caguasango Villota. Bogotá, Colombia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL/3344, Rad. 55819 de 08 de agosto de 2018. MP Omar De Jesús Restrepo Ochoa. Bogotá, Colombia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL/3099, Rad. 50196 de 01 de agosto de 2018. MP Jimena Isabel Godoy Fajardo. Bogotá, Colombia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad. 35794 de 10 de agosto de 2010. MP Gustavo José Gnecco Mendoza. Bogotá, Colombia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL/3510, Rad. 58146 de 23 de agosto de 2018. MP Martín Emilio Beltrán Quintero. Bogotá, Colombia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL/3520, Rad. 69399 de 15 de agosto de 2018. MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Bogotá, Colombia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL/3255, Rad. 64124 de 25 de julio de 2018. MP Ernesto Forero Vargas. Bogotá, Colombia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL18623, Rad. 45760 de 06 de diciembre de 2016. MP Gerardo Botero Zuluaga. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-594, Exp. D-1999 de 21 de octubre de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá, Colombia

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-229, Exp. D-1874 de 20 de mayo de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, Colombia

Ley 789 de 2002. Diario Oficial de la República de Colombia 45046, Bogotá, Colombia, 27 de diciembre de 2002.

Ley 1437 de 2011. Diario Oficial de la República de Colombia 47956, Bogotá, Colombia, 18 de enero de 2011.

Resolución 2143 de 2014. Diario Oficial de la República de Colombia 49171, Bogotá, Colombia, 03 de junio de 2014.

Arias Jiménez, F. (18 de julio de 2018). Este es el mercado laboral de las personas con discapacidad en Colombia. El Colombiano. [Recuperado de <http://www.elcolombiano.com/negocios/economia/discapacitados-con-poco-trabajo-GC9015697>]

Real Academia Española. (2014). Diccionario de la lengua española (23.a ed.). Madrid, España: Autor.

Castro Galvis, G, (2002). Proyecto de reforma al Código Sustantivo del Trabajo “Justas causas de terminación unilateral por parte del empleador”. Universidad de la Sabana. [Trabajo para optar al título de abogado] Chía, Colombia.

Hernández A, D. F, (2016) El derecho de defensa de los trabajadores del sector privado frente al despido con justa causa sancionatoria. Universidad Militar Nueva Granada. [Trabajo para optar al título de abogado] Bogotá, Colombia.

Fedesarrollo (2018). Informe Mensual del Mercado Laboral – Inclusión Laboral Personas con discapacidad (Mayo 2018). [Recuperado de https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/3629/IML_Mayo_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y]

Muriel Ciceri, J. H, (2014), Manual del Inspector de Trabajo y Seguridad Social. Ministerio del Trabajo y la Protección Social. Bogotá, Colombia.