
PRESENTACIÓN PROYECTO DE LEY

Bogotá D.C., 25 de agosto de 2020

Doctor
GREGORIO ELJACH PACHECO
Secretario
Senado de la República

Asunto: Radicación proyecto de Ley “por la cual se dictan normas de protección laboral para las personas discapacitadas o en situación de debilidad manifiesta por razones de salud”.

Honorable Secretario:

De conformidad con lo establecido en la Ley 5 de 1992, se presenta a consideración del Honorable Senado de la República de Colombia el Proyecto de Ley de la referencia, para su posterior discusión.

Cordialmente,



GABRIEL JAIMÉ VELASCO OCAMPO
Senador de la República
Centro Democrático

Por medio de la cual se dictan normas de protección laboral para las personas discapacitadas o en situación de debilidad manifiesta por razones de salud

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

DECRETA:

Artículo 1. Modifíquese el artículo 26 A de la Ley 361 de 1997, el cual quedará así:

“Artículo 26A. Trabajador en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud. Para efectos de lo establecido en la presente Ley, un trabajador se encuentra en situación de discapacidad si presenta una pérdida de capacidad laboral, debidamente calificada, superior al 25%.

Estará en situación de debilidad manifiesta por razones de salud el trabajador que presente:

- a) Una pérdida de capacidad laboral, debidamente calificada, entre el 15% y el 25%.
- b) Una incapacidad continua que, sin calificación de pérdida de capacidad laboral, se prolongue por más de noventa (90) días.
- c) Una enfermedad que pueda calificarse como catastrófica, rara, huérfana o VIH, de conformidad con lo dispuesto por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Parágrafo 1. La pérdida de capacidad laboral se acreditará a través del informe de la Junta de Calificación de Invalidez. La incapacidad continua se certificará por parte de la entidad del sistema de seguridad social en salud a cargo de la atención del trabajador.

Parágrafo 2. Se entiende por incapacidad continua la que persista sin interrupción o aquella cuya interrupción, motivada por la misma patología, se prolonga por un término no mayor a treinta (30) días.

Artículo 2. Modifíquese el artículo 26 B de la Ley 361 de 1997, el cual quedará así:

Artículo 26B. Vinculación de personas en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud. En ningún caso la discapacidad o la situación de debilidad manifiesta por razones de salud de una persona podrá ser motivo para obstaculizar su vinculación laboral, a menos que dicha condición sea claramente demostrada como incompatible con el cargo por desempeñar. Las distinciones, exclusiones o preferencias de salud, basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado, no serán consideradas como discriminatorias.

Artículo 3. Modifíquese el artículo 26 c de la Ley 361 de 1997, el cual quedará así:

Artículo 26C. Estabilidad laboral de personas en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud. Ninguna persona en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud podrá ser despedida o su contrato laboral terminado por este solo hecho.

La terminación del contrato de trabajo de una persona en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud, sin autorización previa del inspector de trabajo, se presumirá legalmente que lo fue en razón de la discapacidad o la debilidad manifiesta.

La presunción podrá desvirtuarse en los casos siguientes:

- a) Cuando la terminación fue con justa causa.
- b) Cuando la terminación obedeció a una causa objetiva.
- c) Cuando la situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud y la formación del trabajador resultan incompatibles con el cargo que desempeñaba o con los otros cargos existentes en la empresa.
- d) Cuando el empleador, al momento de la terminación del contrato, no tenía conocimiento de la situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud.

Artículo 4. Modifíquese el artículo 26 D de la Ley 361 de 1997, el cual quedará así:

Artículo 26D. Trámite para la autorización. El trámite de autorización para la terminación del contrato de trabajo de un trabajador en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud será el siguiente:

Solicitud de autorización. El empleador, mediante comunicación dirigida al inspector de trabajo, indicará el motivo de la terminación del contrato y los datos en los que puede ubicarse al trabajador.

Traslado. Una vez presentada la comunicación por parte del empleador, el inspector de trabajo notificará al trabajador, de la forma más expedita y eficaz posible, la apertura del trámite, para que, en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación, presente sus alegatos.

Decisión. En el término de quince (15) días hábiles contados a partir de la presentación de la solicitud de autorización, el inspector de trabajo decidirá acerca de si esta procede, o no. Para expedir la autorización de desvinculación, el inspector de trabajo verificará que el empleador haya acreditado sumariamente uno de los casos previstos en los literales “a”, “b” y “c” del artículo anterior. La decisión se notificará a las partes de la forma más expedita y eficaz posible. Las controversias que surjan respecto de la decisión del inspector del trabajo serán resueltas por los jueces laborales a través del procedimiento ordinario.

Parágrafo 1. El incumplimiento del término previsto en el literal “c” del presente artículo dará lugar, en aplicación del silencio administrativo positivo, a que se entienda autorizada la desvinculación del trabajador en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud.

Parágrafo 2. De conformidad con lo establecido en el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, en ningún caso el Inspector de Trabajo reconocerá derechos individuales cuya declaratoria esté atribuida a los jueces, ni podrá calificar las justas causas de terminación del contrato de trabajo.

Artículo 5. Modifíquese el artículo 26 E de la Ley 361 de 1997, el cual quedará así:

Artículo 26E. Reubicación de personas en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud. Todo trabajador a quien le sobrevenga una situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud tendrá derecho a ser reubicado en un cargo acorde con su estado de salud. Cuando proceda la reubicación del trabajador se redefinirán las condiciones remuneratorias de conformidad con el nuevo cargo que este desempeñará.

Al definir la reubicación, el empleador tendrá en cuenta:

- a) La planta de cargos existentes en la empresa,
- b) La formación del trabajador, y
- c) Las condiciones remuneratorias del nuevo cargo.

Lo anterior para efectos de procurar que la reubicación mantenga, en la mayor medida de lo posible, condiciones similares a las del cargo que el trabajador desempeñaba.

En aquellos casos en los que el trabajador no acepte su nuevo cargo, el empleador dará por terminado el contrato de trabajo, pagando una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con la legislación laboral.

Artículo 6. Modifíquese el artículo 26 F de la Ley 361 de 1997, el cual quedará así:

Artículo 26F. Suspensión parcial del contrato de trabajo. La suspensión parcial opera, automáticamente, respecto del contrato del trabajador cuya incapacidad continua, cualquiera que sea su origen, se extienda por más de ciento ochenta (180) días. No obstante, es deber del empleador continuar realizando los aportes de seguridad social correspondientes a pensiones y salud hasta tanto el trabajador se reincorpore a la empresa o tenga derecho a una pensión de invalidez. Lo anterior, sin perjuicio de dar por terminado el contrato de trabajo en los términos del numeral 15 del literal “a” del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo”.

Artículo 7. Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.



GABRIEL JAIME VELASCO OCAMPO
Senador de la República

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. Introducción

El presente proyecto de ley se perfila como una propuesta encaminada a promover el acceso al trabajo de personas con discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud. Para tal fin, plantea una ampliación de los derechos contenidos en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 referentes a la no discriminación laboral de personas en situación de discapacidad, empleando medidas que responden a la actualidad del mercado laboral y a las exigencias constitucionales del ordenamiento jurídico colombiano. Así, se espera que los cambios por introducir brinden mayor claridad y precisión en la terminología jurídica empleada, concreten desarrollos jurisprudenciales que los tribunales de cierre han venido decantando a lo largo de su trayectoria y estudio del tema y, finalmente, permitan tanto a los trabajadores con discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud, como a sus empleadores, desarrollar relaciones laborales que concilien los principios de estabilidad en el empleo y sostenibilidad empresarial.

2. Marco normativo

El proyecto de ley desarrolla las siguientes disposiciones constitucionales:

- I. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), por medio del cual se desarrollan, entre otros, los derechos de los trabajadores de los Estados miembros, particularmente en sus artículos 6, 7, 8 y 9.
- II. La Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto de San Salvador), por medio de la cual se refirma la protección de todos los trabajadores, sin distinción alguna, concretamente en sus artículos 6 y 7.
- III. El Convenio 111 de 1958 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado por Colombia), relativo a la discriminación en el trabajo, del cual emana la obligación de los Estados parte, al tenor de su artículo 2, de *“formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”*. De igual modo, el artículo 1 del Convenio 111 de 1958 establece que *“[l]as distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”*.
- IV. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual desarrolla el tema de la discapacidad, enfatizando en los deberes de protección que pesan sobre los Estados miembros y favorecen a la población discapacitada. Al referirse al trabajo de esta población, el artículo 27, en su literal a), prohíbe la: *“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". Y con respecto al acceso al empleo, el literal e) busca: "[a]lentar 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".

- V. La Constitución Política de 1991 que, frente al trabajo, tributa especial protección a las personas con discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud, atendiendo a lo contenido en los artículos 13 y 53 del Texto Constitucional. Asimismo, la Carta Magna protege la iniciativa privada y la empresa como base del desarrollo económico, en sus artículos 333 y 58.

3. Conveniencia

Desde 2014, el PIB nacional viene presentando crecimientos económicos por debajo de los evidenciados en los inicios de la última década, como bien lo evidencian los indicadores del Banco Mundial (2020). Naturalmente, esto ha impactado el mercado laboral. La tasa nacional de desempleo, que venía presentando una tendencia a la baja, cayendo desde 11,8% en 2010, hasta 8,9% en 2015, comenzó a crecer hasta 9,7% en 2018 y 10,5% en 2019 (DANE, 2020). Desde la crisis económica suscitada por la pandemia del COVID-19, a mayo de 2020 se registró una tasa de desempleo de 21,4%, la más alta entre países de la OECD (OECD, 2020). De esta manera, la reducción del desempleo, impulsada por la economía, se revirtió totalmente, y más aún a partir de la crisis por el COVID-19. Los datos son más alarmantes al referirnos al empleo formal. De acuerdo con el DANE (2020), para las 13 principales ciudades y áreas metropolitanas, encontramos que la tasa de crecimiento del empleo formal se ha contraído desde el 2016 hasta la fecha. Así, veníamos de un incremento promedio anual del 3,8% en todo el país y, entre 2016 y 2019, esta tasa se redujo a un 1,1% anual. Con la crisis del COVID-19, la situación se agravó mucho más, entre mayo de 2020 y mayo de 2019 se perdieron 1,2 millones de empleos formales, pasando de 5,7 a 4,5 millones de personas en las 13 principales ciudades. Todo ello sugiere la necesidad de replantear medidas que favorezcan la productividad y la competitividad del país, de forma tal que, en últimas, se beneficien las posibilidades de empleo.

Ahora bien, uno de los puntos clave para la reactivación económica es una correcta articulación entre políticas públicas de empleo y de desarrollo empresarial. Esto permitiría, de manera inmediata, el fortalecimiento del sector privado y, de manera mediata, el crecimiento de los tres protagonistas principales del mercado laboral, a saber: gobierno, empresa y trabajadores.

Es en este contexto que deben ser pensadas las políticas para el acceso y la estabilidad en el empleo de los trabajadores con discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud.

De esta manera, el presente proyecto de ley se formula en atención a dos realidades laborales que se han detectado en la relación de trabajo existente entre los trabajadores con discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud, así como sus correspondientes empleadores. Realidades que, en ambos casos, resultan problemáticas, una de ellas materializándose en grandes pérdidas para la empresa nacional y, la otra, afectando el acceso al trabajo para quienes presentan disminuciones en su estado salud.

- a. Barreras de acceso y vinculación de personas con discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud.

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

Sin embargo, y muy a pesar de las nobles intenciones que impulsaron la referida ley, los resultados encontrados arrojan la desalentadora cifra de que tan solo un 12% de la población con discapacidad en Colombia se encontraba trabajando para el año 2018 (Ministerio de Salud y Protección Social, 2019). Dejando aproximadamente un 88% de estas personas sin acceso al trabajo. Si el análisis se centra en los trabajadores con discapacidad y con empleo formal representado en contratos laborales, tenemos que tan solo el 1,9% de esta población se encuentra vinculada con contratos a término fijo y a término indefinido.

El asunto se torna más preocupante si atendemos a un estudio realizado por el Programa Empresarial de Promoción Laboral para Personas con Discapacidad del Pacto de Productividad (2013), que consultó a diferentes organizaciones de personas con discapacidad, abogados laboralistas responsables del área de gestión humana y representantes gremiales, el cual encontró lo siguiente: Para la inmensa mayoría de las empresas consultadas, se aluden como barrera para la vinculación laboral de PCD, la poca claridad legislativa, la dificultad para realizar despidos, las sentencias sobreprotectoras y les preocupa la situación de la estabilidad laboral reforzada (Lermen, Martínez, & Parra, 2013).

De igual manera, el estudio indica que el 78% de los empresarios se muestran renuentes a contratar a personas en estado de discapacidad mientras las rigideces legislativas persistan.

Desde el Centro de Estudios Sociales y Laborales (CESLA) de la ANDI, también se evidenció, en los datos recogidos en la V Encuesta sobre Ausentismo Laboral e Incapacidades (V EALI) que, de las empresas que perciben desincentivos a la hora de contratar Personas con Discapacidad, un 100% dice que uno de esos desincentivos es la legislación, con una rigidez normativa en cuanto a la estabilidad laboral reforzada.

Con este panorama, es pertinente estudiar el caso de la sanción traída por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues esta evidencia la situación que está bajo estudio y desestimula a los empresarios a vincular personas con discapacidad.

Originalmente, el artículo 26 contemplaba una indemnización consistente en el pago de ciento ochenta (180) días de trabajo, en el caso de que el trabajador con discapacidad fuera despedido sin autorización del Inspector de Trabajo. Dicha consecuencia no incluía el reintegro del trabajador, por lo cual, la Corte Constitucional, en Sentencia C-531 del 2000, consideró que, además de esta indemnización, era procedente reintegrar al trabajador sin solución de continuidad. A partir de aquí,

y aunque en su versión original la Ley 361 de 1997 no lo contemplaba, se empezaron a aplicar, de manera concurrente, las sanciones de indemnización y reintegro.

Consecuencias jurídicas de esta naturaleza que, en principio, pretenden proteger a la población con discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud, terminan por producir el efecto adverso a dicho cometido, erigiéndose como una barrera a la vinculación de estas personas, al imponer un castigo excesivo a los posibles empleadores. Los cuales, como ya se vio, se muestran altamente preocupados por este tipo de rigideces laborales. De esta manera, la protección legal redundante en barreras de acceso.

Es por esta razón que el presente proyecto de ley propone superar esta barrera sin descuidar la debida protección de las personas con discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud. Para esto nos hemos encargado de delimitar estas sanciones a supuestos de hecho concretos en los cuales procederá el reintegro o la indemnización según lo amerite el caso, aplicando una de las dos, pero no ambas de manera simultánea.

b. Debilidad manifiesta por razones de salud, estabilidad laboral y ausentismo

La redacción original del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se ha prestado para múltiples interpretaciones, producto de la falta de claridad que se tiene sobre los conceptos de discapacidad y debilidad manifiesta por razones de salud. Esta confusión se debe, más que a la redacción original del artículo, a los desarrollos jurisprudenciales. No obstante, el resultado es claro: valiéndose de la ambigüedad generada, algunos trabajadores que en principio no tendrían acceso a las garantías de la estabilidad laboral reforzada consagradas en este artículo, han encontrado una manera de hacerlo, propiciando situaciones menos que ideales y para las cuales la norma no fue, en principio, diseñada. Siguiendo este orden de ideas, se plantea la siguiente hipótesis: los múltiples costos monetarios y de oportunidad en que incurren las empresas a raíz del ausentismo laboral tienden a perpetuarse en el tiempo por obra de rigideces que, por veces, se prestan para situaciones de abuso.

No sorprende, entonces, la significativa incidencia en los casos de ausentismo laboral en los últimos años. Evidencia de esto es el estudio realizado por la CESLA de la ANDI, titulado tercer informe de seguimiento sobre salud y estabilidad en el empleo 2018, que frente a los casos de ausentismo laboral encontró que estos implican, de manera recurrente en el tiempo, costos extra salariales provenientes de días de ausentismo y reubicaciones. Para el año 2018, las empresas tuvieron, en promedio, costos de 2,3% adicionales sobre el salario de cada trabajador. Adicionalmente, se encontró que el número de trabajadores con restricciones médicas que no generaban una relación productiva con la empresa, se ubicó en 15%, o, en otras palabras, alrededor de 3 de cada 20 trabajadores con restricciones médicas se encuentran en estado de improductividad.

La tendencia de ausentismo laboral por razones de salud, entonces, continúa siendo notable en términos de costos. Todo lo analizado se traduce, como ya se dijo, en costos adicionales para los empresarios que, a su vez, terminan por repercutir en los trabajadores que devengan su sustento de la empresa.

Por ello, es necesario tomar medidas que concilien la protección de la población con discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud y el principio de sostenibilidad empresarial. A estos efectos, el presente proyecto de ley se propone, entre otros, cerrar aquella brecha que ha permitido los abusos de la norma actual, concretando algunas definiciones y estableciendo mecanismos que permitan más transparencia en las calificaciones de esta condición. Adicionalmente, se propone la regulación de algunos aspectos relativos al despido, reintegro y reubicación del trabajador, de tal forma que los intereses de ambas partes de la relación laboral coincidan en la mayor medida de lo posible, y le brinden un poco de alivio a la economía nacional.

4. Análisis de constitucionalidad frente al principio de no regresividad laboral

Con ocasión del tema planteado, en general, se torna pertinente hacer referencia al principio de progresividad de los derechos humanos, en atención a su nexos con los derechos laborales. Este principio está contenido en diferentes instrumentos internacionales, ratificados por Colombia, como lo es el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este se establece un mandato que exhorta a los Estados a que progresivamente amplíen, mejoren y hagan efectivo su catálogo de derechos humanos y, consecuentemente, no retrocedan en este frente. De allí que sea posible identificar dos dimensiones del principio en mención (Toribio, 2010).

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

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

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

En el marco nacional, la Corte Constitucional no ha sido ajena a esta tendencia jurídica y jurisprudencialmente ha incorporado el principio de progresividad y, como su correlato natural, el principio de no regresividad. Su fundamento normativo puede ser rastreado a nivel constitucional en

los artículos 48 y 53 de la Carta Magna. Además de sus diversas aplicaciones en las otras ramas del derecho, el principio de no regresividad ha hecho carrera en la legislación laboral, al punto de que se ha acuñado el principio de no regresividad en materia laboral.

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

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

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

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

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

tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social.

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

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

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

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

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

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

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

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

En tal sentido, el presente proyecto de ley se abstiene de ser regresivo, bajo las siguientes orientaciones: (i.) No se suprimen derechos laborales tipificados expresamente en la ley o la Constitución Política; (ii.) Se desarrollan y delimitan, de manera objetiva y ponderada, los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional en lo que atañe al concepto de debilidad manifiesta por razones de salud; (iii.) Se mantiene el requisito de autorización previa ante las autoridades administrativas, estableciéndose un procedimiento hasta ahora inexistente; (iv.) Se fundamenta, de manera razonada y a partir de la naturaleza conmutativa del contrato de trabajo y la igualdad en el empleo, la posibilidad de redefinición de las condiciones remuneratorias en aquellos casos en que proceda la reubicación de un trabajador en atención a su estado de salud; (v.) Se modifican exclusivamente los deberes del empleador que generan cargas en exceso gravosas. De este modo, en conclusión, las modificaciones introducidas lejos de ser caprichosas se encuentran debidamente justificadas, como pasa a verse.

5. Síntesis y justificación de las reformas

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

Las anteriores consideraciones jurídicas, que a reglón seguido se estudiarán detalladamente, ameritan que este artículo sea reformado e incorpore los desarrollos jurisprudenciales más relevantes que hasta hoy se han presentado. Lo anterior a efectos de brindar la claridad y la certidumbre jurídica que permita tanto a los trabajadores como a los empresarios evaluar con precisión su situación laboral.

- a. Definición de trabajador con discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud.

La definición del supuesto de hecho ha venido presentando una disparidad de trato por parte de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. De un lado, en una interpretación literal de los artículos 1 y 5 de la Ley 361 de 1997, para valorar el grado de discapacidad, la Sala de Casación Laboral ha venido aplicando los criterios establecidos en el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001. En este sentido, ha descartado la aplicación que algunos operadores jurídicos le venían dando al artículo 5 de la Ley 776 de 2002, el cual fija, para efectos del sistema de riesgos laborales, la incapacidad permanente parcial en un 5%. Así, para el Tribunal Laboral es claro que la titularidad del derecho a la estabilidad laboral reforzada solo recae en trabajadores con grados de discapacidad moderada (del 15% al 25%), severa (mayor del 25% y menor al 50%) y profunda (mayor del 50%).

Por el contrario, la Corte Constitucional se ha opuesto a los límites porcentuales definidos en la jurisprudencia laboral, bajo el entendido de que los mismos carecen de sustento legal. Más que de discapacidad leve y moderada, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, en estas situaciones, debe hablarse de personas que, por su condición de salud, se encuentran en situación de debilidad manifiesta, de tal manera que esta limita sustancialmente el desempeño de sus labores y, por tanto, ha dicho la Corte, estas personas requieren de una protección especial que propenda por su integración social y su realización personal (Sentencia C-894 de 2011).

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

Así las cosas, se propone la siguiente definición, a través de la modificación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997:

Para efectos de lo establecido en los artículos 26A a 26F de la presente Ley, un trabajador se encuentra en situación de discapacidad si presenta una pérdida de capacidad laboral, debidamente calificada, superior al 25%.

Asimismo, se encuentra en situación de debilidad manifiesta por razones de salud el trabajador que presente:

- a) *Una pérdida de capacidad laboral, debidamente calificada, entre el 15% y el 25%.*
- b) *Una incapacidad continua que, sin calificación de pérdida de capacidad laboral, se prolongue por más de ciento ochenta (180) días.*
- c) *Una enfermedad que pueda calificarse como catastrófica, rara, huérfana o se trate de VIH, de conformidad con lo dispuesto por el Ministerio de Salud y Protección Social.*

Presentado este nuevo enunciado, se torna necesario justificar su pertinencia y constitucionalidad respecto del principio de no regresividad laboral. El desarrollo de esta nueva categoría, al contrario

de ser regresivo, busca concretar una protección en favor de estas personas, dotándola de una disposición legal que le otorgue la estabilidad y la claridad propias de la ley.

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

La utilidad de los porcentajes es evidente, pues sirve de parámetro objetivo, indispensable para regular con mayor precisión las diversas categorías jurídicas que integran el supuesto de hecho y que activan la protección legal, como la discapacidad y, la más novedosa, situación de debilidad manifiesta por razones de salud.

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

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

Asimismo, establecidos los criterios objetivos para la valoración de la discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud, se sigue que su clasificación deba darse por instituciones idóneas. En procura de lo anterior, se reconoce la competencia de las juntas de calificación de invalidez y de las respectivas entidades del sistema de seguridad social en salud, confiando que estas, en su labor,

dictaminen con objetividad la afectación que la patología produce en la salud del trabajador. En este orden de ideas se espera que la gestión de estas instituciones impida los posibles abusos que se han venido presentando con el concurso de profesionales de la salud que no se encuentran vinculados a las entidades competentes del sistema de seguridad social.

- b. Vinculación de personas con discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud.

Atendiendo a lo pactado en el Convenio 111 de 1958 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la prohibición de discriminación en el empleo y la ocupación, se busca introducir en el texto legal la siguiente redacción:

Las distinciones, exclusiones o preferencias de salud, basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado, no serán consideradas como discriminatorias.

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

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

- c. Estabilidad laboral de personas con discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud.
 - i. Autorización previa del Inspector de Trabajo.

La reforma del artículo, aquí discutida, no pretende modificar la autorización previa requerida para desvincular a un trabajador con discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud. Con esto, se preserva este requisito y se traslada a la nueva versión del artículo aquí propuesta.

En aquellos eventos en que el empleador pretenda desvincular a un trabajador con discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud, en razón a que su condición de salud resulta incompatible con el cargo a desempeñar, deberá solicitar la autorización previa del Inspector de Trabajo. Si el empleador pretermite este requisito, se activa, inmediatamente, la consecuencia jurídica que en el siguiente acápite se desarrolla.

En esta línea, conviene recordar que, de acuerdo con la posición sentada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no restringe el derecho

que le asiste al empleador de dar por terminado el contrato de trabajo por razones justificadas u objetivas. Esta disposición normativa debe interpretarse como un tipo de protección reforzada que el ordenamiento jurídico otorga a las personas con discapacidad frente a despidos discriminatorios. Así las cosas, en la redacción actual del artículo 26, el empleador no está obligado a solicitar al Inspector de Trabajo su autorización para desvincular, con justa causa o por causas objetivas, a un trabajador con discapacidad (Sentencia SL1360- 2018 del 11 de abril de 2018). Ello en el entendido en que un despido con justa causa o por razones objetivas no puede considerarse como discriminatorio a la luz del artículo 13 de la Constitución Política y el Convenio 111 de 1958 de la OIT. De esta suerte, incluso en la redacción actual de la norma, la autorización del Inspector de Trabajo solo se requiere en aquellos supuestos en que el empleador pretenda desvincular a un trabajador con discapacidad bajo el argumento de que su estado de salud resulta incompatible, de forma insuperable, con las actividades laborales propias de un cargo disponible en la empresa. Como vimos, este requisito se mantiene en esta propuesta de reforma normativa, con lo cual no resulta pertinente ahondar en lo que concierne al test de no regresividad.

ii. Clarificación de la consecuencia jurídica derivada de la protección legal.

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

Sin embargo, la Corte Constitucional, en Sentencia C-531 del 2000, juzgó que la protección tributada al trabajador por esta disposición normativa resultaba insuficiente y no cumplía con las exigencias constitucionales propias del principio de no discriminación. Para remediar esto, el Tribunal Constitucional estableció, vía jurisprudencial, una sanción adicional consistente en el reintegro del trabajador sin solución de continuidad.

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

Es así como el presente proyecto de ley distinguió entre las posibles hipótesis de desvinculación laboral de trabajadores con discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud, y en consideración a cada supuesto en particular, optó por atribuir una de las dos consecuencias jurídicas. Frente al supuesto de hecho contenido en el artículo 26B, despido de trabajadores sin autorización previa, la sanción es la siguiente:

El trabajador que fuere despedido o su contrato laboral terminado por motivo de su situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud, sin el cumplimiento del requisito

previsto en el inciso anterior, tendrá derecho a ser reintegrado, sin solución de continuidad, a un cargo compatible con su estado de salud.

Al someter la nueva redacción a un análisis bajo el principio de regresividad, encontramos que no existe contradicción alguna, porque: (i.) el artículo incorpora la sanción desarrollada por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-531 del 2000, además de cumplir con los lineamientos constitucionales señalados por esta; (ii.) Se elimina, en este supuesto, la sanción indemnizatoria consistente en el pago de ciento ochenta (180) días de trabajo que traía la norma en su versión original, debido a que la misma había dejado de cumplir la función para la cual fue originalmente pensada, puesto que, con la concurrencia de medidas sancionatorias, la indemnización se había convertido en una carga excesiva para los empleadores; (iii.) La nueva sanción no presta una protección insuficiente, de hecho, tributa la misma protección que se lo otorga a otras formas de estabilidad laboral reforzada, como lo es, por ejemplo, la garantía de reintegro sin solución de continuidad de los aforados sindicales (artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo); (iv.) El reintegro, además de reparar la conducta discriminatoria, permite al trabajador continuar en su cargo, devengando un salario digno y, por ende, no empeorando aún más su condición; (v.) Adicionalmente, el reintegro asegura, también, la continuidad del trabajador en el sistema de seguridad social en salud, impidiendo su desafiliación.

iii. Procedimiento administrativo para la autorización de despido de trabajadores con discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud

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

La Corte Constitucional, del mencionado artículo 26 por medio de la sentencia C-200 de 2019 ha resaltado la obligación, a cargo del empleador, de solicitar autorización al Ministerio de Trabajo cuando pretenda despedir a un trabajador con discapacidad. Esta autorización se requiere incluso si media una justa causa para la terminación del vínculo laboral, de modo que se considera ineficaz todo despido a una persona con discapacidad, sin contar con la debida autorización.

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

En primer lugar, algunos empleadores, debido a la imposibilidad práctica de obtener una autorización, optan por desvincular a los trabajadores con discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud sin contar con esta autorización. Con ello los empleadores se exponen a procesos de tutela que, en últimas, terminan por congestionar el sistema judicial. O la falta de contratación de personas con discapacidad, por la inseguridad jurídica que esto representa.

En segundo lugar, algunos inspectores de trabajo, motivados por la ausencia de una regulación explícita a nivel legal y ante la contingencia de posibles sanciones disciplinarias, han preferido

abstenerse de conceder autorizaciones de desvinculación, pues no es claro cuál es el alcance de las mismas ni las situaciones en que son operativas. La dificultad se ha agudizado en la medida en que los parámetros regulatorios, en esta materia, se extraen de algunas sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional, sin que se tenga por cierto cuál es el procedimiento aplicable.

Más aún, la confusión se agrava en tanto que, de conformidad con lo establecido en el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, le está vedado a los inspectores de trabajo declarar derechos individuales cuyo reconocimiento compete a los jueces de la república. En este orden de ideas, los funcionarios administrativos se hallan en la encrucijada de no poder declarar derechos individuales, pero, al mismo tiempo, deben calificar el cumplimiento de los requisitos necesarios que llevan al empleador a terminar el contrato de un trabajador con discapacidad como se establece en la circular interna 049 de 2019 del Ministerio del Trabajo.

Por lo anterior, con este proyecto de ley se propone la adición de un artículo 26C a la Ley 361 de 1997, en el cual se detalla el hasta ahora inexistente procedimiento de autorización para la desvinculación de trabajadores con discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud. Así, se busca ofrecer claridad y seguridad jurídica en lo que atañe a las causales en que es viable la solicitud de autorización, la competencia de las autoridades llamadas a resolverla, los términos procesales, el derecho de defensa que le asiste a los trabajadores, entre otros aspectos procedimentales. Particular relevancia cobra la estipulación de un silencio administrativo positivo que haga realmente operativo el trámite de autorización.

La creación de un procedimiento por etapas claramente identificables de ningún modo puede considerarse regresivo en la medida en que, justamente, a la fecha no existía regulación concerniente al mismo. Por esta razón, por sustracción de materia, el proyecto de adición del artículo 26C no puede estimarse como regresivo en tanto que carece de antecedentes normativos que sirvan de referente comparativo. Así las cosas, es verdaderamente aconsejable que el Legislador adopte un procedimiento a este respecto, con el fin no solo de hacer viable la autorización de desvinculación en aquellos casos que proceda, sino, también, de proteger los derechos de los trabajadores con discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud.

- d. Condiciones para el reintegro y la reubicación de personas con discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud.

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

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

De esta manera, si nos atenemos a la definición del contrato de trabajo, particularmente a su naturaleza bilateral, onerosa y conmutativa, se evidencian razones suficientes para fundamentar la

reforma legislativa. Así las cosas, si tenemos en cuenta que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, a cambio de una remuneración y bajo continua subordinación (artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo); fácil es concluir que, si por razones de salud, se modifica la prestación personal del servicio, ello necesariamente debe implicar una modificación en lo concerniente a la remuneración.

En este orden de ideas, y atendiendo a que, en términos causales, la remuneración y la subordinación no tienen razón de ser sin prestación personal del servicio, es razonable sostener que si esta última se ve afectada por las nuevas condiciones de salud del trabajador, ello, indefectiblemente, debe repercutir en las condiciones remuneratorias, a efectos de equilibrar las obligaciones contractuales. Piénsese, por ejemplo, en el caso de aquellos trabajadores reubicados en cargos diametralmente distintos a los que fueron vinculados o que no poseen la misma relevancia en las dinámicas económicas de la empresa. En estos supuestos, al cambiar la prestación personal del servicio, no tiene sentido conservar condiciones remuneratorias que de ningún modo responden al cargo en el que el trabajador es reubicado.

Adicionalmente, nuestro ordenamiento jurídico contempla la exigencia de, a igual trabajo, igual remuneración, sin distinción alguna. A este tenor, el artículo 7, literal A, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

A. Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción.

Esto se ve reforzado por el mandato constitucional contenido en el artículo 53 de nuestra Carta Magna y desarrollado, aún más, en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo. A la luz de estas disposiciones, establecer una remuneración más favorable en cabeza de un trabajador con discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud, por un trabajo igual al de cualquier otro trabajador, se muestra en contravía de este mandato.

En virtud de lo anterior se plantea con esta reestructuración del artículo que las condiciones salariales y las prestaciones sociales puedan ser redefinidas de conformidad con el nuevo cargo que desempeñará el trabajador. No obstante, atendiendo al mandato constitucional de solidaridad y de protección especial del trabajador con discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud, la reforma de esta disposición normativa comprende el deber, en cabeza del empleador, de procurar, en primera instancia, que la reubicación mantenga condiciones similares a las del cargo que el trabajador desempeñaba.

A efectos de que la reubicación no se ejerza de manera arbitraria por parte del empleador, el nuevo enunciado contiene tres parámetros llamados a regir la decisión respecto del nuevo cargo del trabajador. El primero consiste en el estudio, previo a la reubicación, de los cargos existentes dentro de la organización, frente a los cuales la discapacidad del trabajador no se erige como un impedimento para su ejecución. Una vez filtrados los posibles cargos, el segundo parámetro obliga al empleador a valorar las competencias del trabajador, a fin de considerar si es posible capacitarlo para el ejercicio de un puesto de trabajo disponible en la empresa. Finalmente, teniendo el conjunto de los cargos compatibles con el estado de salud del trabajador y para los cuales este es o podría ser competente, se procederá, por parte del empleador, a seleccionar aquel que represente las mejores condiciones para el trabajador. Con esto se busca mantener vinculado a la empresa al trabajador con discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud, en las mejores condiciones posibles, sin imponer cargas excesivas o desmesuradas al empleador.

El nuevo artículo también se anticipa a la posibilidad de que el trabajador no acepte su nuevo cargo. Para esto, y una vez el empleador haya agotado debidamente el procedimiento descrito, se contempla la facultad del empleador para dar por finalizado el contrato de trabajo. Adicional a esta facultad, se impone el deber, que pesa sobre el empleador, de pagar una indemnización consistente en ciento ochenta (180) días de trabajo sin perjuicio de las indemnizaciones y las prestaciones que legalmente le asisten al trabajador. Sobre este punto es de remarcada importancia insistir en que la indemnización aquí contemplada se establece en razón a dos consideraciones. La primera es atender la solidaridad y especial protección que constitucionalmente le corresponde al empleador con relación al trabajador con discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud. La segunda consiste en desestimular los posibles abusos que se pudiesen presentar por parte de los empleadores, por medio de los cuales se pretenda dificultar o desmejorar la reubicación del trabajador con el fin de que este no acepte su nuevo cargo. La indemnización, entonces, hace gravosa la terminación del contrato del trabajador y, con esto, estimula al empleador a buscar mejores posiciones en las cuales reubicar al trabajador.

Siguiendo este orden de ideas, se propone:

Todo trabajador a quien le sobrevenga una situación de discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud tendrá derecho a ser reubicado en un cargo acorde con su estado de salud. Cuando proceda la reubicación del trabajador se redefinirán las condiciones remuneratorias de conformidad con el nuevo cargo que este desempeñará.

Al definir la reubicación, el empleador tendrá en cuenta la planta de cargos existentes en la empresa, la formación del trabajador y las condiciones remuneratorias del nuevo cargo. Lo anterior a efectos de procurar que la reubicación mantenga, en la mayor medida de lo posible, condiciones similares a las del cargo que el trabajador desempeñaba.

En aquellos casos en los que el trabajador no acepte su nuevo cargo, el empleador dará por terminado el contrato de trabajo, pagando una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con la legislación laboral.

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

e. Suspensión parcial del contrato de trabajo.

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

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

Aclárese, sobre este punto, que el nuevo artículo deja por fuera el pago de los aportes a riesgos laborales en razón a que la suspensión de las labores del trabajador implica necesariamente que el

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

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

En este orden de ideas, se presenta, a título de propuesta, la siguiente redacción:

La suspensión parcial opera, automáticamente, respecto del contrato del trabajador cuya incapacidad continua, cualquiera que sea su origen, se extienda por más de ciento ochenta (180) días. No obstante, es deber del empleador continuar realizando los aportes de seguridad social correspondientes a pensiones y salud hasta tanto el trabajador se reincorpore a la empresa o tenga derecho a una pensión de invalidez.

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

6. Competencia

El Congreso de la República tiene la competencia para reformar el fuero reforzado del trabajador, con discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud, de acuerdo con la Constitución Política y la legislación nacional. De acuerdo con el artículo 150 superior, es el Congreso de la República al que le corresponde hacer las leyes, y con base en dicha competencia se expidió la Ley 361 de 1997. La Corte Constitucional ha reafirmado dicha competencia del Congreso respecto de la protección reforzada de personas con discapacidad o debilidad manifiesta por razones de salud. En la Sentencia C-744 de 2012 sostuvo la Corte que:

Es función exclusiva del legislador, dentro de su connotación democrática, que determinará si es apropiado y conveniente restringirla o morigerarla si en realidad estuviere resultando




contraproducente, o por el contrario debiera ampliarla, todo lo cual habría de acometer democráticamente, con las cargas argumentativas y el indefectible debate que le son propios.

Siguiendo estas consideraciones, y luego de exponer en detalle las intenciones del presente proyecto de ley, se someten a estudio del honorable Congreso de la República las reformas legales arriba mencionadas.


Cordialmente,

GABRIEL JUAN VELASCO OCAMPO
Senador de la República
Centro Democrático

 gabriel.velasco@senado.gov.co

 Tel: 3823390-91

 Tw itter: @gabrieljvelasco

 Edificio nuevo del congreso,
Carrera 7 No. 8-68, oficina 204B. /Bogotá D.C.

 www.gabrielvelasco.co