

# PROTECCIÓN LABORAL A LOS TRABAJADORES CON LIMITACIÓN FÍSICA, SÍQUICA Y SENSORIAL

Armando Rojas Chávez\*

## Resumen

*La Ley 361 de 1997 reconoce a favor del trabajador con limitación física, síquica y sensorial que sea despedido sin la autorización del inspector de trabajo, una indemnización de 180 días de salario. Por otra parte, la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad ha reconocido a favor de los trabajadores con limitaciones física, síquica y sensorial, la estabilidad laboral absoluta, al determinar que sólo podrán ser despedidos con autorización del inspector del trabajo, so pena de la nulidad del despido. La Corte Constitucional, en ejercicio de su función de proteger la integridad y la supremacía de la Constitución, ha desbordado el querer de las disposiciones que integran las normas laborales. La protección a este grupo de trabajadores no sólo se limita frente al despido; también frente al ejercicio del ius variandi y a su reubicación por causa de la limitación. Esa es la constitucionalización del derecho laboral.*

**Palabras clave:** Trabajadores, limitación física, síquica y sensorial, reinstalación, reubicación, *ius variandi*.

## Abstract

Law 361 from 1997 concedes a 180-day salary indemnification to the worker with physical, psychic and sense limitations, who has been fired without a previous work inspector authorization. On the other hand the Constitutional Court in a constitutionality sentence has recognized in favor of workers with physical, psychic and sense limitations, the absolute labor stability when determining that they will only be allowed to be fired with the work

Fecha de recepción: 24 de septiembre de 2003

\* Estudiante de 10º semestre de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte.

inspector authorization under the risk of nullifying the firing decision. The Constitutional Court in exercising its function as protector of the integrity and supremacy of Constitution has gone beyond the will of dispositions integrating labor norms. The protection of this group of workers does not only extend to firing, but also to the practice of the *ius variandi* and their relocation due to their limitations. This is the constitutional implementation of Labor Laws.

**Key words:** Workers, physical, psychic and sense limitation, relocation, *ius variandi*.

## INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de Colombia consagra en el artículo 25 el derecho al trabajo, el cual se ramifica en tres grandes grupos: del derecho al trabajo propiamente dicho, el deber de trabajar y la libertad de trabajo, lo que indica que todas las personas, sin distinción de raza, color, sexo, condiciones físicas, deben tener las mismas oportunidades para acceder al mercado laboral, lo cual se traduciría en la aplicación al derecho a la igualdad, establecido en el artículo 13 constitucional. Del mismo modo, el Código Sustantivo del Trabajo hace referencia al derecho a la igualdad al decir que *«todos los trabajadores son iguales ante la ley, tienen la misma protección y garantías, y en consecuencia, queda abolida toda distinción jurídica entre los trabajadores por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, salvo las excepciones establecidas en la ley»*. Con lo anterior quiero dejar por establecido que tanto la norma constitucional como sustantiva reconocen a todos los trabajadores el derecho a la igualdad en el trabajo, el derecho al trabajo y la especial protección que éste goza, tal como lo enseña el artículo 25 constitucional.

Es cierto que algunos trabajadores por sus condiciones excepcionales gozan de ciertas prerrogativas cuya finalidad es garantizarles la estabilidad en el empleo, como es en el caso de las trabajadoras en estado de gravidez<sup>1</sup> y los trabajadores fundadores o directivos de organizaciones sindicales<sup>2</sup>. La Corte Constitucional ha establecido una especial protección

<sup>1</sup> Este ya ha sido tema de estudio en la *Revista de Derecho* N° 19, la cual puede consultarse para ampliar al respecto.

<sup>2</sup> El artículo 405 establece la definición de «fuero sindical» en los siguientes términos: *«Se denomina fuero sindical la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladarlos a otros establecimientos de la misma empresa o aun municipio distinto,*

laboral a los trabajadores con limitaciones físicas, tema que abordaré en este artículo; esa protección en el empleo la llamaré «fuero de discapacitados».

### *¿Quiénes pertenecen al grupo de los discapacitados?*

Antes de abarcar tan controvertido tema es indispensable determinar el campo de aplicación del fuero al que he llamado «fuero de discapacitados». Debe tenerse en cuenta que la aplicación de la ley 361 de 1997, sobre integración social a las personas con limitaciones, ley de donde se deriva la especial protección a los trabajadores con limitaciones físicas, no cubre a todas las personas que presenten cualquier tipo de discapacidad; para ello es necesario acreditar su condición de tal, es decir, su limitación debe ser comprobable. Según el artículo 5° de la mencionada ley, «*las personas con limitaciones deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al sistema de seguridad social en salud, ya sea en el régimen contributivo o subsidiado. Para tal efecto las empresas promotoras de salud deberán consignar la existencia de la respectiva limitación en el carné de afiliado, para lo cual solicitarán en el formulario de afiliación la información respectiva y la verificarán a través del diagnóstico médico en caso de que la limitación no sea evidente...*»; continúa diciendo ese mismo artículo que en el mismo carné deberá establecerse el tipo de limitación que presenta la persona, estableciendo para ello tres grupos: moderada, severa o profunda. El decreto 2463 de 2001 —el cual reglamenta el funcionamiento, la integración y la financiación de las juntas regionales y nacionales de calificación de invalidez— establece en su artículo 7° las diferentes grados de severidad de la limitación que padezca una persona, y señala que la limitación será moderada cuando la junta de calificación determine la pérdida de la capacidad laboral entre un 15 y 25%; será severa cuando la pérdida de la capacidad laboral esté entre un 25 y 50%; y por último, será profunda cuando presente una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Por lo tanto, según lo previsto en el mencionado decreto, las personas que presenten una limitación física inferior al 15% no serán considerados como discapacitados.

### *La Ley 361 de 1997*

El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes se

---

*sin justa causa, previamente calificada por el juez de trabajo*». El fuero sindical tiene su fundamento constitucional en el artículo 39. Los convenios 87 y 98 de la OIT, ratificados en Colombia por las leyes 26 y 27 de 1976, consagran este derecho; estos convenios conforman el llamado «bloque constitucional» *strictu sensu*, tal como se señala en la Sentencia T-567 de 1999 de la Corte Constitucional.

prestará la atención especializada que requieran; ése es el mandato constitucional consagrado en el artículo 47. Esto ha sido atendido por la ley 361 de 1997, en la que se establecen ciertas garantías a la población considerada como discapacitada, entre ellas su integración en el mercado laboral, y se les ofrece a los empleadores que contraten a personas con limitaciones físicas ciertas prerrogativas, entre ellas:

- Tasa de arancelarias especiales a la importación de maquinaria destinada para el manejo de personas con limitaciones.
- Prelación en el otorgamiento de créditos o subvenciones de organismos estatales, para el desarrollo de planes que requieran la participación de personas con limitaciones.
- Que sean preferidos en igualdad de condiciones en el proceso de licitación, adjudicación y celebración de contratos.
- La cuota de aprendices que está obligado a contratar el empleador se disminuirá en un 50% si los contratados son personas con discapacidad comprobada no inferior al 25%.

Con la reforma laboral introducida por la ley 789 de 2002 se estableció una serie de beneficios a favor del empleador, entre ellos, la exoneración del pago de los aporte parafiscales al ICBF, SENA y CCF que le corresponda pagar por esos trabajadores siempre y cuando esos trabajadores contratados sean adicionales<sup>3</sup> al promedio<sup>4</sup> de trabajadores del año 2002 y que además cumplan con estas características:

- Al momento de la contratación presenten una limitación física superior al 25%.
- Que la edad de esos nuevos trabajadores al momento de vincularse esté entre 16 y 25 años o mayores de 60.
- Que las personas hayan sido contratadas desde el sitio de reclusión.

---

<sup>3</sup> Debe entenderse que la contratación de trabajadores adicionales implica el crecimiento del personal de la empresa; es la vinculación de nuevos trabajadores para desempeñarse en nuevos puestos de trabajo. No es contratación adicional aquella que se realiza para reemplazar un trabajador que haya sido despedido, para suplir temporalmente la vacante de una trabajadora que se encuentre gozando de una licencia de maternidad, para suplir la vacante de un trabajador que haya sido suspendido su contrato de trabajo por estudios o por la imposición de una sanción disciplinaria.

<sup>4</sup> Según la ley 789 de 2002, el promedio de trabajadores.

- Que sean jefes cabeza de hogar.
- Que la contratación sea con personas que hayan desertado de los grupos insurgentes.

Con esta reforma se da cumplimiento a diferentes mandatos constitucionales que hasta la fecha no han merecido la suficiente atención por parte del legislador, entre ellos, el derecho a la igualdad y el derecho al trabajo. Del mismo modo, con esta reforma se da cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos por Colombia al momento de ratificar el convenio 159 de la OIT.

### **Garantía a la estabilidad laboral**

Debe aclararse en principio que la ley 361 de 1997 no consagra la estabilidad absoluta del trabajador; esta ley en su artículo 26 establece:

*[...] Así mismo ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo.*

*No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días de 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.*

Con la simple lectura del artículo transcrito se observa con plena claridad que no se califica con la ineficacia el despido de un trabajador con limitaciones sin la debida autorización del inspector del trabajo. Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia de revisión de tutela T- 1040 de 2001<sup>5</sup> y la sentencia C-351 de 2000<sup>6</sup> consagra a favor del trabajador con limitaciones la estabilidad laboral absoluta; es decir que el despido que se realice sin la correspondiente autorización del inspector del trabajo no produce efecto alguno, por presumirse que su despido se debió a su limitación física. Lo que indica que el trabajador despedido debe ser reintegrado a su puesto de trabajo, y como consecuencia de ello, debe recibir los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir y las cotizaciones al sistema de seguridad

<sup>5</sup> Magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>6</sup> Magistrado ponente: Dr. Alvaro Tafur Galvis.

social en pensiones desde la fecha en que se efectuó el cese de la prestación del servicio por disposición del empleador<sup>7</sup> hasta la fecha en que reinicie sus labores.

El fuero a favor del trabajador con limitaciones opera de la misma manera que el fuero de maternidad y el sindical: parte de la presunción de que el despido se efectuó por causa de la limitación física del trabajador, por lo cual, en su defensa el empleador debe desvirtuar dicha presunción. Para ello, el empleador debe tener en cuenta diversos aspectos:

- El fuero a favor del trabajador con limitaciones no opera de forma automática, como se comentó anteriormente; dependiendo de la limitación física de la persona operará el fuero de discapacitados.
- El trabajador con limitaciones que pretenda su reinstalación debe probar que el empleador tenía conocimiento de su limitación <sup>8</sup>.
- El empleador debe demostrar que el despido no obedeció a la limitación física del trabajador, sino por otras razones, por ejemplo: terminación del contrato de trabajo por justa causa, terminación por expiración del término fijo pactado, desaparición de las causas que le dieron origen al contrato de trabajo, u otras causas que no estén relacionadas con el despido.

La estabilidad laboral absoluta no es más que la garantía que gozan ciertos trabajadores de no ser desvinculados de su puesto de trabajo sin la concurrencia de una causa justa que motive su despido, y además con la participación de la autoridad competente que autorice la terminación del contrato de trabajo, so pena de la ineficacia del despido. Por lo tanto, el trabajador protegido por fuero sindical no puede ser despedido sin la ocurrencia de una justa causa, y el juez laboral del circuito, mediante el trámite de un proceso especial, debe decidir si en realidad se presentó esa justa causa motivo de terminación del contrato de trabajo; antes de quedar la sentencia en firme, el trabajador aforado no puede ser despedido. En el caso de la trabajadora en estado de gravidez sucede lo mismo: no puede ser

<sup>7</sup> Al decir «despido ineficaz» como aquel acto viciado que no pone fin al contrato de trabajo, se comete alguna imprecisión de carácter técnico, ya que el término «despido», dentro de la terminología del derecho laboral, significa «dar fin al contrato de trabajo», lo que no sucede bajo la figura en comento porque el contrato de trabajo no finaliza, al contrario, sigue produciendo sus efectos; de ahí que se ordene el pago de salarios y prestaciones sociales causados a los efectos del artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo.

<sup>8</sup> Para efectos de la oponibilidad del fuero del trabajador con limitaciones frente al empleador, debe probarse que conocía de tal circunstancia.

despedida sin mediar justa causa y sin la participación del inspector del trabajo que autorice el despido<sup>9</sup>. Ahora, en virtud de la providencia de la Corte Constitucional, el empleador necesariamente debe obtener la autorización del inspector del trabajo para poder despedir al trabajador con limitaciones físicas, so pena de ineficacia del acto de desvinculación; salvo en los casos en que el contrato de trabajo termine por causas distintas al despido por parte del empleador.

La Corte Constitucional establece la estabilidad laboral absoluta a favor de los trabajadores con limitaciones, debido a que considera que la ley 361 de 1997 consagra una estabilidad laboral imperfecta<sup>10</sup>; es decir, que la norma, desde el punto de vista constitucional, no ofrece protección suficiente a esas personas en situación de inferioridad. Me explico: a favor de las personas con limitaciones, la Constitución Política establece diversos derechos: el de la igualdad (Art. 13 C.N.), el derecho al trabajo (Art. 25 C.N.), mínimo de derechos y garantías a favor de los trabajadores (Art. 53 C.N.), el derecho a la integración social de los discapacitados (Art. 47 C.N.), y la garantía al acceso a un puesto de trabajo a las personas minusválidas (Art. 54 C.N.).

La protección que ofrece la ley a las personas con limitaciones frente al ordenamiento constitucional puede ser comparada con una balanza: de un lado, los derechos constitucionales a favor de los trabajadores con limitaciones, y del otro lado, cómo se garantiza por parte del legislador la efectividad de esos derechos, con el fin de ofrecer estabilidad en el empleo a esa población manifiestamente débil y vulnerable debido a su condición excepcional que los coloca en desventaja frente a otros trabajadores. Al

---

<sup>9</sup> No es el objeto de este artículo entrar en detalle respecto al fuero de maternidad. Frente a este tema hay posiciones encontradas entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. La primera establece que la trabajadora en estado de gravidez goza de estabilidad laboral absoluta desde el momento en que comunica al empleador su estado de gravidez hasta los tres meses posteriores al parto, y se identifica con lo establecido en la recomendación 95 de la OIT, que recae sobre el convenio 103, sobre la protección a la maternidad, convenio que no ha sido ratificado por Colombia. La Corte Suprema de Justicia hace una interpretación más juiciosa al respecto, lo cual está sentado en la sentencia del 11 de mayo de 2000.

<sup>10</sup> En sentencia C-1507 de 2000, la Corte Constitucional estudió el artículo 64 del C.S.T., referente a la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador o en el caso de despido indirecto. En esta sentencia, la Corte Constitucional estableció que el trabajador puede ser indemnizado por un monto superior al tarifado en dicho artículo siempre y cuando demuestre en juicio perjuicios superiores, en virtud de la especial protección que goza el trabajo, consagrado en el artículo 25 constitucional, y en virtud del artículo 53 constitucional, sobre el mínimo de garantías a favor de los trabajadores. En concepto, este es otro caso de estabilidad laboral imperfecta, ya que la Corte con esta sentencia permite la indemnización plena de perjuicios a favor del trabajador despedido sin justa causa; recuérdese que el artículo 64 del C.S.T. sólo hace referencia a los perjuicios materiales.

respecto la Corte Constitucional en sentencia T-1042 de 2000 señaló: «*Ante la existencia de una norma que anulaba la garantía especial que comporta la obligación patronal del permiso previo para despedir (pago de la indemnización de 180 días de salario) a personas con discapacidades, la Corte se enfrentó al problema de decidir cuál era la garantía constitucional mínima, exigible como protección legal de la estabilidad laboral reforzada a favor de los disminuidos físicos. Ante dicha pregunta, resolvió que la estabilidad laboral imperfecta, garantizada mediante la indemnización de 180 días de salario era una forma de protección constitucionalmente insuficiente para las personas con disminuciones físicas, y que en todo caso se requiere un permiso previo del Ministerio del Trabajo, que evalúe si las circunstancias en que se pretende realizar el despido resultan aceptables*». (Las subrayas no son del texto).

Según el concepto número 014237 del 7 de mayo de 2002, expedido por el Ministerio de la Protección Social, para que proceda el despido de un trabajador con limitaciones, el empleador debe demostrar que dicho trabajador es inepto para realizar la labor para la cual ha sido contratado. En cuanto a la función del inspector del trabajo como autoridad competente para autorizar el despido, señaló: «*La intervención del inspector del trabajo deberá dirigirse única y exclusivamente a corroborar que el trabajador es inepto para realizar no sólo la labor encomendada, sino cualquiera otra por razón de la limitación física, síquica o sensorial, configurándose de esta manera la causal legal de despido o de terminación del contrato de trabajo, en razón a que convierte el trabajador en inepto para realizar la labor encomendada (C.S.T., Art. 62, literal a-13)*».

Debe quedar en claro que la ineptitud del trabajador discapacitado como causal para la extinción por justa causa del contrato de trabajo sólo sería viable si la ineptitud le impide desempeñarse en otros puestos de trabajo que puedan ser ofrecidos por el empleador; por lo tanto, primero debe agotarse la posibilidad del traslado del trabajador, con el fin de garantizarle el puesto de trabajo, y como última medida cabría la extinción del contrato de trabajo, por no ser posible su traslado a un nuevo puesto de trabajo; despido que debe ser autorizado por el inspector del trabajo. Ahora, si se configura otra justa causa que motive la extinción del contrato de trabajo distinta a la ineptitud del trabajo, el empleador previamente debe agotar el trámite frente al Ministerio de la Protección Social para obtener la autorización del despido.

Si el contrato de trabajo termina por expiración del término fijo pactado (contrato a término fijo), por terminación de la obra o labor contratada, por sentencia judicial, por cierre definitivo y total de la empresa, por muerte

del empleador y no haya sido posible reemplazarlo, por mutuo consentimiento, por no presentarse el trabajador a laborar luego de extinguirse la causal de suspensión, no es necesario obtener de parte del inspector del trabajo autorización alguna para desvincular al trabajador con limitación física, porque en estos casos no estamos frente al despido por parte del empleador; entendiéndose por éste aquel acto unilateral con el cual el empleador decide dar por finalizado el contrato de trabajo. Que quede en claro que una cosa es el despido y otra bien distinta son las causales mencionadas, ya que la protección opera únicamente frente al despido del trabajador.

### *Reubicación del trabajador con limitaciones*

Durante la ejecución del contrato de trabajo pueden presentarse ciertos hechos que afecten su continuidad. Con el fin de conservar su existencia, y así garantizar el puesto de trabajo del empleado, el legislador ha señalado ciertas figuras que impiden que por la presentación de estos hechos se viera afectado la fuente de ingresos del trabajador. Por lo tanto, el artículo 51, con el fin de evitar la extinción del contrato de trabajo por cierre temporal de la empresa, reconoce este hecho como una causal de suspensión de la relación laboral; frente al cambio de empleadores, el reconocimiento de un nuevo empleador; frente a la limitación de la capacidad laboral del trabajador, la reubicación a un nuevo puesto de trabajo acorde con su limitación. Sobre estos temas abunda la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

La reubicación del trabajador en un nuevo puesto de trabajo puede obedecer a iniciativa del empleador o a causas ajenas a su voluntad. En el primer caso estamos en presencia del *Ius variandi*, que es el derecho que le asiste al empleador para cambiar las condiciones del contrato de trabajo en cuanto a tiempo, modo o lugar en la prestación del servicio; obviamente, esta facultad tiene sus límites: los derechos a favor del trabajador y las normas constitucionales que le asisten. En el segundo caso se debe a hechos en los cuales no participa la voluntad del empleador, como en el caso que nos ocupa, la limitación física del trabajador, que ordena reubicarlo en un nuevo puesto de trabajo acorde con su nueva condición física. Otro ejemplo de reubicación forzada del trabajador se presenta en el caso de la trabajadora en estado de gravidez, quien debe prestar sus servicios en un puesto de trabajo que no afecte su salud y la de su futuro hijo; con ello se le reduce al mínimo el estrés físico y mental, y se le protege de un trabajo peligroso e insoluble. Véase la recomendación 95 de la OIT sobre la protección a la maternidad.

Además de lo señalado por la Corte Constitucional, el decreto 1295 de 1994 establece la obligación del empleador de trasladar al trabajador que padezca alguna limitación física, ya sea temporal o parcial, a un puesto de trabajo acorde con su capacidad; señala el artículo 39: «Al terminar el período de incapacidad temporal, los empleador están obligados, si el trabajador recupera su capacidad de trabajo, a ubicarlo en el puesto que desempeñaba, o a reubicarlo en cualquier otro para el cual esté capacitado, de la misma categoría»; el artículo 45 del mismo decreto señala: «Los empleadores están obligados a ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios».

La reubicación, que sólo se puede realizar por medio de la facultad del empleador en cambiar las condiciones de trabajo (*ius variandi*), garantiza la estabilidad laboral del trabajador que pueda verse afectado por padecer una limitación física sobreviniente a la celebración del contrato de trabajo, debido a que puede trasladarse a un nuevo puesto de trabajo acorde con su actual estado físico; reconocer lo contrario llevaría a la extinción del contrato de trabajo por la causal 13 del artículo 62 del C.S.T., que establece como justa causa de terminación del contrato de trabajo «la ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada».

### ***Algunos comentarios sobre la posición de la Corte Constitucional frente a la integración laboral de los trabajadores con limitaciones físicas***<sup>11</sup>

La Corte Constitucional en reiteradas sentencias de revisión de tutelas ha concedido la reinstalación a los trabajadores con limitaciones; ello como mecanismo transitorio para evitar perjuicios irremediable por la violación de los derechos fundamentales de la persona.

La providencia de la Corte Constitucional C-531 de 2000, que ordena la reinstalación de los trabajadores con limitaciones cuando el despido sea motivado por causa de la limitación física del trabajador, ya sea que la limitación se haya producido antes o con posterioridad al momento de la contratación del trabajador, está motivada por la protección especial que deben gozar las personas en situación de debilidad manifiesta, entre otros derechos de carácter constitucional, como ya se expuso. El fuero que la

<sup>11</sup> Aunque el objeto de estudio de esa providencia por parte de la Corte Constitucional no está íntimamente relacionado con el tema que nos ocupa, considero que es pertinente, para ampliar la doctrina de la Corte Constitucional respecto a las personas con limitaciones, estudiar la sentencia T-276 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Treviño.

Corte enseña consiste en la estabilidad absoluta del trabajador, que estriba en que ningún trabajador podrá ser despedido sin justa causa, además sin la participación de la autoridad competente, que en este caso, según lo expone la ley 361 de 1997, sería el Ministerio de la Protección Social. La Corte Constitucional ha dado a la norma mencionada un alcance que el legislador no le atribuyó al momento de su expedición; le ha otorgado un alcance superior, el cual se deriva de la interpretación de la Constitución Política. El juez constitucional, tal como se señala en la sentencia T-406 de 1992<sup>12</sup>, cumple un función humanista; en unos de sus apartes establece: «El juez, en el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución -sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho». Y el derecho laboral no es la excepción; por el contrario, por el carácter social que llevan implícito las normas laborales, abundan estas posiciones, que a primera vista pueden parecer algo excesivo e incluso desbordado desde el punto de vista de la ley. Esta es la nueva tendencia del derecho laboral: el derecho constitucional laboral.

En otras providencias de la Corte Constitucional se observa la constitucionalización del derecho laboral; es decir, las normas consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo han sido adaptadas por esta corporación al ordenamiento constitucional, en especial en lo relacionado con los derechos fundamentales, y se le otorga al trabajador garantías que sobrepasan a las mínimas consagradas en la parte sustantiva laboral. En sentencia SU-256 de 1996 precisó la Corte Constitucional: «Al respecto resulta necesario precisar que si bien la legislación laboral establece como despido injustificado a aquel que se produce cuando no está presente una de las causales que justifiquen la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador y que el Código Sustantivo del Trabajo taxativamente la enumera, no por ello puede considerarse que el pago de la correspondiente indemnización por el injusto despido sea suficiente carta blanca para lesionar derechos fundamentales del trabajador, en este caso, los derechos a la dignidad, a la igualdad, a la no discriminación, al trabajo, a la salud y a la seguridad social».<sup>13</sup>

### **Hacia la estabilidad laboral de los trabajadores que recuperan la capacidad de trabajo luego de haber sido calificados como inválidos**

La Corte Constitucional por vía de tutela ha establecido la posibilidad del

<sup>12</sup> Magistrado ponente: Ciro Angarita Barón.

<sup>13</sup> Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Meza.

reinstalación al puesto de trabajo a las personas que luego de haber sido declaradas como inválidas recuperan la capacidad laboral<sup>14</sup>. En sentencia T- 473 de 2002<sup>15</sup> la Corte Constitucional señaló: «En conclusión, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha fijado como criterio general el de la protección de quien ha dejado de ser inválido, para reinstalarse en el medio laboral de que había salido a causa de la invalidez. Sin embargo este derecho no es absoluto, y menos en el caso de los servidores públicos, cuyas nóminas se rigen por normas legales. No obstante, cuando no es posible la reinstalación el empleador debe justificar la decisión correspondiente» (subrayas del texto). Esta providencia proferida por la Corte Constitucional presenta frente a las normas del Código Sustantivo del Trabajo incompatibilidades; por ejemplo: el artículo 62 del C.S.T. establece como justa causa de terminación del contrato de trabajo «el reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa». ¿Ello significaría que el empleador si no logra justificar su negativa en aceptar al trabajador que recupera su capacidad laboral, está en la obligación de «revivir» un contrato de trabajo que terminó por configurarse una justa causa? Este interrogante se suma a otros tantos suscitados por algunas providencias de la Corte Constitucional que han sido controvertidas por los aplicadores de la legislación laboral<sup>16</sup>.

### **La discapacidad laboral del trabajador como límite al ejercicio del *ius variandi***

El empleador, como potador del poder subordinante dentro del contrato de trabajo, puede, si sus necesidades lo justifican, trasladar al trabajador del puesto de trabajo para el que inicialmente fue contratado. Esta facultad del empleador no es ilimitada; la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han coincidido en señalar algunos límites a la facultad del empleador en variar las condiciones de trabajo, los cuales se puede sintetizar de la siguiente manera: el ejercicio del *ius variandi* no es ilimitado; éste debe atender a razones justificadas del empleador que sean lo suficientemente atendibles para cambiar las condiciones pactadas con el trabajador; la variación de las condiciones de trabajo deben ser tales que no afecten la dignidad del trabajador o su estatus laboral; el ejercicio del *ius variandi* no

<sup>14</sup> En varias providencias de tutela la Corte Constitucional se ha pronunciado a favor de la reinstalación de trabajadores que han recuperado su capacidad laboral luego de haber sido declarados inválidos; véase las sentencias T-065 de 1996; T-229 de 1994; T-356 de 1995.

<sup>15</sup> Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>16</sup> En el caso del fuero de maternidad, véase la sentencia C-470 de 1997.

En el caso de la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, véase la sentencia C-1507 de 2000.

En el caso del contrato de trabajo a término fijo, véase la sentencia C-016 de 1998.

es ajeno a los derechos constitucionales y laborales reconocidos a favor del trabajo; en algunas ocasiones, el ejercicio del *ius variandi* no puede realizarse sin previa autorización del juez laboral, como sucede en el caso de los trabajadores protegidos por fuero sindical.

En la sentencia T-1040 de 2001<sup>17</sup>, la Corte Constitucional ha establecido los límites al ejercicio del *ius variandi* frente al trabajador con limitaciones físicas, y ha señalado que esta facultad no está por encima de los derechos constitucionales fundamentales a favor del trabajador con limitaciones; por lo tanto, el empleador está en la obligación de trasladar al trabajador a un puesto de trabajo acorde con su capacidad física o mantenerlo en el mismo puesto de trabajo, en caso de que el nuevo puesto de trabajo al que se le pretendía trasladar afecte su estado físico. Señaló la Corte Constitucional en esa sentencia:

*La obligación de los empleadores de abstenerse de impartir órdenes que afecten la salud de sus empleados implica una restricción general en el ejercicio de una prerrogativa legal de los empleadores, por virtud del respeto que éstos deben a la dignidad de sus trabajadores. Sin embargo, bajo determinadas condiciones, el respeto por esta dignidad implica, además, el deber de reubicar a los trabajadores que durante el transcurso del contrato de trabajo sufren disminuciones de su capacidad física.*

La Corte Constitucional en defensa de los derechos fundamentales ha establecido por vía de tutela algunos límites a la facultad que tiene el empleador para cambiar las condiciones de trabajo<sup>18</sup>; sin embargo, esta corporación ha sido consciente de la autonomía que tiene el empleador para fijar las condiciones de trabajo, y condiciona su intervención sólo cuando el empleador actúa de forma arbitraria. Para la Corte Constitucional, la acción de tutela sólo opera para recovar la decisión del empleador de trasladar al trabajador cuando el acto: «(i) sea ostensiblemente arbitrario, es decir, carezca de fundamento alguno en su expedición, (ii) fuere adoptado en forma intempestiva y (iii) afecte en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar»<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

<sup>18</sup> Véase las providencias T-330 de 1993, T-483 de 1993, T-131 de 1995, T181 de 1996, T-514 de 1996. T516 de 1997.

<sup>19</sup> Sentencia T-256 de 2003. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

## CONCLUSIONES

Las diferentes providencias de la Corte Constitucional respecto de los trabajadores con limitaciones tienen como finalidad protegerlos frente a una eventual discriminación por razón de su situación especial; protección que también se traslada al campo del contrato de trabajo en aras de garantizar la productividad económica de las personas discapacitadas, así como su desarrollo personal.

El legislador no fue ajeno a la necesidad de proteger la estabilidad en el empleo y el acceso al empleo de las personas con limitaciones; mediante la ley 361 de 1997, ley de reintegración social de las personas con limitaciones, así se hizo, y señaló en su artículo 26 la necesidad de previa autorización del inspector del trabajo para despedir a un trabajador con limitaciones físicas.

En estudio de constitucionalidad del artículo 26 de la ley 361 de 1997, mediante la sentencia C-531 de 2000, en un interesante pronunciamiento la Corte Constitucional señaló que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de trabajo que constate la configuración de una existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato. En mi concepto, nuevamente la Corte Constitucional –tal como se presentó respecto del fuero de maternidad en la sentencia C-470 de 1997–, en aras de garantizar la protección constitucional de las personas en situación de debilidad manifiesta, involuntariamente genera un efecto contrario, consistente en que en vez de favorecer a estas personas las perjudica. Me explico: en vista de la garantía laboral absoluta que reconoce la Corte Constitucional a favor de las personas con limitaciones, ninguna persona que tenga interés en contratar mano de obra lo haría con este tipo de personas debido a su estabilidad laboral, que hace más complicada la desvinculación de ese trabajador, por lo cual el empleador podría exponerse a una eventual demanda por parte de aquél, en la que se pretenda la reinstalación a su puesto de trabajo por considerar que hubo violación del fuero de discapacitados.

La normatividad vigente y las providencias de las altas cortes respecto a las personas con limitaciones no presenta garantías alguna tendiente al fomento de la empleabilidad de estas personas; sólo se refiere a la garantía de la estabilidad en el empleo. Por lo tanto es necesario que el legislador diseñe un medio eficaz para permitir el acceso a un puesto de trabajo a las personas que tienen limitaciones físicas, y lo que ha dicho la Corte Cons-

titucional: «El ámbito laboral constituye, por consiguiente, objetivo específico para el cumplimiento de esos propósitos proteccionistas, en aras de asegurar la productividad económica de las personas discapacitadas, así como su desarrollo personal», se convierta en realidad y no simplemente otro pronunciamiento más que quede plasmado en otra providencia de la Corte Constitucional. Si se concibe un medio que posibilite el acceso a un puesto de trabajo de las personas discapacitadas, estaremos frente a una real integración social de la personas con limitaciones, tal como lo predica la ley 361 de 1997 y la ley 789 de 2002.