

HOJAS INFORMATIVAS SOBRE NORMATIVIDAD EN INCLUSIÓN LABORAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El presente documento de consulta general, tiene como finalidad dar respuesta a las preguntas más frecuentes que surgen alrededor de la inclusión laboral de personas con discapacidad. Entre estas, presentar el análisis más detallado del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, así como un flujograma del proceso de despido de una persona con discapacidad, con la explicación de cuatro (4) posibles escenarios.

El Programa Pacto de Productividad es una iniciativa ejecutada por la Fundación Corona, y tiene como socios al Banco Interamericano de Desarrollo BID, la Fundación Saldarriaga Concha, la Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia APC, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, el Ministerio del Trabajo y cuatro Cajas de Compensación Familiar: Cafam en la ciudad de Bogotá, Comfenalco Antioquia en Medellín, Comfandi en Cali y Comfamiliar Risaralda en Pereira. Como aliados estratégicos, el Programa cuenta con la participación de las Asociaciones empresariales e industriales más importantes del país, tales como, la Asociación Nacional de Empresarios ANDI, la Federación Nacional de Comerciantes FENALCO, la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio COMFECAMARAS y la Asociación Colombiana de Medianas y Pequeñas Industrias ACOPI, así como la Red Pacto Global Colombia.

El Programa se organizó en cuatro componentes: Movilización del sector empresarial, fortalecimiento de instituciones de inclusión laboral, formación para el trabajo y articulación e incidencia política.

PREGUNTAS FRECUENTES

1. CONTRATO LABORAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTERDICTAS

- a) **¿Es posible qué personas con discapacidad interdictas puedan firmar un contrato laboral o un contrato de aprendizaje?**

Si es posible que las personas con discapacidad puedan celebrar contratos laborales o contratos de aprendizaje con cualquier empresa pública o privada, solo que esos contratos tienen unas formalidades especiales adicionales.

- b) **¿Cuáles son esas formalidades especiales de los contratos con personas con discapacidad interdictas?**

La formalidad especial tiene que ver con la forma de subsanar la “Capacidad Legal”, de la persona interdicta, la cual consiste en que además de la persona interdicta, firma quien representa a dicha persona interdicta.

- c) **¿Quiénes pueden firmar el contrato en representación de la persona interdicta?**

El contrato lo pueden firmar sus padres o la madre sustituta o funcionario del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, si el interdicto está bajo custodia de dicha institución; o las personas designadas por el juez (ley 1306 de 2009)

2. PÉRDIDA DE BENEFICIOS DE SALUD DE PERSONA CON DISCAPACIDAD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO, AL SUSCRIBIR UN CONTRATO LABORAL O UN CONTRATO DE APRENDIZAJE.

- a) **¿Por qué pierden los beneficios de salud las personas con discapacidad del régimen subsidiado al suscribir un contrato laboral o de aprendizaje?**

La razón por la cual pierden los beneficios de salud del régimen subsidiado obedece a que en el momento en el que suscriben el contrato laboral o de aprendizaje, automáticamente salen del régimen subsidiado e ingresan como cotizantes, al régimen contributivo del sistema de seguridad social.

b) ¿Cómo se concreta esa pérdida de beneficios en la transición del régimen subsidiado al régimen contributivo de salud?

El artículo 74 del decreto 806 de 1998 y el artículo 10 del decreto 047 del 2000, modificado por el artículo 12 del decreto 783 de 2000, en concordancia con el artículo 41 del decreto 1406 de 1999, dispone que el afiliado que ingrese al régimen contributivo durante los primeros 30 días, solo tiene derecho exclusivamente al servicio inicial de urgencias, con lo cual se afecta gravemente la condición de salud de las personas con discapacidad que vienen con tratamientos médicos y medicamentos especiales con el Régimen Subsidiado de Salud.

c) ¿Qué avances legales se han tenido al respecto, para subsanar esta desprotección de las personas con discapacidad en su salud?

Tanto la ley 1345 de 2009, como la nueva ley estatutaria, la número 1618 del 27 de febrero de 2013, han reiterado la importancia de que se asegure el derecho a la salud de las personas con discapacidad por parte de las entidades prestadoras de servicios en salud, por ejemplo: El Literal a. del numeral 2, del artículo 10 de ley 1618 de 2013, consagra expresamente: “ a. Garantizar la accesibilidad e inclusión de las personas con discapacidad en todos sus procedimientos, lugares y servicios”; a su vez el literal e. dispone claramente que las entidades prestadoras de salud debe: “...e. Eliminar cualquier medida, acción o procedimiento administrativo o de otro tipo, que directa o indirectamente dificulte el acceso a los servicios de salud para las personas con discapacidad...”, igualmente el artículo 9 de la ley 1618 de 2013, consagra el derecho a la habilitación y rehabilitación integral de las personas con discapacidad, en su numeral 9 dispone: “...9. El Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces, garantizará la rehabilitación funcional de las personas con discapacidad cuando se haya establecido el procedimiento requerido, sin el pago de cuotas moderadoras o copagos, en concordancia con los artículos 65 y 66 de la Ley 1438 de 2011...”.

d) ¿Qué desarrollos legales se requieren para evitar que las personas con discapacidad pierdan continuidad en sus tratamientos y medicamentos al hacer transición del Régimen Subsidiado al Régimen Contributivo en Salud?

Se requiere una modificación reglamentaria en el artículo 74 del Decreto 806 de 1998, podría ser un párrafo donde se garantice la atención continua en salud de personas con discapacidad, cuando por razones de una vinculación laboral o por contrato de aprendizaje pasen del régimen subsidiado al contributivo.

Modificación al artículo 11 de la Resolución 1747 de 2008, por medio de la cual regula la planilla única de autoliquidación de aportes PÍLA, incorporando como tipo de cotizante al empleado o contratista con discapacidad, como un tipo especial de cotizante, a efectos de

que sea posible en la operación administrativa la cotización por período adelantado por parte del empleador o contratante.

3. PÉRDIDA DE BENEFICIOS ESPECIALES DE SALUD DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD DEL ICBF U OTRAS ENTIDADES, CUANDO SUSCRIBEN CONTRATOS LABORALES O CONTRATOS DE APRENDIZAJE.

a) ¿Por qué las personas con discapacidad pierden los beneficios especiales de salud de parte del ICBF u otras entidades cuando firman un contrato laboral o de aprendizaje?

Cuando las personas con discapacidad le notifican al ICBF o la entidad que le viene ayudando con sus tratamientos o sus medicamentos, que van a suscribir un contrato laboral o de aprendizaje, tanto el ICBF o la entidad respectiva inmediatamente suspenden el apoyo en salud. ¿Por qué? ¿Cuál es el fundamento?

b) ¿Cuál es el perjuicio concreto que sufren las personas con discapacidad cuando estas entidades le suspenden sus tratamientos o medicinas?

El perjuicio que sufren estas personas es que al firmar el respectivo contrato, ingresan al Régimen Contributivo de Salud, pero no pueden acceder a medicamentos y tratamientos hasta después de 30 días de la fecha de afiliación, con la cual se desprotege temporalmente la salud y el bienestar de las personas con discapacidad.

c) ¿Qué avances legales se han dado para evitar que se suspendan estos apoyos de salud a las personas con discapacidad?

La nueva ley estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013, le recuerda a las entidades territoriales y al ICBF que las personas con discapacidad tienen derecho a la protección social especial del estado, en concordancia con el artículo 28 de ley 1346 de 2009. El artículo 12 de la ley 1618 de 2013, establece que para la garantía del ejercicio total y efectivo del derecho a la protección social, el Ministerio del Trabajo o quien haga sus veces, adoptarán las siguientes medidas: "...3. Las Entidades Territoriales competentes y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, o el ente que haga sus veces, deberán establecer y/o fortalecer, un programa de apoyo y acompañamiento a las familias de las personas con discapacidad, debidamente articulado con otros programas o estrategias de inclusión, desarrollo social y de superación de la pobreza.

d) ¿Qué acciones legales y ajustes prácticos se deben incrementar para evitar esa desprotección temporal de las personas con discapacidad?

Desde el punto de vista legal, se deben expedir los decretos reglamentarios que hagan efectiva la protección social establecida en el artículo 12 de la Ley 1618 de 2013. Desde el punto de vista práctico, se debe hacer pedagogía a los funcionarios de Entidades Territoriales y del ICBF, sobre la legislación en discapacidad y la obligación especial de proteger a las personas con discapacidad en estas situaciones especiales.

4. TEMOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AFILIADAS AL RÉGIMEN SUBSIDIADO A PERDER SU CUPO EN DICHO RÉGIMEN SI SUCRIBEN CONTRATOS LABORALES TEMPORALES O DE APRENDIZAJE.

a) ¿Es real y lógico que las personas con discapacidad del régimen subsidiado, sientan temor de perder los beneficios de dicho régimen por suscribir contratos temporales o de aprendizaje?

Ese temor no debe existir, es absolutamente infundado, las personas con discapacidad no pierden su cupo en el Régimen Subsidiado y ello está expresamente consagrado en la ley.

b) ¿Qué normas legales establecen que las personas con discapacidad no pierden su cupo en el Régimen Subsidiado cuando suscriben contratos temporales o contratos de aprendizaje?

El artículo 38 del acuerdo 415 de 2009 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud consagra: "...Traslado entre regímenes y suspensión de afiliaciones al régimen subsidiado: Los afiliados del Régimen Subsidiado que se afilien al Régimen Contributivo, mantendrán su afiliación al Régimen subsidiado y se reversará su cupo hasta por un (1) año a partir que se haga efectiva la nueva afiliación...". Posteriormente el artículo 46 de la Ley 1429 del 2010, amplió ese plazo hasta dos (2) años, dicha norma dispuso lo siguiente: "...Beneficios derivados del Sisben: Los beneficios derivados de los programas que utilicen como criterio de identificación y focalización, el Sisben no podrán suspenderse dentro del año siguiente al que el beneficiario haya sido vinculado por un contrato de trabajo vigente. No obstante, el cupo del beneficiario del régimen subsidiado en salud, se mantendrá hasta por los dos (2) años siguientes a la vinculación laboral...".

5. CONTRATO LABORAL CON PERSONAS CON DISCAPACIDAD QUE YA TIENEN PENSIÓN DE INVALIDEZ.

- a) **¿Es cierto que las Empresas pueden tener problemas legales, si contratan personas con discapacidad que tienen pensión de invalidez?**

No es cierto, en la normatividad sobre discapacidad existe norma específica que permite dicha contratación y es el artículo 33 de la ley 361 de 1997, en la cual expresamente dispone: “El ingreso al servicio público o privado de una persona limitada que se encuentre pensionada, no implicará la pérdida ni suspensión de su mesada pensional, siempre que no implique doble asignación del Tesoro Público”. **Es importante precisar compatibilidad con el sistema de riesgos laborales.**

- b) **¿Por qué dar oportunidad laboral a personas con discapacidad que tienen pensión de invalidez?**

Los pensionados de invalidez por disposición legal se deben someter a revisión periódica, conforme lo establece el artículo 44 de la Ley 100 de 1993, lo cual puede llevar incluso a la pérdida de dicha pensión en una de esas evaluaciones. Tampoco podemos desconocer una realidad y es que usualmente las pensiones de invalidez son de montos muy bajos y el hecho de que consigan las personas con discapacidad un empleo, les permite llevar una vida más digna a ellos y su familia.

La discapacidad genera gasto, genera consumo adicional; la discapacidad implica inversión en ayudas técnicas, tecnológicas, medicamentos, personal de apoyo; la discapacidad por sí misma propicia pobreza.

6. CONTRATO LABORAL CON PERSONAS CON DISCAPACIDAD QUE YA TIENEN PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE.

- a) **¿Es permitido que una persona con discapacidad y pensión de sobreviviente pueda suscribir un contrato laboral?**

Si es permitido, el artículo 33 de la Ley 361 de 1997, expresamente lo dispone.

- b) **¿Qué otras razones existen para que una persona con discapacidad y con pensión de sobreviviente pueda suscribir contrato laboral?**

Una de las razones fundamentales es que el salario de la relación laboral tiene una naturaleza jurídica diferente a las pensiones. El salario es la remuneración periódica y habitual que un trabajador recibe a cambio de la prestación de un servicio; mientras que la pensión es un

derecho que surge por el cumplimiento de unos requisitos y aportes periódicos durante la vida laboral frente a las contingencias de la vejez, la invalidez y la muerte.

Otras de las razones que debemos tener en cuenta, es que en la práctica, muchas de las pensiones de sobrevivientes de personas con discapacidad, son de montos bajos, cercanos al salario mínimo y en no pocos casos, además de ser pensiones de un salario mínimo, las personas con discapacidad les las comparten con otros miembros de la familia.

HOJA INFORMATIVA ARTÍCULO 26 LEY 361 DE 1997

La Ley 361 de 1997¹ es la primera norma que desarrolla la Constitución de 1991 bajo el concepto de **acciones afirmativas** en favor de todo el conjunto de las **personas con discapacidad** en Colombia.

Es bueno aclarar que en su título, "por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación...", y a lo largo de su articulado, la Ley 361 todavía maneja el lenguaje de finales del siglo 20 para definir a estos grupos poblacionales.

Esta Ley 361, en el Título II, "De la prevención, la educación y la rehabilitación", trae un capítulo completo, el IV, sobre el tema de la "integración laboral" de las personas con discapacidad en Colombia. Aquí encontramos un elemento nuevo porque el contenido de este capítulo se escribe desde la perspectiva de la corresponsabilidad del Estado, las empresas y la sociedad en general, para avanzar hacia el pleno desarrollo laboral - empleo de las personas con discapacidad.

En la perspectiva enunciada, este Capítulo IV de la Ley 361 de 1997 consagra **garantías** de distinta naturaleza **a los empleadores** que vinculen personas con discapacidad, así:

En el artículo 24:

- a) Ser preferidos en igualdad de condiciones, en los procesos públicos y privados de licitación, adjudicación y celebración de contratos, siempre que con certificación de la oficina de trabajo acrediten que por lo menos el 10% de su nómina corresponde a personas con discapacidad.

Esta garantía ha sido interpretada por la Corte Constitucional en la sentencia T-684 A-11, en los siguientes términos:

5. Interpretación del artículo 24 de la Ley 361 de 1997

(...)

5.4 En suma, la disposición analizada contiene dos órbitas de protección: la primera, desde la óptica de los derechos fundamentales por cuanto se trata de una acción afirmativa que pretende incentivar a los empleadores a integrar a la población con discapacidad al mercado laboral y, la segunda, una órbita contractual en la cual es un criterio de desempate en procesos de adjudicación que puede generarle derechos patrimoniales a las empresas participantes.

- b) Prelación en el otorgamiento de créditos y subvenciones estatales.
- c) Tasas arancelarias especiales para maquinaria y equipo que los empleadores requieran para ser manejados por sus empleados con discapacidad.

En el artículo 31:

Como garantías de naturaleza tributaria, este artículo consagra para cada año fiscal, el derecho de los empleadores a deducir de la renta el 200% del valor del salario y prestaciones pagado a sus trabajadores con discapacidad.

¹ Ley 361 de 1997 (febrero 7), "Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones." Diario Oficial No. 42978 de febrero 11 de 1997.

En términos prácticos, de forma indirecta el Estado está asumiendo el doble del costo de la nómina de los trabajadores con discapacidad; y esto debe tener un impacto significativo en los costos totales de la Empresa.

Ahora bien, a propósito de esta Ley, la 361, y de su capítulo IV sobre la integración laboral, surgen normalmente varias preguntas, entre las cuales es de especial interés la siguiente directamente relacionada con el artículo 26: ¿se puede despedir a un trabajador con discapacidad?

El artículo 26² establece:

ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

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 del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

Al respecto debemos ser claros y contundentes: Sí; al trabajador con discapacidad se le puede despedir por las causales, los procedimientos y las condiciones que la Ley laboral tiene previstos para todos los trabajadores.

El artículo 26 de la Ley 361 lo que precave es el despido por la sola razón de la discapacidad, pues en este caso tal decisión es discriminatoria y desconoce la Constitución y la Ley.

Continuamos con la respuesta explicando las dos situaciones concretas que se acaban de enunciar y que corresponden a la práctica y a la regulación laboral:

Primera situación:

Cuando el trabajador con discapacidad es ineficiente, negligente o viola sistemáticamente las obligaciones especiales y las prohibiciones consagradas en los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o los reglamentos especiales de la empresa, puede ser despedido una vez se adelante el procedimiento disciplinario bajo los parámetros legales, reglamentarios o convencionales

² El artículo 26 había sido modificado por el artículo 137 del decreto Ley 019 de 2012, que a su vez fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, sentencia C- 744-12. De manera que el texto transcrito es el vigente. Para su aplicación debe tenerse en cuenta la sentencia C-531-00 que en su parte resolutive dispuso: "Segundo.- Declarar **EXEQUIBLE** el inciso 2o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 bajo el supuesto de que en los términos de esta providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), 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 la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato."

que rijan en la respectiva Empresa; es decir, con observancia del debido proceso y el ejercicio del derecho de defensa.

Los derechos de defensa y del debido proceso suponen para su ejercicio que el empleador, al vincular a sus trabajadores y a lo largo de la relación laboral, debe darles a conocer el conjunto de normas legales, reglamentarias o convencionales que regulan en la Empresa los derechos, obligaciones y prohibiciones de todas las partes, el régimen disciplinario, las relaciones de autoridad, las modificaciones que se presenten en la normatividad, estructura de la empresa, etc.

Así mismo, debe notificarlos claramente sobre las evaluaciones de desempeño y los planes de mejoramiento con las calificaciones correspondientes, y sobre los llamados de atención y otras sanciones previstas en su normatividad, facilitándoles en todos los casos la información necesaria para los recursos y medios de defensa.

Como es obvio, estas regulaciones, informaciones y procedimientos no pueden contener diferenciación alguna por razón de la discapacidad; sus destinatarios son todos los trabajadores de la empresa, Excepto aquellos procedimientos y reglas tendientes a la protección de los derechos de algunas personas con discapacidad, Ejemplo: Intervenciones especiales para sordos y discapacidades visuales.

Bajo estas condiciones aplicables a todos los trabajadores, es claro que si un trabajador con discapacidad se hace acreedor al despido por justa causa, la decisión no requiere ningún tipo de trámite ante los inspectores de trabajo, ya que el contrato se termina es por condiciones objetivas que ameritan la terminación del contrato y no por discriminación o razones derivadas de su discapacidad. Lo anterior fue ratificado por la corte constitucional en la sentencia T – 077/14 de febrero 7 de 2014, donde resolvió la tutela de una persona que se estaba escudando en su discapacidad para que lo reintegrara al trabajo, la corte fue clara en no ordenar el reintegro, dado que no existió un nexo causal entre la enfermedad del accionante (su discapacidad) y la decisión de terminar el contrato. En dicha sentencia la corte constitucional expresamente destaca:

1. Para que la decisión de un empleador de dar por terminado un contrato en tales condiciones (personas con discapacidad) , se repute legítima, debe el empleador probar la existencia de una condición objetiva que justifique la no renovación contractual o terminación del contrato por tales personas.
2. No es suficiente la simple presencia de una enfermedad o de una discapacidad en la persona, para que por vía de tutela se conceda la protección laboral reforzada. Para que la acción de tutela prospere, debe estar probado que la desvinculación laboral se debió a esa particular condición de debilidad, es decir al embarazo, discapacidad, enfermedad, etc; en otras palabras, debe existir un nexo causal entre la condición que consolida la debilidad manifiesta y la desvinculación laboral.

La segunda situación:

Como se enunció, el artículo 26 de la Ley 361 previene la discriminación, tiene como finalidad evitar que el trabajador con discapacidad vaya a ser despedido por razón de su discapacidad, por razón de

imaginarios sociales y culturales o por prejuicios en los que se considera a la persona con discapacidad como enferma, inválida, minusválida o sujeto de algún castigo.

No obstante, también es legalmente posible que, como consecuencia de su discapacidad, sea despedido; y es entonces cuando se debe obtener la autorización del Inspector de Trabajo.

En términos concretos pueden darse las siguientes hipótesis, dentro de esta segunda situación que se analiza:

La primera hipótesis:

El empleador vincula a una persona con discapacidad para cumplir unas funciones específicas y para su desempeño laboral establece tecnologías que le permitan el cumplimiento de las tareas. Más adelante se presenta una transformación tecnológica que le impide al trabajador con discapacidad continuar con el desarrollo de la labor a su cargo.

El empleador procede a tomar decisiones y medidas tendientes a reubicar a su trabajador: evaluación del desempeño, ajustes razonables, revisión de manuales de funciones, aplicación de la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), etc.

Ante la imposibilidad de reubicar al trabajador, procederá a solicitar al Inspector de Trabajo la autorización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 para dar por terminado el contrato de trabajo, puesto que esta decisión deriva de la discapacidad.

La segunda hipótesis:

El trabajador que adquiere una discapacidad en el curso de la relación laboral por accidente de trabajo o una enfermedad profesional.

El código Sustantivo del Trabajo y los regímenes generales sobre seguridad social y riesgos laborales son claros en cuanto a las incapacidades médicas, al procedimiento, las competencias y los requisitos para que se califique la invalidez y en consecuencia se determine la condición de discapacidad.

Verificado todo ello, se activan las medidas legales y técnicas, dentro del sistema general de riesgos laborales, para la rehabilitación del trabajador, para la financiación de los ajustes razonables, y la nueva evaluación del desempeño donde se crucen las variables establecidas en la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y la Salud (CIF).

De manera correlativa, el empleador asume la obligación de reubicar al trabajador atendiendo a su nueva condición.

Pero la discapacidad adquirida por el trabajador bien puede configurar un impedimento absoluto para desempeñarse dentro de la empresa. El empleador entonces tendrá que dar por terminado el contrato de trabajo por razón de la discapacidad. Y aquí, de nuevo, debe dar cumplimiento al artículo 26 de la Ley 361 y solicitar la autorización del Inspector de Trabajo, para que se constate que tal decisión no es arbitraria ni injusta.

Esta segunda situación y sus hipótesis configuran la justa causa consagrada en el artículo 62 literal A, numeral 13 del Código Sustantivo del Trabajo, al que se refiere la sentencia C-531-00 relativa al artículo 26 de la Ley 361. Dice la norma del código:

ARTICULO 62. TERMINACION DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA (Artículo modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965.) Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo,

A). Por parte del {empleador}...

13. La ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada.

Se trata entonces, de una justa causa que debe ser verificada por la autoridad del trabajo para evitar la discriminación por razón de la discapacidad.

Además en toda la jurisprudencia constitucional sobre estabilidad laboral reforzada pero particularmente en ella sentencia C-531-00, está dicho:

Es de reiterar, según lo señalado por esta Corte con anterioridad, que la legislación que favorezca a los discapacitados "no consagra derechos absolutos o a perpetuidad que puedan ser oponibles en toda circunstancia a los intereses generales del Estado y de la sociedad, o a los legítimos derechos de otros...".

Comentarios adicionales:

1. El Convenio 159 de la OIT ratificado por la Ley 82 de 1988, la Ley 361 de 1997, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ratificada por la Ley 1346 de 2009, cuando hablan de la protección al trabajador con discapacidad y prohíben la discriminación por la discapacidad, no diferencian entre la persona con discapacidad que ingresa al mercado laboral y la persona que en su desempeño laboral, por accidente de trabajo o enfermedad profesional, adquiere la discapacidad.
2. La responsabilidad de los empleadores respecto de los trabajadores que por accidente de trabajo o enfermedad profesional adquieren la discapacidad, forma parte de la legislación laboral desde el texto original del código Sustantivo del Trabajo, que en su artículo 283 ordenaba a las empresas la "recuperación o reeducación de sus trabajadores inválidos, a su costo, a fin de habilitarlos para desempeñar oficios compatibles con su categoría anterior en la empresa, con su estado de salud y con sus fuerzas y aptitudes...".

Luego el decreto 2351 de 1965, que modificó el código Sustantivo, introdujo en el artículo 16 la obligación de reinstalar al trabajador en el empleo al término de la incapacidad y en caso de incapacidad parcial, inclusive a hacer los movimientos de personal que fueran necesarios para reubicarlos acorde con sus aptitudes, todo conforme a los dictámenes médicos; el incumplimiento de esta obligación configuraba un despido injusto.

En la Ley 100 de 1993 que subrogó varias disposiciones del código Sustantivo en la materia, y en la normatividad del Sistema General de Riesgos Laborales actual sobre riesgos laborales³, las

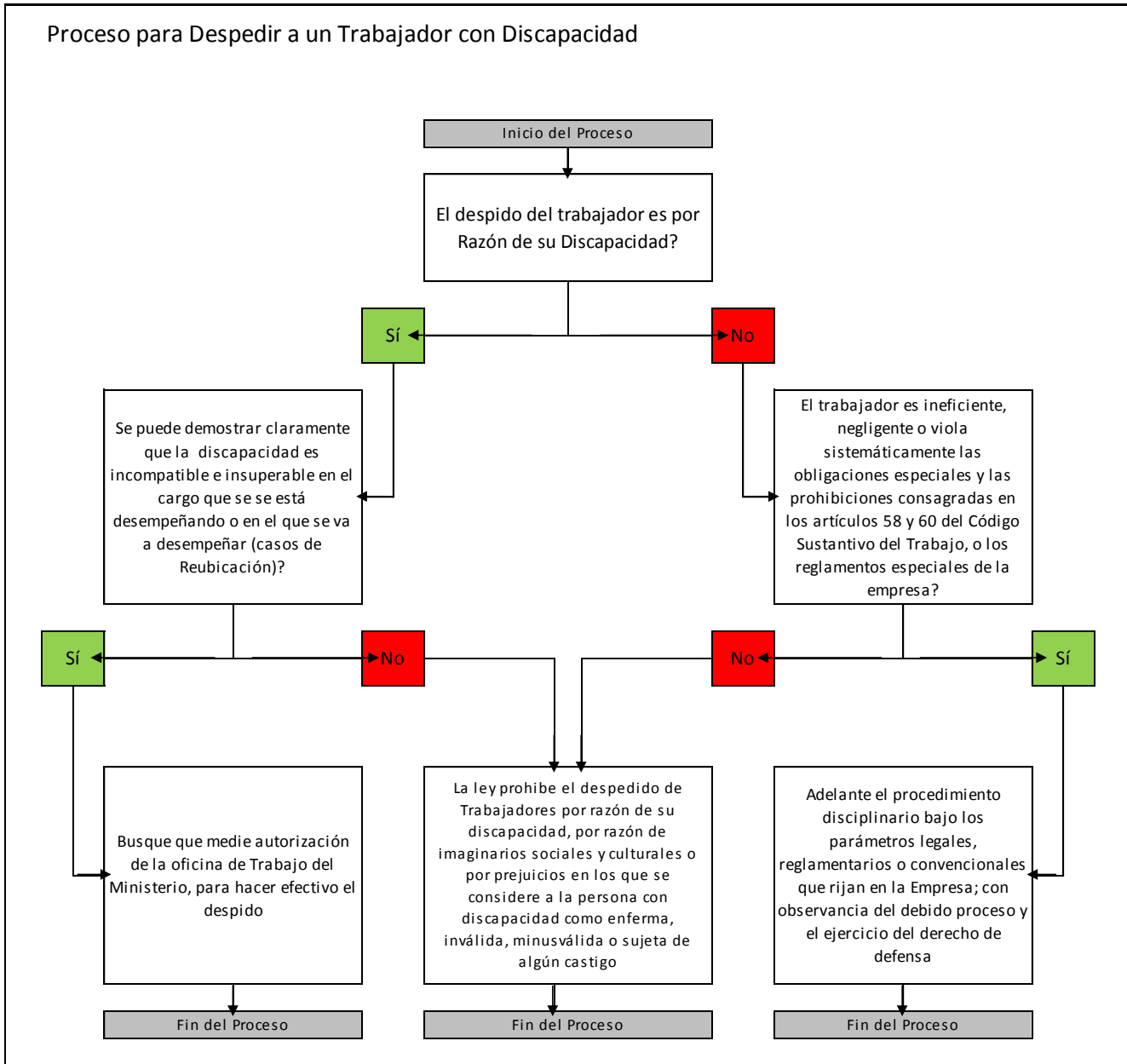
³ Decreto Ley 1295 de 1994, Ley 776 de 2002, Ley 1562 de 2012.

prestaciones económicas a cargo del Sistema no modifican la obligación de reintegro que el empleador tiene respecto de su trabajador, por el contrario reiteran las disposiciones del decreto Ley 2351 de 1965, en cuanto su nueva condición no sea definitivamente incompatible. Así; en la Ley 776 de 2002 se dispone:

ARTÍCULO 4o. REINCORPORACIÓN AL TRABAJO. Al terminar el período de incapacidad temporal, los empleadores están obligados, si el trabajador recupera su capacidad de trabajo, a ubicarlo en el cargo que desempeñaba, o a reubicarlo en cualquier otro para el cual esté capacitado, de la misma categoría.

ARTÍCULO 8o. REUBICACIÓN DEL TRABAJADOR. 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.

1. Flujograma (Imagen):



2. Explicación del Flujograma:

El Proceso demarca los siguientes caminos para el despido de trabajadores:

Escenario 1:

_Inicio del Proceso.

_El despido del trabajador es por Razón de su Discapacidad?

_Sí

_Se puede demostrar claramente que la discapacidad es incompatible e insuperable en el cargo que se está desempeñando o en el que se va a desempeñar (casos de Reubicación)?

_Sí

_Busque que medie autorización de la oficina de Trabajo del Ministerio, para hacer efectivo el despido

_Fin del Proceso

Escenario 2:

_Inicio del Proceso.

_El despido del trabajador es por Razón de su Discapacidad?

_Sí

_Se puede demostrar claramente que la discapacidad es incompatible e insuperable en el cargo que se está desempeñando o en el que se va a desempeñar (casos de Reubicación)?

_No

_La ley prohíbe el despido de Trabajadores por razón de su discapacidad, por razón de imaginarios sociales y culturales o por prejuicios en los que se considere a la persona con discapacidad como enferma, inválida, minusválida o sujeta de algún castigo

_Fin del Proceso

Escenario 3:

_Inicio del Proceso.

_El despido del trabajador es por Razón de su Discapacidad?

_No

_ El trabajador es ineficiente, negligente o viola sistemáticamente las obligaciones especiales y las prohibiciones consagradas en los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o los reglamentos especiales de la empresa?

_Sí

_Adelante el procedimiento disciplinario bajo los parámetros legales, reglamentarios o convencionales que rijan en la Empresa; con observancia del debido proceso y el ejercicio del derecho de defensa

_Fin del Proceso

Escenario 4:

_Inicio del Proceso.

_El despido del trabajador es por Razón de su Discapacidad?

_No

_ El trabajador es ineficiente, negligente o viola sistemáticamente las obligaciones especiales y las prohibiciones consagradas en los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o los reglamentos especiales de la empresa?

_No

_La ley prohíbe el despido de Trabajadores por razón de su discapacidad, por razón de imaginarios sociales y culturales o por prejuicios en los que se considere a la persona con discapacidad como enferma, inválida, minusválida o sujeta de algún castigo

_Fin del Proceso