



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia



Fuero de discapacidad: aportes de la Corte Suprema de Justicia en búsqueda de la protección

Dra. Marjorie Zúñiga Romero

Contexto

Modelo de prescindencia o asistencialista.
Castigo divino.

“Según como entendemos la discapacidad, esa respuesta le damos”

Modelo Médico rehabilitador. La discapacidad debe curarse.

Dualismo: Sano y enfermo; funcional – disfuncional; normal – anormal.

Protección incipiente a la promoción a la Seg Social y al concepto de empleo protegido para esta población.

Prevalencia del concepto técnico científico y raciocinio médico. Se busca rehabilitar para normalizar y así integrar.

Modelo Social. Mitad siglo XX Desfavorecidos – *Independent living*. Derechos humanos como bandera.

“Nada sobre la discapacidad sin las personas con discapacidad.”

Resignifica el concepto de discapacidad diferenciándolo de la deficiencia.

Su difusión definitiva, No su origen, se dio con la CDPD 2006.

Origen legal

Art. 26 Ley 361 de 1997

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.

Planteamiento:

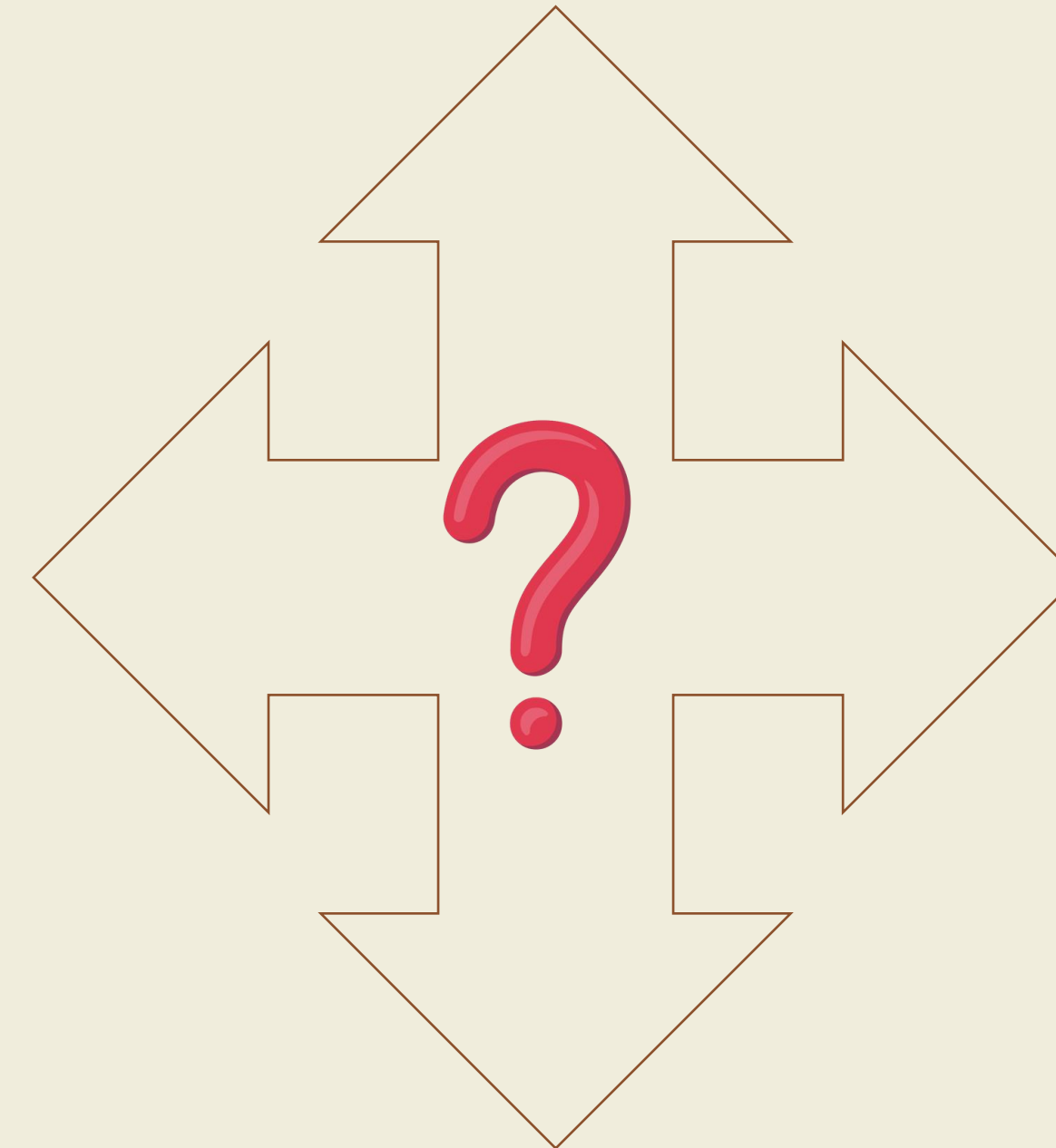


¿El trabajador tiene una discapacidad?

¿Empleador debía pedir autorización al Ministerio de trabajo ?

¿Hay despido justo o discriminatorio?

¿Debía intentarse una acción previa antes del despido?



Hipótesis de partida

Sentencias discapacidad	
Radicado	Magistrado ponente
81474	Dr. Gerardo Botero
85245	
88992	Dr. Fernando Castillo
89162	
91764	
87868	Dr. Luis Benedicto Herrera
92857	Dr. Iván Lenis
80829	Dr. Omar Mejía
91581	
94297	
92829	Dra. Marjorie Zúñiga
93093	
90116	

La nueva jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral **avanza** hacia un sistema de protección para los trabajadores con discapacidad, adecuando su doctrina a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad, que continúa desarrollando el denominado “modelo social”.

Plan de trabajo

(i) Disparidad de criterios: EL entendimiento de la CC y CSJ a la estabilidad laboral reforzada.

(ii) La nueva jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral.

(iii) Conclusiones.

(i) **Disparidad de criterios:** sobre la estabilidad laboral reforzada

Corte Constitucional Art. 13 CP

Trabajadores que padecen una enfermedad o afectación a la salud que puede ser transitoria, variable o de cualquier tipo y, por ello, se encuentran en situación de **«debilidad manifiesta»**.

¿Cómo una posible deficiencia física, mental o sensorial, en función de la relación con su entorno de trabajo, le impidió al afectado ejercer sus derechos plenamente?

Corte Suprema de Justicia – Criterio anterior

Se ataba la protección del Art. 26 en favor de las personas con discapacidad.

Un Trabajador con una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, severo o profundo; esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%.

Discapacidad en el trabajo

El 10 de junio entra en vigor la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La discapacidad es una situación real de la persona, su reconocimiento no está supeditado a un carné (SL2586-2020)

La CSJ reexamina su criterio y presenta una nueva posición jurisprudencial en la que se abandonan los criterios numéricos para definir la discapacidad.



2011

Congreso expide la Ley 1618 para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad

2013

2018

SL3145-2021. Para la protección del art. 26 no es suficiente que el trabajador tuviere cualquier afectación de la salud, estuviera en tratamiento o le hubieran otorgado incapacidades.

2021

CSJ SL 711-2021. En aplicación del Decreto 2463 de 2001, discapacidad relevante es aquella que implique el 15% de pérdida de capacidad laboral

2023

Que **ES** y que **NO** es la discapacidad

 VIEJO PARADIGMA	 NUEVO PARADIGMA
Es una enfermedad	Es una condición
Exclusiva de la persona	Compete a la sociedad
Etiqueta a las personas	Una característica que no define
Determina capacidades	No determina la vida
Importa el coeficiente intelectual	Importan las habilidades
Evalúa las personas	Describe en el contexto
Enfatiza lo que no puede	Enfatiza todo lo que sí puede
Es un estado permanente	Varía en presencia de apoyos
Segrega y aísla	Propicia la inclusión
No permite que la persona tome decisiones	Fomenta que la persona decida y elija

(ii) La nueva Jurisprudencia de la Corte Suprema: El fuero de discapacidad

Paso 1. Determinar si hay discapacidad

Deficiencias
de **mediano y
largo plazo**



Barreras
laborales

1. La **deficiencia** física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «*los problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida*». Por tanto, no cualquier contingencia de salud puede ser considerada para la discapacidad.
2. La existencia de una **barrera** son obstáculos para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económica, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su función en condiciones de igualdad con los demás.

Paso 1.

Determinar si hay discapacidad

**Deficiencias de
mediano y
largo plazo**

- ✓ Valorarse a la terminación del contrato de trabajo.
- ✓ Se rompe el binomio Enfermedad / Discapacidad y Deficiencia/discapacidad.

Paso 1. Determinar si hay discapacidad

Barreras

Tipo de barrera	Concepto
Actitudinales	Comportamientos, prejuicios, estereotipos
Comunicativas	Obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento
Físicas	Entorno físico, transporte
Jurídicas	Ordenamientos jurídicos no adaptados a las normas internacionales
Socioeconomicas	Condiciones familiares, comunitarios, geografía

Deficiencias de mediano
y largo plazo

+

Barreras
laborales

=

DISCAPACIDAD

- ➔ Es un concepto dinámico, que evoluciona a partir de los cambios sociales, culturales, políticos y normativos.
- ➔ No es dable exigir factores numéricos o derivados de resultados cuantitativos para determinar la discapacidad, por cuanto aquellos se asocian generalmente para asuntos de políticas públicas, reconocimiento de pensión de invalidez o calificación de la pérdida de capacidad laboral.
- ➔ Debe hacerse el estudio del caso a caso. Libertad probatoria
- ➔ Al momento del despido para obtener la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el trabajador debe tener una deficiencia conocida por el empleador o que le sea previsible conocerla

Paso 2. Los ajustes razonables

- ✓ El trabajador tiene derecho a que tales barreras comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo.
- ✓ **¿Que son?** “*modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (Art 2 CDPD).*
- ✓ Deben fundarse en criterios objetivos y no suponer «*una carga desproporcionada o indebida*» para el empleador.

<https://www.youtube.com/watch?v=g9RtKpZbm9o>

Ejemplos en el Trabajo

2. Trabajador diagnosticado con afección cardíaca que le colocan un marcapasos en el corazón. Labora en la supervisión de reparaciones de redes eléctricas. Acercarse a algunos tipos de fuentes de ondas electromagnéticas le impide cumplir con su rol ocupacional.



3. Trabajador diagnosticado con ceguera que labora en una empresa en la que debe revisar informes operativos. La ausencia de textos en braille le impide desarrollar sus funciones en igualdad de condiciones que los demás.



Ajustes Razonables

Caso 2. Retirar al trabajador de las actividades de supervisión de aquellos lugares que emiten radiaciones electromagnéticas.

Caso 3. Producir los documentos que deben revisarse en braille y optimizar los equipos e instalaciones, a fin de brindar opciones de accesibilidad para el trabajador que los requiere.

¿El empleador puede exonerar de hacer los ajustes razonables?

Sí. La razonabilidad o proporcionalidad de los ajustes requeridos podrían variar, según cada situación, lo que implica para los empleadores hacer un esfuerzo razonable para identificar y proporcionar aquellos que sean imprescindibles para los trabajadores con discapacidad. Y en caso de no poder hacerlos debe comunicarle tal situación al trabajador.



Paso 2.

Los ajustes razonables

Razonables

Adecuados para el empleador (costos, recursos o tiempo).

Proporcionales

Que tiene una dimensión justa.

Efectivo

Que verdaderamente elimine la barrera o la mitigue

"El coste de los ajustes; el tamaño y la cifra de negocios de la empresa obligada a proporcionar los ajustes. Si la empresa forma parte de una empresa más grande, la referencia debe ser el tamaño de la empresa en su conjunto; el funcionamiento y la organización de la empresa; si los ajustes beneficiarán a más personas que la que formula la solicitud; la existencia de financiación pública (o de otra fuente) que pueda cubrir, o reembolsar al empleador, una parte o la totalidad del costo de los ajustes; los requisitos en materia de seguridad y salud en el trabajo; y la duración prevista de la relación de trabajo. Si el contrato es temporal y de corta duración, no cabría esperar del empleador que invierta en cambios importantes a menos que éstos extiendan sus beneficios a otros trabajadores".

Fuente: Fomentando la diversidad y la inclusión mediante ajustes en el lugar de trabajo: una guía práctica (OIT, 2017).

Criterios objetivos para no hacer los ajustes razonables (no taxativos)

PASO 3.

Definida si hay o no protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997

Si el despido no se fundamenta en una causa objetiva o justa

1. Se declara la ineficacia
2. Orden de reintegro
3. Pago de salarios y demás emolumentos
4. Ajustes razonables que se requieran
5. Indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997

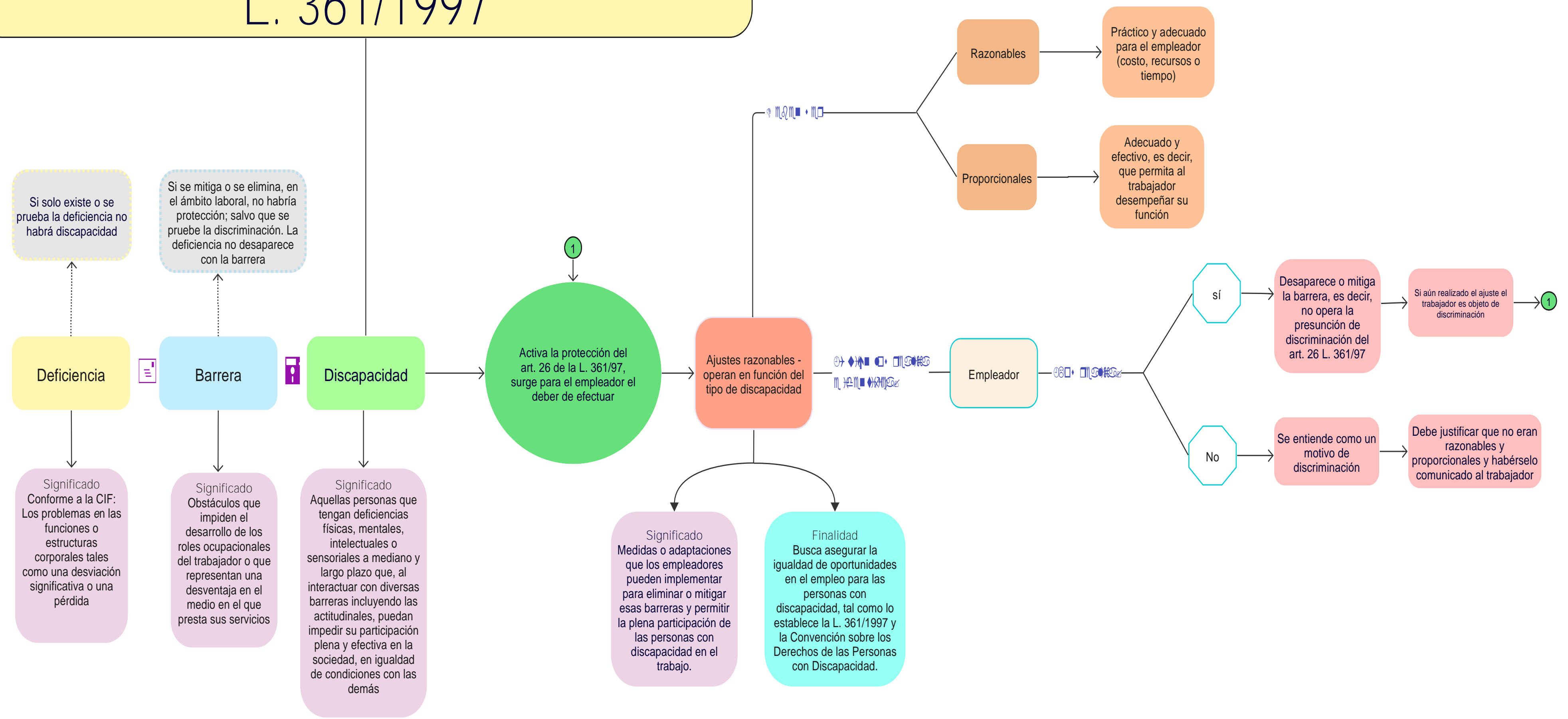
Si el despido se dio con ocasión de una causa objetiva o justa

Empleador conserva la facultad de despedir sin acudir al Ministerio de Trabajo

Si el despido tiene relación directa con la situación de discapacidad y no fue posible hacer los ajustes razonables

Empleador requiere de la autorización del Ministerio de Trabajo

Art. 26 L. 361/1997



(iii) Conclusiones

Avances de la nueva
jurisprudencia de la
SL CSJ

- ✓ Se avanza en la implementación del modelo social de discapacidad, cumpliendo con los compromisos internacionales adquiridos por el Estado Colombiano.
- ✓ Brinda claridad en cuanto a quien es un trabajador con discapacidad de acuerdo a la ley de 1997.
- ✓ Aclara la carga de la prueba “quien prueba que”, y reafirma que hay libertad probatoria.

Integrar



*Completar,
aceptar la diferencia*

Incluir



*Construir,
valorar la diferencia*