



Elementos estructurales generadores del conflicto laboral en la garantía de la estabilidad laboral reforzada por accidente de trabajo y enfermedad laboral en Colombia

Dina Lisbeth Ortega Suescún

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Doctorado en Derecho
Bogotá, Colombia

20 de mayo de 2022



Elementos estructurales generadores del conflicto laboral en la garantía de la estabilidad laboral reforzada por accidente de trabajo y enfermedad laboral en Colombia

Dina Lisbeth Ortega Suescún

Tesis o trabajo de investigación presentada(o) como requisito parcial para optar al
título de:

Doctora en Derecho

Director:

Doctor en Salud Pública, Jairo Ernesto Luna García

∠

Línea de Investigación:

Derecho Privado

Grupo de investigación:

Grupo salud ambiental y laboral SALA

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Doctorado en Derecho
Bogotá, Colombia

20 de mayo de 2022

RESUMEN

La línea de análisis del trabajo en el Siglo XX, se acompaña de los cambios normativos que afectaron al trabajo y las relaciones jurídicas. Los sujetos de la relación laboral cambiaron los valores y principios del derecho laboral por las relaciones mercantiles regidas por la autonomía de la voluntad de las partes. Dentro de estos cambios se encuentra la transformación del principio de estabilidad laboral en una garantía judicial ajustada a los fines del ordenamiento material de la economía y al pensar en la ley sin los principios. Ni los trabajadores son recursos humanos para la empresa ni tienen autonomía de la voluntad en la relación laboral. Con la metodología de la contrastación se presenta la trifurcación de la filosofía práctica del derecho representada en la validez, legitimidad y eficacia con el contexto del conflicto del despido de los trabajadores enfermos por el trabajo en Colombia y España. Se presentan reformas normativas, decisiones judiciales que atendiendo las decisiones de la Comunidad Europea incluyen a los trabajadores en estado de incapacidad de larga duración y con enfermedades comunes agravadas por el trabajo dentro del grupo de personas en condición de discapacidad y expuestas a discriminación. Tras las querellas derivadas de la pérdida de la salud por causas laborales, se ocultan las interpretaciones y conceptos parcializados de la promoción de la salud y la prevención del accidente y la enfermedad laboral. Se desconocen los incumplimientos normativos de los responsables de los procesos de calificación de pérdida de capacidad laboral. Todas estas situaciones se derivan de la crisis de gobernabilidad del Estado, razón que lleva a presentar los elementos filosóficos, jurídicos y médicos que se entrecruzan en las acciones referidas a la salud en el trabajo y la decisión del despido del trabajador enfermo por el trabajo que llega a los estrados judiciales sin obtener decisión eficaz para conciliar los intereses contrapuestos de los empleadores y trabajadores en las relaciones laborales.

3

PALABRAS CLAVES: principio, estabilidad laboral, promoción de la salud, prevención de enfermedad, eficacia del derecho.



**STRUCTURAL ELEMENTS THAT TRIGGER EMPLOYMENT CONFLICT IN
THE ASSURANCE OF REINFORCED EMPLOYMENT STABILITY DUE TO
WORK-RELATED INJURIES AND OCCUPATIONAL ILLNESSES IN
COLOMBIA**

Dina Lisbeth Ortega Suescún

Thesis or dissertation presented as a partial requirement to obtain a degree of:

Doctor of Laws

Supervisor

Doctor in Public Health, Jairo Ernesto Luna García

4

Research Field:

Private Law

Research Group:

Environmental and occupational group SALA

Universidad Nacional de Colombia

School of Law, Political and Social Sciences

Doctorate in Law

Bogota, Colombia

20 May 2022

ABSTRACT

In the twentieth century, the approach analysis is followed by regulatory changes that affected employment and legal relationships. The parties of the employment relationship changed the values and principles of employment law for commercial relationships governed by the principle of autonomy of will. Among these changes is the transformation of the principle of employment stability into a judicial guarantee according to the purposes of the substantive economic system, and thinking about the law without the principles. Employees are neither human resources for the company nor do they have autonomy of will in the employment relationship. With the comparison methodology, the threefold of practical philosophy of law is presented in the validity, legitimacy, and efficacy with the framework of the conflict of dismissal of ill employees due to work in Colombia and Spain. Regulatory amendments are presented, and judicial decisions that, according to the decisions of the European Community, include employees in a state of long-term disability and with common illnesses worsened by work within the group of people in a disability condition and exposed to discrimination. Behind complaints resulting from the loss of health due to occupational causes, the interpretations and biased concepts of health promotion and prevention of occupational accidents and illnesses are hidden. The regulatory non-compliance of those responsible for the process of qualification of working capacity is unknown. All these situations result from the governability crisis of the State, which leads to present the philosophical, legal, and medical elements that are intertwined in activities pertaining to occupational health and the dismissal decision of the ill employee due to work that reaches courts without obtaining an effective decision to reconcile the conflicting interests of employers and employees in employment relationships.

5

KEYWORDS: principle, employment stability, health promotion, illness prevention, efficacy of the law.

A la memoria de Liz,
quien me animó y se preparó para
acompañarme en el camino de la
investigación del cuidado de la salud
en el trabajo y se fue sin recorrerlo.

A Santiago y Taliana,
pequeñines que alegraron mi vida y me
dieron el coraje para recorrer sola el
camino.

Tabla de contenido

Listado de gráficas.....	10
Listado de tablas	10
Listado de siglas y abreviaturas.....	11
Agradecimientos.....	13
Introducción: construcción de las relaciones laborales desde el trabajo y destrucción del trabajo por causas de salud	14
1. Dinámicas en la configuración de la investigación en Derecho Laboral y la seguridad social con orientaciones filosóficas	20
1.1. Delimitación del problema de investigación.....	20
1.2. Formulación de la hipótesis	32
1.3. Referente Metodológico.....	35
1.4. Referente Teórico.....	38
La esfera de la validez del Derecho.....	44
La esfera de la legitimidad del Derecho	47
La esfera de la eficacia del Derecho.....	49
1.5. Proposición del Objetivo General y los Objetivos Específicos	55
1.6. Estructura capitular	56
2. Configuración de las relaciones laborales en Colombia y el origen de los conflictos laborales por la estabilidad laboral reforzada.....	60
2.1. Marco histórico del trabajo desde los procesos económicos, sociales y políticos.....	62

2.1.1. El trabajo desde la sociedad aborigen a la sociedad de los derechos fundamentales	67
De la Colonia al Estado Liberal.....	67
Del Estado Liberal al Estado Bienestar	73
Del Estado de Bienestar al Estado Social de Derecho.....	78
2.1.2. De la prevención social a la seguridad social	81
La Previsión Social y su relación con la pobreza hasta el siglo XVIII	81
La Previsión Social pasa de la pobreza al sistema productivo	84
La nueva pobreza transforma la Previsión Social en Seguridad Social	87
Inicios de la Seguridad Social en Colombia.....	90
2.1.3. La salud en el trabajo desde la Seguridad Social.....	103
La seguridad social en una sociedad de obreros.....	104
El Sistema de Riesgos Laborales en la Seguridad Social.....	115
El accidente de trabajo en el Sistema de Riesgos Laborales	118
La enfermedad laboral en el Sistema de Riesgos Laborales	126
2.2. El Estado Colombiano en el contexto de las relaciones laborales ¿garante de los derechos laborales o regulador económico?	131
2.2.1. El problema del contrato de trabajo. Entre las condiciones formales del contrato civil y la realidad del trabajador	139
2.2.2. El problema de la temporalidad del contrato de trabajo y la falta de regulación para la prestación autónoma del servicio personal.....	146
2.2.3. Visión de la relación laboral para el empleador y para el trabajador	154
Visión para el empleador.....	154
Visión para el trabajador	158

2.3. El conflicto del trabajador/prestador del servicio enfermo por el trabajo. Examen desde el interior de la relación laboral	161
2.3.1 Las esferas de la validez, legitimidad y eficacia de las normas que regulan la relación laboral en Colombia	168
La esfera de la validez en las normas laborales.....	169
La esfera de la legitimidad en las normas laborales	172
La esfera de la eficacia en las normas laborales.....	176
2.3.2. La precarización del trabajo y la dicotomía entre la estabilidad laboral y la libertad de empresa	178
2.3.3. Aproximación a los principios del derecho en las relaciones laborales en Colombia y su correlación con España	187
Principio de dignidad humana	189
Principio de igualdad.....	192
Principio de no discriminación.....	197
Principio de solidaridad.....	200
3. La estabilidad laboral y la salud en el trabajo.....	203
3.1. El principio de la estabilidad laboral y su relación en el ámbito laboral y judicial. El disminuido protagonismo en la prevención del despido.....	205
3.1.1. El principio de la estabilidad laboral y la seguridad del negocio jurídico en el ámbito del trabajo.....	207
3.1.2. La estabilidad laboral: principio confundido entre las normas laborales	220
3.1.3. Una cierta oscuridad en el tránsito del principio a la estabilidad laboral para llegar al despido del trabajador enfermo por el trabajo.....	228
La positivización del principio de la estabilidad laboral	228
Las subdivisiones del principio de estabilidad laboral creadas para alejarse del derecho civil	233

La creación jurisprudencial de la estabilidad laboral reforzada: un acierto o un conflicto en la relación laboral	240
3.2. La estabilidad laboral reforzada cerca y lejos del principio de estabilidad laboral	244
3.2.1 La estabilidad laboral reforzada: entre el principio de igualdad y el principio de solidaridad	253
Relación de la estabilidad laboral reforzada con el principio de igualdad	253
Relación de la estabilidad laboral reforzada con el principio de solidaridad	261
3.2.2. La estabilidad laboral reforzada enfrentada con las condiciones de discapacidad	266
La discapacidad y el derecho al trabajo.....	267
El estado de debilidad manifiesta y la fragmentación del principio de estabilidad laboral en las relaciones laborales	272
Cuando las condiciones de discapacidad dejaron de limitar las condiciones del trabajo	274
3.2.3. La estabilidad ocupacional reforzada, extensión del conflicto laboral.....	281
3.3. La salud en el trabajo. Necesidad de mayor protagonismo de la promoción de la salud y la prevención del ATEL	291
3.3.1. La compleja valoración de la promoción de la salud en el trabajo desde la legitimidad y eficacia del derecho laboral.....	296
3.3.2. La compleja valoración de la prevención del ATEL desde la legitimidad y eficacia del derecho laboral.....	308
La prevención del ATEL en busca de eficacia.....	317
3.3.3. Los intentos fallidos del Estado para equilibrar la estabilidad laboral reforzada en la relación laboral.	326

Actuaciones del Poder Ejecutivo: cerca de la validez y lejos de la legitimidad y la eficacia.....	328
Actuaciones del Poder Legislativo: cerca de la legitimidad y lejos de la validez y la eficacia.....	335
Actuaciones del Poder Judicial: cerca de la eficacia y lejos de la validez y la legitimidad.....	344
4. La discapacidad, la incapacidad y la enfermedad del trabajador. Delimitación negativa del ámbito material de la revisión.....	352
4.1. La discapacidad provocada por el trabajo. Un daño oculto entre las personas en condición de discapacidad por origen común.....	356
4.1.1. La inestabilidad laboral por el estado de incapacidad médica temporal y enfermedad de larga duración	365
La incapacidad temporal de larga duración: entre la protección a la discapacidad y el abuso del derecho	376
La enfermedad de larga duración: entre la enfermedad común con recuperación incierta y la enfermedad laboral	382
4.1.2. Los procesos de rehabilitación, reincorporación, reintegro y readaptación después de la Incapacidad Temporal con validez para el trabajador sin eficacia por el empleador.....	386
La rehabilitación del trabajador como parte fundamental para el regreso al trabajo	388
El reintegro al trabajo y la readaptación profesional: obligaciones eludidas por la empresa.....	395
4.1.3. El absentismo y el presentismo laboral: fenómenos utilizados para el despido con validez, sin legitimidad ni eficacia en la relación laboral	407
El absentismo laboral: generado por el empleador con alegatos a su favor	407
El presentismo laboral: generado por el trabajador con miedo al despido.....	414

El despido por la no prestación del servicio del trabajador después de la rehabilitación y reintegro laboral.....	416
4.2. Revisión de las normas, baremos, enfoques y modelos para la determinación de la pérdida de capacidad laboral desde los elementos validez, legitimidad y eficacia del Derecho Laboral y la Seguridad Social	423
4.2.1. Revisión de las delimitaciones normativas del baremo y las competencias para la calificación de la pérdida de capacidad laboral: cambios normativos con confusa validez, escasa legitimidad y ambigua eficacia.....	428
Cambios normativos del baremo en el proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral: entre la confusa validez y la escasa legitimidad.....	430
Cambios normativos en las competencias de los entes calificadoros de la PCL: con confusa validez y ambigua eficacia	437
4.2.2. Los componentes médico-jurídico y judicial del proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral por ATEL desde los elementos tríadicos del derecho, siguiendo los conceptos de Luhmann y Habermas	448
El componente médico del proceso de calificación de la PCL: con validez e incomunicada legitimidad	448
El componente jurídico en el proceso de calificación de PCL: con validez y sin eficacia social	454
Las pluri-decisiones judiciales: sin eficacia en el proceso de PCL	462
4.2.3. Los enfoques y modelos en el proceso de valoración de la pérdida de capacidad laboral. Cambios normativos válidos pero sin eficacia en Colombia	468
El enfoque de la invalidez física en Colombia y España.....	471
El enfoque de la invalidez profesional en Colombia y España	478
El enfoque de Incapacidad General de la Ganancia en Colombia y España	486

4.3. Elementos de contenido filosófico-jurídico-médico causantes del distanciamiento entre el empleador y el trabajador/prestador del servicio, cuando los intereses del negocio jurídico se afectan por el daño ocasionado a la salud en el trabajo 490

4.3.1. Elementos filosóficos del derecho laboral y la seguridad social que estructuran el conflicto de la estabilidad laboral reforzada del trabajador enfermo por el trabajo 500

Primer elemento: “La degradación del principio de estabilidad laboral a norma, regla y garantía judicial” 502

Segundo elemento: “Las actuales relaciones laborales no tienen norma válida, legítima y eficaz que regule las diferentes formas contractuales y los mínimos derechos de los prestadores de servicio personal” 504

Tercer elemento: “La reducción del elemento legitimidad del Derecho al proceso de juridificación, elimina los componentes subjetivos y psicológicos que hacen eficaz la decisión administrativa y judicial” 507

4.3.2. Elementos jurídico-económicos del Derecho Laboral y la Seguridad Social que estructuran el conflicto de la estabilidad laboral reforzada del trabajador enfermo por el trabajo 509

Cuarto elemento: “El Sistema de Riesgos Laborales se financia con el aporte de las empresas y los trabajadores independientes, lo administran las compañías de seguros privados. Para los primeros es un gasto y para los segundos un negocio que debe rentar” 510

Quinto elemento: “Continuar después de 25 años de creación del Sistema de Riesgos Laborales el pago para todas las empresas en el valor inicial de la tabla de cotizaciones, sin reglamentar los valores mínimos ni máximos” 514

Sexto elemento: “La ineficacia en la eliminación de las categorías incapacidad permanente parcial, incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez con las prestaciones económicas que de ellas se derivaban, reconocidas a los trabajadores en las normas anteriores a la ley 100 de 1993” 516

4.3.3. Elementos médico-jurídicos que estructuran el conflicto de la estabilidad laboral reforzada del trabajador enfermo por el trabajo.....	519
Séptimo elemento: “La promoción de la salud y la prevención del ATEL en el trabajo son conceptos considerados sinónimos por los actores de la relación laboral y las acciones que desarrollan son ineficaces”.....	520
Octavo elemento: “La incapacidad temporal de larga duración generada por el ATEL o por enfermedades comunes agravadas por el trabajo, no tiene reconocimiento médico ni jurídico”.....	522
Noveno elemento: “Los procesos de rehabilitación, reintegro, readaptación y reubicación del trabajador después del ATEL son ineficaces”.....	525
Décimo elemento: “El proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral del trabajador para definir el estado de salud después del ATEL es ineficaz”.....	527
5. Propuestas para contribuir a la solución del conflicto, reflexiones finales y limitaciones de la investigación.....	528
5.1. Propuestas de la investigación con relación al objetivo formulado.....	532
5.1.1. Potenciar el valor de la filosofía en las dinámicas del Derecho Laboral y la Seguridad Social.....	533
Paso 1: Las decisiones judiciales desde lo justo y no desde lo bueno para la sociedad del trabajo.....	535
Paso 2: El proceso educativo de los abogados y jueces en Colombia.....	536
Paso 3: La voluntad del legislador frente a los reclamos del ciudadano trabajador.....	538
5.1.2. Debate sobre la regla de la sociedad moderna “todo tiene precio”. Propuestas de reforma política.....	541
5.1.3. La concurrencia de incumplimientos empresariales y del Sistema de Riesgos Laborales en las contingencias que afectan la salud el trabajador. Vías compensatorias del conflicto.....	548

5.2. Reflexiones finales – conclusiones, desde la validez, legitimidad y eficacia de las normas en la regulación de la salud en el trabajo en Colombia.....	557
5.2.1. La validez jurídica de los vínculos teóricos y jurídicos entre la previsión social y la seguridad social que llevaron a la construcción de las actuales relaciones laborales en Colombia	559
5.2.2. La débil legitimidad jurídica en las normas y decisiones judiciales configura la disyuntiva entre el principio de estabilidad laboral y la garantía judicial de estabilidad laboral reforzada.....	563
5.2.3. El anhelo de la eficacia para salvar el negocio jurídico derivado de las relaciones laborales precluye toda vía compensatoria de los daños derivados del ATEL y alienta la teoría de la relación laboral en la regulación del trabajo	569
5.3. Limitaciones y propuestas para la continuidad de la investigación.....	576
Referencias bibliográficas	580

Listado de gráficas

Gráfica 1. Empleados por tipo de contrato en Colombia	147
Gráfica 2. Acciones necesarias de la ARL	400
Gráfica 3. Acciones necesarias de empleador/contratante	401
Gráfica 4. Acciones necesarias del trabajador.....	402
Gráfica 5. Acciones necesarias del Estado	403
Gráfica 6. Enfoques y modelos de PCL	470
Gráfica 7 Enfoque de la invalidez física en Colombia y España.....	476
Gráfica 8. Enfoque de la incapacidad física en Colombia y España	477
Gráfica 9. Enfoque de la invalidez profesional de Colombia y España	485
Gráfica 10. Enfoque de la ganancia Colombia y España	489

10

Listado de tablas

Tabla 1. Efectos económicos de la ausencia de prevención	325
Tabla 2. Relación entre cotizaciones y ATEL.....	411
Tabla 3. Cotizaciones mínimas y máximas	412

Listado de siglas y abreviaturas

AFP	Administradora de Fondos de Pensiones
AMA	Asociación Médica Americana
ARL	Administradora de Riesgos Laborales
ATEL	Accidente de Trabajo y Enfermedad Laboral
ATEP	Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CIDMM-2	Clasificación Internacional de Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud
COPASS	Comité Paritario de Salud en el Trabajo
CPN	Caja de Previsión Nacional
CST	Código Sustantivo del Trabajo
DIDDM	Clasificación Internacional de Deficiencia, Discapacidad y Minusvalía
ELR	Estabilidad laboral reforzada
EPS	Entidad Promotora de Salud
ICSS	Instituto Colombiano de Seguros Sociales
IF	Índice de Frecuencia
ILI	Índice de Lesiones Incapacitantes
IP	Incapacidad permanente
IPP	Incapacidad permanente parcial
IS	Índice de Severidad

ISS	Instituto de Seguros Sociales
IT	Incapacidad temporal
MUCI	Manual Único de Calificación de Invalidez
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
PCL	Pérdida de capacidad laboral
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
SGRL	Sistema General de Riesgos Laborales
SGRP	Sistema General de Riesgos Profesionales
SGSSS	Sistema General de Seguridad Social en Salud
SGSYST	Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo
SNS	Sistema Nacional de Salud

Agradecimientos

Solo es posible soportar la soledad del doctorado cuando nos damos cuenta que durante el camino y hasta el final has contado con personas como:

El doctor Jairo Ernesto Luna, quien ha combinado conocimiento con experiencia, logrando la sabiduría de la vida que debe tener un maestro. Agradezco sus enseñanzas, correcciones, paciencia y sobre todo compañía cuando todo parecía difícil.

Mi familia, que siempre comprendió mis ausencias en las reuniones y cortos encuentros.

Mis amigos Javier Fernández, Milena Pacheco, Luis Fernando Moreno, Milena Urbina y Ángela Quintero, quienes siempre estuvieron cuando los necesité y me animaron a continuar.

Los compañeros y docentes del Doctorado en la Universidad de Burgos, quienes compartieron con generosidad sus conocimientos y mostraron la visión del mundo laboral en Europa.

Andrea Hernández y Gimena Corchuelo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, por sus gestiones cuando me perdí entre los trámites y los tiempos para cumplirlos.

Introducción: construcción de las relaciones laborales desde el trabajo y destrucción del trabajo por causas de salud

Entre los primeros conceptos teóricos que recibimos los abogados en las Facultades de Derecho en Colombia, se nos enseña que el derecho es un área del conocimiento desarrollado por los romanos y la primera estructura de normas se dio con las instituciones jurídicas del Derecho Civil. En tales clases se conoce la teoría de los contratos y la clasificación de estos, cuyo régimen difiere de acuerdo a su objeto concreto. Se distinguen los conceptos de personas y cosas dentro de los elementos generales y esenciales de los contratos, incluyendo el contrato de trabajo, respecto del cual Alain Supiot indicó “Al derecho romano le debemos la noción de contrato, y también a él debemos nuestra clara distinción de las cosas y las personas, aunque dicha distinción tardó mucho en afirmarse”¹.

14

La tardanza de la diferenciación de las personas sobre las cosas, se reflejó en el desarrollo histórico del trabajo, cuyo inicio está marcado según Dominique Méda por el alquiler de los servicios de un hombre libre. El trabajo aparece como propiedad del individuo y marca el inicio de la carrera por el aumento de la producción y la riqueza. En el siglo XVIII el trabajo pasa a fundar el orden social capitalista. Con Carl Smith, el trabajo es sinónimo de pena, de esfuerzo, de sacrificio, que debía ser regulado bajo el imperio de las leyes de “airain” destinadas a reducir el salario del obrero al mínimo vital (Méda, 2007, pág. 22).

La actividad penosa y de sacrificio se reconoce a los varones, quienes recibían el pago por su esfuerzo, para dar paso al “trabajo asalariado”, no así para las mujeres quienes realizaban el denominado “trabajo doméstico”, con el cuidado del hogar, la educación de los niños, la atención de los enfermos, que siendo trabajo no logra ser remunerado por la dominación del hombre al separar la vida privada de la vida salarial. Aquí se plantea la división del trabajo

¹ Sobre la influencia del Derecho romano en la formación de los jurista véase, Supiot (2007, pág. 143).

desde el sexo. El trabajo profesional, de producción, asalariado es del hombre, el trabajo doméstico, de familia, del cuidado es de la mujer. Solo en los inicios del siglo XIX, junto con el desarrollo de formas de trabajo precario, se inicia el debate de las políticas públicas reguladoras del trabajo mercantil, las clases sociales, la producción, el tiempo para el trabajo y para la vida en familia y el sexo (Hirata & Zarffian, 2007, pág. 35).

En el cambio en las relaciones entre el capital y el trabajo en el siglo XX, con la reestructuración política de los Estados realizada por el neoliberalismo y la flexibilización, se crean dos líneas de análisis de las relaciones alrededor del trabajo. Una liderada por los optimistas que ven la tecnología como apoyo en la liberación para negociar el tiempo, los salarios y las condiciones del trabajo en ejercicio de la autonomía de la voluntad. La otra línea, más realista y por la que se inclina esta investigación, analiza la precarización del trabajo, la centralización en las estructuras de la sociedad en las personas como recursos, la pérdida de la vida en los procesos de producción, el fin del trabajo como comunidad y el surgimiento del individualismo ante la pérdida de influencia de los sindicatos en las políticas empresariales y públicas sobre el trabajo (De la Garza, 2007, pág. 44). Desde este momento la historia del trabajo desde abajo incluye el análisis de la salud en el trabajo, la obligación del cuidado y la responsabilidad por la muerte del trabajador.

Esta línea de análisis del trabajo en el siglo XX, se acompaña de los cambios normativos que afectaron no solo el ámbito objetivo, sino también el subjetivo del trabajo y las relaciones jurídicas que de este se desprenden. Un escenario en el que los sujetos no se erigen por los principios y valores del Derecho Laboral, lo hacen sobre los fundamentos de las relaciones mercantiles como actual construcción social del trabajo sin límites temporales, ni causas más allá de las necesidades de producción. Es útil, como ejemplo, la idea básica que subyace en la construcción jurisprudencial de la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo sostenida por los jueces y tribunales laborales en Colombia, quienes admiten la relación directa y dependencia del principio de estabilidad laboral con la temporalidad del contrato de trabajo. Al respecto en el año 1998 la Corte Constitucional indicó que: “los contratos de trabajo a término fijo no son **per se** inconstitucionales, siempre que de acuerdo con el

principio de la autonomía de la voluntad provengan del acuerdo entre los empleadores y los trabajadores y no de la imposición del legislador” (Corte Constitucional, 1998a, pág. 9).

Toda esta construcción no es coherente con el proceso de cambios políticos, económicos y sociales del mundo del trabajo, que adaptó, con la complacencia del Estado y la justicia, el principio de la estabilidad laboral a los fines y principios del ordenamiento material de la economía, para cuya satisfacción han sido diseñadas las normas y decisiones judiciales.

La fuerza de esta afirmación en la actualidad radica en que se ha permitido pensar en la ley sin los principios. Las personas están siendo observadas y utilizadas por el contenido económico de las relaciones de trabajo como un recurso humano que no tiene límites, dentro de la competencia para el progreso personal. El campo jurídico del Derecho Laboral y la Seguridad Social ha tenido una progresiva erosión en la sociedad del trabajo. Siguiendo a Alain Supiot, los juristas y jueces basados en los principios iuslaborales clásicos del derecho civil actúan como el doctor Diafoirus, todos aspiran al estatuto del “verdadero científico”² y buscan reducir la sociedad de los hombres a la suma de las utilidades individuales.

16

Ni los trabajadores son recursos humanos para la empresa ni la autonomía de la voluntad del trabajador es libre en las relaciones laborales. Los primeros son seres humanos que a través del trabajo se afirman a sí mismos, dan forma al mundo de los objetos y se liberan de la necesidad propia para asumir las necesidades ajenas (Méda, 1998, pág. 83).

La autonomía de la voluntad es subordinada en todas las formas de trabajo que la sociedad del mercado creó en las relaciones laborales. En el ámbito jurídico de la globalización, para los empresarios la creación de instituciones contractuales diferentes a las del contrato de trabajo, despierta interés por la oportunidad de aumentar la producción y los ingresos con menores costos laborales. Las vicisitudes y alteraciones de la relación laboral generan la necesidad de marcar las diferencias entre la relación laboral y el contrato de trabajo, pues

² Alain Supiot refiere el personaje de la comedia “El enfermo imaginario” de Moliere. El protagonista martiriza a los suyos y los que no para lograr ser reconocido como doctor a partir de sus conocimientos en medicina y las relaciones con los médicos, todo con el fin de disminuir los gastos que conlleva la atención profesional. La enfermedad no la lleva en el cuerpo sino en la cabeza (Supiot, 2007, pág. 143).

atendiendo al profesor Obando Garrido, la primera es objetiva, real y efectiva, mientras el segundo requiere de requisitos formales y especiales establecidos en la ley para los contratos. La relación laboral se inicia con la prestación del servicio, el contrato de trabajo puede existir sin esta, siguiendo el término señalado. La relación laboral no puede ser declarada nula porque se negaría el trabajo humano, en tanto el contrato de trabajo sí está sujeto a las reglas de la nulidad e ineficacia de los contratos civiles. La relación laboral es el hecho, la realidad del trabajo, es generadora de derechos, obligaciones y cuidados de la salud resultantes de los principios del Derecho Laboral, mientras que el contrato de trabajo es una forma de relación jurídica regida por la validez del acuerdo con efectos legales (Obando Garrido, 2007, pág. 229).

A partir de estas marcadas diferencias, los planteamientos que se presentan en esta investigación se soportan en la relación laboral, donde se desarrolla el trabajo como toda actividad humana libre, material e intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, cualquiera que sea su finalidad, aunque no se rija por un contrato de trabajo. El trabajo en la relación laboral para esta investigación tiene identidad con el trabajo descrito en el artículo 5 del vigente Código Sustantivo del Trabajo, aun cuando la norma limita su existencia en el acuerdo denominado contrato de trabajo. Y es desde esta ineficacia normativa que iniciamos el análisis del trabajo. En Colombia los ciudadanos están prestando el servicio personal bajo relaciones laborales no regidas por el contrato de trabajo, recibiendo la denominación jurídica de prestadores de servicio. Las empresas responsables de la creación, formación, organización y dirección del trabajo, no son empleadores, se denominan contratantes. De este modo los derechos, deberes, obligaciones y sanciones de unos y otros cuando se afectan la salud y la vida en el trabajo entran en conflicto.

Para salvaguardar responsabilidades, se buscan soluciones en las normas laborales y las normas civiles, con marcada tensión entre la legitimidad y la eficacia de su contenido. Las dos partes procuran interconectar los procedimientos jurídicos con argumentos económicos para validar la decisión que beneficia sus intereses individuales. Cuando no se logra, se delega en el juez investido de poder, la conducción de la decisión que pondere los derechos

del trabajador/prestador del servicio y del empleador/contratante. Así, el sistema jurídico normativo y el sistema judicial posibilitan a los ciudadanos validar sus comportamientos sin lograr el consenso que articule los elementos tríadicos del derecho: validez, legitimidad y eficacia.

En lo que sigue se hará una reconstrucción del problema generado en las relaciones laborales por el despido del trabajador/prestador del servicio enfermo por causas del trabajo, la solución aparente del conflicto creada por la Corte Constitucional mediante la garantía judicial denominada “estabilidad laboral reforzada”, los acuerdos y desacuerdos de la Corte Suprema de Justicia al momento de reconocer la garantía y el papel del Sistema de Seguridad Social desde el enfoque de la teoría crítica del derecho, para identificar los elementos estructurales que han profundizado el conflicto desde la identificación de la legitimidad, la validez y la eficacia de los sistemas creados con la intención de garantizar el derecho a la seguridad social.

Las normas actuales que forman el Sistema Jurídico del Derecho Laboral, del Sistema de Seguridad Social y las decisiones judiciales proferidas por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en Colombia, se abordan desde el cambio teórico del derecho como sistema social, se integra la perspectiva sociológica, que permite comprender la eficacia del contenido normativo y decisiones judiciales en la relación entre Estado y Derecho. Utilizando la metodología de la contrastación, se pretende ilustrar esta trifurcación de la filosofía práctica del derecho en el contexto del mismo conflicto del despido de los trabajadores autónomos en España, donde se han presentado en términos análogos reformas normativas y decisiones judiciales canalizadas en los procesos sociales y económicos de inclusión en el trabajo desde la igualdad material de las personas en condición de discapacidad. Pertenecen a este grupo de personas, según la normativa de la Comunidad Europea los trabajadores en estado de incapacidad de larga duración y con enfermedades comunes agravadas por el trabajo que limitan el efectivo derecho al trabajo.

Tras las querellas derivadas de la pérdida de la salud por causas laborales se ocultan las interpretaciones y conceptos parcializados de la promoción de la salud y prevención del accidente de trabajo y enfermedad laboral; se traslapan los intereses económicos de las

Administradoras de Riesgos Laborales con la asesoría parcializada al empleador; y se desconocen los incumplimientos normativos de los responsables en el proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral que son manipulados por las élites que administran el sistema normativo. Todas estas situaciones se derivan de la crisis de gobernabilidad del Estado que entregó la administración del Sistema de Seguridad Social al sector asegurador para garantizar la sostenibilidad financiera a costa de la salud con calidad para los ciudadanos. Complementando críticamente la perspectiva descriptiva del conflicto, se muestran desde los ámbitos filosóficos, jurídicos y médicos los puntos y relaciones móviles que se entrecruzan en las acciones referidas a la salud en el trabajo y afectan el entramado existente entre el despido y la permanencia del trabajador/prestador del servicio en el trabajo.

Para comprender el problema de investigación se presenta su delimitación, la perspectiva teórica, el enfoque metodológico y la hipótesis construidos con base en la experiencia personal del litigio y de juristas posicionados en la asesoría de empresarios, en la defensa sindical de los trabajadores enfermos por el trabajo, de profesionales de la salud dedicados a la atención clínica de los trabajadores afectados por el ATEL y en jueces y magistrados de la justicia ordinaria laboral, para exponer de manera integral, el prolongado y complejo proceso jurídico que diluyó el principio de la estabilidad laboral entre las relaciones políticas, económicas y de poder de la actual sociedad del trabajo.

1. Dinámicas en la configuración de la investigación en Derecho Laboral y la seguridad social con orientaciones filosóficas

1.1. Delimitación del problema de investigación

En la historicidad de los enfermos por el trabajo en Colombia, se encuentran las normas referidas al cuidado de la salud en el trabajo descritas en el Código Sustantivo del Trabajo (Congreso de la República, 2016), norma expedida por el ejecutivo frente a una sociedad fundada en la tenencia de la tierra. Sesenta y nueve años después de su expedición, esta norma sigue regulando las relaciones laborales de una sociedad fundada en la industria, el comercio y el crédito, construida a partir del año 1991. Esta disparidad nos lleva a indagar por la existencia de los elementos trágicos del derecho planteados por la filosofía práctica: validez, legitimidad y eficacia.

Para el año 1991 Colombia establece una nueva Constitución Política, que parece desarrollarse entre la autoridad y la libertad (Vela Orbegozo, 2015, pág. 22), entre instituciones que garantizan los derechos sociales con la intervención del Estado y la pérdida de la soberanía y de la legitimidad. Con esto se debilita el papel de los sindicatos ante la internacionalización de la economía del mercado, que flexibiliza el trabajo haciendo más profunda la desigualdad social en las relaciones de poder entre empleadores y trabajadores (Luna García, 2019). Vale la pena preguntarse por el lugar que desde estas condiciones socio-políticas ocupa la salud en el trabajo según la visión de cada uno.

Al empresario le interesa ahorrar en controles de la producción, desde la estrategia de rentabilidad basada en la disminución de los costes laborales (Linares & López, 2017) y el trabajador esquivo y delega la participación en los programas de prevención, considerando que la garantía del derecho a la salud está dada por la afiliación a las entidades prestadoras del servicio de salud (Luna García J. E., 2002, pág. 19). De esta manera, el primero no se compromete con la seguridad en el trabajo mientras el segundo tiende a imitarlo, generando

enfrentamiento cuando se afectan sus intereses por actos inseguros (Fernández Muñoz, Montes Peón, & Vázquez Ordas, 2005).

En consecuencia, la ocurrencia del accidente de trabajo y la enfermedad laboral (ATEL) alerta a las dos partes cuando conocen del largo proceso médico por incapacidad temporal. De un lado, para el empleador surge la obligación de continuar con el pago de las prestaciones laborales sin recibir el servicio afectando así la ganancia y la expectativa del retorno del trabajador en corto tiempo (FASECOLDA, 2018, pág. 112). Del otro, el trabajador debe reclamar ante todas las entidades del Sistema de Seguridad Social la definición del origen del evento y el pago de sus prestaciones, debiendo acudir en la mayoría de los casos al juez de tutela.

La prolongación de la incapacidad –o el regreso con restricciones–, configura la necesidad de gestionar los procesos de rehabilitación, reincorporación, reubicación y/o readaptación al puesto de trabajo para recuperar la salud del trabajador. De manera que estar nuevamente sano implica desarrollar el trabajo cumpliendo las exigencias mínimas del mismo puesto o del nuevo que se asigne, con dedicación y rendimiento en la jornada laboral, que no afecte la salud ni altere las condiciones de otros compañeros (Pardo, 2016, pág. 52). Por otra parte, el trabajador enfermo por el trabajo, para recuperar la salud, debe pasar por alguno de los procesos mencionados para regresar y puede también estar sujeto a traslados o capacitaciones siguiendo el plan de salud ocupacional de la empresa a cargo del empleador³, creado según decretos reglamentarios tales como el 586 de 1983 y el 614 de 1984 y las resoluciones 2013 de 1986 y 1016 de 1989.

El Estado, con el ánimo de cambiar la orientación de la gestión en salud laboral hacia una tendencia de organización sistemática, transformó mediante reformas legales el disminuido plan de salud ocupacional en “Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo”⁴, conjugando el control de las condiciones de trabajo con la gestión de la prevención, tendiente

³ Ver artículo 111 de la Ley 9 de 1979 “Por la cual se dictan medidas sanitarias”.

⁴ Ver artículo 1 de la Ley 1562 de 2012 “Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional” (Congreso de la República, 2012).

a superar el cumplimiento formal de las obligaciones preventivas por parte de la empresa (Luna García & Colmenares Mejía, 2015).

En este sentido, para la empresa la rehabilitación, reincorporación, reubicación y readaptación equivalen a poner en posesión de un cargo al trabajador para que vuelva a desempeñar labores personales; y estos procesos dependen de la buena o mala fe del empleador en el ofrecimiento del trabajo, para concluir la intención de continuar con la relación de trabajo o de burlar la norma que le impone mantenerla vigente (Macías Vásquez & Hernández Muñoz, 2012). La combinación de los factores propios del trabajador –entre ellos la edad, los cambios de trabajo frecuentes, el bajo nivel educativo y socio-económico, las enfermedades recurrentes, la baja autoestima y la vida familiar conflictiva–; así como los factores generados por el empleador –tales como los salarios bajos, la precariedad del empleo, el trabajo por turnos y horas a disponibilidad, la inestabilidad, las tensiones con los compañeros, el clima laboral insano y el cambio de centro de trabajo o de actividad (Pardo, 2016, pág. 58)– desarrollan una situación intermedia entre el acoso laboral y la renuncia voluntaria y otra entre la continuidad del negocio jurídico y el derecho a terminar el contrato de trabajo.

Y aquí aparece un problema que merece especial atención: los procesos descritos, a cargo del empleador, van acompañados de la asistencia médica de las entidades de la seguridad social (Empresas Promotoras de Salud-EPS y las Administradoras de Riesgos Laborales-ARL), hasta finalizar el proceso de rehabilitación integral y definir la pérdida de capacidad laboral, dentro del término máximo de 540 días contados desde el primer día de incapacidad médica⁵. Aunque el legislador estableció un periodo máximo para definir la pérdida de capacidad laboral del trabajador (PCL), ocurren eventos que alteran el normal desarrollo del proceso, entre ellos: la incierta evolución de la salud del trabajador, cuya rehabilitación resulta posible a largo plazo (Martínez-Gijón Machuca, 2017, pág. 25); la disminución de los ingresos para el trabajador (González Rodríguez J. L., 2009, pág. 35); las discusiones jurídicas de los

⁵ Ver artículo 019 del Decreto ley 019 de 2012.

administradores del sistema de salud y riesgos laborales sobre el origen de la contingencia (común o laboral) (Torres Tovar, Luna García, & Ruíz Vallejo, 2016, pág. 90); la expedición de incapacidades médicas intermitentes; la terminación de la incapacidad médica por orden del médico tratante pero con disminución física en la fuerza de trabajo (Zapata Escobar & Grisales Franco, 2017); el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad de larga duración sin expectativa de mejora (Moreno Gené, 2014, pág. 77); la definición de patologías comunes y laborales con atención médica alterna de la Entidad Prestadora del Servicio de Salud (EPS) y de la Administradora de Riesgos Laborales (ARL) (González Rodríguez J. L., 2009, pág. 86); la imposibilidad del empleador de realizar los ajustes razonables al puesto de trabajo (Rodríguez Sanz de Galdeano, 2014, pág. 106); la negativa del trabajador a aceptar los ajustes, las capacitaciones y/o traslados del puesto de trabajo (Goyes Moreno & Hidalgo Oviedo, 2013, pág. 154); la limitación de la aptitud laboral para regresar al trabajo contratado (Martínez-Gijón Machuca, 2018, pág. 19); y la presión del empleador porque regrese el trabajador a prestar el servicio (Azagra Solano, 2011, pág. 60). Situaciones que al presentarse pueden extender más allá de los 540 días el proceso, dando lugar al **absentismo laboral**, definido por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como “la no asistencia al trabajo por parte del empleado que se pensaba que iba a asistir”⁶ y al **presentismo laboral**, estando presente el trabajador en su puesto de trabajo se verifica la disminución del rendimiento y pérdida de productividad (ANDI, 2017a, pág. 21).

Por estas circunstancias, con la pretensión de disminuir los índices de absentismo y presentismo laboral, el legislador ha realizado reformas legales referidas a las competencias, instancias, procedimientos y tiempos en la definición de la pérdida de capacidad laboral del trabajador⁷. En el mismo sentido el Ministerio del Trabajo ha emitido decretos sancionando al trabajador por fraude en las incapacidades temporales. Estas decisiones legales y

⁶ Citado por la ANDI (2017a, pág. 34).

⁷ Ver artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, modificado por el artículo 142 del Decreto ley 019 de 2012.

administrativas están en el pivote del conflicto laboral objeto de estudio, porque persisten los vacíos legales referidos a la comunicación, coordinación y cooperación entre el ámbito médico sanitario (EPS-ARL), el ámbito médico evaluador (Juntas Regionales y Junta Nacional de Calificación de Invalidez) y el ámbito médico laboral (SG-SST de la empresa), que hacen del proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral del trabajador un evento incierto (Pardo, 2016, pág. 63).

Desde luego, entre la etapa de atención médica y de calificación de la pérdida de capacidad laboral del trabajador, se encuentra la asesoría y orientación del empleador a cargo de la Administradora de Riesgos Laborales (ARL), que recibe del Estado la administración de los recursos. Pero desde la supuesta teoría del aseguramiento privado, la ARL limita sus servicios a la tasa de retorno recibida de las cotizaciones, para compartir con el empleador el interés económico de recibir grandes utilidades a bajo costo de inversión (Luna García, 2019, pág. 344). El resultado de esto es el sacrificio, en muchos casos, del cuidado de la salud en el trabajo y en consecuencia el bienestar de la relación laboral con el trabajador.

A partir de ahí, el inseguro proceso de calificación incluye establecer el enfoque, modelo y método para determinar el porcentaje de capacidad laboral perdida por el trabajador. Cuando la pérdida es igual o superior al 50%, el trabajador accede a la pensión de invalidez⁸; y si obtiene un porcentaje entre el 5% y menos del 50%, se le califica en estado de incapacidad permanente parcial, recibe una indemnización, a cargo de la Administradora de Riesgos Laborales (ARL) y debe regresar al trabajo para dar continuidad a las obligaciones contractuales⁹.

Al respecto del reconocimiento de las tipologías de incapacidad permanente parcial, en el año 1964 existían prestaciones económicas para las condiciones denominadas: a) incapacidad permanente parcial, b) incapacidad permanente total, c) incapacidad permanente absoluta y d) estado de gran invalidez descritas en el Decreto 3170 de 1964 (Luna García J. E., 2015a); siendo b) y c) pensiones temporales y d) pensión vitalicia, todas a cargo del Sistema de

⁸ Ver artículo 9 de la Ley 776 de 2002 (Congreso de la República, 2002).

⁹ Ver artículo 5 de la Ley 776 de 2002 (Congreso de la República, 2002).

Riesgos Profesionales. Con la expedición del Decreto 1295 de 1994¹⁰ las prestaciones y retiro del trabajador de la empresa por el reconocimiento de la incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez, desaparecen del sistema normativo colombiano. No hay claridad en las razones por las cuales los estudios y publicaciones referidas a la historia normativa del Sistema de Riesgos Profesionales –hoy denominado Sistema de Riesgos Laborales–, no incluyen en los referentes históricos el Decreto 3170 ni los efectos en las relaciones de trabajo que generaron los reconocimientos económicos que contenía dicha norma. *Contrario sensu*, en la legislación española están vigentes¹¹ y en el presente trabajo se correlacionan a efectos de considerar estas prestaciones dentro de los elementos estructurales a describir.

Pues bien, desde el punto de vista de las condiciones para el empleador, en el proceso productivo este no recibe la fuerza de trabajo pactada en el contrato de trabajo –por ausencia del trabajador o con su presencia limitada–; y además de vincular a otro trabajador y realizar los ajustes razonables al puesto de trabajo –con la suma de costes no monetarios asociados al entrenamiento (FASECOLDA, 2018, pág. 114), debe enfrentar las controversias entre la no incapacidad y el no apto, entre la capacidad reducida y la ineptitud para el trabajo. Estas condiciones deberían ser objeto de diálogo en el proceso de mejora para prevenir los peligros en el trabajo, porque se convierten en un problema de salud pública que repercute en el sistema económico productivo (Pardo, 2016, pág. 64) y llevan a justificar la decisión de terminar el contrato de trabajo, algunas veces con el amparo del numeral 15 del literal A) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo¹²; y otras veces por considerar limitada la

¹⁰ Decreto ley 1295 de 1994, “Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales”. “ARTÍCULO 7°. Prestaciones económicas. Todo trabajador que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional tendrá derecho al reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones económicas: a) Subsidio por incapacidad temporal; b) Indemnización por incapacidad permanente parcial; c) Pensión de Invalidez; d) Pensión de sobrevivientes; y, e) Auxilio funerario” (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994).

¹¹ Ver artículo 194 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

¹² ARTICULO 62. TERMINACION DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo: (...) 15.La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al {empleador} de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad.

autonomía de voluntad contractual cuando se tramita el permiso para el despido ante el Ministerio del Trabajo de los trabajadores incapacitados, rehabilitados, reincorporados, reubicados y readaptados, alegando la justa causa más ajustada a la situación del trabajador y disminuir los costes fijos no productivos. El despido trae como consecuencia la pérdida de ingresos y la desafiliación del trabajador del Sistema Integral de Seguridad Social (FASECOLDA, 2018, pág. 115).

Una vez ejecutado el despido, con o sin autorización, el trabajador enfermo por el trabajo enfrenta la pérdida de recursos y de la fuente de ingresos para su subsistencia y la de su familia, acude ante el juez de tutela (para la protección de los derechos constitucionales como la vida, la salud, la igualdad, la solidaridad, la debilidad manifiesta y el trabajo) (Beltrán Correa, 2016), con la expectativa de obtener una decisión judicial que deleve la falta de validez y legitimidad del despido. En virtud de las acciones de tutela presentadas por los trabajadores enfermos y despedidos, la Corte Constitucional se refiere, en sentencia C-470 de 1997, a la estabilidad laboral derivada del contrato de trabajo, indicando que esta adquiere la categoría de *reforzada*, esto es, el derecho se hace más fuerte (Corte Constitucional, 1997), para los trabajadores que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, tales como la mujer embarazada, el padre o madre cabeza de familia, el líder sindical, el pre-pensionado, las minorías religiosas y étnicas, las víctimas del conflicto, el trabajador en condición de discapacidad y el trabajador enfermo. Desde estas decisiones, el principio de estabilidad laboral recibe el trato de regla del derecho, que se pondera con los principios de igualdad y solidaridad, resultando en algunos casos beneficiado el trabajador por prevalencia de los principios enunciados, más no por la regla del derecho.

En el mismo año 1997, el Congreso de la República, con el objeto de promover el respeto de los derechos de las personas en estado de discapacidad, publica la Ley 361 de 1997 “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”, norma que crea mecanismos de integración social e ingreso laboral de las personas con alguna condición de discapacidad denominada estabilidad laboral de entrada y beneficios tributarios a los empresarios que accedieran a ello. El artículo 26 de

esta ley¹³ consagra la prohibición al empleador de despedir a estos trabajadores sin permiso de la autoridad administrativa. Desde la entrada en vigencia de la norma hasta el estudio publicado en el año 2013, el 78% de los empresarios se mostró renuente a vincular laboralmente a trabajadores en esta condición, por las rigideces normativas para su despido (ANDI, 2017a, pág. 21), conocidas como estabilidad laboral de salida.

Seguidamente, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997¹⁴ es objeto de análisis por la Corte Constitucional, en el trámite de la acción de inconstitucionalidad. Mediante sentencia C-531 de 2000, la jurisdicción constitucional indica que la norma establece una protección especial para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos:

(...) pues se evidencia como una protección del trabajador que sufre de una disminución física, sensorial o síquica, en cuanto impide que ésta se configure per se en causal de despido o de terminación del contrato de trabajo, pues la misma sólo podrá alcanzar dicho efecto, en virtud de *‘la ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada’* (C.S.T., art. 62, literal a-13), y según el nivel y grado de la disminución física que presente el trabajador. (Corte Constitucional, 2000a, pág. 17)

En esta sentencia, la Corte Constitucional procede:

(...) a declarar la exequibilidad del inciso 2o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, bajo el entendido que despedir el trabajador de su empleo o terminar del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de contravenir el empleador la disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria. (Corte Constitucional, 2000a)

¹³ En el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se establece: “ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo. No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, 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” (Congreso de la República, 1997).

¹⁴ Ver artículo 62 literal A) numeral 13 del Código Sustantivo del Trabajo (Congreso de la República, 2016).

A partir de la expedición de la sentencia C-531 de 2000, para los jueces de tutela la “estabilidad laboral reforzada” es una garantía constitucional que se otorga a los trabajadores que se encuentran en condición de “debilidad manifiesta”, por cuanto la primera garantiza las condiciones dignas de subsistencia. En estudio jurisprudencial desarrollado por la Universidad Externado de Colombia, se indica que de 466 sentencias de tutela proferidas, en 262 se otorgó la protección constitucional a los ciudadanos (Arévalo Romero, Barbosa Ardila, Bermúdez Alarcón, & Varón Collazos, 2016, pág. 11).

Las sentencias de tutela, emitidas en favor de los trabajadores, ordenan al empleador restituir al trabajador al puesto de trabajo, pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir por este desde el despido, afiliarlo al Sistema de Seguridad Social en forma retroactiva y mantener el vínculo laboral hasta que el trabajador obtenga la calificación de la pérdida de capacidad laboral y en caso de no alcanzar el estado de invalidez, debe garantizar la permanencia del trabajador en el trabajo¹⁵.

Siendo la sentencia de tutela un mecanismo subsidiario para la protección de derechos constitucionales, no es el medio para resolver la configuración de la justa causa del despido (Corte Constitucional, 2000b), razón por la que los trabajadores deben accionar ante el Juez Ordinario Laboral, para que emita sentencia según las normas del derecho laboral y de la seguridad social, sobre el conflicto del despido.

Es así como la Corte Suprema de Justicia, en Sala Laboral, conserva la asignación de regla del derecho a la estabilidad laboral pero estableció criterios diferentes a los expuestos por la Corte Constitucional para reconocer la garantía de la “estabilidad laboral reforzada”, según el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indicando que el amparo solo cobija a las personas con discapacidad en los grados de limitación moderada, severa y profunda (Corte Suprema de Justicia, 2008); y quien no tenga esta condición no puede ser reintegrado al trabajo ni reclamar indemnización ni pago alguno por parte del empleador.

¹⁵ Ver sentencias de la Corte Constitucional T-589 de 2017, MP Alberto Rojas Ríos; T-320 de 2016, MP Alberto Rojas Ríos; T-002 de 2011, MP Mauricio González Cuervo; y T-1040 de 2001, MP Rodrigo Escobar Gil.

Las decisiones judiciales proferidas por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, como órgano de cierre de la justicia ordinaria laboral, forman el precedente judicial que siguen en todo el país los jueces laborales y los Tribunales Superiores para emitir las decisiones, en las cuales señalan que el estado de incapacidad médica del trabajador no le otorga la protección derivada de la “estabilidad laboral reforzada” descrita en la Ley 361 de 1997, pues para ello el trabajador debe contar con una discapacidad (Corte Suprema de Justicia, 2015a). En sentencia SL-2841 de 2020 la discapacidad alegada del trabajador debe ser “relevante”, término utilizado por el juez en su criterio para diferenciar los trabajadores con calificación de PCL superior al 15% que tienen una discapacidad significativa y no una invalidez. Sentencia soportada en el modelo médico rehabilitador de la década de 1990, que ignora la inclusión del modelo social, y que en el presente siglo se utiliza en los procesos de calificación de la discapacidad (Corte Suprema de Justicia, 2020a). En estas condiciones, la judicialización de la estabilidad laboral degradada a norma, regla y garantía denominada “estabilidad laboral reforzada” no resuelve el conflicto. El administrador de justicia, interpreta, inaplica o delimita los principios del derecho, disminuye su peso y con jurisprudencias en diferentes sentidos, deja latente el apuro laboral para la sociedad (Ortega Suescún, 2016).

Por estas razones, el estudio comienza por analizar la concepción del trabajo, desde el concepto que se genera a partir de la Edad Media hasta que deja de ser un castigo bíblico para concebirse como una obligación útil para la sociedad, fuente de riqueza y progreso social (Castillo & Ruzafa, 2009, pág. 31); y la previsión social pasa de la asistencia en la caridad y la pobreza, a la protección de las condiciones previsibles que pueden dañar al trabajador. Seguido del concepto de protección, se analiza el de previsión social en el trabajo contemporáneo, referido a las políticas sociales del Estado que, mediante la regulación normativa, impone a los particulares las obligaciones de prevención y promoción de la salud en el trabajo, pero de una manera que confunde la previsión social con la asistencia sanitaria y esta con la seguridad social (Pérez Leñero, 1956, pág. 18).

En medio de dicha confusión socio-jurídica, a través del Ministerio del Trabajo (2013) – dentro de su competencia de inspección, vigilancia y control–, el Estado consideró expedir

el “Procedimiento de autorización de terminación del vínculo laboral o de trabajo asociativo a trabajadores con discapacidad” (Ministerio del Trabajo, 2013), donde se establecieron los lineamientos que deberían seguir los inspectores del trabajo para autorizar el despido del trabajador, descrito en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sin que estos hubiesen aplicado tal procedimiento en casos concretos, por la ineficacia de la decisión administrativa ante las acciones judiciales de los trabajadores que revocaron la mayoría de las autorizaciones de despido y aumentaron el trabajo de los inspectores.

Con el interés político de mostrar a la sociedad acciones de inclusión en el empleo de las personas en condición de discapacidad y contrarrestar los efectos de las decisiones judiciales para los empleadores, el Ministerio del Trabajo con la colaboración del Programa para la Cohesión Social en América Latina “EUROSOCIAL”¹⁶, para el año 2015 formuló el proyecto de decreto para reglamentar las garantías, derechos, beneficios y obligaciones de los empleadores con las personas en condición de discapacidad, incluyendo dentro de estas a los trabajadores enfermos por el trabajo, por extensión de la Ley 361 de 1997 y la Ley 1618 de 2013. Después de debates y encuentros con empleadores y trabajadores a nivel nacional, el proyecto de acto administrativo no se convierte en norma oficial, debido a las heterogéneas interpretaciones de la discapacidad y las enfermedades generadas por el trabajo.

30

Nuevamente, en el Proyecto del Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2018-2022, el ejecutivo presenta la posibilidad del despido del trabajador enfermo en los casos en que no se alcance el 50% de pérdida de capacidad laboral y sea difícil la reubicación en la empresa, pasando a formar parte de la bolsa de empleo que debería crear el Ministerio del Trabajo a nivel nacional. Esta norma fue objeto de pronunciamientos en favor y en contra (Gaviria Quintero, 2019) y finalmente no se incluyó en la Ley 1995 de 2019¹⁷.

La más reciente manifestación del Estado, en cuanto a la regulación de la estabilidad laboral reforzada del trabajador enfermo, es la Circular No. 049 del 01 de agosto de 2019, cuyo contenido parece sustentarse en el cumplimiento de los criterios jurisprudenciales de la Corte

¹⁶Ver EUROSOCIAL (2015).

¹⁷ Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”.

Constitucional sobre el procedimiento administrativo para autorizar el despido. Este acto administrativo es aceptado por los simpatizantes de los empleadores (Porras Ramírez, 2019) y rechazado por las organizaciones de trabajadores. Las reacciones de la sociedad reflejan la pervivencia de los eternos vicios del sistema normativo, que crea o elimina –sin ninguna planificación– normas, instituciones y procedimientos (Ortega Suescún, 2016, pág. 5) que afectan las relaciones de trabajo.

Desde la rama legislativa también se ha pretendido tramitar diversos proyectos de ley para regular, desde normas y reglas, el principio de estabilidad laboral con la denominación “estabilidad laboral reforzada” de los trabajadores. Entre ellos el proyecto No. 018 de 2015 (Congreso de la República, 2015), que desarrollaba la tesis del despido sin autorización administrativa, cuando existiera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo. A pesar de los esfuerzos de los senadores ponentes¹⁸, el trámite fue archivado por la comisión asignada para su estudio (Aceb Nacional, 2016). Estos debates legislativos se analizarán como parte del presente estudio.

Desde la expedición de la Ley 361 de 1997, las organizaciones de los empleadores han manifestado el sentimiento homogéneo de considerar las rigideces normativas como un factor de disminución del trabajo, razón por la que se oponen a los proyectos de ley relativos a la garantía de la estabilidad laboral del trabajador (ANDI, 2018). *Contrario sensu*, los trabajadores siguen manifestándose por todas las formas legalmente permitidas para que el empleador, el gobierno y la justicia, presenten fórmulas de arreglo coherentes con la realidad del conflicto¹⁹, en busca de decisiones justas para todos y no buenas solo para algunos reclamadas por Habermas al juez (Mejía Quintana, 2012b, pág. 69).

La permanencia del trabajador enfermo en el trabajo, como garantía de la “estabilidad laboral reforzada”, tiene elementos estructurales no reconocidos en la relación laboral, en la decisión judicial ni en la administración del Sistema de Riesgos Laborales. Estos elementos no han

¹⁸ Ver Agencia de Información Laboral – AIL (2015).

¹⁹ Al respecto ver los mensajes publicados en twitter en:

<https://twitter.com/hashtag/YoDefiendoLaEstabilidadLaboralReforzada?src=hash/> tomado 24/09/2019

sido identificados ni individualizados por los tratadistas y doctrinantes hasta la presente investigación, que requieren ser develados para que, *a posteriori*, el Estado colombiano trabaje en ellos y actúe en busca de la coherencia normativa, la coordinación económica y el equilibrio social (Torres Tovar, Luna García, & Ruíz Vallejo, 2016, pág. 90).

En este orden de ideas, en el presente trabajo se excluyen las condiciones de los trabajadores enfermos por causas comunes, así como los trabajadores que habiendo tenido un accidente de trabajo o enfermedad laboral (ATEL), hayan obtenido una calificación igual o superior al 50% de PCL y los trabajadores en condición de discapacidad por causas congénitas o situaciones de origen común, reconocidas antes de la vinculación al trabajo. Para dar respuesta a la pregunta planteada, se incluye el análisis de la interacción compleja entre principios, normas, hechos históricos y decisiones judiciales relacionadas con los enfermos por el trabajo.

Con base en las anteriores consideraciones la pregunta a la cual pretende responder esta tesis, como problema de investigación, es la siguiente: *¿Cuáles son los elementos estructurales generadores del conflicto laboral derivados de la garantía judicial de la estabilidad laboral reforzada del trabajador enfermo por el trabajo con menos del 50% de la PCL, que pueden ser reconocidos por los actores de la relación laboral para recuperar la coordinación económica y el equilibrio social en el trabajo?*

32

1.2. Formulación de la hipótesis

El constitucionalismo colombiano históricamente ha sido el campo de batalla entre el poder económico, los intereses políticos y las minorías en la lucha por la supremacía (Mejía Quintana, 2013, pág. 12), que ha involucrado las relaciones laborales. La apertura económica en la década de 1990 se acompañó de reformas laborales que disminuyeron las condiciones laborales desde los principios hasta los derechos laborales. La estabilidad laboral, que es el principio del derecho laboral mediante el cual se garantiza la continuidad del negocio jurídico, se diluyó en divisiones jurídicas y judiciales que lo degradaron a norma, para clasificarlo en estabilidad de entrada, de salida, propia, impropia, absoluta, relativa y

dependiente de la temporalidad del contrato de trabajo. Se creó el contrato de trabajo a término fijo, se eliminó la retroactividad de prestaciones laborales, se suprimió la posibilidad del reintegro ante el despido y se permitió la formalización de empresas de servicios temporales. En el año 2002, continúan las políticas de disminución de las rigideces laborales para dinamizar la economía, se aumenta la jornada de trabajo ordinaria, se disminuye el valor del trabajo suplementario, dominical y festivo y con ello los ingresos salariales y prestaciones del trabajador (Cerquera Unda, 2018), instituciones jurídicas que han sido objeto de estudio político y académico hasta la actualidad.

El Derecho debe dar sentido integral en la sociedad democrática, transmitir los intereses del bien común al poder político, para que actúe y reoriente el poder económico a partir de la validez normativa basada en el derecho, la legitimidad con apoyo de la moral y la eficacia de la acción política (Mejía Quintana, 2013, pág. XIV). Elementos que en este trabajo se presentan en conflicto con la regulación estatal de la seguridad y salud en el trabajo en Colombia, desde la confusa enunciación de principio y derecho en que los doctrinantes (Montoya Melgar, 2001) y los jueces incurren, cuando se refirieren a la estabilidad laboral y la salud en el trabajo.

Con relación a la regulación del derecho al trabajo, este se encuentra en el texto constitucional dentro de los derechos fundamentales²⁰, pero la exigüidad de las normas que lo desarrollan, ha propiciado la incertidumbre jurídica del principio de la estabilidad laboral del contrato de trabajo como negocio jurídico, cuando se protege la dimensión de una parte y se descuida la otra, el principio queda a merced de actos que, ante la ocurrencia del accidente de trabajo y la enfermedad laboral (ATEL), hacen ineficaz dicha estabilidad (Villavicencio Ríos, 2013, pág. 320).

El desafío es entonces:

²⁰ ARTICULO 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

- Establecer los elementos estructurales desde los componentes filosóficos, jurídico-económicos, económicos y médico-jurídicos, que soportan el actuar de cada uno de los actores en la relación laboral: empleadores, trabajadores, Administradoras de Riesgos Laborales ARL, Ministerio del Trabajo, administradores de justicia, ante el despido del trabajador en estado de incapacidad médica temporal o con pérdida de capacidad laboral menor a la invalidez.
- Establecer los puntos de encuentro que permitan restituir la legitimidad del Estado regulador.
- Reestablecer la confianza del ciudadano en los administradores de justicia y reconstruir las relaciones laborales, con miras a crear el consenso en la necesidad de implementar y ejecutar acciones positivas del cuidado para la salud en el trabajo.
- Garantizar la eficacia en la coordinación económica y el equilibrio social de las relaciones laborales, como aporte a la disminución de los conflictos sociales en el mundo del trabajo en Colombia.

A partir de las consideraciones anteriores, se presenta la hipótesis del trabajo indicando que:

El conflicto de la garantía judicial por la estabilidad laboral reforzada del trabajador enfermo por accidente de trabajo y enfermedad laboral, despedido por el empleador, sin la definición de la pérdida de capacidad laboral o con porcentaje inferior al 50%, no ha sido analizado en profundidad desde el Derecho Laboral y la Seguridad Social.

En el contexto laboral colombiano, la flexibilización de las relaciones de trabajo se acompaña de la nula conciencia acerca de la importancia de la promoción de la salud y la prevención del accidente de trabajo y enfermedad laboral (ATEL) antes del despido. Seguidamente, en este escenario las normas laborales que soportan las políticas públicas y medidas legislativas referidas a la salud en el trabajo en la validez jurídica, no establecen diferencias legítimas entre los eventos comunes y los laborales. Por ende, no se diferencia el estado de incapacidad temporal de las condiciones de discapacidad que afectan la salud del trabajador, generando la creencia social de ser la “estabilidad laboral reforzada” un derecho que se adquiere por decisión judicial.

En el ámbito jurídico laboral colombiano persiste la creencia de estar resuelto el conflicto del despido gracias a la línea jurisprudencial creada por la Corte Constitucional, referida a la protección del trabajador en estado de debilidad manifiesta; así como la aparente congruencia de la Corte Suprema de Justicia con los criterios de reconocimiento. No obstante esta creencia, existen elementos no develados causantes del conflicto.

Se impone como necesidad social, máxime en nuestro contexto laboral de desigualdad, relacionar sistemáticamente los elementos tríadicos del derecho –la validez, la legitimidad y la eficacia– estudiadas como figuras de conocimiento aisladas desde la filosofía, la teoría jurídica y la sociología, asociados a los componentes filosóficos, jurídicos y médicos que estructuran el problema del despido del trabajador afectado en la salud por el trabajo. Resulta imperativo abordar esta relación para lograr recuperar la congruencia entre las decisiones que afectan el principio de estabilidad laboral y las responsabilidades de los actores de la relación laboral y administradores del Sistema de Riesgos Laborales.

1.3. Referente Metodológico

El presente estudio tiene la pretensión de responder al particular problema que aqueja las relaciones laborales por la terminación del vínculo contractual por afecciones en la salud derivadas del trabajo. Un problema que se aborda desde el alejamiento intencional de la “investigación filosófica clásica”, que busca ajustar las teorías de algún autor clásico a situaciones abstractas para acompañarle o contradecirle en sus ideas. La perspectiva de la investigación es propositiva, aplicando el método sociológico con la metodología hermenéutica crítica para explicar, desde adentro, los puntos disimiles del conflicto (Cortina, 1997).

La probidad del trabajo se refleja en la comprensión socio-jurídica de la garantía judicial denominada “estabilidad laboral reforzada” del trabajador enfermo por el trabajo, en el ámbito laboral colombiano, a partir de la reconstrucción de la historia del trabajo desde abajo, la identificación de los intereses particulares de los actores en la relación laboral y el papel desempeñado por el Ministerio del Trabajo y los jueces frente a las situaciones en que se hace

complejo el reconocimiento del derecho a la continuidad del contrato de trabajo/prestación de servicios.

Siguiendo lo dicho por Wallerstein, en referencia del profesor Bernardo Vela Orbegozo (2015, pág. 69), este trabajo de enfoque interdisciplinario pretende romper las fronteras epistemológicas de los estudios doctorales del derecho, centrados en las líneas de conocimiento de esta ciencia, para abrirse a la interconexión con las otras áreas de las ciencias sociales; y pasar de los análisis jurídicos individuales que se han realizado respecto de la estabilidad laboral reforzada para, en términos de Wallerstein, ir más allá de la perspectiva occidental universalizadora, que niega la existencia del “otro”.

Así las cosas, el presente estudio se desarrolla conforme el método sociológico, porque es una investigación de la ciencia jurídica que deviene de un producto social y no es indiferente a la relación social que regula el derecho laboral. Es de tipo documental, dentro del nivel explicativo, en tanto la investigación está centrada en conocer por qué la estabilidad laboral reforzada del trabajador enfermo por el trabajo es conflictiva y cuáles son las variables del conflicto según sus protagonistas (Álvarez Undurraga, 2002, pág. 33).

Para Jacqueline Hurtado (2000) la investigación explicativa se ocupa de la generación de teorías. Se pretende detectar relaciones entre eventos, mas no se ejerce control de variables. Siguiendo a la autora, “las leyes señalan relaciones aparentemente invariables entre eventos, que se dan en determinadas condiciones. La teoría en la cual se incluyen las leyes, constituye un sistema explicativo global que apunta hacia la comprensión de la realidad” (Hurtado de Barrera, 2000, pág. 209). Así, este trabajo tiene la pretensión de identificar las leyes que regulan el cuidado de la salud en el trabajo y las contingencias de la enfermedad laboral y el accidente de trabajo, dentro de la relación laboral, para construir la teoría de los elementos estructurales de la estabilidad laboral reforzada del trabajador enfermo por el trabajo, desde la realidad de los actores del conflicto.

Se acude a la metodología cualitativa para comprender a los actores de la relación laboral, dentro del marco de referencia de ellos mismos, experimentando la realidad tal como ellos la experimentan, apartando las predisposiciones de la investigadora, para comprender

detalladamente las perspectivas de la estabilidad laboral reforzada del trabajador enfermo por el trabajo, llegando a conocer en lo personal al empleador, al trabajador, al administrador de la ARL y al funcionario del Ministerio de Trabajo, y experimentar lo que ellos sienten en los actos cotidianos de la sociedad del trabajo (Taylor & Bogdan, 1994, pág. 19).

La investigación cualitativa es “multimetódica en el enfoque interpretativo y naturalista hacia su objeto de estudio” (Cortés Cortés & Iglesias León, 2004, pág. 35). Se pretende la comprensión del problema, centrando la indagación en los hechos, interpretando los sucesos y acontecimientos desde el año 1997 hasta el año 2020, para construir los elementos estructurales del conflicto. Se utiliza la metodología correlacional, en tanto la investigación tiene como propósito determinar las relaciones entre variables y hacer predicciones (Páramo, Herrera, & Santana, 2013, pág. 29). Las variables utilizadas refieren a las normas, prestaciones derivadas de la incapacidad permanente parcial y decisiones judiciales en España relativas a la estabilidad laboral reforzada del trabajador enfermo por el trabajo vs. las normas, prestaciones derivadas de la incapacidad permanente parcial y decisiones judiciales en Colombia, que nos permiten explicar el rol de estas variables en el conflicto laboral materia de estudio, para comprobar la hipótesis planteada (Páramo, Herrera, & Santana, 2013, pág. 35).

Dentro de esta metodología, se triangulan las investigaciones que hasta la elaboración de este trabajo se han realizado, observando la realidad desde la confrontación de las percepciones que del cuidado de la salud en el trabajo tienen los empresarios, los trabajadores, las organizaciones sindicales, las Administradoras de Riesgos Laborales y el Ministerio del Trabajo, con el fin de reflexionar e interpretar los datos obtenidos (Cortés Cortés & Iglesias León, 2004, pág. 41).

Para el desarrollo de la investigación se consultaron fuentes primarias y secundarias. Con relación a las primarias, se describen las normas y sentencias referidas a la estabilidad laboral reforzada del trabajador enfermo por el trabajo en Colombia y en España.

Se consultaron estadísticas oficiales referidas de las entidades estatales, de las aseguradoras de riesgos laborales y de los sindicatos en Colombia. Se asistió a conferencias y actividades

académicas que permitieron nutrir la investigación, así como la publicación de artículos en periódicos y cartillas, cuyos contenidos son referentes al problema objeto de investigación.

En el referente metodológico para la presente investigación, es necesario advertir la existencia de limitaciones epistemológicas, por la interdisciplinariedad del estudio, en razón a los análisis desde la perspectiva filosófica, jurídica, social, médica y política que hacen parte del problema de la estabilidad laboral reforzada del trabajador enfermo por el trabajo, que no tienen profundidad disciplinar individual.

No obstante, siendo el derecho el área de formación base de la autora, en desarrollo de la investigación se hizo presente la necesidad de acudir al Doctorado en Salud Pública de la Universidad Nacional, que desde enfoques diferentes al jurídico, ofreció el camino de la salud en el trabajo para comprender la compleja dinámica de los actores de la relación laboral y de los administradores del Sistema de Riesgos Laborales, desde el estado de incapacidad temporal hasta la calificación de la pérdida de capacidad laboral por la ocurrencia del accidente de trabajo y la enfermedad laboral (ATEL).

38

1.4. Referente Teórico

Los desarrollos clásicos de los problemas de la filosofía del derecho se han disgregado con el surgimiento de las ciencias modernas, hasta considerarse que la teoría jurídica, la sociología y la política son estudios aislados. Motivo por el cual, en las Facultades de Derecho el estudio de la filosofía del derecho se asemeja al estudio de las religiones, frente a las cuales se considera que existen tantas como dioses y biblias hayan creado los sumos sacerdotes. Siguiendo a Alejandro Nieto “En cada aula universitaria se levanta –para consternación de los estudiantes– un pulpito con biblia diferente” (2000, pág. 25).

La tarea propuesta es encontrar el consenso entre el filósofo y el jurista, para que podamos determinar los acuerdos que nos permitan identificar, en la sociedad del trabajo en Colombia, los elementos estructurales que generan el conflicto por el despido de un trabajador enfermo por el trabajo y la insegura estabilidad laboral reforzada por ATEL. Tenemos que la filosofía era entendida por los presocráticos como “el amor a la sabiduría”, con posterioridad se

considera como “el saber que se adquiere después de haberlo buscado metódicamente” –la dialéctica–, que permite tener un saber racional, reflexivo y totalizante del conocimiento humano, “el hombre conoce reflexivamente las cosas después de haberlas estudiado e investigado”. Desde Aristóteles, la filosofía en la historia de la cultura humana es la totalidad del conocimiento (García Morente, 2010, pág. 17).

Las ideas totalizantes de la filosofía, a partir del siglo XVII empiezan a desgajarse, por el surgimiento de ciencias particulares con objeto y métodos propios, como la matemática, la física, la química y el derecho. La híper-especialización del conocimiento generó la desarticulación de la moral, la ética y la política en el derecho, y con ellas la separación del jurista con el filósofo, desencuentro expresado por Bobbio al indicar que “la filosofía del derecho es una materia que a menudo los filósofos no conocen por falta de amor y que los juristas no aman por falta de conocimiento” (García Figueroa, 2002, pág. 343). La presente investigación pretende aportar bases para la reconciliación del jurista con el filósofo en la búsqueda de los elementos que generan el conflicto social, en vía de proyectar soluciones.

Estas bases inician con el reconocimiento del problema trilemático del derecho referido a la validez, la legitimidad y la eficacia de las normas que lo componen, cuya estrecha relación ontológica y epistemológica busca mostrar la filosofía del derecho. En contraste, el contexto del país envuelto en conflictos internos del orden político, económico y social, ha mostrado el abordaje de forma aislada de estos elementos, asumiendo estudios independientes a cargo de la sociología, la ciencia política, la teoría del derecho y la economía política. Así, se confunde la legitimidad de las normas del sistema jurídico con la legalidad, la validez como problema de la teoría jurídica y la eficacia como elemento de estudio de la sociología, todas con planteamientos disimiles y desconectados de la realidad social colombiana en el ámbito laboral (Mejía Quintana, 2012a, pág. 19).

En el entramado de los abordajes independientes, los juristas asumen que la Filosofía del Derecho estudia el Derecho y el problema de su definición sin entrar a los sistemas jurídicos en específico, en tanto, la Teoría del Derecho es una parte de la Filosofía del Derecho, que se ocupa del concepto de derecho dentro de los sistemas jurídicos (García Figueroa, 2002, pág. 340), y que la Justicia es la expresión de la voluntad del juez regido por el imperio de la

ley. En este contexto, para el jurista es acto necesario y suficiente para la paz y convivencia en la sociedad conocer los procesos y procedimientos que describen las normas, emitidas por el legislador y aplicadas por los jueces. Todos ellos –juristas, legisladores y jueces–, formados en “La Teoría Pura del Derecho” de Kelsen del siglo XX, sin ninguna atención a la realidad social.

El estatuto epistemológico del Derecho se ha construido por filósofos y sociólogos a partir de la observación individual, que inicia en Hart con “El concepto del derecho” en 1961, sigue Hans Kelsen en 1976 con la “Teoría Pura del derecho”, luego la “teoría de la argumentación jurídica” de Robert Alexy en 1989, hasta la “Teoría de los sistemas” de Luhmann en el 2007, dando el salto de criterios semánticos a criterios pragmáticos, esto es de lo teórico a lo político. Los juristas tienen una pre-comprensión del derecho basada en la evidencia, la prueba, la demostración y la argumentación de las causas, entre tanto los filósofos y sociólogos buscan el sentido del derecho en su estructura (Severo Rocha, 2013, pág. 390).

La interpretación del Derecho Laboral en Colombia debería seguir la realizada en Europa después de la Segunda Guerra Mundial, donde un texto debe interpretarse según el tiempo contextual, siendo este el que establece las condiciones históricas de creación de la norma, y el tiempo teórico, que se ocupa de la lógica interna de los argumentos. Según los deconstructivistas –aquellos que contradicen la teoría estructuralista– como Foucault y Derrida, esta concepción hace que los juristas se desacrediten cuando entienden el derecho desde los conceptos de la verdad, la tradición y la visión a priori del mundo (Severo Rocha, 2013, pág. 390).

Mientras los juristas sigan entendiendo el derecho desde el positivismo centrado en la norma o ley, no entenderán ni ayudarán a comprender los problemas de la compleja sociedad actual. Así, cuando los conceptos positivistas abstractos del derecho, arraigados en los juristas, se enfrentan al problema concreto de la sociedad del trabajo, no encuentran soluciones naturales porque reducen el derecho a la norma, no reconocen que el Derecho en la realidad compleja se encuentra con los elementos tridimensionales hecho-norma-valor. Es un error interpretar el Derecho desde una sola dimensión: es norma, son hechos o es valor. La interpretación debe

ser triádica, porque se complementan. Cuando los abogados y los jueces se apartan de esta concepción compleja del derecho, no sirven a la sociedad, pues según Miguel Reale:

Un juez que sólo vive apegado al texto legal, divorciado de los valores o sin contacto de la realidad social, es un mal juez. Un abogado que, al contrario, se convezna repentinamente de la justicia de una causa y sin consultar la legislación positiva, plantea una acción, es un abogado fracasado. Por otro lado el jurista que sólo quiere ver el hecho social en su entorno histórico, describiéndolo, sin cuidar los problemas del valor y de la norma, es apenas un sociólogo, perdido en el campo de la Jurisprudencia.

El jurista tiene que trabajar con una materia tridimensional, porque sólo esas tres partes unidas nos dan el sentido de la vida del Derecho en su esencia, como la longitud y la profundidad son las que, a la larga, nos dan el volumen de las cosas. El jurista es un hombre que tiene que ver las tres dimensiones, tal como nosotros, en la vida ordinaria, necesitamos de tres dimensiones cuerpo, mente y alma, o perderemos la ilusión de la perspectiva. (Reale, 1953, pág. 8)

A pesar de la complejidad de la vida laboral, no existe Derecho donde no se puede realizar el valor de lo justo. Es decir, cuando en la relación laboral se busca responder a un valor, esta búsqueda se realiza en la conducta y se materializa en la norma. Existe siempre una realidad, un hecho social, que se enfrenta al reconocimiento de un valor que se expone en la norma que le da vida jurídica, para garantizar la solidaridad de todos en la convivencia humana. Para Reale el hecho social, el valor y la norma son los elementos triádicos del Derecho.

Ahora bien, los elementos triádicos del derecho se reconocen por los filósofos de la teoría crítica, con las denominaciones de validez, legitimidad y eficacia. La primera en el Derecho Laboral son las leyes, las normas en general que han pasado por la revisión de la Corte Constitucional cuando han sido motivo de revisión y adjudicación motivada por la ciudadanía. Pero los otros dos elementos o dimensiones del derecho, la legitimidad y la eficacia, se confunden o niegan su existencia en el derecho laboral. La legitimidad descrita por los juristas como el seguimiento procedimental de la norma, no es legitimidad es validez. Esta corresponde a la dimensión de corrección moral y política. Es en el derecho la instancia de corrección, es el elemento valor de Miguel Reale. La legitimidad en este trabajo es la participación, acogida y respeto de las normas laborales por parte de los actores de la relación laboral para resolver el conflicto del despido del trabajador enfermo por causas laborales.

La legitimidad es la instancia de corrección que no es jurídica, es necesaria para que la validez exista en la norma, no solo en el procedimiento de la promulgación sino en la obtención del

consenso de la sociedad. Se requiere que un amplio número de participantes haya aprobado la norma y se haya permitido la participación de todos los interesados, si esa representatividad no está identificada y si además en el legislador no hubo un consenso y solo se impuso la mayoría simple, no hay legitimidad en la decisión o norma que se expide. La instancia de corrección, según Robert Alexy, es la que permite la existencia del Derecho, sin ella no hay Derecho en la sociedad.

La legitimidad del Código Sustantivo del Trabajo, será cuestionada en esta investigación. La norma expedida en la década de 1950 para regular las relaciones de trabajo de una sociedad incipiente en el consumo, individualista, insatisfecha y generadora de conflictos internos en rechazo a la integración laboral de la población, expedida como decreto extraordinario por el ejecutivo, es según la Corte Constitucional legítima para la sociedad del siglo XXI, cibernética, flexible en las relaciones de trabajo y utilitarista del servicio personal.

Con relación al tercer elemento denominado eficacia, tenemos que las normas además de ser válidas y legítimas, deben ser eficaces para la convivencia en la sociedad. Así lo considera Hart en su obra *El concepto del derecho*, cuando reconoce la existencia del derecho a partir de la diferencia del punto de vista interno asumido por el juez, el abogado, el funcionario. Estos actores predicán, desde el conocimiento académico, la validez de las normas para su reconocimiento, con el punto de vista externo, que es el de la sociedad, quien como observadora del sistema jurídico define la legitimidad y la eficacia de la norma señalada por los jueces y los abogados como legítimas. La eficacia del derecho se refleja en la capacidad de la sociedad para responder a los problemas bajo la premisa del respeto de los derechos y garantizar la convivencia pacífica.

Para Hart la estructura de las tres dimensiones se identifica a partir de la denominada “regla de reconocimiento”, que debe ser aceptada por la sociedad y no solo por los abogados y jueces y por “el derecho mínimo natural”. Así, la validez queda supeditada al consenso en torno a las normas y a la eficacia de estas, en la solución de los conflictos internos de la sociedad. El punto de partida es la constatación del agotamiento del normativismo jurídico, del legalismo del Estado y las limitaciones en la solución de los conflictos generados dentro

del sistema laboral, que traspasan el sistema judicial y afectan el sistema político-económico de la misma sociedad.

Empleador y trabajador enfocan sus posibles acciones cuando ocurre el ATEL, en las limitadas interpretaciones de las normas laborales que consideran válidas, se guían por las experiencias de sus iguales para legitimar las decisiones, porque los resultados son uniformes, no tienen previsión de los eventos futuros ni reconocen fines comunes. Todo con fundamento en la validez de la norma laboral vigente, que separa el derecho de la moral, así como lo empírico de lo normativo.

El enfoque que se desarrolla pretende seguir el adagio de Sócrates “Conócete a ti mismo”, para ello se abandona el enfrentamiento entre las corrientes y la mala práctica de desprestigiar teorías de tiempos anteriores, bajo el concepto de estar superadas por las nuevas corrientes. Los juristas necesitamos entender que las teorías filosóficas se crean en contextos y momentos históricos complejos, las sociedades cambian y las teorías con ellas, parece que en busca de mejores condiciones.

Estos cambios teóricos del derecho como sistema de la sociedad, deben abordarse integrando la perspectiva sociológica que permite comprender la relación entre Estado y Derecho, para identificar la eficacia del sistema jurídico, la perspectiva filosófica del derecho, para identificar la legitimidad del sistema político creado por el Estado, la perspectiva de la teoría jurídica, centrada en los problemas clásicos de la validez, relacionada con la obediencia y la desobediencia a la norma.

Así, desde la dimensión ontológica, el problema de estudio se limita a la permanencia del trabajador enfermo en el trabajo por la garantía de la estabilidad laboral, que tiene elementos estructurales no reconocidos en la relación laboral, en la decisión judicial y en la administración del Sistema de Riesgos Laborales.

En la dimensión epistemológica el problema objeto de estudio se aborda desde la teoría tridimensional del derecho en las esferas de la validez, legitimidad y eficacia del derecho, en la perspectiva crítica de la filosofía del derecho, bajo las reflexiones holísticas e integradoras del derecho como disciplina, como dogma y política. Se tomarán elementos destacados por

Miguel Reale, quien determina como elementos fundamentales la vida humana, los valores y las normas, y por Carlos Fernández Sessarego, quien a su vez destaca la vida humana, porque si no hay vida no hay derecho, porque el derecho es vida humana interactuando. Ninguno de los elementos validez, legitimidad y eficacia son derecho por sí mismos, pero ninguno puede faltar en el objeto de estudio del derecho, razón por la que se desarrolla cada uno de los elementos para comprender el referente teórico de esta investigación.

La esfera de la validez del Derecho

La esfera de la validez es la conocida por los juristas como la existencia de leyes y la obligación del cumplimiento de las mismas por quienes están sometidos al poder político. El positivismo como doctrina filosófica explica las relaciones a partir de las leyes, rechazando toda verificación que no provenga de la razón científica, el lenguaje se unifica en la ciencia a través de un método común de todas las ciencias y neutraliza la ética del conocimiento científico (Rearte, 2007, pág. 199). La ciencia jurídica debe deslindarse de la ética, el derecho debe separarse de la moral. El jurista está limitado a estudiar el derecho puro sin atender a la bondad o la maldad que pueda reflejar, el derecho es abstracto-analítico y se divide en la legislación y la jurisprudencia (Flores, s.f., pág. 1006).

La ciencia del derecho, que desarrolla el positivismo y se transmite a los juristas en las facultades de derecho en Colombia, niega que el derecho se halle en el sentimiento, solo tiene el saber, así ser y saber están en la ley positiva, por ello “la ley positiva se parece a un sastre obstinado que solo usara tres medidas para todos sus clientes. La ciencia es el ama bondadosa que ve donde el traje no ajusta y donde afea, pero el respeto por su señor no le permite más que hacer subrepticamente algún que otro retoque” (Flores, s.f., pág. 1009). En ocasiones los juristas al finalizar juicios laborales, encontramos a la ciencia con toga, expresando después de emitir la sentencia, que en su ser existía el convencimiento de la responsabilidad del empleador ante el accidente de trabajo o la enfermedad laboral, pero que la ley —el sastre— no le permitió expresarlo y tuvo que tomar la decisión de denegar los derechos solicitados.

Con relación a la función judicial, como actor destacado en este trabajo, en la esfera de la validez se entiende y acepta la limitada intervención del juez. En el positivismo jurídico, siguiendo a Montesquieu, los jueces son instrumentos que pronuncian las palabras de la ley por ser la voz del derecho, Hans Kelsen indica que en los juicios no son posibles las valoraciones subjetivas ni consideraciones fácticas, pues los juicios de valor perjudican la actividad del derecho en la sociedad. Los jueces laborales en Colombia le dan prevalencia a la validez, de manera que aunque las tres dimensiones están involucradas en el derecho, no atienden la legitimidad como dimensión de valores ni de justicia en la decisión judicial y tampoco les importa que su decisión sea eficaz. Simplemente verifican que sea válida, porque siguen el procedimiento y se apegan a la norma, aunque la sentencia no tenga eficacia para las partes.

Veamos como para el siglo XVIII la sociedad se expresaba a través de la ley universal “libertad para todos”, guía para la justicia en el Estado y la construcción de las leyes, sin atender motivos singulares o egoístas, regidos por el iusnaturalismo. En el siglo XIX e inicios del siglo XX, se inicia el proceso de codificación de las normas en Francia. La publicación del Código Civil Francés materializó el derecho natural, absoluto, universal, eterno e inmodificable por la voluntad del intérprete.

Desde la segunda mitad del siglo XIX, la educación en el positivismo hace que la interpretación del derecho no pueda darse por fuera del contenido de las normas descritas en los códigos ni de la intención del legislador al consagrar cada norma. De tal forma que la labor del juez consiste únicamente en subsumir los hechos a las normas dadas y aplicar silogísticamente la lógica deductiva (Recasens Siches, 1980, pág. 146).

La mayor de las críticas al derecho positivo del siglo XIX, realizada por el matemático francés Recasens Siches, se centró en la inclusión de los conceptos matemáticos en el mundo del derecho; área del conocimiento de la que se tomó la expresión “dogma”, que en términos religiosos significa algo que debe ser obedecido sin discusión y en términos matemáticos se refiere a una verdad definitiva e intangible para siempre. El Código Civil es el dogma, la verdad pura en el derecho, que la historia no podrá desconocer. Es la idea pura del Derecho. Para ilustrar esta concepción matemática y exacta del derecho, el autor señaló:

El derecho es la ley escrita (...) los artículos del código son los teoremas, respecto de los cuales se trata de demostrar su mutuo enlace y de extraer sus consecuencias. El jurista puro es un geómetra: la educación puramente jurídica es puramente dialéctica. La gran tarea del magistrado o del abogado consiste en desenredar los hilos de los asuntos y en relacionar los elementos de éstos con tal o cual de las reglas enunciadas en las leyes. Esta tarea, en suma, consiste en la resolución de un problema. (Recasens Siches, 1980, pág. 151)

Por ello, para salvar al derecho y a la ciencia del estancamiento, por lo menos en el área laboral, se debe reconocer que el derecho, compuesto por el ser y el saber, está en continuo cambio y debe ser anti dogmático porque se debe fundamentar en la realidad y en la historia que le permite conocer el pasado. Las relaciones de trabajo cambian con las sociedades, el derecho laboral necesita de la interdisciplinariedad, debe estar abierto a compartir y nutrirse con la psicología, la sociología y la medicina, cuando dentro de los actores está el trabajador como persona holística.

El derecho en general, y el laboral en particular, tiene dogmas como la equidad, la justicia, la seguridad, que forman la ideología de la profesión de abogado y las funciones en la sociedad, con una transmisión conservadora en el proceso educativo colombiano, haciendo rígido su estudio. Se promueve el legalismo, entendido como la primacía de la ley como fuente del derecho, la voluntad del legislador como única expresión de los motivos en la creación y la codificación de la ley, y la división entre derecho y poder (Flores, s.f., pág. 1016).

El derecho codificado es criticado por Recasens Siches, ante la forma cuadrículada de interpretar la ley. El contenido que se muestra abstracto se confunde con la actitud de analizar en forma también abstracta la realidad del caso, tratando como entidades de razón pura los productos que son solo ensayos de valoración de las personas y juicios de relación entre los fines y los medios para determinar la eficacia. Se trata, equivocadamente, los casos reales que requieren solución como teoremas matemáticos y no como hechos prácticos diferenciados, porque la abstracción del contenido normativo debe ser inflexible.

Los textos pueden ser los mismos en un código pero la sociedad, que va cambiando, debe conjugar el sentido abstracto de la norma, con la significación de los nuevos hechos que se expresan en la sociedad. Es decir, las mismas normas en una actitud de interpretación y

aplicación actual, deben cumplir la función de solucionar el conflicto. La sociedad, caracterizada en la actualidad como sociedad del conocimiento, cambia con el tiempo, y así mismo cambian todos los elementos que influyen en ella. De la misma forma la abstracción de las normas debe ajustarse a estos cambios, pues de lo contrario una sociedad estática y una norma inmodificable, están condenadas a la muerte (Recasens Siches, 1980, pág. 154).

La esfera de la legitimidad del Derecho

La esfera de la legitimidad del derecho, se relaciona con los otros dos elementos, validez y eficacia, por medio de la conducta humana, como conducta jurídica, objeto de estudio que interesa a la ontología. Ninguno de los tres elementos está fuera del derecho, pero ninguno en sí mismo es derecho.

La conducta humana encierra valores que se eligen y se expresan en la libertad, que una vez expresada se objetiviza, se realiza y genera un producto que no puede cambiar, se convierte en un “hecho” o un “resultado” de la actividad libre, una “vida muerta”, según Recansens Siches (Fernández Sessarego, 1950, pág. 87). El hecho en la matemática se descubre, no se fabrica, pues en el derecho las normas jurídicas son fabricaciones del hombre, no se descubren, no están hechas, las crea para regular la vida en sociedad por medio de los valores. Por ello el derecho laboral no puede seguir regido por los dogmas matemáticos del positivismo. Así, la norma jurídica no tiende hacia los valores, “la norma jurídica menciona conducta humana que realiza o deja de realizar valores” (Fernández Sessarego, 1950, pág. 90).

El objeto del derecho es la vida humana, que no hace parte de los hechos, toda ella está por hacerse, se forma en el *deber ser*. La conducta objeto del derecho, es la que se desarrolla con las conductas de otros sujetos, se relaciona, hace interferencia, se objetiviza y es bilateral, esto es, tiene obligaciones para los creadores de la conducta y de los que deben realizarla, por ello es posible la coercibilidad. Verbigracia las conductas creadas por los actores de la relación de trabajo, esto es el empleador y el trabajador, los dos sujetos de derechos y

obligaciones, cuando formalizan la relación laboral quedan expuestos a sanciones en caso de incumplimiento o daño al otro.

La crisis generalizada en las sociedades latinoamericanas, por efecto de los procesos de globalización de la economía y flexibilización del trabajo, marca la necesidad de asumir otros modelos teóricos después del positivismo, que se muestra poco eficaz en la solución de los problemas sociales, incapaz de articular la validez con la legitimidad en el derecho. Entre los elementos de la crisis de legitimidad en el derecho laboral, encontramos la transferencia del poder a los sujetos económicos y políticos que utilizan al Estado para sus intereses, la corrupción, la violencia, la desigualdad y el monopolio en la administración del Sistema de Seguridad Social. Estos elementos se imponen en el mundo del trabajo subrepticamente, amparados en la igualdad y libertad de derechos contractuales, pretenden legitimar la estratificación de la sociedad civil y disfrazar al Estado de protector neutral de los ciudadanos. Lo cual permite la imposición de procedimientos impuestos a las mayorías pero decididas por las minorías, careciendo en estas condiciones de legitimidad política las decisiones proferidas (Rodríguez Ortega, 2014, pág. 108).

48

La legitimación del derecho incluye atender las necesidades de la sociedad y adaptarse a sus demandas. Pero en sociedades como la colombiana se considera que los problemas sociales se solucionan con reformas legales o expedición de nuevas normas, sin atender que las reformas las hacen y se hacen para los grupos con poder político y económico, dejando por fuera los derechos de las minorías que en ámbitos como el laboral no tienen representación. El poder legislativo considera cumplida la legitimación del derecho en el voto dentro de los procesos electorales, pero esta democracia dentro de sociedades complejas, siguiendo a Luhmann, no puede limitarse al cumplimiento de los procesos establecidos previamente, debe ser capaz de cumplir las funciones encomendadas y producir seguridad jurídica y judicial. Cuando la sociedad deja la legitimidad en los elegidos por ejercicio de la democracia, permite las decisiones que siendo inválidas e ineficaces sigan vigentes, por las limitaciones expresas en la legalidad del derecho: mientras una norma no esté derogada se mantiene vigente y se aplica, aunque su contenido sea abiertamente ilegítimo (Rodríguez Ortega, 2014, pág. 112).

La pretensión de identificar y reconocer la legitimidad en el derecho, siguiendo a Robert Alexy, supone que la norma está moralmente justificada y el sistema tiene la posibilidad de corrección en caso de normas injustas, así se obtiene la validez social que supone la obediencia de todos y la sanción a quien no lo haga (Mejía Quintana, 2013, pág. 404). Aunque el sistema jurídico debe permitir la corrección normativa para ser valorado como tal, el sistema clásico de legalidad positiva ha servido para legalizar el capitalismo, pero no para legitimarlo. Por lo tanto, dicho sistema no se acomoda a las condiciones y prácticas reales de la sociedad actual. Los abogados consideran que las figuras jurídicas dogmáticas, como el voto libre, la autonomía de la voluntad, las indemnizaciones por despido, las sentencias de constitucionalidad y los debates del congreso, garantizan la legitimidad, pero la evidencia permite establecer que la legitimidad y la eficacia del derecho están en crisis. El contenido mismo de la Constitución de 1991 crea una concepción confusa de Estado: es social de derecho, pero es neoliberal en las políticas públicas; describe la garantía del interés general pero su desarrollo legal garantiza el interés particular; y se ha pasado de la soberanía nacional a la internacional, en el uso del derecho como fin y no como medio para la convivencia de la sociedad (Rodríguez Ortega, 2014, pág. 114).

49

Preocupación en la formación de los abogados, expresa Morales de Satien Rabian, cuando describe el análisis para Latinoamérica de Bourdieu sobre la formación de los abogados, que estudian con limitaciones en el capital cultural y económico, incluidos los jueces, que siempre están alerta de un asunto que se tramite ante la jurisdicción y represente para los primeros honorarios y para los segundos metas estadísticas cumplidas. Esta profesión se desarrolla en la “jungla de las interpretaciones jurídicas”, sumando al pobre capital cultural, la influencia del capital político y las relaciones publicas, que hacen prevalecer los intereses privados sobre los públicos o generales (Morales de Satien Rabian, 2000, pág. 119). Así, los abogados se forman bajo el convencimiento de ser legalidad y legitimidad sinónimos del derecho.

La esfera de la eficacia del Derecho

La esfera de la legitimidad del derecho es el elemento que verifica la justificación moral de la norma y de no encontrarla garantiza la posibilidad de corrección, a partir del reconocimiento de los valores en las relaciones sociales. La esfera de la eficacia en el derecho se interesa por el efecto de las decisiones jurídicas y judiciales en las relaciones sociales, esperando que sirvan a la sociedad en la solución definitiva de los conflictos, aunque no estén absolutamente apegadas a la validez de la norma.

La sociedad colombiana asume que legitimidad es igual a legalidad, por ello confía el imperio de la ley a los jueces. A su vez, los ciudadanos y los actores de los poderes políticos y económicos buscan escapar a las investigaciones y sanciones impuestas por el juez. Esta forma de vivir en sociedad es la misma de vivir el derecho, que según Wendell Holmes se mira con los ojos del “hombre malo”, a quien le importa conocer el derecho para predecir las consecuencias materiales de sus actos y evitar sanciones. Este “hombre malo” actúa conforme al derecho-norma, pero le importan muy poco los valores, la moral y la eficacia. Se genera así la confusión entre ideas jurídicas y moral en el derecho (Wendell Holmes, s.f., pág. 22). La moral tiene que ver con los pensamientos del individuo, es decir con sus creencias que disfraza de ideas, de manera que no se interesa por el bienestar del otro, ni por los conflictos que pueda generar: solo se preocupa porque la decisión jurídica o judicial se emita a su favor.

En este sentido, la exigencia de los derechos y el cumplimiento de los deberes se mueven entre las ideas y creencias, entre el derecho y la moral. Según Adela Cortina, los ciudadanos del mundo se expresan siguiendo las ideas teóricas que describen las normas, todos las emplean en los discursos y en público todos las consideran correctas, pero actúan siguiendo las creencias, que representan los móviles internos de conseguir dinero para ser felices, sin importar la forma, actuar con astucia en los negocios y aprovecharse de la necesidad del otro (Cortina, 2001, pág. 2).

En las relaciones sociales, el “hombre malo” se mueve por los contratos, como lenguaje universal en el derecho. Verbigracia, en el contrato de trabajo, trabajador y empleador, utilizan palabras de la moral permitidas por el derecho tales como acuerdo, lealtad, equilibrio social y protección, entre otras, pero sus acciones no concuerdan con estas palabras, pues

tienen creencias e intereses particulares y esperan poder conseguirlos. Cuando aparece el conflicto cada parte busca conservar incólumes sus intereses y llevan el conflicto hasta la justicia, que utiliza el lenguaje de la lógica descrita en la norma para emitir la decisión, omitiendo reconocer el deber de apreciar la ventaja social que tiene una parte del contrato sobre la otra, todo porque esa ha sido históricamente la forma de decisión judicial. El “hombre bueno” espera que el resultado sea en beneficio de las dos partes y en adelante no se presente el mismo conflicto por encontrar eficaz las decisiones proferidas (Wendell Holmes, s.f., pág. 35), pero es ignorado por la mayoría social, conformada por “hombres malos”.

En este punto del debate se abre un paréntesis para recordar que el estudio del derecho comprende elementos de historicidad que permiten conocer las razones de la expedición y derogación de normas. Resulta importante dejar claros los preceptos dogmáticos del derecho y establecer su desarrollo en cada momento histórico, pero se requiere considerar la finalidad de su contenido, la coherencia en el momento de aplicación y necesidades sociales, para lograr la eficacia. Este proceso no se cumple ni en el ámbito académico ni en los estrados judiciales. En estos dos escenarios el dogma primario es el conocimiento general e histórico del derecho, que permite confundir al oponente y justificar la decisión, pero la realidad es que la ausencia del conocimiento particular de la relación laboral limita la posibilidad de garantizar el bienestar general. El juez utiliza las palabras mágicas de la moral como dogmas –siguiendo a Karl Olivecrona–, descritas en las normas laborales, con las cuales considera haber creado en las partes un efecto invisible de solución del conflicto y respeto por la justicia, cuando en la realidad esta “magia” no se produjo y las dos partes salen a utilizar los mecanismos jurídicos o no, que garanticen obtener su propósito. De esta manera, empleador, trabajador y juez actúan como el “hombre malo”, siguen sus intereses y no les interesan los efectos en la sociedad (Olivecrona, s.f., pág. 45).

El conocimiento histórico de las palabras mágicas del derecho hace que las normas se entiendan como una casa sin puertas ni ventanas donde vive el sastre de Imer Flores y utilizando a su conveniencia la ciencia, sale a imponer su voluntad sin relacionarse con el entorno. Este ha sido el modus operandi de los actores en la relación laboral: empleador,

trabajador, entidades de seguridad social, Estado y jueces, no atienden la necesidad de concertar el derecho con las condiciones del medio donde se crea y ajustarlo lo mejor posible. Esto se debe a que el derecho laboral hace parte del sistema jurídico, que se relaciona con el sistema político, administrativo y tecnológico, y debe contribuir a la sociedad mediante el proceso de organización cerrada, esto es auto-referenciarse y auto-reformarse para conservar su independencia de los otros sistemas, pero sin involucrarse para ser parte de los sistemas de acción.

Cierro el paréntesis para insistir que las normas laborales y de las que regulan la salud en el trabajo, siguen siendo ineficaces. El Código Sustantivo del Trabajo contiene elementos sociales de la década de 1950 que se han desvanecido con el tiempo y no se ajustan a las condiciones actuales de trabajo. Las Altas Cortes, por medio de decisiones judiciales, se han pronunciado sobre la legalidad sin atender la legitimidad y eficacia de la norma laboral. Desde 1991 el legislador está incumpliendo la obligación de emitir el Estatuto del Trabajo²¹ y los dos actores se han limitado a proferir reformas en virtud de las tradiciones jurídicas del positivismo jurídico.

52

Por esta razón, y con fundamento en el apartado anterior, para hacer eficaz el derecho laboral, la acción en el sistema jurídico debe admitir que este se auto-organice mediante las normas secundarias, denominadas así por Hart, que permiten crear y conservar estructuras propias del sistema para transformarse y ser útil en la sociedad. Aceptar que el derecho se conforma por tres elementos –validez, legitimidad y eficacia–, que están en constante transformación, permite tomar decisiones eficaces en la sociedad de mercado actual, sin que esto lleve a la autarcía del derecho, como lo han querido establecer los jueces que prefieren seguir

²¹ Constitución política de 1991. “**ARTICULO 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad” (CP, 1991).

divulgando la pureza del derecho en la decisión judicial como única fórmula eficaz en los conflictos laborales (Teubner G. , 1993, pág. 11), ignorando que el derecho se debe autorregular y es “un conjunto de sistemas regido por reglas, directivas y procesos, que a su vez, sufren una modificación constante y regida por reglas” (Teubner G. , 1993, pág. 13).

Debido a la paradoja entre la salud en el trabajo y el derecho, el desarrollo económico de la empresa, las normas laborales, los actores de la relación laboral y las decisiones judiciales están enfrentados, por los conflictos existentes en los subsistemas político, económico y cultural de la sociedad. El control del sistema económico por parte del Estado genera crisis de legitimidad al sistema político y la falta de legitimación del sistema político afecta los sistemas culturales (Teubner G. , 2000, pág. 125). La dimensión de estos problemas se refleja en la esfera de la eficacia, la relación laboral es tan rentable y libre para el empleador y las entidades de la seguridad social y a la vez es tan injusta y desigual para el trabajador, que terminan haciendo del sistema jurídico un sistema ineficaz y burlado por todos.

Las estructuras burocráticas del Estado y la deficiencia del sistema jurídico no permiten generar modelos eficaces para la administración de los otros sistemas sociales, contrario sensu, deslegitiman el poder político, haciéndolo ineficaz. Para institucionalizar la eficacia de los procesos se requiere, según Habermas, tener una “democracia organizativa”, esto es, los sindicatos de trabajadores, las asociaciones de todos los subsistemas de la sociedad, incluyendo el sistema educativo y cultural deben trabajar en colaboración y cooperar con la construcción de los sistemas sociales, permitiendo la participación de todos en forma racional. Así, el derecho tiene funciones como medio y como institución. Es medio cuando sirve para distribuir los bienes en la sociedad siguiendo los criterios del Estado y es institución cuando integra los sistemas de la sociedad y facilita los procesos de autorregulación en ella misma (Teubner G. , 2000, pág. 128).

En este contexto, la teoría crítica del derecho indica que la crisis del derecho se genera porque en la sociedad actual se continúa dando preferencia a los procedimientos, quedando atrapado el derecho entre la decisión judicial y la desobediencia civil. La falta de reconocimiento de los tres elementos –validez, legitimidad y eficacia– en el derecho como sistema, le impiden integrarse a los otros sistemas político, económico y cultural de la sociedad. Por ello el

derecho resulta ineficaz, en la medida que ofrece soluciones que no comprenden la realidad de la vida en sociedad (Teubner G. , 2000, pág. 129).

Para recuperar la eficacia del derecho se puede iniciar por permitir la entrada y salida de otros subsistemas sociales y auto revisar su funcionamiento, y así consentir la integración del derecho en la sociedad a la que pertenece. Se deben llevar las acciones legales hacia mecanismos más eficaces y abstractos del control social. Esto es, se debe superar el normativismo para doblegar las estructuras sociales que tienden a destruir la moral en la sociedad.

La función del derecho, en la sociedad actual, no se debe quedar en brindar soluciones a los problemas que van surgiendo. Más allá de esto, debe identificar las condiciones que permiten tratar el problema, sin destruir los otros sistemas, a partir del consenso entre los asociados; y evitar la imposición de los intereses de los más fuertes. Esto se consigue, según Luhmann, mediante restricciones a la estructura de cada subsistema en forma interna, para que no afecten los componentes de otro subsistema. El derecho resuelve los conflictos de los subsistemas, cuando no pueden ser resueltos por ellos mismos “La reflexividad debe mediar entre operación y función, puesto que para el subsistema la sociedad representa el sistema global tanto como el entorno social” (Teubner G. , 2000, pág. 131).

54

De acuerdo con el pensamiento crítico de Teubner, el derecho debe funcionar en la autorregulación de los subsistemas sociales, controlar las decisiones y regulaciones internas, mediante premisas estructurales que se deben atender en decisiones futuras dentro de cada subsistema. La función principal del derecho, desde el sistema jurídico, es establecer los parámetros del procedimiento para las decisiones, pero no debe ser considerado como un mandato legal inamovible, sino de integración de todos los subsistemas a la sociedad.

En consecuencia, en las relaciones laborales el derecho debe equilibrar el poder de negociación y controlar indirectamente los resultados de los acuerdos. El derecho no puede decidir de manera autoritaria cuál es el interés de las partes, debe limitarse a garantizar el proceso de coordinación y cumplimiento del acuerdo, comprendiendo que:

(...) el análisis legal tiende entonces a transformarse en un análisis omnicomprendivo de política social, lo que requiere a su vez una descripción adecuada de la situación real, la percepción de los problemas, la definición de objetivos, la selección de normas legales y la puesta en vigor de las normas en la realidad social. (Teubner G. , 2000, pág. 142)

Así, la eficacia del derecho puede dejar de medirse por la cantidad de sentencias emitidas o de pensiones de invalidez y sobreviviente reconocidas a los trabajadores enfermos por el trabajo.

1.5. Proposición del Objetivo General y los Objetivos Específicos

Se propone como objetivo general:

Identificar los elementos que estructuran el conflicto laboral derivado de la garantía judicial denominada estabilidad laboral reforzada del trabajador enfermo por el trabajo, a partir de los elementos tríadicos del derecho –validez, legitimidad y eficacia– disgregados en las dinámicas filosóficas, jurídicas y médicas propias de los actores de la relación laboral y del Sistema de Riesgos Laborales, para constatar el debilitamiento del principio de estabilidad laboral dentro del negocio jurídico derivado del trabajo.

55

Los objetivos específicos que se propuso alcanzar este trabajo son:

1. Inferir los cambios que se generaron en la sociedad del trabajo desde los orígenes del trabajo como castigo hasta el reconocimiento en la categoría de derecho y su vínculo con los desarrollos teóricos y jurídicos de la previsión social y la seguridad social para comprender el estado actual de las relaciones laborales en Colombia.
2. Identificar desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en Colombia los aciertos y vacíos que hacen parte del conflicto de la estabilidad laboral del trabajador enfermo por el trabajo, a la luz de los problemas de la legitimidad y eficacia de los contenidos normativos que desarrollan el principio de estabilidad laboral como norma y garantía, de la inexistencia de los controles para la promoción de la salud y la prevención del accidente de trabajo y la enfermedad

laboral para identificar los elementos filosóficos que afectan la estabilidad laboral como principio del derecho.

3. Contrastar las condiciones que permiten reconocer al trabajador enfermo por el trabajo y con enfermedad de larga duración como un nuevo grupo poblacional objeto de protección contra la discriminación, entre las decisiones judiciales del Tribunal Supremo de España y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con las normas del Derecho Laboral y la Seguridad Social Colombianas referidas a los modelos, enfoques, métodos y procedimientos para la calificación de la pérdida de capacidad laboral de los trabajadores.
4. Diferenciar los elementos filosóficos, jurídicos y médicos que están alejando a los actores de la relación laboral, para iniciar el camino del acercamiento al cuidado de la salud en el trabajo requerido por el principio de estabilidad laboral para garantizar la continuidad del negocio jurídico y reforzar la primacía de la teoría de la relación laboral en la regulación normativa del Derecho Laboral y la Seguridad Social sobre la teoría positivista del contrato.

1.6. Estructura capitular

Para el desarrollo de la hipótesis y los objetivos antes formulados, la presente investigación se ha dividido en cinco capítulos. El primero, titulado “Dinámicas en la configuración de la investigación en Derecho Laboral y la seguridad social con orientaciones filosóficas”, da cuenta de la delimitación del problema de investigación y describe la transformación del trabajo por la influencia de los procesos de globalización, flexibilización y politización de las relaciones del Estado con los particulares; hasta consolidar los conceptos de trabajador/prestador del servicio y de empleador/contratante, cuyos derechos y obligaciones se regulan en normas sin legitimidad ni eficacia. Consecuencia de estos cambios se narran los problemas derivados de las afectaciones de la salud en el trabajo, los efectos jurídicos y económicos que problematizan la relación laboral, las decisiones judiciales confusas e ineficaces que profundizan la distancia entre los actores de la relación laboral. Se destaca la exclusión en la investigación de los efectos generados por las causas que afectan la salud por

condiciones comunes y el proceso de estas en el Sistema General de Salud y de Pensiones. En este capítulo se formula la hipótesis, el objetivo general y los específicos, se esboza el referente metodológico donde se establece la investigación como propositiva, con aplicación del método sociológico y una metodología hermenéutica crítica que ayuda a explicar los puntos disímiles del conflicto y el referente teórico que aborda el problema desde la teoría tridimensional del derecho en las esferas de la validez, legitimidad y eficacia que sirvieron para estructurar la investigación con miras a una mejor comprensión de la filosofía del derecho por parte de los juristas actuales del Derecho Laboral y la Seguridad Social.

El segundo capítulo, titulado “Configuración de las relaciones laborales en Colombia y el origen de los conflictos laborales por la estabilidad laboral reforzada”, estudia el proceso histórico del trabajo desde los elementos económicos, sociales y políticos a partir de la sociedad aborigen hasta la sociedad de los derechos fundamentales. Se esboza el paso de la previsión social a la seguridad social que acompañó el cambio del Estado liberal al Estado Bienestar y finalmente al Estado Social de Derecho. En este escenario, las expresiones propias del capitalismo influenciaron los conceptos de salud en el trabajo desde la Seguridad Social, que van a cambiar la composición preventiva de la salud en el trabajo por la acción reparadora del daño causado por el accidente de trabajo y la enfermedad laboral. Se abordan las visiones del trabajo para los empleadores y los trabajadores en Colombia, presentando finalmente las actuales condiciones de trabajo en un país desigual que rasga en los principios de dignidad humana, igualdad, no discriminación y solidaridad las razones para mantener a flote la validez de las normas laborales actuales.

El tercer capítulo, titulado “La estabilidad laboral y la salud en el trabajo”, aborda la estabilidad laboral, que corresponde a un principio del Derecho Laboral que, debido a las mutaciones normativas del contrato de trabajo, las políticas de flexibilización de las relaciones laborales y las confusas interpretaciones de las Altas Cortes, ha sido degradado a norma, regla y garantía jurídica. Entre el poder judicial y el legislador se han creado subdivisiones del principio de estabilidad laboral, denominadas de entrada, de salida, propia, impropia, permanente y transitoria, hasta confundir su valor jurídico con los principios de igualdad y solidaridad en las relaciones laborales. De este contenido se derivan las razones

empíricas que los actores de la relación laboral utilizan en su defensa para justificar la inexistente promoción de la salud y prevención del ATEL en los ambientes laborales. La búsqueda del equilibrio en las relaciones laborales, sin el principio de estabilidad laboral y sin salud en el trabajo, ha llevado a los tres poderes del Estado a realizar actuaciones desde sus facultades constitucionales, que se presentan fallidas y evaluadas con el tamiz de la legitimidad, la validez y la eficacia del Derecho Laboral.

En el cuarto capítulo, titulado “La discapacidad, la incapacidad y la enfermedad del trabajador. Delimitación negativa del ámbito material de la revisión”, nos permite esbozar la relación entre la discapacidad y el trabajo desde las expresiones lingüísticas, los modelos sociales de atención y los enfoques de participación. El manejo social de la discapacidad se orienta desde el binomio salud-enfermedad por las políticas públicas del empleo, con influencia de los organismos internacionales. Con la publicación de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM) las condiciones de salud denominadas incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial, invalidez, discapacidad y enfermedad de larga duración, parecen haber encontrado unificación del proceso médico para su declaración y avances en los procesos jurídicos para el ejercicio o limitación de los derechos laborales. Para llegar a la declaración de los estados de salud mencionados después de la ocurrencia del ATEL, los trabajadores/prestadores del servicio deben pasar por los procesos de rehabilitación, reincorporación, reintegro y readaptación. Cada uno de estos procesos comprende etapas diferentes y requiere de actividades propias con miras a resultados óptimos, pero las entidades de la Seguridad Social que prestan los servicios sanitarios enfocan los esfuerzos en la recuperación funcional, ignorando el modelo social que incluye las dimensiones del funcionamiento, según la actividad y factores ambientales del trabajador como ser individual y holístico.

Al fracasar los procesos descritos, surgen en las relaciones laborales el absentismo y el presentismo. El empleador ignora las externalidades negativas relacionadas con el ATEL, así como las pautas existentes para disminuir los índices de su ocurrencia y, contrario sensu a su deber jurídico de asumir la responsabilidad de estos fenómenos en la empresa, endosa la culpa al trabajador y los emplea como causas para el despido. La delimitación negativa del

ámbito material de la revisión de la pérdida de capacidad laboral (PCL) del trabajador enfermo por el trabajo, se presenta desde el análisis médico y jurídico de los baremos, las competencias de los entes calificadores, las negligencias de los actores en la relación laboral dentro del proceso de calificación de PCL, las decisiones judiciales y los cambios de enfoques y modelos de la valoración. Esta revisión se realiza con fundamento en un buen número de autores expertos, cuyos aportes permitieron llegar a la identificación de los elementos estructurales del conflicto generado por el reconocimiento de la garantía laboral denominada “estabilidad laboral reforzada”.

Finalmente, en el capítulo quinto, titulado “Propuestas para contribuir a la solución del conflicto, reflexiones finales y limitaciones de la investigación”, se insiste en la dicotomía entre personas y cosas, y entre capital y trabajo, utilizada por los juristas que han ignorado el trasfondo de la filosofía crítica en el Derecho Laboral y la Seguridad Social. Partiendo de los elementos trádicos de la validez, la legitimidad y la eficacia, se formulan estrategias para la solución a la “guerra fría” generada por el despido y la estabilidad laboral reforzada del trabajador/prestador del servicio con el empleador/contratante. Esto se aborda a partir de estrategias básicas para el reconocimiento y superación de cada elemento estructural del conflicto identificado en esta investigación y cuya importancia se centra en comprender el vínculo íntimo existente entre el cuidado de la salud en el trabajo y la obtención del máximo nivel de productividad en las empresas. Se presentan las conclusiones de la investigación y una reflexión general sobre las limitaciones presentes que pueden suscitar la continuidad de otras investigaciones con referentes teóricos y metodológicos diferentes.

2. Configuración de las relaciones laborales en Colombia y el origen de los conflictos laborales por la estabilidad laboral reforzada

El sistema normativo bajo el cual se rigen las relaciones laborales entre el empleador y el trabajador se configura en un marco histórico de larga duración, especialmente en torno a la regulación de la salud en el trabajo y su impacto en la estabilidad laboral.

Lo anterior tiene vínculos con los modos de producción, la estructura social, la manera como se expresan las relaciones laborales y los sistemas o mecanismos de protección de la población. Entramos a revisar estos procesos para comprender más adelante la configuración de la estabilidad laboral como principio del derecho laboral y los cambios conceptuales dados para la protección de los trabajadores enfermos por el trabajo.

Para comenzar, vale la pena retomar el concepto de Dominique Méda (1998), quien considera que el trabajo cambia su significado de acuerdo con las épocas. El trabajo no es una categoría invariante, sino una categoría histórica construida por las necesidades de los diferentes grupos humanos que conforman la sociedad. A través de estas páginas veremos diferentes escalas históricas y geográficas en el desarrollo de sus modelos y políticas, para llegar a ubicarnos en el ámbito nacional colombiano.

La reflexión que nos presenta Dominique Méda se fundamenta en lo no dicho respecto al concepto de trabajo. En la filosofía griega, la idea de libertad que lleva al hombre al encuentro con su *logos* no incluye la satisfacción de necesidades bajo la acumulación material; en tanto quienes vivían bajo el *ponos*, tenían la indiscutible condición de esclavos, categorizados por Aristóteles como del mismo nivel del animal doméstico, que realiza mediante el esfuerzo físico los trabajos necesarios. Bajo este concepto, es importante identificar la diferencia del trabajo desarrollado hoy como una necesidad, para obtener y acumular riqueza. Para los griegos, realizar actividades que nos encadenen a la necesidad como el trabajo, hacen de las personas serviles sin valor social y las aleja de la razón.

El trabajo tenía la condición de servidumbre, dentro de los conceptos jurídicos utilizados por los griegos, entendido como una relación dada por la naturaleza, unos hombres nacían señores y otros nacían esclavos. Así, para Aristóteles (1988, pág. 163), el que manda no necesita saber hacer, sino saber utilizar, así lo importante para el señor era saber mandar al esclavo lo que tenía que hacer, división social que se mantiene en la sociedad postmoderna: la riqueza viene de cuna, los grandes empresarios heredan los negocios dentro del círculo de poder cerrado y en esta condición reciben a los trabajadores asalariados, en una suerte de servidumbre, a quienes les cambian las condiciones de trabajo, según la decisión política y económica más conveniente del momento, cumpliendo la enseñanza dada por los griegos, mandar a los trabajadores, cual si en la práctica fueran sus esclavos.

En el dogma iuscivilista y iusprivatista, que sí fue objeto de estudio por los filósofos, se adelantaron los conceptos de autonomía de la voluntad y libertad de expresión contractual, en los contratos civiles y comerciales. Estos conceptos fueron trasladados al que se conoce hoy como contrato de trabajo, que de autonomía de la voluntad, respecto al trabajador, no tiene una sombra, y de la expresión libre tampoco tiene evidencia de existir en la celebración de este contrato. Es un acuerdo desigual, es un ejercicio de sumisión amparado por el ordenamiento jurídico (García Amado, 1998, pág. 1), razón por la cual, dentro de los ejemplos que los doctrinantes dan sobre contratos civiles, omiten exponer el contrato de trabajo, que en la realidad no sirve para el fin perseguido.

Es notable que la historia del trabajo se haya desarrollado como un proceso lento, que en nuestros días no ha terminado, sigue una construcción en busca de la justicia social, como “una expresión más avanzada de la cultura jurídica” (Romagnoli, 1997, pág. 221). Las áreas del derecho son estudiadas a partir de la relación del hombre con el hombre, en tanto el trabajo se estudia a partir de la relación del hombre con la naturaleza (Marx, 1931, pág. 215), que la utiliza para transformarla y con ello satisfacer las necesidades propias y de su familia. En esta actividad es que el hombre, utiliza su único patrimonio “la fuerza” (De la Cueva, 1975, pág. 18) y en esta operación pone en riesgo su integridad física, daño ocasionado por la falta de promoción de la salud y prevención del ATEL, sin reconocimiento socio-jurídico claro en la sociedad del trabajo colombiana, como se describe enseguida.

2.1. Marco histórico del trabajo desde los procesos económicos, sociales y políticos

Cuando nos preguntamos por los antecedentes históricos de la estabilidad laboral y su relación con los problemas de salud y accidentalidad en el trabajo, nos encontramos con el referente de las sociedades europeas, en su configuración de modos de producción y establecimiento de relaciones entre grupos sociales. Allí vemos que los límites al abuso del poder en el trabajo –que se manifiestan en riesgos para la salud y la vida de quienes aportan su fuerza de trabajo–, tenían una expresión particular en las relaciones sociales de las comunidades indígenas.

Desde el periodo histórico del Imperio Romano y hasta el final de la Edad Media, encontramos que bajo formas productivas diferentes, el trabajo no es el centro de las relaciones sociales. La relación es inversa, es decir, según las divisiones establecidas en la estructura social, se definen los roles dentro de los procesos productivos, incluyendo el trabajo. Así, en el orden feudal la sociedad está dividida en estamentos claramente separados que no se mezclan entre sí: los que están obligados a trabajar (estado llano) y los que viven del producto de este trabajo (nobleza y clero) por derecho propio que les otorga el vínculo de sangre o el rango dentro de la sociedad (Méda, 1998, pág. 41). En este contexto, se mantendrá el sentido de los mecanismos de protección de las colonias europeas en el continente americano, mecanismos fundados en la relación de dependencia.

Durante el extenso periodo de la Colonia, que podemos ubicar entre el siglo XVI y el XVIII, se produjeron grandes cambios que constituyen antecedentes importantes para el objeto de esta investigación. Se presenta la caracterización de procesos económicos de la sociedad colonial y la conformación de las relaciones laborales pasando por la previsión social, que se estructuró como mecanismo de control social hasta el Estado Social de Derecho y la organización del Sistema de Seguridad Social.

Las relaciones de trabajo en la Colonia se inician en el territorio americano entre los conquistadores españoles y los indígenas en América. Los primeros, con la política de “sangre y fuego”, utilizan la esclavitud para someter a los segundos, pero la organización

fuerte de las comunidades nativas los llevó a utilizar la estrategia de imponer con anuencia de la Iglesia, por sus relaciones estrechas con la Corona Española, el credo del catolicismo ecuménico. El principal dogma del credo católico era la existencia de “un solo Dios verdadero, engendrado no creado”, mientras las demás creencias autóctonas de los indígenas debían ser eliminadas (González Rodríguez A. L., 1998, pág. 72). Se da paso a la persecución de los “idólatras” y se crean los “extirpadores de idolatrías” desde finales del siglo XVI y durante el siglo XVII, a través de sermones. Pero al permitir la formación de curas indios se combinan ritos católicos con manifestaciones populares de los indígenas, así pervivieron la religiosidad indígena con la evangelización española (Acosta Rodríguez, 2014, pág. 44). Las ideologías de los conquistadores, la organización de las poblaciones colonizadas y la religión católica se relacionaron estrechamente para imponer a la población americana no solo las ideas traídas del viejo mundo, sino también la organización, política, económica y social.

Desde esta trilogía los indígenas infieles se hicieron esclavos, bajo la duda de ser racionales los utilizaron para trabajar en beneficio de los españoles. Pero desde los mismos representantes de la Iglesia, con Fray Bartolomé de las Casas, se problematiza el trato a los indígenas. La Corona, para zanjar los conflictos culturales, permite crear figuras como la encomienda para incorporar los habitantes al sistema económico y político de los europeos. (Acosta Rodríguez, 2014, pág. 61). Los encomenderos obligaron a los indígenas encomendados a trabajos duros, generando la disminución en fuerzas y números para continuar el trabajo. Así se crea la siguiente figura de las “composiciones”, que dan paso a la importación de los negros esclavos de África. Se encuentran en el mismo territorio españoles, indígenas y afrodescendientes, se mezclan las razas y se generan otras formas sociales de organización y trabajos. Surgen los sirvientes de las haciendas, los negros libres que lograban escapar a los palenques y los mestizos que son el origen de los campesinos llamados “libres de todos los colores”, que hacen derrumbar la economía construida hasta el momento y se unen a las luchas independentistas. Superada la definitiva huida de los españoles del territorio americano, seguía existiendo la esclavitud con trato cruel y degradante hasta 1851 (Pino, 2005, pág. 20).

En la Colonia todo gira alrededor de la “Hacienda”, donde se centraliza la economía. La producción y la tenencia de la tierra impactan en el orden social por las guerras de independencia, que disminuyeron el número de trabajadores y transformaron las relaciones de trabajo. Ante estos efectos, oponerse al reconocimiento de derechos era una estrategia de los hacendados para mantener cautivos a los trabajadores. Riñeron con la ley de “libertad de vientres” de 1821, alegando el derecho a la “propiedad” y con los mecanismos del momento hicieron lo posible por impedir la aplicación de esta norma, que se pospuso por siete años desde su publicación por la entrada en vigor de la “ley de aprendizaje”, dirigida a la enseñanza que los hacendados debían dar a sus esclavos para que pudieran comportarse como hombres libres (Pino, 2005, pág. 14).

Ahora bien, el modelo de relaciones sociales en la Colonia dependía de la posición de los integrantes de la familia y su influencia política, para garantizar estabilidad en las condiciones de funcionamiento de la economía. En los momentos de inestabilidad, se presentaban cambios, que implicaban crear mecanismos de protección social diferentes frente a las necesidades de familias que resultan desprotegidas. Es el caso de las crisis económicas de la Edad Media, donde los frutos de la producción resultan insuficientes para el conjunto de la sociedad organizada, surge una situación de precariedad en los estamentos privilegiados, que pasan a ser *pobres vergonzantes*, familias en las cuales se pierde el poder económico, pero en razón de su pertenencia a un nivel social considerado superior, no pueden trabajar, pues hacerlo los haría indignos para su posición social.

Los *pobres vergonzantes*, ocultan la miseria encerrándose en sus viviendas y no se presentan públicamente –ni para solicitar trabajo ni para pedir limosna u otros auxilios–, incluso la situación llegaba a la total privación de alimentos, muriendo físicamente de hambre. Ante esta situación se crean mecanismos de amparo a cargo de la administración de la Iglesia, para brindar *indulgencias* o socorros económicos que permitieran a estas familias mantener mínimas condiciones de subsistencia (Rodríguez Salazar, 2006, pág. 205).

Por otra parte, durante la Colonia se va desarrollando el crecimiento de las ciudades o burgos, incluido el territorio americano, donde el comercio y la manufactura van estructurando un orden económico y social diferente al orden feudal referido.

Esta cuestión del trabajo destaca que esta época representó una estructura social marcadamente patriarcal. Se asignaba a las mujeres el rol de mantener el bienestar social, desde el ámbito familiar. Ellas debían realizar las tareas del hogar, abastecerlo de materiales como agua y leña, así como atender a los niños y se les atribuía la obligación de cuidar de los ancianos, enfermos e impedidos. De esta manera, las figuras estatales incipientes quedaban liberadas de esas labores: por no corresponder a las propias del ámbito público, eran del ámbito privado asumido directamente por las mujeres (Castillo & Ruzafa, 2009, pág. 31). Si bien no se puede afirmar que dichas acciones constituyeran en sentido estricto acciones de trabajo, tampoco lo eran de la previsión social. Esta fue la realidad desde la cual los gremios impulsaron iniciativas tendientes a la atención de la población dentro de las políticas públicas, que paulatinamente dieron lugar a la previsión social (Castillo & Ruzafa, 2009, pág. 33).

De manera que, para el final de esta etapa, el trabajo se muestra como un concepto omnipresente, creando el contexto bajo el cual se consolidan las relaciones de trabajo; aunque como veremos, en etapas posteriores los mecanismos de previsión social continúan mostrando una variada combinación de formas surgidas en diferentes periodos históricos. La “Hacienda colonial” de trabajo esclavo en la agricultura y la minería se transforman en la “Hacienda republicana”, que se ocupa del incipiente mercado urbano de consumo local, con un bajo nivel de comercio al exterior de productos como el tabaco y el cacao. El hacendado debía encargarse de la vigilancia permanente de la producción, que permitió entrar a los cambios políticos y comerciales del siglo XIX y XX (Pino, 2005, pág. 19).

El paso del régimen colonial a la modernidad comenzó con el racionalismo y el antropocentrismo del renacimiento. Se pasa de la verdad de Dios a la verdad de la ciencia. Las nuevas ciencias de estudio de la naturaleza y las matemáticas permitieron que los procesos políticos en Europa llegaran a la creación del Estado como paradigma de la sociedad moderna (Vela Orbeago, 2015, pág. 30). Es el paso de la sociedad formada por terratenientes dependientes de la producción de la tierra a la sociedad de burgueses dependientes de la acumulación del capital. Surgen estamentos como la defensa armada, la administración de justicia, la concentración de la propiedad y la internacionalización del

mercado que va desde la Revolución Industrial hasta la Primera Guerra Mundial, momentos históricos que transforman las relaciones de trabajo. Y como se estudia en el apartado siguiente, el paso del Estado Liberal al Estado Bienestar se presenta como consecuencia de la falta de garantía de los derechos de igualdad y libertad por la extrema protección a la propiedad. El proceso social se hace evidente por las guerras, el desarrollo de la ciencia, la acumulación del capital y el monopolio de la fuerza que llevan a consolidar el Estado para someterlo al Derecho, propuesto por John Locke, con el naciente principio de legalidad. La característica del Estado Liberal es el individualismo que se desarrolla desde la libertad para lograr la felicidad, la paz y la prosperidad en busca de, según Jeremy Bentham, “la máxima felicidad al mayor número de personas” (Vela Orbegozo, 2015, pág. 35).

Sin embargo, frente a este estado de cosas cabe preguntarse: ¿fueron la libertad y la legalidad los principios sociales que permitieron equilibrar las relaciones entre trabajadores y empleadores? Para dilucidar la posible respuesta acudimos a la descripción de los hechos que llevan a dar paso del Estado Liberal al Estado Bienestar, y de este al Estado Social de Derecho, para comprender la dimensión del conflicto social objeto de estudio. Afrontar las consecuencias negativas del modelo económico, que generó pobreza, desigualdad y desempleo, develó que el bienestar era para unos pocos, dando paso a las revoluciones laborales que se generaron como reacción a la reducción cada vez más de la persona por la máquina, y reconocer el trabajo como derecho fundamental al lado de la igualdad y la libertad.

En este marco cabe recordar los antecedentes históricos, en los cuales se tiene que la organización indígena presente en América antes de la conquista tenía su propia estructura, su propia civilización que fue destruida y abusada por los conquistadores. De manera que los aportes políticos, sociales y culturales de la colonización se encuentran en algunos textos como un proceso en que se superó la barbarie, brindando una oportunidad de entrar en la civilización. Pero la historicidad del trabajo, aquí presentada, contribuye a la comprensión de las formas violentas bajo las cuales se generaron las condiciones del trabajo y las confrontaciones que llevaron a la pérdida de vidas de los europeos como de los habitantes del territorio americano.

Se encuentra entonces que desde esta precaria legitimación del trabajo en la historia los cambios del derecho y la economía divulgan la presencia de las viejas herencias de la desigualdad social, que se proyectan en las actuales formas de dependencia económica y tecnológica. Los vicios heredados del colonialismo se manifiestan hoy en el subdesarrollo, en el cual la pobreza extrema hace de las personas presas indefensas de la violación de otras libertades, en palabras de Amartya Sen “La ausencia de libertad económica puede generar ausencia de libertad social, de igual forma que la ausencia de libertad social o política puede fomentar ausencia de libertad económica” (Sen, 2000, pág. 18).

La tesis de Sen sobre la libertad económica y la pobreza nos permite presentar tres consideraciones que aquí se tratarán. La primera, el lugar que el trabajo ha ocupado en la sociedad colombiana como determinante del lento proceso de reconocimiento de la equidad en las relaciones contractuales. En segundo lugar, la explicación de la situación actual de los trabajadores asalariados, que reclaman más trabajos rentables a un Estado que responde con políticas económicas que aumentan la producción con menos derechos laborales. Y la tercera, con miras a conseguir un equilibrio entre la dignidad humana y la confianza en los sistemas sociales formados por normas del derecho que se estructuran desde tres elementos necesarios y diferentes, legitimidad, validez y eficacia, para abrir camino hacia el encuentro del derecho laboral y la justicia, en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social, conforme describe el artículo 1 del Código Sustantivo del Trabajo publicado en 1950.

67

2.1.1. El trabajo desde la sociedad aborígen a la sociedad de los derechos fundamentales

De la Colonia al Estado Liberal

Los cambios en el trabajo se dieron desde las sociedades aborígenes americanas, que lo entendían como el esfuerzo para abastecerse en la realización de actividades como la pesca, la agricultura, la caza y la artesanía, que se reconocían por la actividad física y el uso de herramientas, en las cuales se trabaja para satisfacer las necesidades, limitadas en el tiempo

y el espacio según su visión del territorio y las relaciones con la naturaleza. “El hombre ni asume en solitario las actividades de subsistencia, ni se apropia a título individual los resultados de ellas” (Méda, 1998, pág. 27), con lo cual la repartición de los bienes no tiene criterios económicos para el hombre aborígen, pues en su contexto la noción de economía en el trabajo no comporta un significado independiente en sí.

En esta sociedad, la integración de las familias, clanes, comunidades, cacicazgos y otras estructuras sociales, involucran sus propios mecanismos diversos de protección ante las situaciones de los individuos que lo requieren. Esto bajo sistemas de vida en los cuales las personas mayores suelen tener un rol importante como transmisores de la cultura. De manera que, en su contexto, configuraron mecanismos sociales que se encargaban de brindar soporte a las personas en momentos de disminución de su capacidad productiva.

Entre los historiadores no hay acuerdo en las formas de organización socio-política de las comunidades indígenas en América que fueron afectadas por los conquistadores fragmentando la unidad étnica regional y global de los diferentes grupos indígenas que encontraron a lo largo del territorio (Barthas, 1997, pág. 5). Sin embargo, en términos generales se ha reconocido que al llegar los españoles a tierras americanas fijaron su mirada en las minas y riquezas naturales. De 1560 a 1640 se desarrolló el periodo de guerras entre los indígenas y los españoles enviados por la Corona para abastecer las arcas europeas, utilizando la política de “sangre y fuego”, con la esclavitud como principal mecanismo de explotación de la fuerza de trabajo aborígen.

Después de 1640 cambian las estrategias de dominación del uso de la fuerza al sometimiento por la voluntad del Dios de los misioneros por “medios suaves”, así la guerra y la evangelización formaron la política de control con mayor resultado. Las relaciones entre españoles e indígenas se caracterizaron por ser bélicas en todo el territorio americano, desde Chile con los Araucanos, en Bolivia con los Chiriguano, en Colombia con los pijaos, en Ecuador con los Zambos y en Panamá con los Cucunas, entre otros (Montoya Guzmán, 2011, pág. 13). Pero desde la segunda mitad del siglo XVII otros mecanismos de poder, como la encomienda, funcionaron para el dominio de los indígenas en el trabajo, con el permiso a los señores encomenderos españoles de asesinar a los indígenas si así lo estimaban conveniente.

Esta institución tenía la función de reunir bienes y riquezas que debían servir para alimentar los tributos de las colonias a la Corona española.

La fundación de pueblos y ciudades durante la Colonia permitió a los españoles vigilar a los indígenas y mantenerlos controlados en territorios más pequeños donde podían amenazarlos y reducirlos en caso de no trabajar o de alguna rebeldía. Dentro de las disposiciones para mantener la dominación después de una batalla el español Francisco de Prado y Zuñiga ordenó:

(...) sean sacados de la cárcel y prisión en que están con una soga en la garganta y se les de garrote a los susodichos como es costumbre hasta que naturalmente hayan muerto, y de los demás principales Caciques se corten diez y seis cabezas y se pongan en alto de sobre unos palos para que tomen ejemplo los demás indios. (Montoya Guzmán, 2011, pág. 18)

El orden colonial entraría a desarticular los sistemas de relaciones sociales indígenas e imponer un nuevo modelo –fundamentado en la lógica de intereses económicos europeos–, dentro del cual aparecieron sistemas de organización del trabajo y manejo de las situaciones de personas que requerían protección. Es importante resaltar que no se trató de una supresión total de los sistemas indígenas, sino una reorganización que en parte mantuvo unidades político-administrativas territoriales y figuras aborígenes de autoridad, pero en cualquier caso bajo una lógica colonial, como es el caso de los resguardos y los cabildos. Las misiones de las distintas comunidades religiosas –jesuitas, franciscanos, dominicos y capuchinos– buscaron mejorar las comunicaciones con los indígenas para conquistar el territorio civil y políticamente. Con esta estrategia los misioneros podían vigilar, civilizar y proteger a los indígenas. El desplazamiento de los indígenas de un lugar a otro no era concebido como una explotación laboral sino como una forma de civilización. De esta forma se distribuyeron las tierras para convertirlos en sedentarios para las actividades de la agricultura y la minería (Montoya Guzmán, 2011, pág. 26).

Los indígenas debían volverse productivos, con moral cristiana, abandonar las prácticas inciviles como la desnudez, la poligamia, la promiscuidad, objetivo que se cumple con la expedición de las normas que hacen parte del siguiente periodo que se describe (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2019, pág. 84). Así, el proceso de colonización sigue utilizando los modelos de extirpación de idolatrías que se venían aplicando en el territorio

europeo. Creer en los dioses “no correctos” y ocultarlos a los ojos de las comunidades misioneras, era considerado paganismo y castigado como tal, con el fin de proteger el orden colonial.

En la Colonia, la relación de trabajo no se basaba en el salario sino en la dependencia, por la existencia de la esclavitud como institución socialmente válida. Por ende, los mecanismos de protección se establecían como una obligación hacia los dependientes, con variaciones relacionadas con las características productivas y normativas de los momentos y circunstancias históricas (Plácido, 2009, pág. 3). El trabajador-dependiente de un dueño, está obligado a brindar su fuerza de trabajo, su conocimiento y su tiempo sin límites; y a su vez el dueño tiene responsabilidad respecto a las condiciones de trabajo que podían afectar la salud o generar riesgo en la vida del trabajador-dependiente, que en este contexto no tiene relación con la idea jurídica del cuidado de la salud en el trabajo, sino como cuestión de mantenimiento de la mano de obra para la producción.

El tributo de los indígenas inicialmente era en especie. Las relaciones laborales se fueron transformando conforme se produjo una disminución significativa del número de indígenas por todo el territorio americano. Aparece la figura del “concertado” como la primera forma de contrato de trabajo colectivo entre los concertados –integrantes de un cabildo indígena con líder– y los terratenientes. El trabajo era obligatorio en cualquier parte del territorio, pero recibirían un pago como salario. Esta figura se confundió con la “Mita”. Bajo esta estructura laboral, muchos indígenas se quedaban en los territorios y no regresaban al cabildo. Lo que siguió fue la ocupación de las grandes tierras por los encomenderos que utilizaron la mano de obra indígena para trabajos agrícolas y en las minas, perdiendo la vida en estas labores.

Con la disminución de la mano de obra indígena, la Corona Española expide “Las leyes de indias” en 1542, que generaron la conocida frase en el derecho “se obedece pero no se cumple”. Esto forjó la importación de esclavos negros, inicialmente 1.500 para labores en minas y luego se extendieron a la agricultura, generando decadencia en el sistema de la encomienda, ocasionada por la pérdida de tierras de los encomenderos (Pino, 2005, pág. 81). Los esclavos negros trabajaron en las minas, en las estancias y como sirvientes en las casas

de los grandes hacendados, que utilizaron su mano de obra para producir carnes, mieles y aguardiente.

La formación de las haciendas llevó a trabajar en ellas a los mestizos que tenían más libertades, y a los españoles pobres. La estrategia para mantener a los trabajadores en estos lugares fue crear deudas a su cargo con el hacendado, así debían trabajar hasta pagarlas sin recibir salario. A quienes no podían endeudar les ofrecían un aumento del pago. La escases de trabajadores en las haciendas permitió la mejora en los ofrecimientos de salarios y condiciones de vida, que dio inicio a la especialización en oficios, entre ellos artesanos y mercaderes. La unión entre indígenas, esclavos negros y criollos permitió el mestizaje.

La economía colonial y los modelos de relaciones laborales se enmarcarían en el sistema productivo encaminado a los circuitos comerciales que giraban en torno a la metrópoli europea. Especialmente en el caso del Imperio colonial español, se presentaba un aparente dominio de la realeza. No obstante, el crecimiento del poder de la burguesía determinó paulatinamente la lógica económica de todo el sistema, con el transcurrir de los siglos del periodo colonial, llegando a determinar la noción misma del trabajo y la relación laboral.

Durante la Colonia el modo de producción, de tipo pre-capitalista, implica que la mano de obra se mantiene anclada a la figura de la hacienda y los procesos productivos se caracterizan por el uso de técnicas rudimentarias. Las colonias se insertan en los circuitos de los mercados internacionales en torno a un énfasis en la exportación de metales preciosos. Esto genera disparidad entre regiones donde se ve mayor riqueza a causa de su producción, mientras que en las zonas donde no se extrae, se configuraban condiciones de pauperización de la mayor parte de la población (Rodríguez Salazar, 2006, págs. 223-224).

Para el siglo XVIII, esta penetración del pensamiento burgués se refleja en la concepción del trabajo como medio creador de riqueza. A partir de la obra de Adam Smith (1774), se expresa esta noción según la cual el trabajo en sociedad permite a la persona negociar sus talentos y realizar un intercambio económico. Lo que se transa ya no son productos adquiridos con su trabajo, sino el trabajo mismo. Es así que el trabajo llega a ser considerado como una mercancía que es propiedad del trabajador y que la puede arrendar (Méda, 1998, pág. 59).

Con la publicación de estas ideas, se concibe el trabajo como una fuerza capaz de crear valor a las cosas, generar productividad, entendida como la posibilidad de fabricar en gran proporción en lapsos de tiempo más cortos. Con Smith se concibe la idea de trabajo productivo e improductivo (Méda, 1998, pág. 54), considerando productivo el que genera valor en las cosas, lo que no puede materializarse no es trabajo productivo, así que los servicios prestados por las mujeres, los clérigos y los médicos eran trabajos improductivos, por no producir riqueza.

Resulta interesante ver cómo estas nociones atravesarían las configuraciones coloniales específicas, permeando las esferas del trabajo y de las poblaciones económicamente vulnerables. Para finales del periodo colonial, al menos en algunas regiones de Colombia, como Antioquia, las condiciones del contrato de trabajo tendrían un efecto importante en el ordenamiento social y el manejo de las situaciones asociadas a la pobreza. En efecto, en regiones donde gran parte de la población trabajadora era libre, resultaba tener una dinámica flotante, es decir no establecida de forma constante en el territorio. Esto estaba asociado a la estructura económica, que demandaba fuerza de trabajo en la producción del campo de forma estacional y para la expansión de la frontera agrícola. En el contexto de esta dinámica de movilidad, la situación de pobreza de estos grupos era vista como un problema de movilidad, mendicidad y vagancia para la sociedad. Los mecanismos de protección hacia esta población se asociaban entonces al control de los riesgos que se percibía que podían generar, como posible desestabilización del orden social imperante (Arévalo, Ciro, & Gutiérrez, 2006, págs. 186-187).

72

Como veremos a continuación, esta perspectiva provenía de una tradición de políticas europeas, que atravesaron el periodo colonial.

La Independencia y el inicio de construcción de la República se producen en un contexto económico de estancamiento, herencia del sistema colonial, con predominancia de la hacienda, la ganadería extensiva en tierras fértiles y el endeudamiento, de los hacendados con los mercaderes y de los trabajadores con los hacendados. Por esta razón la abolición de la esclavitud se dio en 1851, cuando ya se había logrado la independencia con España.

La economía nacional se caracterizaba por un bajo nivel de productividad del trabajo, condiciones geográficas que implicaban altos costes de transporte y circuitos comerciales que tendían a mantenerse en el ámbito local. Las relaciones de trabajo continuaban siendo principalmente de servidumbre. Estas características económicas, y especialmente el hecho

que el mercado colombiano a lo largo del siglo XIX resulte marcadamente estrecho, incide además en que el recaudo de impuestos sea también bastante limitado (Rodríguez Salazar, 2006, págs. 223, 225 y 230).

Antes de proseguir, es noble establecer que la República en América tiene vocación indigenista, en tanto buena parte de la legislación inicial se inspira en la salvación de los pueblos indígenas, tal vez como una forma de proteger a los indios de ellos mismos. Luego se destacan los campesinos que eran “libres de todos los colores” (Pino, 2005, pág. 13) que buscaron reconocimiento en la sociedad logrando la abolición de la esclavitud, el derecho a la propiedad de la tierra y la comercialización de los productos.

Del Estado Liberal al Estado Bienestar

Como antecedente histórico de estos procesos, cabe recordar que el Estado de Derecho o Estado liberal nace en Alemania entre los siglos XVIII y XIX, asociado a la idea de asegurar la libertad y la propiedad a los ciudadanos, sometiendo el poder al derecho, el gobierno y los tribunales a las leyes (Villar Borda, 2007, pág. 74). Su fin era preservar y defender los derechos civiles de los ciudadanos contra las arbitrariedades de las autoridades administrativas y judiciales.

Pero el Estado de Derecho no logra garantizar los derechos de igualdad y libertad para todos los ciudadanos. El legislador no reconoce las relaciones sociales de poder, sino es utilizado para beneficiar a los más fuertes sobre los más débiles, generando inconformidad en la sociedad que reclama la igualdad social real, a través de la clase trabajadora que se organiza en partidos y sindicatos (Villar Borda, 2007, pág. 83). Frente a esta situación surge el Estado de Bienestar, para superar el concepto de las libertades clásicas otorgadas en los derechos políticos y civiles y permitir el desarrollo de los derechos sociales, como el empleo y la seguridad social, que son prestacionales y están a cargo del Estado.

El Estado de Bienestar se fundamenta en el derecho social, que busca el equilibrio en las relaciones sociales, la cobertura proteccionista de los grupos sociales –la familia, los obreros

y los campesinos—, para eliminar las diferencias entre los ciudadanos que mantenía el Estado burgués (Quiñones Tinoco & Rodríguez Lugo, 2015, pág. 184).

Así las cosas, la noción del Estado de Bienestar se produjo, en sí mismo, como respuesta ante las tensiones sociales acumuladas y la presión de modelos que pugnaban con el capitalismo, buscando garantizar condiciones mínimas para los ciudadanos, relacionadas con la provisión de servicios asistenciales y normas regulatorias. Se trataba de atender los aspectos derivados de la alimentación, la salud, la educación, la vivienda y la base de ingresos, fundamentales para una existencia material de la sociedad en la cual puedan darse la paz y la integración social necesarias para que el sistema económico goce de legitimidad y sea políticamente estable. (Cerquera Unda, 2018, pág. 10)

Si bien en cada país se desarrollaron variantes específicas en relación con sus condiciones concretas y su historia política, es posible distinguir tres tipos generales del modelo de Estado de Bienestar, con connotaciones especiales respecto a las relaciones de trabajo. Primero, el Estado de Bienestar conservador, un modelo que hace énfasis en mantener el orden de la sociedad con diferentes estatus entre los grupos que la conforman, garantizando la estabilidad a través de la provisión de servicios bajo la óptica de la vida digna y el foco de atención en las familias. Este modelo “Se preocupa por la protección al trabajador en caso de calamidad, la búsqueda del pleno empleo y la defensa de la industria nacional” (Cerquera Unda, 2018, pág. 10).

Segundo, el Estado de Bienestar liberal, defiende las iniciativas particulares, la propiedad privada y la participación en el mercado. Se concentra en programas sociales de asistencia restringida a los sectores sociales más deprimidos bajo la premisa de lograr desarrollar la autonomía suficiente para cumplir el rol que se espera de ellos en el sistema capitalista. La solidaridad se liga a la voluntad individual de los sectores económicos prominentes.

Y tercero, el Estado de Bienestar social-demócrata, que integra “el bienestar y el trabajo (liberalismo y socialismo) obligándose a la garantía del pleno empleo y desplegando al máximo sus tendencias políticas” (Cerquera Unda, 2018, pág. 10). En este caso el Estado tiene un rol central frente a la solidaridad, la concibe como un deber universal de la sociedad, debe ser protegido como parte del ejercicio de lo público.

En efecto, en el sometimiento del poder al derecho en el Estado liberal de Locke, los trabajadores y las mujeres no eran incluidos en las leyes de pobres o de beneficencia, pues el Estado liberal establecía un orden implícito en el cual los individuos y familias se debían encontrar en las dinámicas del mercado y desde ahí solventar sus necesidades. Es decir que no contaban con una cobertura asistencial básica, a menos que por alguna circunstancia se perdiera la capacidad de trabajo. Esto conduce a la familia a soportar las responsabilidades de la previsión y la mitigación de los riesgos del trabajo (Castillo & Ruzafa, 2009, pág. 60 y 64).

El Estado solo ha intervenido donde la familia no logra garantizar la subsistencia, y ha sido subsidiario de esta. La familia se ha hecho cargo de los dependientes, los extremos del ciclo vital, los expulsados o no integrados al sistema productivo y ha soportado la desprotección pública de los trabajadores, hasta etapas recientes. Sin esa aportación de la familia, el sistema económico general no habría sido viable. No obstante, este papel básico de la familia no fue valorado por la historia económica o social clásica, que solo contemplaban la acción pública del hombre en el sistema productivo y despreciaban la acción privada de la familia y la mujer (Castillo & Ruzafa, 2009, pág. 64).

El aumento del comercio desborda las fronteras del Estado liberal, pasando de la estructura social feudal a la estructura social burguesa soportada en la acumulación de capital, que genera otras formas de organización económica y cambios sociales, acompañados de estragos sociales y sanitarios, especialmente asociados a la masificación de la clase trabajadora. Una situación que llevó a la creación de políticas de protección social, para preservar la base humana del sistema productivo, por lo cual:

(...) las primeras medidas legislativas se refirieron al accidente de trabajo, temidos no solo por los obreros expuestos a ellos sino también por los propios empresarios dadas sus consecuencias financieras. En torno al riesgo de accidente se organiza en París el primer encuentro de pretensión internacional sobre protección social, con iniciativa de los representantes de la patronal paternalista franceses, particularmente empeñados en impedir la adopción de seguros sociales a la 'alemana' (...). Franceses y alemanes tienen posturas antagónicas en las obligaciones y el grado de implicación del Estado en la previsión social, en ambos casos el beneficio del seguro social está subordinado al ejercicio de una actividad profesional. (Castillo & Ruzafa, 2009, pág. 462)

En Colombia, para la década de 1850 inicia una transformación política que consiste en un giro hacia el liberalismo, conocido como la *primera república liberal*. Este impulso conllevaría una creciente separación de la Iglesia, a la cual se retira su poder de injerencia en el Estado y el manejo de bienes públicos, mediante el proceso conocido como desamortización de manos muertas; así como la apertura de la economía y la eliminación de gravámenes para favorecer el comercio, entre los cuales es representativo el estanco del tabaco. La economía debía impulsarse también a través del desarrollo del sistema de transportes, con una fuerte inversión en ferrocarriles, a través de créditos internacionales, especialmente con Inglaterra. Desde luego, este impulso del crecimiento económico capitalista era liderado por unos sectores, destacándose los comerciantes, mientras que otros los repudiaban en tanto afectaban sus intereses y lucharon contra ellos, incluso generando guerras, con fuerte incidencia de artesanos y latifundistas.

El esperado desarrollo económico no se produjo según las expectativas de los liberales radicales. La apertura no tuvo un impacto significativo en la tendencia a la acumulación de capital, la economía se estancó y la pobreza siguió en aumento. En las ciudades se observó un sensible aumento de los mendigos y las tensiones sociales se fueron acumulando paulatinamente. Las guerras civiles también incidieron en un el aumento de la pobreza, afectando los procesos de producción, al desplazar a los trabajadores de las regiones tanto agrícolas como donde se establecían incipientes industrias. Estos grupos pasaban a engrosar las filas de marginados socioeconómicos en los lugares receptores de población desplazada; y a la vez no se favorecía la consolidación de los procesos productivos, configurando una espiral de crisis social que a su vez alimentaba el caldo de cultivo de las guerras (Rodríguez Salazar, 2006, pág. 234).

Inevitablemente, la *primera república liberal* entró en crisis en medio de “las guerras civiles, el incremento en los niveles de precios, la economía especulativa incubada en el seno de la banca libre y el conflicto estado-iglesia en una sociedad premoderna, lo que condujo a la desestabilización del régimen político” (Rodríguez Salazar, 2006, pág. 238).

Bajo estas condiciones, en oposición a los liberales radicales, se produce el movimiento político conocido como *la regeneración*, bajo el liderazgo de los conservadores y los liberales

moderados. En el convulso campo político de las décadas de 1870 y 1880, estos dos sectores también se enfrentaron, imponiéndose el conservador, bajo cuyo enfoque se promulgó la Constitución de 1886. El sentido de la agenda de *la regeneración* era lograr una estabilidad social, política y económica en las dinámicas internas del país, esto se logró a través de un modelo marcado por la imposición del ideario conservador de nación y la represión de las expresiones de la oposición.

Este contexto determina los cambios económicos de finales del siglo XIX y comienzos del XX, hacia la industrialización y la urbanización. Aquí la pobreza, que estaba asociada a aquellos sectores que no tenían oficio, beneficio o hacienda, se extiende a los trabajadores, con lo cual la desigualdad adquiere nuevos matices. En Colombia, este aspecto se ve marcado inicialmente sobre todo por el desarrollo de la clase obrera bajo el desarrollo del modelo agroexportador. Sin embargo, son escasos los estudios en la materia, y aparece un campo de análisis más amplio en los sectores urbanos, el surgimiento de barrios obreros y las estrategias relacionadas con políticas públicas que buscan la relocalización, vigilancia y control, aplicando dispositivos de poder como las políticas higienistas (Arévalo, Ciro, & Gutiérrez, 2006, págs. 186-187).

Históricamente, la configuración de la previsión social en lo que actualmente denominamos Colombia, se desarrolló en el marco de las tradiciones del Estado, con sus principales referentes en el mundo europeo. Es así que se identifica a nivel global, que entre los siglos XVIII y XIX se produjo un cambio de las concepciones de un Estado de Derecho que se preocupa por preservar la esfera de las libertades de las personas y limitar la invasión de éstas por el poder estatal, para pasar al Estado Social de Derecho. (Villar Borda, 2007, pág. 83)

Este último constituye un ámbito donde se desarrollaron las nociones de los derechos fundamentales como derechos de prestaciones a cargo del Estado, cual es el caso del trabajo, la seguridad social, la educación y la asistencia médica. Estas conexiones se expresan en las normas que vendrían a establecerse frente a la realidad social colombiana, marcada por profundas desigualdades. La ley es reconocida como el instrumento que logró poner límites al poder absoluto y permitió el paso del Estado opresor al Estado liberal, tomado como la máxima expresión del derecho positivo que se fundamenta en el principio de igualdad formal (Bastidas Mora, 2009, pág. 46).

La teoría positivista asume el derecho como una disciplina que establece la validez del derecho en la existencia de la norma fundamental, a la vez que la eficacia depende del ajuste de los hechos a la norma que acepta la sociedad, quedando por ende legitimada. Esta concepción, que unifica los tres elementos de la norma en la validez, ha generado en la organización político-legal del mundo del trabajo en Colombia una disminución de la dimensión moral del derecho; al tiempo que ha llevado a la eliminación del consenso necesario para estructurar un sistema jurídico-político justo (Mejía Quintana, 2013, pág. 362).

Del Estado de Bienestar al Estado Social de Derecho

El fin de la Primera Guerra Mundial y del período de revoluciones sociales, junto con el desarrollo industrial de los países más avanzados, permitió que se incorporaran al orden jurídico los derechos sociales fundamentales al lado de los derechos políticos y civiles, que obligan al reconocimiento de prestaciones por parte del Estado y de los particulares, en una norma superior denominada Constitución. En este momento se crea el concepto de Estado Social de Derecho, iniciado por el alemán Hermann Heller (1891-1933) (Villar Borda, 2007, pág. 83).

La idea de que el poder político debe lograr la justicia mínima para los ciudadanos es originaria del Estado Constitucional, esto es del Estado Social de Derecho. Por medio de una norma amplia y comprensible para todos, se limita y legitima el poder del Estado, se cambia el paradigma del poder absoluto del legislador por la obediencia a valores ético- políticos como la justicia, la igualdad y la dignidad, que no se dan por fuerza de la ley sino de la Constitución (Bastidas Mora, 2009, pág. 51).

Así, de acuerdo con los profesores Uprimny y Rodríguez (2007, pág. 43), pueden considerarse como elementos característicos del Estado Social de Derecho regido por la Constitución Política:

- a) Las restricciones a la política económica derivadas de reglas constitucionales.
- b) Las competencias diferenciadas para los órganos estatales.

- c) La limitación derivada de reglas sobre política pública. El cumplimiento de normas para la producción de las leyes. La garantía de las libertades civiles y políticas.
- d) Los límites y controles al poder político, legislativo y judicial impuestos por los preceptos, valores y principios constitucionales.
- e) La facultad limitada al gobierno para superar las crisis.
- f) Conceptos constitucionales abiertos que limitan las actuaciones de las autoridades.
- g) La protección de los derechos sociales, de protección defensiva y protección progresiva.

En el caso de nuestro país, estos elementos comienzan a ser incorporados bajo la noción del Estado Social de Derecho, como principio rector, con la Constitución de 1991. A partir de este momento se delega en el legislador la responsabilidad del desarrollo normativo de cada precepto constitucional. Este proceso ocurre después del largo y complejo camino que empezó con los orígenes pre-colombinos, continuó con la difícil época colonial que contrastó con la modernidad en Europa, hasta lograr después de las guerras civiles consolidarse como un Estado en el siglo XIX. Con autoridades débiles y una sociedad dividida por la violencia y la desigualdad, pasa al siglo XX con el impulso de la industrialización y la influencia de las ideas económicas de Alemania y Estados Unidos, para ingresar en el proyecto de convertirse en un Estado Social de Derecho (Vela Orbegozo, 2015, pág. 22). Sin embargo, las reformas agrarias y laborales fracasan en el propósito de enfrentar las exclusiones y las desigualdades sociales, que las elites colombianas han profundizado mediante la proliferación de la corrupción en todos los sectores públicos y la agudización del conflicto armado.

Al lado del Estado Social de Derecho, han buscado espacio las políticas neoliberales con la aparente propuesta de desmontar todas las políticas proteccionistas del Estado en pro de la defensa de los derechos sociales, legitimando con estas ideas la flexibilización de las relaciones laborales, con el argumento de dar prevalencia a la libre voluntad de las partes para contratar. Es decir, buscan inaplicar las tuitivas normas laborales para dar cabida a las normas civiles y así conseguir el desvanecimiento de los derechos laborales (Cerquera Unda, 2018, pág. 42).

Con una Constitución Democrática y Social, Colombia es también una nación en desarrollo, con altos índices de inequidad social, insatisfacción de las necesidades básicas y una economía sometida a los organismos internacionales. Desde 1991 el país ha transitado por gobiernos que poco a poco han limitado los derechos sociales, bajo la excusa de garantizar los derechos civiles y políticos, disminuyendo el tamaño del Estado y privatizando las funciones que le corresponden en tanto Estado Social, haciendo ilegítimas las decisiones administrativas sobre el empleo, la educación, la salud y los demás derechos sociales (Villar Borda, 2007, pág. 85).

El camino que el Estado Social de Derecho colombiano ha seguido, trazado por las políticas neoliberales, está marcado por reformas dirigidas a reducir la estabilidad en el empleo, como principio del derecho laboral que analizaremos con detenimiento más adelante, utilizando como subterfugio el desarrollo por competencias del trabajador que le permitan ser más proactivo, incrementar sus posibilidades de emprendimiento y no buscar empleos de larga duración. En contraste con esta perspectiva, en el Reino Unido se ha demostrado de forma empírica la existencia de una correlación entre los contratos de duración determinada y una menor probabilidad de emprender formación para adquirir competencias propias de la empresa, por el desprendimiento que de la misma tienen los trabajadores (Vergeer & Kleinknecht, 2014, pág. 407).

Un último aspecto a resaltar es la enorme variedad de situaciones que aparecen en los distintos momentos de transformación del Estado, desde las sociedades indígenas que habitaban el territorio americano con sus formas de organización socio-política, hasta el arribo de los españoles y su posterior salida del continente. Todas estas etapas tienen en común el dominio de la tierra a través de diferentes formas y la necesidad de la mano de obra del trabajador. Las figuras socio-jurídicas creadas en el Estado liberal, en el Estado Bienestar y en el Estado Social de Derecho, evidencian las maniobras que a través del uso del poder se llevaron a cabo para lograr con el mayor éxito posible el desarrollo de la economía, con la más dramática situación de desventaja de los trabajadores hasta llevarlos a la muerte. Desde los indígenas hasta los ciudadanos del mundo, el trabajo pasó de la esclavitud, al concertaje,

al arriendo, de allí al peón del campo, al obrero y al profesional, todos expropiados de sus tierras y conocimientos, al servicio de las políticas del mercado.

2.1.2. De la prevención social a la seguridad social

A continuación, abordaremos las dimensiones contextuales de la economía y las relaciones laborales, que permiten comprender las lógicas entrecruzadas, y a veces en franca oposición, que determinaron los cursos del devenir del Estado y sus políticas en materia de previsión social, hasta la determinación de la seguridad social como sistema en el Estado Social de Derecho.

Desde la perspectiva teórica propuesta, analizamos este proceso de transiciones teniendo como referente la teoría crítica del derecho, que abarca los elementos tridimensionales: validez, legitimidad y eficacia. Así, se intenta comprender la naturaleza del trabajo y las transformaciones que el cuidado de la salud ha tenido en el campo normativo, desde los lugares de los diferentes actores de la relación laboral. En este contexto se construyen los elementos estructurales de los conflictos que se presentan entre los actores, con relación al vínculo entre salud y trabajo. Motivo por el cual es importante comprender la historia del trabajo y la previsión social, hasta llegar al concepto de seguridad social que el mundo occidental nos ha impuesto, con el paso del Estado liberal al Social y luego al Constitucional de Derecho.

81

La Previsión Social y su relación con la pobreza hasta el siglo XVIII

En el contexto europeo, a partir del siglo XVI se generan formas de tratar los problemas de la pobreza con un sentido de “asistencia represiva”, frente al desequilibrio social que potencialmente podrían generar los pobres para el orden de la propiedad privada y la jerarquía socioeconómica. Brindarles auxilios sería así un mecanismo para garantizar la supervivencia que a la vez serviría como estrategia de control social y avalaba la oferta de mano de obra barata (Rodríguez Salazar, 2006, pág. 204). De modo que se configuran mecanismos

complejos y detallados en su manera de identificar, clasificar y atender a los pobres, a cargo de la Iglesia y el poder local.

En España se expidieron Leyes en el siglo XVI que estipulaban que los “vagabundos” capaces de trabajar debían ser castigados y expulsados. Solo los que estaban enfermos debían ser atendidos en los hospitales. Incluso se desarrolló un censo para identificar y dotar de cédula a quienes estarían autorizados a recibir la limosna por un año, los inválidos la recibirían de forma perpetua. Para los siglos XVII y XVIII estas normas se tornaron más estrictas y tendieron a organizar de forma institucional el recaudo de limosnas, asociando incluso el encierro con las medidas de policía de salud pública que sustentaban la protección de la sociedad frente a las enfermedades que pululaban entre los pobres (Rodríguez Salazar, 2006, págs. 206-207).

Este modelo se transfiere a las colonias americanas bajo la figura del patronato, que consiste en una simbiosis administrativa entre la Iglesia y el Estado, en función de los derechos que adquirió la Corona española, en un proceso que en su perspectiva constituía una redención religiosa. En concreto, bajo el patronato la administración colonial laica estaba autorizada por el Papa para ejercer el gobierno del territorio e incluso tendría el derecho de disponer de los diezmos, a cambio de asumir la responsabilidad de velar por la construcción y mantenimiento de las instituciones eclesiásticas. A su vez, dichas instituciones estaban a cargo del sistema de protección social de la época (Rodríguez Salazar, 2006, pág. 209).

Un aspecto interesante en este contexto se relaciona con la consideración respecto al salario y la tendencia a la mendicidad, que expresaron al menos algunos administradores coloniales. Se advierte que en la medida que los salarios sean demasiado bajos y los trabajos demasiado exigentes, los trabajadores que incluso son denominados directamente “jornaleros”, tendrán la propensión al ocio, los vicios y la vagancia, pues perciben que la remuneración que obtienen a cambio de su esfuerzo laboral no compensa su esfuerzo (Rodríguez Salazar, 2006, págs. 212-213). Aquí resulta interesante resaltar que en los cálculos que realizan estos administradores coloniales respecto a los intereses, intenciones y comportamientos de los grupos sociales, se refleja un pensamiento que ya integra la dimensión de los efectos de las políticas económicas, laborales y de protección social. Esto en la medida que, a menor

reconocimiento de pago en el salario, se estima que podrán presentarse mayores costos en la protección social y peores riesgos para el orden social imperante.

En el contexto americano, los sistemas que asumieron la previsión social, tanto para las comunidades indígenas como para los demás grupos de la sociedad colonial, erigieron instituciones y medidas de atención que remarcaban el intento de consolidar la soberanía de la Corona española en los territorios colonizados. Para 1680 se llegó a plantear la obligatoriedad de las prestaciones por vejez y por eventos de salud laboral, como parte de las Leyes de Indias, aunque se ha reseñado que su aplicación en la práctica resultara bastante deficitaria (Gómez Buendía, 1975, pág. 78).

Con todo, las normas desarrolladas fueron fragmentarias y de escaso alcance como mecanismo general y en términos generales primó el ahorro como medio de previsión social. Esto se explica porque esta fase pre-republicana estuvo marcada por una atomización social y política, desde dos procesos: por una parte, los conflictos por las tierras labrantías y la expulsión forzada (procesos de continuo despojo y desplazamiento violento a los campesinos); y por otra, se presentó una incipiente demanda de políticas de seguridad social. Demanda que se generó en el contexto de las revueltas campesinas, que hicieron parte de la presión hacia la Independencia y el fin del periodo colonial (Gómez Buendía, 1975, págs. 76-78).

Debe comprenderse que estas tensiones sociales se producen no solo en un escenario de pugnas políticas, sino además en el contexto de la concepción economicista del trabajo, que referimos previamente teniendo a Adam Smith como uno de sus principales exponentes. En ese contexto, desde Europa y proyectándose a las colonias, surge la noción de previsión social, bajo el propósito de la creación de mecanismos que paulatinamente favorezcan la institucionalización del capitalismo en las bases de la organización social. Es así como la previsión social, en las versiones de que se van estableciendo, constituye medidas protectoras de dos tipos: individuales y colectivas. La previsión individual se determina por el ahorro derivado de las rentas o ingresos de una persona de forma voluntaria, para cubrir necesidades futuras. Mientras que la previsión colectiva tiene la intención de anticipar para la comunidad

necesidades sociales futuras que pueden ser asumidas por mecanismos protectores comprendidos en la mutualidad o el seguro mercantil (Almanza Pastor, 1991, pág. 43).

Sin embargo, la previsión colectiva fue insuficiente para atender desde el seguro mercantil y la mutualidad las necesidades de los sectores de población que no hacían parte de los trabajadores y que requerían de la solidaridad de la sociedad, a cargo del Estado (Almanza Pastor, 1991, pág. 51). Por ende, en gran medida la previsión social se identifica con la asignación de roles para la atención de los pobres con miras a garantizar su subsistencia. Este ámbito de acción se asocia a la beneficencia y la filantropía, que enfrentaban la situación de la miseria de la población, pero no buscaba transformarla, porque el pobre podía vivir resignado con poco y el rico podía sentirse generoso socorriendo. La pobreza es el origen de la protección social y no podía prevenirse sino controlarla.

De esta manera, hasta el siglo XVIII el significado de la previsión social no se orienta a prever las situaciones negativas para evitar que sucedan, se inclina por atender las condiciones de vulnerabilidad asociadas a la pobreza. El significado de precaver, como tomar medidas por adelantado para evitar que un daño suceda, es una acepción que se liga luego con el concepto de trabajo.

84

La Previsión Social pasa de la pobreza al sistema productivo

Con el proceso de industrialización la sociedad europea enfrentó la migración de las personas del campo a la ciudad, proceso que trajo consigo la explotación laboral en condiciones infrahumanas. El aumento de la densidad de la población en las ciudades generó el desarrollo de enfermedades y epidemias, condiciones que llevaron a los Estados a expedir normas para la protección de los trabajadores. Así, en España se expide el edicto de protección por Carlos III en 1778. En 1802 el parlamento inglés limita las horas de trabajo y fija los niveles de higiene en las fábricas y en 1828 se impone la visita diaria de un médico. En 1822 Francia reglamenta la salud pública y se difunden las normas sobre la higiene laboral. En 1841 y 1844 se expiden las Leyes de protección del trabajo para niños y mujeres respectivamente.

En 1874 se crean las inspecciones de trabajo para todas las fábricas y talleres (Arias Gallegos, 2012, pág. 48).

En 1810, en Alemania, los empresarios son obligados a pagar a los asalariados el seguro por enfermedad, cuando realizaban trabajos de servidumbre que les hacían pernoctar en casa del empleador. A mediados del siglo, en el año 1848 las empresas ferroviarias deben asegurar a los trabajadores ante la ocurrencia de accidentes de trabajo. Para el año 1854 se crean los fondos mutualistas de enfermedad con aportes obligatorios de los trabajadores con salario, que se extienden hasta el año 1889, cuando se crean los seguros por accidente, invalidez y vejez, figuras todas que se mantienen en las políticas sociales de Bismark (Almanza Pastor, 1991, pág. 70).

Las difíciles condiciones de salud de los trabajadores, a pesar de las normas expedidas para la protección y prohibición de tratos crueles y degradantes, llevaron a Federico Engels en 1845 a publicar la obra denominada “Situación de las clases operarias en Inglaterra”, donde expone desde esta época la que hemos denominado falta de eficacia del derecho, al indicar que la clase dominante se expresa por las ideas, pero actúa siguiendo las creencias sociales, así:

Yo espero haber aportado suficientes pruebas de que la clase media –pese a todo lo que se complace en afirmar– no persigue otro fin en realidad que el de enriquecerse por vuestro trabajo, mientras pueda vender el producto del mismo, y de dejaros morir de hambre, desde el momento en que ya no pueda sacar más provecho de este comercio indirecto de carne humana. ¿Qué han hecho ellos para demostrar que os desean el bien, como ellos dicen? ¿Han prestado jamás la menor atención a vuestros sufrimientos? ¿Jamás han hecho otra cosa que consentir en los gastos que implican media docena de comisiones de investigación cuyos voluminosos informes son condenados a dormir eternamente debajo de montones de expedientes olvidados en los anaqueles del Home Office? ¿Jamás han revelado sus modernos Libros Azules las verdaderas condiciones de vida de los "libres ciudadanos británicos"? En absoluto. Estas son cosas de las cuales prefieren no hablar. (Engels, 1845, pág. 3)

Con esta publicación y la influencia Karl Marx en la promoción de la organización sindical de los trabajadores, a partir de 1890 a nivel mundial se generaliza la protección legal de la salud de los trabajadores. Así, en Estados Unidos de América, se reconoce en 1898 la responsabilidad del empleador por los accidentes de trabajo.

El sentido de la previsión social no se centra en los problemas personales de los individuos en condición de sujetos, sino como fuerza de trabajo, es decir que constituyen básicamente un asunto laboral del sistema productivo y reproductivo de la sociedad:

De hecho todos los centros de atención de la enfermedad, el accidente, la ancianidad, la viudedad, el paro, no son concebidos como defectos personales o carencias familiares, sino como causas de incapacidad laboral, y por ende como ausencia del salario para subsistir. En el sistema capitalista, los iniciales seguros de previsión no cuidaban tanto las carencias del ciudadano cuanto las disfunciones del mercado laboral, pretendían solucionar los problemas de la mano de obra, cuidar el capital humano desde los intereses del sistema capitalista. (Castillo & Ruzafa, 2009, pág. 45)

Además, la previsión social está necesariamente ligada a la definición de prestaciones con responsabilidades reglamentadas para diferentes actores pertenecientes a las empresas y a las instituciones del Estado, en donde el problema de la pobreza no se concibe como carencia de propiedad sino falta de trabajo, con asocio a prestaciones relacionadas con los problemas individuales que no pueden atenderse en donde se pierde la capacidad laboral (Castillo & Ruzafa, 2009, págs. 47-48). Esta será entonces una perspectiva social en la cual el foco de atención se centra en el reconocimiento del trabajador como sujeto, intentando comprender y actuar frente a sus problemáticas, y ya no en los actores que brindan caridad o beneficencia, ni en su atención en el escenario familiar.

Cabe anotar aquí el desarrollo de importantes referentes internacionales en estas mismas décadas, en 1884 se había publicado la Ley del Seguro Social de Accidentes de trabajo en Alemania y en 1868 se publica la Ley de compensación al trabajador por accidente de trabajo y enfermedad laboral; mientras en Inglaterra se dio la expedición de la Ley del 6 de agosto de 1897, en la cual se reconoce que toda actividad material genera riesgos, frente a los cuales el empleador tiene una responsabilidad por principio. Estas normas introdujeron explícitamente que los accidentes y enfermedades con relación causal en la actividad laboral implicaban que el empleador debía asumir una responsabilidad prestacional, de manera que al trabajador solo le correspondía demostrar que había sufrido el daño. Y al empleador únicamente le queda como recurso el intentar descargarse de la responsabilidad demostrando que no tuvo responsabilidad en la generación del daño o que no existía un contrato de trabajo (Rodríguez Mesa, 2013, págs. 10-12).

Ahora bien, esto no quiere decir que se superara el modelo patriarcal como base del sistema de cuidado de los necesitados y la asignación de un rol que se recarga en la obligación de las mujeres en el ámbito doméstico. La familia es la primera unidad protectora del trabajador enfermo abandonado en esta condición por el sistema de producción tanto en la colonia como en el Estado liberal hasta el Estado Social de Derecho.

Al intentar alcanzar un sentido analítico profundo, resulta incorrecto hablar de previsión social como tal incluso en el siglo XIX, pues el Estado aún no reconocía la obligación de prevenir los riesgos en general, y de manera particular en el ámbito del trabajo.

Todo esto en un contexto en el que aún no existía una noción de ciudadanía asociada con derechos por los cuales debía velar el sistema público. Resulta más correcto entonces, clasificar la previsión social como políticas sociales con un marco legislativo que surge cuando se establecen regulaciones impuestas a los particulares para prevenir los efectos adversos sanitarios, físicos y de bienestar, que pueden afectar al trabajador tanto en lo personal como en lo familiar y perturbar el proceso productivo.

87

No obstante la miope visión de la previsión social para la época, los académicos consideran que el surgimiento de la medicina del trabajo, como área del conocimiento científico y del derecho laboral, se da durante el siglo XVII. Se presentan los estudios iniciales de las enfermedades de los marinos, de los soldados, de los mineros, como actividades principales de la sociedad. Con el profesor Bernardino Ramazzini en el año 1700 se estudian enfermedades de 54 actividades laborales en la obra denominada “De morbis artificum diatriba”. En 1839 el profesor Tanquerel Des Planches, publica la obra “Traite des maladies du plombou saturnisme”, en la cual describe en términos médicos miles de casos de intoxicación. Los estudios fueron analizados con la lupa del proceso técnico más que da la seguridad de los trabajadores hasta finales del siglo XIX (Arias Gallegos, 2012, pág. 47).

La nueva pobreza transforma la Previsión Social en Seguridad Social

Entre finales del siglo XIX y las primeras décadas del XX la previsión social se asocia a las condiciones de vida y de trabajo con un sentido universal, porque la atención individual de

las crisis en los Estados no es efectiva para la economía. La Primera Guerra Mundial generó divisiones entre los trabajadores pertenecientes a bandos opuestos, pero también dejó más pobreza y miseria en las naciones que la sufrieron, nueva forma de pobreza que debían asumir los Estados. Terminada la Guerra, como parte del Tratado de Versalles se crea la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a través de la cual se busca promover la generalización de los seguros sociales, comprendida como condición de una paz duradera. El supuesto detrás de este planteamiento consiste en que las naciones que no adopten estas medidas serían un obstáculo a los esfuerzos que realicen las demás; y se generaría una desigualdad inmoral entre los Estados que brindan a los trabajadores la garantía de contar con un seguro y aquellos que no lo hacen. En el ámbito del intercambio y la convivencia que implica el mercado internacional, la actitud de Estados que no asumieran la protección social de los trabajadores amenazaría con detener a aquellos que avanzan en la legislación social, teniendo en cuenta la interdependencia del sistema económico que traspasa las fronteras.

A través del proceso desarrollado durante este siglo, se van estableciendo paulatinamente las nociones de derechos de los trabajadores, relacionados con la manera en que se asumen los riesgos a su vida y su salud, a la par que lentamente y con discontinuidades, se va desarrollando la industrialización.

Este impulso marca las ideas de la seguridad social, que presentan amplia variabilidad entre países. En Alemania se limita la cobertura dependiendo de la situación de necesidad y condición de trabajador, sistema propuesto por Bismark. En el Reino Unido la cobertura se brinda por la condición de ser ciudadano, es integral y a cargo del Estado siguiendo a William Beveridge.

El modelo de Bismark se fundamenta en una perspectiva según la cual la protección social debe no solo comprender las necesidades de los trabajadores en el presente sino, además, garantizar las condiciones de existencia futura, es decir su porvenir. Se trata del reconocimiento de la importancia de mantener un nivel de bienestar suficiente para la estabilidad del régimen político, sin el cual sería previsible que los pobres intentarían tomar por la fuerza lo que necesitan, incluso revelándose y subvirtiendo dicho régimen. Para tal fin, este modelo se basa en un seguro obligatorio complementado por las empresas, financiado

por primas y con un presupuesto abierto. Enfatiza en la acción de los especialistas, la libre elección y la libre práctica de los médicos. También prevé el pago de honorarios por servicios y le otorga una importancia especial a los pagos complementarios. Tiene una visión descentralizada de la planificación del sistema, lo cual le resta capacidad de proyección. La cobertura del seguro es restringida a los económicamente débiles y funciona a través de la competencia entre pagadores y proveedores, a la vez que propende por la desregulación de precios de los medicamentos (Almanza Pastor, 1991, pág. 70).

Todas estas políticas en Alemania hacen parte de la protección social, que se determina por el riesgo más que por el lugar de ocurrencia, con instituciones diferentes para el reconocimiento de cada prestación, en forma de indemnización sustitutiva del salario, en una proporción equitativa a la cotización.

Por su parte, el modelo de Beveridge plantea profundos contrastes al constituir un sistema de sanidad universal soportado en fondos públicos, financiado por impuestos y con un presupuesto fijo. El énfasis de la atención se pone en médicos de cabecera, todos los cuales son contratados y asignados; y reciben un reembolso per cápita, de manera que se le da poca importancia a los pagos complementarios. En este caso la planeación es centralizada, lo cual le otorga una amplia capacidad para proyectar y realizar inversiones a gran escala, por ejemplo en equipamientos. Plantea una cobertura total de la población y no genera competencia de mercado, a la vez que instaura la regulación de los precios de los medicamentos.

En el Reino Unido se aprobó en 1897 la Ley de accidente de trabajo, que consideraba la responsabilidad objetiva del empleador, que debía reconocer la indemnización por el daño causado al trabajador. Se entiende esta protección no como un seguro, sino como responsabilidad por el riesgo profesional del empresario (Almanza Pastor, 1991, pág. 73). En este sistema se reconoce dentro de la seguridad social, el pago por el paro –en Colombia despido–. William Beveridge publica en 1942 el informe denominado “Social Insurance and allied Services”, que incluye una política de asistencia nacional a la enfermedad, la vejez, la ayuda familiar y el accidente de trabajo, abandonando la responsabilidad del empleador, con una cotización única que cubre todos los riesgos y la creación de una entidad que administra

los recursos y reconoce las prestaciones más por la necesidad que por el riesgo, con aportes del Estado de ser necesario. Y la previsión social, relacionada con la asistencia a la familia, se realiza mediante un pago complementario del salario, según las necesidades residuales del trabajador, todo a cargo del Estado (Almanza Pastor, 1991, pág. 76).

El influjo de estas tendencias en el continente americano tiene un momento clave en 1933 cuando el presidente de Estados Unidos invita a William Beveridge a realizar una conferencia sobre el sistema de seguros sociales de desempleo en Gran Bretaña. Luego, se crean organizaciones y conferencias en América Latina a partir de 1936, y varios Estados adoptan una resolución acerca de la seguridad social que establece sus principios fundamentales y establece la figura del seguro social obligatorio. En diciembre de 1940 se reunieron delegados de varios países del continente, pero los diálogos fueron suspendidos debido al inicio de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, entre 1942 y 1945 se reforzaron y reorganizaron los sistemas de seguros sociales, tanto en países con regímenes democráticos como no democráticos, pues la protección social se había convertido en un reto esencial para la perpetuación de todos los gobiernos. En mayo de 1944 se define en Filadelfia (Estados Unidos) la misión de la OIT, en la cual se resalta el impulso a las medidas de seguridad social, relacionadas con la garantía de ingresos básicos para quienes requieren dicha protección, así como cuidados médicos completos (Castillo & Ruzafa, 2009, pág. 480).

90

Inicios de la Seguridad Social en Colombia

En 1919, con la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se inician las pretensiones internacionales de reglamentar el trabajo y las condiciones para el desarrollo, en busca de superar la concepción conservadora de incluir las relaciones de trabajo del empleador y el trabajador en la esfera privada y no permitir la intervención del Estado. Momento que según Gallo da inicio a la combinación entre la protección de la salud del trabajador y de la producción dentro del sistema capitalista naciente (Gallo Vélez, 2015, pág. 202). El mayor desarrollo legislativo se presenta en el área de la higiene, con miras a la aceptación internacional de las políticas económicas promovidas en el campo de la industria.

La influencia de Europa sobre los avances en la legislación relacionada con los accidentes de trabajo y enfermedad laboral que estaban generando pérdidas económicas, se visibilizó en Colombia. El General Rafael Uribe Uribe, de ideas liberales, proyecta la que sería después de su homicidio la Ley 57 de 1915 “sobre reparaciones por accidente de trabajo”, primera norma positiva referida al accidente y enfermedad generados en el trabajo. Pero son los militares los precursores de las normas de seguridad social y del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada según desarrollo que presentaremos. En 1917 se expide la Ley 72 que establece beneficios económicos para estos y sus familias, norma que da inicio a la legislación en seguridad social para los trabajadores.

Las décadas de 1920 y 1930 se caracterizan por representar un proceso de transición, de la previsión patronal al seguro social. Es decir, la organización de las prestaciones tiende hacia una previsión de tipo patrono-estatal, combinada también con iniciativas de organizaciones mutuales y la presión de los movimientos obreros a través de paros y huelgas masivos. Se desarrollan protestas de los trabajadores que inician movilizaciones sindicales en busca de protección de la salud en el trabajo. La conjugación de estos elementos permite que las prestaciones gremiales aisladas comiencen a adquirir la forma de seguridad social. La seguridad social comienza a verse desde las perspectivas económicas del Estado.

Se inicia la regulación en el sector de los ferrocarriles, luego el petrolero y cafetero (Luna García & Colmenares Mejía, 2015, pág. 72). El brote de conflictos entre trabajadores y empleadores, lleva al Estado a proferir normas para calmar las fuerzas sindicalistas incipientes que alteraban el orden público. Con la Ley 37 de 1921 se establece el seguro colectivo obligatorio. Con solo dos artículos en su contenido, crea la obligatoriedad para las empresas de carácter permanente en el país, de brindar el seguro de vida colectivo en beneficio de los empleados y los obreros por el valor del salario correspondiente. Pero este seguro se toma en favor de la empresa para garantizar la contingencia de la muerte de un trabajador de la empresa.

Así mismo, mediante la Ley 32 de 1922 se adiciona y reforma la Ley 57 de 1915 y la Ley 37 de 1921 sobre seguros de vida, norma que reitera la teoría del aseguramiento comercial sobre la teoría de la relación laboral que hemos desarrollado. En la búsqueda de los tres elementos

teóricos planteados –validez, legitimidad y eficacia–, se encuentra que la norma tenía garantía de validez, en atención a los entes que la tramitan y publican. En cuanto a la legitimidad, la norma no permitió la corrección, acción ni participación de los obreros y empleados. El hecho creado por la norma era la protección de los bienes del empleador ante la ocurrencia del ATEL. Se describe en el artículo 6:

Artículo 6°. El patrono y las entidades públicas o particulares que cumplan lo dispuesto en esta Ley, quedan exentos de la obligación de pagar al lesionado una suma igual al salario correspondiente a un año, impuesta por el inciso d) de artículo 6° de la Ley 57 de 1915. (Congreso de la República, 1922)

Mediante la Ley 133 de 1928, se expide la Ley sobre seguro de vida obligatorio y accidentes de trabajo, que consideró “el dueño de la empresa es quien debe cumplir con todas las obligaciones establecidas en las Leyes del trabajo” (Avella Gómez, 2010, pág. 49), generando confusión en la responsabilidad de terceros para el aseguramiento de la contingencia según las normas ya publicadas, que fue aprovechada por los empleadores para no cumplir el contenido de la Ley.

Creada la OIT, los países miembros inician acciones políticas y jurídicas para cumplir con los convenios publicados por esta entidad. En Colombia, con la Ley 129 de 1931, se aprueban las conferencias 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10 y 11 y se legisla sobre el horario de trabajo que no podría pasar de ocho (8) horas al día ni de cuarenta y ocho (48) horas a la semana. Un límite de las horas de trabajo que solo podía ser superado por las causales establecidas, siendo estas: la amenaza de un accidente y la fuerza mayor solo por el tiempo necesario para evitar las perturbaciones serias a la marcha del establecimiento. En todo caso la extensión de la jornada no podía afectar el descanso dominical. Con relación a la salud en el trabajo esta norma describe las actividades que en la industria se deben declarar peligrosas o nocivas para la salud de los trabajadores.

Pero el legislador no considera elementos de legitimidad de los convenios y aprueba sin ninguna disposición aclaratoria o ajustada a la sociedad colombiana, los artículos referidos a la India Británica, Grecia y Rumania entre otras naciones. Con esto se deja al descubierto la inexistencia de interés político alguno por el cumplimiento de las normas internacionales en el territorio y sin el elemento eficacia en la normativa, que se expide para la sociedad obrera,

pobre, sometida a las condiciones de trabajo por necesidad. Con todo, la mención de esta norma dentro del desarrollo legislativo del Sistema de Seguridad Social obedece al inicio del interés en la academia por la exploración de las causas generadoras de enfermedades en los trabajadores, con especial interés de las facultades de medicina, que permiten la inclusión de los estudios de medicina social centrados en la higiene de las comunidades y en las enfermedades como el alcoholismo, la tuberculosis y la sífilis entre los trabajadores mineros (Gallo Vélez, 2015, pág. 21).

Por medio de la Ley 10 de 1934 se establece la obligación de celebrar el contrato de trabajo por escrito con el empleado, considerado persona que realizaba un trabajo por cuenta de otra persona o entidad fuera del servicio oficial. En el artículo 13 se describe por primera vez la obligación legal de acompañar el contrato de trabajo escrito con un certificado de salud expedido por un médico graduado escogido y pagado por el patrón.

Artículo 13. Todo contrato de trabajo con empleados particulares se extenderá por escrito, en papel simple, en dos ejemplares, para que conserve uno cada parte, y estará exento de los derechos de timbre y sanidad. Este contrato, además de las estipulaciones que acuerden los contratantes, y que contraríen la presente Ley, contendrá: las especificaciones del trabajo a que se obliga el empleado, la cuantía de la remuneración y la forma y periodo de pago; la duración del contrato, las causales que lo hagan caducar durante su vigencia, **y un certificado de salud expedido por un médico graduado escogido y pagado por el patrón.** En caso de controversia, el contrato antedicho será plena prueba de las obligaciones respectivas. (Congreso de la República, 1934)

La norma mantiene la diferencia entre empleado y obrero, garantizando los derechos que describe solo a los empleados. Posteriormente se crea el Ministerio del Trabajo, Higiene y previsión social en el año 1938, con la intención de relacionar la salud con el trabajo. El cuidado de la salud en el trabajo visto como la higiene pública es liderado por los médicos con orientación a la asistencia de los pobres en servicios de beneficencia por la poca regulación y recursos para prestar servicios médicos (Hernández Ávila, 2004, pág. 128).

Para la época la economía del país estaba centrada en el café y su exportación a Estados Unidos, razón por la que la Fundación Rockefeller otorgó becas de capacitación a los primeros higienistas para que se capacitaran sobre enfermedades tropicales que sufrían los trabajadores de las zonas cafeteras en el territorio nacional. Desde 1918, como consecuencia

de la epidemia de influenza o gripe que dejó 1.500 muertos en un mes y el 80% de incidencia de la enfermedad en la población, se expidió la Ley 46 de 1918 “por la cual se dicta una medida de salubridad pública y se provee la existencia de habitaciones higiénicas para la clase proletaria”, que en la práctica no tuvo un desarrollo social efectivo. Para 1925, mediante la Ley 15, se creó la Dirección Nacional de Higiene y Asistencia Pública, adscrita al Ministerio de Instrucción y Salubridad Públicas, pero el poder de los gobernantes regionales no permitió el manejo centralizado de los recursos para combatir la tuberculosis y proteger la maternidad y la infancia (Hernández Ávila, 2004, pág. 135).

Durante la década de 1930 el enfoque de protección a los trabajadores se orientó hacia los empleados, diferenciados de los obreros. En desarrollo de las luchas obreras se creó el camino para estructurar el Sistema de Seguridad Social en el país, se presentaron proyectos de Ley que buscaban hacer seguro el trabajo para todos los trabajadores y superar las divisiones en los reconocimientos legales entre obreros y empleados, que no prosperaron, pero lograron consolidar esta trayectoria en la siguiente década (Arenas Monsalve, 2007, pág. 69).

La depresión económica y las pugnas partidistas debilitaron los intereses y capacidades de la Dirección Nacional de Higiene para controlar el manejo de los recursos destinados a la salubridad pública. Solo hasta la reforma constitucional de 1936 se incorporó en el artículo 16 el acto legislativo referido a la inclusión de la asistencia pública como derecho ciudadano, pasando de la beneficencia privada prestada por la Iglesia y las instituciones de caridad, a la beneficencia pública como garantía del derecho a la salud del ciudadano. En este momento la expresión “derecho” se legitima en la sociedad como sinónimo de pobreza, incapacidad de valerse por sí mismo, sin dependencia de otro para sobrevivir, debiendo el Estado garantizar el cuidado (Hernández Ávila, 2004, pág. 140).

La marcada diferencia entre empleados y obreros continuó existiendo por la inclinación de la legislación a favorecer a los empleados, incluyendo los vinculados a las entidades del Estado, que se consideraban con mejores condiciones intelectuales y necesidades diferentes de los obreros, que debían ser atendidos por entidades particulares y, en su defecto, por la caridad.

La crisis de legitimidad para identificar los elementos estructurales del conflicto por el despido de los trabajadores enfermos por el trabajo, que permea esta investigación, es notoria para la década de 1930 en Colombia. La legislación laboral que se expide es la consolidación del poder predominante del amiguismo en los partidos políticos tradicionales, que manejaban las decisiones legislativas y ejecutivas del Estado. Esta legislación se consolidó en la creación de las cooperativas, bajo el argumento de ser la expresión de los valores liberales y el mecanismo para evitar la revolución.

Entre 1931 y 1936 se presentaron en el Congreso de la República 26 proyectos de Ley que pretendían regular asuntos laborales de amplia y violenta discusión entre los partidarios de la protección a todos los trabajadores, incluidos los obreros, y los que defendían la idea de establecer diferencias en los derechos de los empleados y los obreros. Finalmente, mediante la Ley 66 de 1936 se establece el ahorro obligatorio de los empleados y obreros, se crea la sección de ahorro y previsión social, se dictan otras disposiciones relacionadas con la construcción de habitaciones económicas y se crea la Caja Colombiana de Ahorros para administrar los dineros recaudados. Esta norma crea beneficios económicos para los llamados riesgos de enfermedad y maternidad de los obreros y empleados que aportarán a la Caja, pero no comprendía la atención de estos riesgos (Hernández Ávila, 2004, pág. 182).

En este momento los intereses económicos de los partidos políticos, y las pugnas internas por el poder, no permitieron la entrada en vigencia de la Ley 66 de 1936. La Caja Colombiana de Ahorros fue una entidad nonata y solo se prohibió mediante la Ley 53 de 1938 el despido de la mujer trabajadora embarazada o en periodo de lactancia, gracias a la influencia internacional de la inclusión de la mujer en el trabajo, reconocida como trabajadora y no como dependiente del hombre trabajador. También se consolidó la carrera administrativa con la Ley 165 del mismo año, inicios legislativos del principio de estabilidad laboral y de la figura de la estabilidad laboral reforzada por embarazo de la mujer (Avella Gómez, 2010, pág. 58).

En síntesis, podríamos decir que el fracaso de la creación de la institución que administraría los recursos destinados a la seguridad social de los empleados y trabajadores se debió a la inexistencia del elemento eficacia en la creación de la norma. El legislador surtió todo el

proceso referido a la validez, sin atender la eficacia de la disposición creada, que fue advertida por un extranjero, el señor Ernst Herrstandt, en desarrollo del contrato de asesoría celebrado con el Estado Colombiano, quien concluye que lo mejor para la sociedad trabajadora en Colombia es la creación del seguro social por etapas, para cubrir primero los riesgos de enfermedad y maternidad, y con posterioridad los que la OIT estableció en los convenios ya aprobados por Colombia (Hernández Ávila, 2004, pág. 186).

De conformidad con lo expuesto por Juan Manuel Arango, antes de 1946 la salud de los trabajadores en Colombia no tenía desarrollos legislativos organizados. Todos los proyectos de Ley obedecieron a pugnas entre los partidos y a los intereses económicos de la industria cafetera. No se permitió la creación de una institución especializada en los asuntos de la seguridad social para la atención de los riesgos a los que estaban expuestos los trabajadores, dando cabida a los empleadores para que decidieran sobre las formas de protección y prestaciones económicas para los trabajadores. La normatividad hasta aquí expuesta se aprecia sin legitimidad ni eficacia en la sociedad del momento (Arango Soler, 2020, pág. 214).

La intensidad del conflicto laboral generado por los trabajadores organizados en sindicatos y los empleadores propietarios de las tierras y fábricas, generó el temor de un golpe de Estado. En la década de 1940 se destacan los conflictos sociopolíticos centrados en las dificultades de atención en salud de la población y las condiciones de higiene pública. Los trabajadores no lograban consolidar un Sistema de Seguridad Social institucional, en tanto la Iglesia y los políticos de las regiones insistían en controlar los servicios de salud.

Ante la negación de crear la entidad administradora de los recursos de la seguridad social, el Ministerio del Trabajo, Higiene y Previsión Social se encargó de todos los servicios de salud y trabajo. Pero los higienistas, los médicos activos y congresos internacionales insistieron en la separación de las funciones que permitiera garantizar la atención en salud para los pobres y los trabajadores, presentando diversos proyectos de Ley que desde este momento confundieron la atención de los enfermos con la salud, dando prioridad a la primera y desechando la prevención como acción del Estado (Hernández Ávila, 2004, pág. 236).

Así, sigue desplegándose la sociedad dirigida por los intereses políticos de las organizaciones sociales formadas para reclamar derechos o mantener los reconocidos. Se crea en 1944 la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), para sopesar la fuerza de las organizaciones sindicales, y la Federación Nacional de Comerciantes (FENALCO) aparece en 1945 para controlar los movimientos económicos del comercio.

Trabajadores y organizaciones de empleadores consiguen la aprobación de Leyes que reconocen prestaciones laborales y sociales a los empleados por sectores económicos, manteniendo la división entre empleados y obreros. Así, para 1941 cada sector económico contaba con la Ley que regulaba los servicios médicos, las pensiones y las condiciones laborales.

Para 1944, finalizando la Segunda Guerra Mundial, las divisiones de intereses internacionales afectaron también al gobierno en Colombia y el entonces presidente Alfonso López Pumarejo, para evitar el golpe de estado que le fue advertido, en uso de las facultades del régimen del Estado de Sitio ordenado para controlar los desórdenes, publicó el Decreto 2350 de 1944, Código del Trabajo con la siguiente explicación:

El Gobierno procede con la certidumbre de que si se levantara el estado de sitio antes de que existan disposiciones que regulen de una manera ordenada, prudente y eficaz las relaciones entre el capital y el trabajo, y sin que las autoridades administrativas hayan podido contener el encarecimiento constante de los artículos de primera necesidad, se desataría una agitación social sin precedentes, una ola de huelgas y desórdenes que se ha aplazado por las medidas provisionales indicadas y por la abnegada voluntad de los trabajadores de no acumular nuevas dificultades sobre un régimen que saben animado de los mejores propósitos con ellos. El Tiempo, 1º de octubre de 1944, citado por Moncayo y Rojas (1978, págs. 66-67)

El mencionado decreto fue demandado por inconstitucional y terminó convertido en la Ley 6 de 1945, que compiló las normas existentes sobre las relaciones de trabajo y además la inclusión de los conceptos de accidente de trabajo y enfermedad laboral, y se creó la Caja Nacional de Previsión Social para los empleados del orden nacional. Con esto se establece una gran brecha de protección social entre estos trabajadores y los obreros que eran mayoría en el territorio nacional, y se incluyen artículos referidos al accidente de trabajo y enfermedad profesional (Hernández Ávila, 2004, pág. 251), pero queda la legitimidad confundida con la legalidad, conforme lo ha indicado el profesor Mejía.

En el año 1945, con el gobierno de Alberto Lleras Camargo en calidad de presidente interino, se presenta el proyecto de ley para la creación del Instituto de los Seguros Sociales (ISS) que contenía las recomendaciones del asesor extranjero Ernst Herrstandt, al cambiar el sistema patronal por el sistema del seguro social y así disminuir las cargas del empresario. En atención a la legitimidad de la norma creadora del ISS, los trabajadores sindicalizados no participaron en los debates legislativos, eliminando así el consenso que se requiere para que la norma tenga aprobación social. Y siguiendo al profesor Hernández, este actor no participó por considerar en el proyecto de ley:

1. Ausencia de servicios preventivos como el reposo y el subsidio correspondiente.
2. El exceso del centralismo en la administración del seguro.
3. La poca claridad sobre la estabilidad en los aportes del Estado.
4. Las consecuencias del reglamentarismo expresadas en la frase ‘una Ley tan minuciosa ocasiona rigideces perjudiciales’. (Hernández Ávila, 2004, pág. 253)

En este punto, el poder legislativo considera cumplida la legitimación del derecho por el ejercicio de someter a votación el proyecto de ley. Pero no genera seguridad jurídica, porque el Congreso estaba permeado con los intereses de los empleadores ya organizados en la ANDI y en la Federación Nacional de Cafeteros. En este sentido, siguiendo a Luhmann, se dejó la legitimidad del ISS a los elegidos en ejercicio de la democracia –el Congreso–, reconocido como falto de moral y ética para la sociedad obrera. Los médicos acompañaban los desacuerdos de la clase obrera y consideraban que la socialización de la medicina estaría acompañada de la burocracia política para la prestación del servicio.

La Ley 6 de 1945 permite la continuidad de reconocer las prestaciones patronales para los empleados y para los obreros, asumidas por la Caja Nacional de Previsión. De esta forma se acentúa la ineficacia de las normas laborales, que diferencian el régimen prestacional para el sector público y privado, cuando se debió legislar sobre la protección de la salud de toda la población trabajadora. La creación de Cajas de Previsión Social en todo el territorio nacional no permitió la articulación de los planes de trabajo. Muchas zonas se quedaron sin la creación de la caja de previsión social, debiendo los empleadores continuar con las cargas prestacionales de salud, pensiones y riesgos laborales (Arango Soler, 2011, pág. 98).

A la Ley 6 de 1945 le sigue la expedición de la Ley 90 de 1946, creadora del Instituto de Seguros Sociales y se establece el seguro social obligatorio para los trabajadores particulares y sus familias, que habían quedado por fuera de la protección de la Ley 6 de 1945. La extensión efectiva del ISS se dio hasta 1949, por decisiones políticas que no permitieron la extensión de dicho instituto durante este tiempo. Las protecciones establecidas en la nueva institución eran para trabajadores vinculados con contrato de trabajo y subordinado. Este Sistema de Seguridad Social refleja el modelo Beveridge de Inglaterra por la proyección que los legisladores tuvieron de industrializar el país y generar empleos dependientes, reflejando la ineficacia del sistema por la ausencia de la institución en las poblaciones pequeñas y zonas rurales, centralizada solo en las ciudades capitales de departamentos. Con todo, la protección por el riesgo laboral no fue inmediato en el sistema, por factores económicos y por la complejidad de los riesgos a proteger (Arango Soler, 2011, pág. 100).

El decreto 2158 de 1948, sobre procedimiento en los juicios del trabajo, reglamenta la jurisdicción laboral. Con esta legislación inicia el periodo de la preservación de la persona en el ámbito del trabajo, con la población en condición de pobreza, necesidades económicas, creyentes en el castigo divino y dóciles ante las exigencias laborales por el aumento de las empresas y de la oferta laboral. Así, las condiciones que podían afectar la salud de los trabajadores eran vistas como responsabilidad del trabajador, y su culpa por enfermar y no prestar el servicio para el cual fue contratado.

En 1950 se expide el Código Sustantivo del Trabajo (CST), que resulta importante para los primeros años del ICSS, porque la cobertura de la seguridad social se va ampliando gradualmente. En el Código Sustantivo del Trabajo se establecieron las medidas de higiene y seguridad en el trabajo²². Aquí entra en escena el gobierno de Rojas Pinilla, mediante un golpe de Estado a Laureano Gómez, presidente del momento, con un amplio apoyo de sectores sociales. La dictadura de Rojas Pinilla impulsa reformas de corte populista en diferentes ámbitos, brindando beneficios a la población más desprotegida de la sociedad,

²² El Código Sustantivo del Trabajo describe, desde el Título XI artículos 348 y 349, las medidas de higiene y seguridad, así como el reglamento para las empresas. Estas normas han sido modificadas por las legislaciones siguientes referidas a la salud y seguridad en el trabajo, pero conservan la legitimidad de la expedición.

intentando por esta vía generar un gobierno que supere las tensiones sociales, económicas y políticas de la época, especialmente buscando atender al campesinado y generar alianzas con el sector proletario de las industrias urbanas. Sin embargo, estos mismos mecanismos juegan en contra de su gobierno, porque hay sectores poderosos que lo apoyaron en un comienzo que luego expresan desacuerdo con sus medidas, entre ellos el sector cafetero, pues sus intereses giran en torno al proceso de modernización de las actividades productivas y de los sistemas de relaciones entre empleadores y trabajadores que las sustentan (Vega Vargas, 2010, págs. 85-87). Posteriormente se concreta el pacto del Frente Nacional entre liberales y conservadores, para turnarse en el poder ejecutivo a partir de 1958.

En la etapa inicial del Frente Nacional se crean los primeros estatutos de pensiones y de riesgos profesionales para el establecimiento de seguros en estas materias, que no obstante encontrar obstáculos legales, recibieron un importante apoyo del ejecutivo. El ICSS contaba con una imagen desfavorable en relación con la prestación de algunos de sus servicios, así como una noción problemática respecto a la administración de los recursos del Estado, que había generado un déficit hacia él. En este contexto, los principales gremios económicos se mostraban en desacuerdo con el manejo público del aseguramiento de los riesgos e incluso el sector sindical presentaba posiciones ambivalentes frente al fortalecimiento del sistema con la creación de los nuevos seguros. Bajo estas complejas circunstancias, y pese a las oposiciones del caso, se establecieron el seguro de riesgos profesionales en 1964 y el de pensiones en 1966 (Arenas Monsalve, 2007, págs. 78-79).

Un referente importante de este periodo para la estabilidad laboral es la Ley 171 de 1961, a través de la cual se creó el mecanismo llamado “pensión-sanción”, que consistía en garantizar la permanencia de los trabajadores que llevaran más de 10 años en una empresa, de manera que lograran alcanzar los 20 años de prestación de su servicio para obtener la pensión patronal. Esto se explica en un contexto en el cual aún no había entrado en funcionamiento el Seguro Social como sistema pensional, y para evitar que los empleadores realizaran despidos injustos con miras a desconocer su obligación pensional. En caso de despido debían pagar al trabajador una pensión proporcional tomando como numerador el tiempo trabajado y como denominador los 20 años reglamentarios para obtener el derecho de la pensión. Se

trataba de una prestación social atípica, que fue objeto de debates legislativos sobre la estabilidad laboral, que se extendieron hasta la década de 1970, para definir la naturaleza jurídica del derecho pensional frente al despido injusto en el marco del Sistema de Seguridad Social (Arenas Monsalve, 2007, pág. 85).

Después de tres intentos por expedir la norma que compilara los derechos y deberes de trabajadores y empleadores, para el año 1950 se publica el Código Sustantivo del Trabajo, mediante el decreto 2663 de 1950, que es modificado a su vez por el decreto 3743 del mismo año. Los autores de la norma tomaron como modelos para la redacción de los apartados que contiene el Código del Trabajo de Chile, publicado como decreto con fuerza de Ley que desarrolló los contenidos relativos al contrato de trabajo, protección de los obreros y empleados en el trabajo, asociaciones sindicales y los tribunales y dirección general del trabajo. Así mismo, tomaron contenido de la Ley Federal del Trabajo o Código del Trabajo de México. Las condiciones sociales requerían acompañar la ampliación del trabajo asalariado con actividades agrícolas que representaban el 59,2% y una ocupación en la industria del 30% de la población, que aglutinó a los intelectuales del derecho laboral de su momento, conservando la exposición de motivos presentada en la década de 1930 por José Joaquín Caicedo Castilla, que indicó:

El fin de este proyecto es el de fomentar y estimular el espíritu de asociación entre los diversos gremios, oficios y profesiones. Porque ello traerá un progreso manifiesto para la sociedad, desde luego que organizados los gremios, sus intereses estarán mejor defendidos; sus miembros procurarán su mayor perfeccionamiento moral e intelectual, y también lucharán por obtener su bienestar económico; las clases trabajadoras tendrán un medio eficaz para evitar los atropellos que puedan surgir de un régimen capitalista demasiado agudo, se creará un organismo que servirá para regular equitativamente las relaciones entre el capital y el trabajo y que servirá constantemente para exigir y buscar la aplicación correcta de las Leyes sociales; en resumen, se obtendrá toda una serie de benéficos resultados. (Avella Gómez, 2010, pág. 49)

Precisamente para dar continuidad a las motivaciones de Caicedo, el Código Sustantivo del Trabajo fue organizado en tres partes, la primera relativa a las relaciones individuales del trabajo, la segunda a las relaciones colectivas de trabajo y la tercera a la vigilancia y control de las Leyes sociales. La validez de la norma expresada bajo la estructura de los decretos 2663 y 3743, es para esta sociedad la expresión de la política, en el sentido aristotélico “la

vida en sociedad”, que comprende la atención de las necesidades del trabajo, la norma materializa la legitimidad y en consecuencia la eficacia del derecho. En este contexto el Estado toma la concepción kelseniana del derecho, asegurando, por lo menos en el papel, el apego a la legalidad de todo el articulado que conforma el Código Sustantivo del Trabajo. Los enunciados normativos son la manifestación del derecho y permiten, según el positivismo, evitar los abusos de la administración de justicia con los derechos laborales de los trabajadores, en tanto la regulación de la función judicial hace que el juez cumpla con su función de aplicar literalmente la norma, con el sentido semántico de las expresiones que la conforman.

En la segunda mitad de la década de 1960 y principios de 1970 comienzan a entrecruzarse de manera compleja múltiples fenómenos, que podrían verse incluso como contradictorios en sus efectos en el campo en la seguridad social. Mediante el Acuerdo No 241 de 1967²³ se describen las condiciones de seguridad en las locaciones de las empresas, así como los sistemas de iluminación, ventilación, control de agentes químicos, biológicos, físicos, mecánicos y protección personal. Desde este momento el país empieza a pensar en el cuidado de la salud en el trabajo, consolidando los aspectos generales de las responsabilidades del empresario en la Ley 9 de 1979²⁴ pero desde la salud pública (Luna García & Colmenares Mejía, 2015, pág. 73).

Así, el pensamiento político de inicio de la modernidad hasta la actualidad ha construido y modificado sustancialmente las normas laborales y de la seguridad social, con reformas que incluyen figuras jurídicas, procesos y entidades de difícil comprensión para el trabajador. Normas que, basadas en la validez, sin legitimidad y eficacia, no permiten la realización de la justicia y la equidad social en las relaciones de trabajo, aunque se debaten, aprueban y

²³ Este Acuerdo es expedido por el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, para adoptar el Reglamento de Prevención de Riesgos Profesionales.

²⁴ La Ley 9 de 1979 es publicada en forma completa el 5 de febrero de 1979 con el epígrafe “Por la cual se dictan medidas sanitarias” (Congreso de la República, 1979), razón por la que se conoce con la denominación positivista “Código Único Sanitario”. Esta norma ha sido modificada por la Ley 73 de 1988 y desde la expedición de la Ley 100 de 1993 para hacerla compatible con el Sistema de Seguridad Social Integral ha tenido otras modificaciones mediante decretos reglamentarios.

publican con discursos dogmáticos copiados de la moral, pronunciados por el “hombre malo” de Wendell Holmes que actúa conforme al derecho-norma, pero le importan poco los valores, la moral y la eficacia (Wendell Holmes, s.f., pág. 22).

Como hemos venido desarrollando, el modelo jurídico de las relaciones de trabajo y de la seguridad social en Colombia se ha construido sobre las visiones y normas de los países europeos, que siendo válidas no son legítimas ni eficaces ante la falta de ajuste a la realidad de la sociedad colombiana. Es decir, para los legisladores en Colombia la realidad laboral se tiene que ajustar a las normas, cuando lo correcto es hacer normas ajustadas a la realidad. Planteado este análisis, continuamos con la composición normativa de la salud en el trabajo desde la seguridad social en Colombia.

2.1.3. La salud en el trabajo desde la Seguridad Social

En el apartado anterior vimos la historicidad de las acciones que llevaron al reconocimiento de la previsión social como medio para controlar la pobreza en Europa y América Latina, pasando por el control de los medios de producción en las relaciones de trabajo hasta los acuerdos internacionales de proteger la vida y salud de los trabajadores por medio de la previsión social y luego la seguridad social. Ahora nos enfocamos en la construcción histórica de la seguridad social como sistema para el cuidado de la salud en el trabajo.

La previsión social al final de la Colonia se ocupó de la pobreza, la delincuencia y las enfermedades como elementos históricos del desarrollo socioeconómico de los Estados. Estos estudios se reconocen como el recuento de la “historia desde abajo”. Los habitantes se clasificaron según sus formas de trabajo, algunos iban de un lugar a otro sin estabilidad en la vivienda, pues cuando perdían el trabajo se trasladaban a buscar otro, y esta situación llevó a considerarlos entre las categorías de vagos y mendigos que podían alterar el sistema social (Arévalo, Ciro, & Gutiérrez, 2006, pág. 185). Cuando se introducen los procesos industriales, creando nuevas actividades económicas, se da paso a la seguridad industrial, que impulsa la atención de los accidentes y las enfermedades de los trabajadores, con inclinación a evitar pérdidas en la producción más no para atender la seguridad en el trabajo como tal.

La seguridad social en una sociedad de obreros

En Colombia la cobertura del accidente laboral, dentro de las normas laborales, se configura históricamente años después de las regulaciones europeas al respecto. En Alemania se asume con la Ley 24 de septiembre de 1896 (De la Cueva, 1997, pág. 145). El primer Congreso sobre accidente de trabajo se realizó en París en 1889, donde se mostró preferencia por el modelo libre, a través de la creación de cajas de socorro por cada industria, bajo el imperio de la ley de responsabilidad, en contraste con el modelo obligatorio que se plantaría en Alemania. El tercer congreso tuvo lugar en Milán, en 1894, donde el modelo italiano conjuga la obligación legal del seguro con la libertad de elección del asegurador.

Los congresos siguieron debatiendo sobre el mejor modelo de cobertura de los accidente de trabajo. Para el Congreso V de Paris, en 1900, se anuncia el cambio de tendencia hacia el seguro obligatorio y abandono del seguro libre, con justificaciones económicas y jurídicas para los empresarios. En España se promulga la ley de accidente de trabajo en 1900. En el Congreso VIII de Roma en 1908 sobre accidente de trabajo y seguros sociales, se alerta a los países sobre la obligatoriedad de implantar el seguro para proteger a los trabajadores, superando la voluntariedad existente hasta el momento. En este congreso se insiste en la obligatoriedad por la falta de colaboración de los empleadores, en este congreso se manifestó:

(...) ‘hemos predicado, rogado, esperado, suplicado a los patronos inscribir a todos los obreros según el ejemplo de Alsacia, suplicando a los obreros facilitarles la tarea. La llamada ha sido vana, He dicho entonces a los patronos y a los obreros: la libertad es una cosa grande y hermosa. Pero si no os inscribís voluntariamente nos veremos obligados a inscribiros’ comparándolo con la implantación obligatoria de la enseñanza primaria, sentenciaba ‘el seguro obligatorio es la escuela primaria de la previsión libre’. (Castillo & Ruzafa, 2009, pág. 177)

Así, desde sus inicios la atención del accidente de trabajo, dentro de la relación laboral, no ha sido del agrado ni atención de los empleadores. El accidente de trabajo no se previene, generando conflicto entre los fines de la protección social a cargo del Estado y la seguridad social a cargo del empleador, que siempre ha tenido a su cargo el cumplimiento de las normas de cuidado de la salud en el trabajo. La ocurrencia del accidente de trabajo trae dos relaciones de causalidad con el trabajo, se origina como consecuencia de un riesgo en el trabajo y limita

al trabajador para realizar el mismo u otro trabajo, una relación infausta que es ignorada por los empresarios (Dueñas Herrero, 2014, pág. 18).

Fue una década después de la normatividad europea que en Colombia se expidió la Ley 57 de 1915, donde se definió por primera vez el accidente de trabajo (AT) y la responsabilidad del empleador, denominado patrono, siempre que no concurriera la culpa del obrero, la fuerza mayor extraña al trabajo, las imprudencias o descuidos del obrero o el incumplimiento de los reglamentos.

ARTICULO 1o. Para los efectos de la presente Ley, entiéndase por accidentes del trabajo un suceso imprevisto y repentino sobrevenido por causa y con ocasión del trabajo, y que produce en el organismo de quien ejecuta un trabajo por cuenta ajena una lesión o una perturbación funcional permanente o pasajera, todo sin culpa del obrero. (Congreso de la República, 1915)

El contenido normativo parecía legitimar en las relaciones de trabajo dependientes la responsabilidad empresarial por la ocurrencia de los accidentes de trabajo. Pero el artículo 2 de la misma norma traslada la carga de la prueba al obrero, quien debe desvirtuar que el accidente no se generó por las condiciones que describe el artículo como su responsabilidad y en consecuencia que la culpa es del patrono por la ocurrencia del hecho dañoso. La composición de la norma generó falta de legitimidad y por tanto ineficacia para los obreros. En el artículo 2 se estableció:

Artículo 2. El patrono es responsable de los accidentes ocurridos a sus operarios con motivo del trabajo que realicen y en el ejercicio de la profesión que ejerzan, a menos que el accidente sea debido a culpa del obrero, o a fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente, o a imprudencias o descuido del operario, o a ataque súbito de enfermedad que lo prive del uso de las facultades mentales o de las fuerzas físicas o a violación de los reglamentos de la empresa. (Congreso de la República, 1915)

Dadas las condiciones socioeconómicas de los trabajadores para la época, donde no existía regulación laboral del Estado, dejar la carga de la prueba a estos fue una decisión sin legitimidad, siguiendo los conceptos desarrollados al respecto. Esta norma no estaba moralmente justificada y el sistema no tenía la posibilidad de corregir la injusticia, por la falta de prueba de quien no tenía acceso a las mismas ni posibilidad de defensa jurídica por su alto costo. Sumado a ello, era posible realizar la reparación del daño mediante la ejecución del contrato de seguros suscrito por el patrono y las aseguradoras comerciales, circunstancia

que se suma al convencimiento del obrero de no poder reclamar sobre el daño sufrido, por el poder dominante del empleador.

Rafael Uribe Uribe quiso exponer, en los motivos de la Ley 57 de 1915, argumentos de tipo moral referidos a la protección de los trabajadores, dadas sus condiciones de pobreza y descuido del Estado en la regulación del trabajo. Sin embargo, en el orden social preestablecido, fue claro que las razones de expedición de la norma se alejaron de este querer, siendo la intención evitar las revueltas y organización de los trabajadores en sindicatos. La norma no fue eficaz, ante la ausencia de contenido referido a realizar acciones preventivas y de promoción de la salud en el trabajo. No existían fronteras claras entre los trabajadores y los pobres, pues en el país eran sinónimos las palabras operario y pobreza, al punto que la sociedad burguesa se propuso diferenciar la población y los servicios médicos según las ocupaciones (Gallo Vélez, 2015, pág. 28).

Para este momento histórico la enfermedad se relacionaba con las creencias sociales, y pasa de considerarse un castigo divino –concepción muy arraigada en las enseñanzas religiosas desde la Colonia– a ser asumida por los métodos científicos utilizados por los médicos que ejercieron la medicina como ciencia. La Ley 57 de 1915 consideró la enfermedad mental como causal de exclusión de la responsabilidad del empleador. Así, en los inicios de la legislación referida a la salud en el trabajo, fueron los higienistas y el gremio médico los primeros en generar conciencia del cuidado de la salud en todos los ámbitos sociales para preservar la higiene pública. Se consideraba que la mala salud de los trabajadores en el campo y la ciudad se debía a sus condiciones de vida. En esta época la enfermedad y el trabajador como persona no se relacionaron. El concepto se centró en elementos biológicos y la identificación de los vicios que los generaban, como el alcoholismo, la prostitución y los juegos prohibidos (Gallo Vélez & Márquez Valderrama, 2011, pág. 120).

Pero la fatiga en el trabajo, el cansancio y la neurastenia empiezan a ser problemas en la producción, que son identificados por los médicos dentro de los cambios del trabajo del campo a la ciudad y del uso de la máquina. En el año 1917 el Ministerio de Gobierno colombiano condenó las excesivas jornadas de trabajo por el uso de las máquinas, indicando que “un adulto no resiste a un trabajo fabril de más de doce horas sin perjudicar su salud y

comprometer su vida” (Gallo Vélez, 2016, pág. 225). La muerte de los trabajadores por el uso desmedido de sus energías en la producción llevó a establecer en la Convención de la OIT de 1919 el horario de trabajo de ocho (8) horas diarias y cuarenta y ocho (48) a la semana. Aunque este Convenio fue ratificado por Colombia mediante la Ley 129 de 1931, transcurrieron 15 años hasta que se incluyó en la normatividad obligatoria el horario de trabajo conforme el Convenio C-001, mediante la Resolución 01 del 26 de abril de 1934. Este acto administrativo se convierte en el Decreto 895 de 1934²⁵ con numerosas excepciones que fueron eliminadas por la Ley 6 de 1945.

Entre 1917 y 1934 solo las grandes empresas de licores, tabaco y cementos, entre otras, reconocieron a los trabajadores una jornada de descanso en la mañana y otra en la tarde (Gallo Vélez, 2016, pág. 227). Lo que puede advertirse, según Oscar Gallo, es que la discusión sobre la fatiga de los trabajadores generada por el trabajo que afectaba su salud, no tiene antecedentes académicos importantes antes de 1937, entre otras razones porque los médicos-legistas no dialogaban con los médicos del trabajo. En el contexto colombiano, esta falta de diálogo tiene explicación en el inicio tardío de la especialidad en la medicina, mientras en Europa ya se tenía una trayectoria académica al respecto, como lo hemos desarrollado en los apartados anteriores.

A partir de la década de 1930 se desarrollan estudios en Colombia sobre la fatiga del obrero desde la fisiología industrial orientada a determinar la forma de trabajo del obrero, para aumentar la producción y conservar la salud, y desde el postulado que las condiciones de la actividad industrial se dieran en condiciones que generaran la menor cantidad posible de perjuicios. En el campo médico, el concepto de fisiología industrial tuvo limitaciones para comprender la relación con el proceso productivo y su estudio fue trasladado a la sociología (Gallo Vélez, 2016, pág. 228).

²⁵ En el Decreto 895 de 1934 se describieron excepciones a la jornada laboral de ocho (8) horas para algunas labores como la vigilancia, los de dirección y confianza, el servicio doméstico, las labores agrícolas y cuando por necesidad de la empresa debía ampliarse el trabajo en más horas, calculando que no excediera las horas de tres semanas.

En efecto, no solo la fisiología industrial se trasladó a la sociología. Lo propio sucede con las epidemias, que superan la atención médica para establecer la relación entre el comportamiento de la población y la aparición de enfermedades, para diferenciar la población entre los vulnerables de algunas enfermedades y los rechazados por otras. En 1961 las enfermedades epidémicas –como la viruela y la lepra– se asociaron con la pobreza, y se planteó que quienes las padecían debían ser aislados. Así, durante el siglo XX la medicina pasa de ciencia natural a centrarse en los estudios de la medicina social. Como parte de esta transición, para 1976 el Instituto de los Seguros Sociales estructura la sección de salud ocupacional, con la función de investigar las enfermedades y los accidentes de trabajo graves, llevando a la modernización de los estudios médicos en Colombia (Arévalo, Ciro, & Gutiérrez, 2006, pág. 188).

Después de las gestiones privadas de las organizaciones sociales para dar protección social a sus miembros y de superar la caridad de la Iglesia para la atención de la salud a los pobres, en la primera década del siglo XX el Estado colombiano constituye políticas de salud pública ante la concentración de la población en las ciudades y el crecimiento de los sectores industriales, con el objeto de modular la higiene y el comportamiento social. El sufrimiento de las epidemias que afectaron a toda la población, incluyendo la epidemia de la gripe en 1918, llevó a la comprensión que era necesario desligar la pobreza y la enfermedad, e iniciar la reflexión sobre la prevención. En la primera mitad del siglo XX la ausencia de la prevención y promoción de la salud en el trabajo se cubrió con la concepción que el descuido, el desaseo, la pereza, la intemperancia, la ociosidad, la imprudencia y la embriaguez causantes del accidente o la enfermedad eran culpa del obrero, por tanto causales eximentes de responsabilidad del empleador. Así, en la mayoría de casos los trabajadores eran considerados culpables del evento dañoso (Rodríguez Mesa, 2013, pág. 15).

En 1944, mediante el Decreto 2350, se modifica la definición de accidente de trabajo, se eliminan algunas causales de responsabilidad del obrero descritas en la Ley 57 de 1915 y se dejan solo la perturbación provocada deliberadamente y la falta grave con intención. En este decreto se describe por primera vez el concepto de enfermedad profesional y las indemnizaciones que por estas causas debían reconocerse a favor del obrero.

En la Ley 6 de 1945 se conserva la definición de accidente de trabajo (AT). Seguidamente, en la Ley 90 de 1946 se describen prestaciones asistenciales en favor del obrero accidentado o enfermo por causa del trabajo. Para 1950 se incluye en el Código Sustantivo del Trabajo la definición de accidente de trabajo, norma que estuvo vigente hasta la expedición del Decreto 1295 de 1994. Con la creación del Instituto de Seguros Sociales y la expedición del Código Sustantivo del Trabajo y la Caja de Previsión Nacional, se da inicio a un sistema con cobertura amplia para los trabajadores, como parte del intento por disminuir los conflictos sociales y políticos de la época. Con esto se da una transición progresiva que comenzó por incluir el aseguramiento de la atención médica a la enfermedad no profesional y la licencia de maternidad, para ir avanzando luego hacia la cobertura del accidente de trabajo, la enfermedad profesional, la invalidez, la vejez y la muerte (Vega Vargas, 2010, págs. 77-78).

Mediante el Decreto 3170 de 1964 se crea el seguro obligatorio por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, dentro de los reglamentos generales del Instituto de los Seguros Sociales y se establecen las condiciones para que el empleador reconozca las prestaciones que se describen en el Capítulo II del Código Sustantivo del Trabajo, norma que será objeto de análisis más adelante, con el propósito de considerar las prestaciones económicas que se dejaron de reconocer en favor del trabajador en la Ley 100 de 1993. Con estas normas se refleja que el Estado colombiano no ha tenido un modelo definido de protección social sino, por el contrario, han coexistido diferentes modelos que vinculan la protección con la seguridad social para atender la salud pública, la higiene, la asistencia pública, el seguro social y la atención privada (Arévalo, Ciro, & Gutiérrez, 2006, pág. 192).

Desde 1950 se han realizado 116 reformas al contenido del Código Sustantivo del Trabajo²⁶ entre modificaciones, aclaraciones judiciales, supresiones, normas supletorias y reglamentaciones, con el objeto de satisfacer las necesidades de protección de las contingencias que afectan la vida de los trabajadores en todos los aspectos, pero no se encuentra que en alguna de ellas se haya logrado el orden, la justicia o el bien común que se

²⁶ Ver modificaciones al Código Sustantivo del Trabajo en https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/codigo_sustantivo_trabajo.htm/ 12/02/2021

describen en las exposiciones de motivos al momento de proferirlas. En una revisión panorámica de las normas de seguridad social, el profesor Jairo Luna indica que durante los veinticinco años siguientes a la creación del ICSS se hicieron ajustes para la protección del accidente de trabajo y la enfermedad profesional (ATEP), relacionados con el fortalecimiento técnico y administrativo para asesorar a las empresas en los procesos de prevención (Luna García, 2019, pág. 337), pero los procesos de vigilancia, control y sanción a los empleadores infractores no fueron eficaces.

La combinación de políticas de protección social y seguridad social en los primeros años de la década de 1950 hizo que la cobertura de la seguridad social avanzara lentamente. A la par, el bajo nivel de ingresos de los campesinos llevó a que la atención médica continuara bajo una lógica de asistencia pública y caridad para cubrir lo básico, antes que un Sistema de Seguridad Social basado en el cobro de un aporte que, además, sería asumido de forma irregular por los empleadores. Tampoco era factible para ese momento que el Estado asumiera la carga prestacional de una seguridad social integral para una magnitud tan importante de trabajadores y sus familias: “No había lugar para la constitución de una seguridad social campesina basada en aportes del trabajador y del patrono, y menos, posibilidades para hacerse cargo de una población tan agobiada” (Vega Vargas, 2010, pág. 91).

El Capítulo II del Decreto 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo), en los artículos 199 a 226 respecto a los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, describe las prestaciones económicas reconocidas al trabajador por la ocurrencia del accidente o la enfermedad laboral, prestaciones que quedan a cargo del empleador. Las normas se mantuvieron vigentes hasta que se hizo el tránsito a las instituciones que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud, creado mediante la Ley 100 de 1993. Teniendo como fondo la eficacia del derecho laboral, durante muchos años no se garantizó a los trabajadores las prestaciones descritas en las normas, debido a la falta de cobertura en todo el territorio nacional del Instituto de los Seguros Sociales. Desde la lógica de las normas, el empleador justificaba la falta de garantías al trabajador por la inexistencia de las entidades en determinadas zonas y ciudades. Para 1978, los obreros con contrato de trabajo

representaban el 55.6% del total nacional de los ocupados, en tanto los trabajadores por cuenta propia y los trabajadores sin remuneración legal equivalían al 35,7%. Siendo para este momento obligatoria la afiliación de los asalariados al Sistema de Seguridad Social, solo se contó con el 32% de estos, dejando en evidencia los problemas que subsisten en la actualidad, de elusión al Sistema de Seguridad Social y precariedad en el empleo (Rodríguez Salazar, 2006, pág. 261).

En los análisis de economía política de las leyes laborales y de la seguridad social se destaca la transferencia de valores de la economía internacional a la economía nacional, que generan los cambios en las formas de contratación laboral que trataremos en detalle más adelante, destacando la elasticidad de los acuerdos basados en la prestación del servicio sin subordinación, la flexibilidad laboral y la eliminación de las llamadas rigideces laborales para que los empresarios tengan mayor margen de movilidad de los trabajadores. Así, las acciones políticas de la protección social y de la seguridad social se delimitan entre modalidades de acumulación de capital y las definiciones de los riesgos y mecanismos de protección (Arévalo, Ciro, & Gutiérrez, 2006, pág. 191).

111

A lo largo de las décadas de 1960 y 1970, la normativa laboral fue objeto de modificaciones para permitir el ingreso del capital y normas extranjeras al territorio nacional. La ausencia del elemento legitimidad, en el sistema jurídico laboral, es discutida en tanto las descripciones normativas del Código Sustantivo del Trabajo (CST) siguen regulando las actuales relaciones laborales, después de 60 años de publicación, cuando tiene la condición de ser un decreto –no una ley–. En este contexto, el CST no se ajusta a las modalidades ocupacionales actuales, que no se rigen por esta norma.

Valga recordar que el CST se expide en tiempos del positivismo clásico, cuando la autoridad se auto-legitimaba, presentando argumentos deductivos que justifican la subordinación de los ciudadanos a la autoridad. La contraposición debe ser la inducción para legitimar los procesos y emitir normas con propuestas éticas, siguiendo la ética propuesta por Adela Cortina, que proviene del griego *ethos*, que se refiere a los hábitos de las personas para obrar bien o mal y forja el carácter. La autora señala:

Y, aunque Heráclito no lo dijera, lo mismo sucede con las instituciones, las organizaciones y los pueblos, que también ellos se forjan buenos o malos hábitos, y que también para ellos su carácter es en buena medida su destino. No me refiero con esto a la ‘historia de las mentalidades’ de los pueblos, que tacha a unos de trabajadores, a otros de holgazanes, a unos de tolerantes y abiertos, a otros, de intransigentes y cerrados. Me refiero a las costumbres que potenciamos libremente y que tienen efectos en la vida cotidiana, porque la ética es efectiva, tiene efectividad. (Cortina, 2013, pág. 35)

Esta ética para obrar bien y forjar el carácter, no se percibe en las reformas de los sistemas de seguridad social realizada en la década de 1990 en América Latina, ante las políticas de ajustes económicos, como requerimiento de gobernabilidad de los nuevos grupos de empresarios. En Colombia, con la expedición de la Constitución Política de 1991 se incluyen los derechos al trabajo, a la salud y la estabilidad del empleo para los ciudadanos. Con la sombra del paradigma de la teoría crítica del derecho, se observará que no existe coherencia entre, la descripción normativa protectora y garantista del trabajador, por una parte, y las condiciones laborales en que se ven obligados a prestar el servicio los trabajadores, por la otra. Entre otras razones, la incongruencia se presenta por la incapacidad de los actores de la relación laboral, incluidos el Estado y la Justicia, de articular el derecho como sistema compuesto por la legitimidad, la validez y la eficacia, para conseguir decisiones jurídicas y judiciales eficaces, con la integración de los demás sistemas sociales.

Las garantías constitucionales del trabajo y la salud como derechos se mezclan en las relaciones laborales, generando el denominado derecho a la salud en el trabajo, que evidencia una crisis generalizada como consecuencia de las tendencias a deslaborizar el trabajo y regresar al concepto civilista de autonomía de la voluntad de las partes, que rompe la epistemología del trabajo. La austeridad del Estado y el ahorro en la producción –soportada en la tecnología–, generaron medios de riqueza que colisionan con los valores de la sociedad, que continúa pobre y desempleada, y que acepta las transformaciones del trabajo con la esperanza de un ingreso digno, ligado a las capacidades individuales.

Para desarrollar el derecho a la seguridad social descrito en el artículo 48²⁷ de la Constitución Política, se expide la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), que incluye las prestaciones de salud, riesgos laborales, pensiones y servicios sociales complementarios. Bajo el marco de esta ley, el Estado tiene una función de control y dirección, comprendiendo que se reconoce una gestión tanto pública como privada de los servicios.

En el SGSSS la afiliación se establece como obligatoria, con una perspectiva de la protección que tiene a la población de trabajadores asalariados formales como su foco de atención. La financiación se da en una gran medida a través de un sistema de cotización y se contempla la negociación colectiva como mecanismo para la creación de beneficios (Arenas Monsalve, 2007, pág. 111). Desde luego, las debilidades latentes y las brechas que genera este sistema no se harían esperar. Debido al incumplimiento histórico de las leyes y acuerdos de los empleadores con los trabajadores, las garantías normativas consagradas no han sido eficaces. En este contexto es persistente la evasión y elusión de las normas, con lo cual resulta inexistente la promoción y prevención de la salud en el trabajo, lo cual complejiza la valoración de la legitimidad y eficacia del derecho a la salud en el trabajo, que cede al dominio económico de los empresarios.

113

Indica con acierto el profesor Oscar Rodríguez Salazar (2007) en el capítulo titulado “Regulación Macroeconómica y equidad”, que la Ley 100 de 1993 transforma el Sistema de Seguridad Social ante la necesidad de legitimidad del orden político existente para el momento en el país por los altos niveles de violencia. Era necesario, como en los siglos anteriores erradicar o controlar la pobreza mediante políticas que dieran valor al capital humano dentro del sistema de producción capitalista. El nuevo sistema permitió descentralizar los recursos para que las funciones de inspección, vigilancia y control tuvieran eficacia. Pero la ausencia de ética, que debe buscar el bien común, invalida la legitimidad social por el desvío de recursos, las prácticas clientelistas y las barreras de acceso, entre otros

²⁷ El artículo 48 indica: “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley” (CP, 1991).

obstáculos planteados por el profesor Rodríguez, que hacen más visibles la pobreza y la desigualdad social (Rodríguez Salazar, 2007, pág. 40).

La seguridad social en Colombia se construye sobre la teoría bismarkiana del aseguramiento obligatorio de los problemas derivados de los accidentes y las enfermedades, con participación del empleador, el trabajador y el Estado. Desde la Ley 100 de 1993, este ámbito se combina con el sistema de aseguramiento civil regido por el derecho mercantil, que se fundamenta en la ley de oferta y demanda, permeando las relaciones laborales y la economía política del Estado. Así, el derecho a la seguridad social se convierte en sistema, para cumplir con los requerimientos de organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional y las calificadoras de riesgos para la inversión de capital.

La implementación del Sistema de Seguridad Social como desarrollo del derecho a la seguridad social, consagrado en la Constitución de 1991, ha sido cuestionado por los académicos, indicando que este sistema es ineficaz por las restricciones que se impusieron en pro de los intereses económicos soterrados en el derecho a la libertad económica empresarial. En la estructura económica que soporta el Sistema de Seguridad Social prevalece el modelo económico derivado de las normas constitucionales, que parece centrarse en la teoría de la competencia regulada, y que se desarrolla con el modelo de pluralismo estructurado con cuatro funciones: modulación, articulación, financiamiento y prestación del servicio (Gañán Echavarría, 2013, pág. 97). Nótese que la estructura económica del sistema no se fundamenta ni da prioridad a las acciones de prevención y promoción de la salud. Con lo cual, la mayor carga de inversión está en la atención después de generados los daños en la salud por cualquier origen.

El nuevo Sistema de Seguridad Social se compone de cuatro subsistemas, a saber: pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios. Para cada subsistema se asignó una entidad administradora de los recursos y evaluadora del reconocimiento a los derechos asistenciales y prestacionales. Para el sistema de salud se crearon las Empresas Promotoras de Salud (EPS) y las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS). Para el sistema de pensiones se crearon las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). Para los riesgos profesionales se crearon las Administradoras de Riesgos Profesionales (ARP). Y para los

servicios sociales complementarios se ampliaron las funciones de las Cajas de Compensación Familiar. Esta división del Sistema de Seguridad Social llevó al desplome del Instituto de Seguros Sociales, que debió liquidarse definitivamente en el año 2005, trasladando los recursos y trabajadores a las entidades que asumieron las funciones para cada sistema (Eslava Schmalbach, y otros, 2015, pág. 124).

En la administración de todos los sistemas se permitió la inversión de los grupos económicos extranjeros²⁸ y se contemplaron normas para el control y vigilancia. Sin embargo, estas normas resultaron de poca efectividad, lo que favoreció la corrupción, la negación de prestaciones económicas y asistenciales y el despido. En adelante veremos los complejos procesos y procedimientos que establece el sistema para el reconocimiento de las enfermedades y accidentes laborales, que han afectado el espíritu de coordinación económica y el equilibrio social del Código Sustantivo del Trabajo, convirtiéndolo en una batalla contra el despido, entre todos los actores de la relación laboral.

El Sistema de Riesgos Laborales en la Seguridad Social

Después de publicada la Ley 100 de 1993, mediante el Decreto ley 1295 de 1994 se reglamentó el Sistema de Riesgos Profesionales. En el artículo 98 del mencionado decreto, se derogaron todas las normas descritas del Código Sustantivo del Trabajo y demás decretos referidos a los riesgos en el trabajo²⁹. La financiación del Sistema de Riesgos Profesionales inicia con los aportes del empleador y los rendimientos administrados por el Instituto de los Seguros Sociales (ISS). El valor de la cotización dependía de lo dispuesto en la tabla de

²⁸ Dentro de los grupos económicos que administran los recursos de la seguridad social se encuentran el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA), el Grupo Santander, el grupo AVAL, el grupo empresarial antioqueño y el Banco Citybank (Rodríguez Salazar, 2006, pág. 265).

²⁹ En el artículo 98 del Decreto 1295 de 1994 se lee: “Artículo 98. Derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de publicación y deroga los artículos 199, 200, 201, 203, 204 y 205 del Código Sustantivo de Trabajo, los artículos 20, 88 y 89 del Decreto 1650 de 1977, los artículos 24, 25 y 26 del Decreto 2145 de 1992, los artículos 22, 23, 25, 34, 35 y 38 del Decreto 3135 de 1968, los capítulos cuarto y quinto del Decreto 1848 de 1969, el artículo 2o. y el literal b) del artículo 5o. de la Ley 62 de 1989 y demás normas que le sean contrarias, a partir de la entrada en vigencia del Sistema General de Riesgos Profesionales, de conformidad con lo establecido en el artículo anterior” (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994).

clasificación de actividades económicas descrita en el Decreto 2100 de 1995. Creadas las entidades del Sistema de Seguridad Social en el mencionado Decreto ley, se dispuso que la clasificación de las actividades económicas para la determinación de los aportes de los empresarios se revisara y actualizara cada 3 años. Para el año 2002 se expide el Decreto 1607, que modificó la tabla y estableció el valor de los aportes al Sistema General de Riesgos Profesionales (Eslava Schmalbach, y otros, 2015, pág. 130).

Las prestaciones asistenciales y económicas que se reconocían al trabajador, bajo la normatividad del ISS, siguieron contempladas en el nuevo Sistema de Riesgos Profesionales con cambios en los porcentajes y montos. Dentro de estas prestaciones se encuentran el subsidio por incapacidades temporales, la indemnización por incapacidad permanente parcial, la pensión de invalidez, la pensión de sobrevivencia y el auxilio funerario. El monto de las prestaciones se reconoce al trabajador sobre el ingreso base de cotización reportado por el empleador. En la estimación de las tarifas de cotización no se ha utilizado una metodología que permita determinarlas desde la materialización del riesgo laboral para estimar la verdadera tasa de sostenibilidad del sistema y mejorar el proceso de reconocimiento de las prestaciones a los trabajadores (Bayona Rodríguez, Jiménez Moscoso, & Rodríguez Corredor, 2015, pág. 136).

Además de las prestaciones asistenciales y económicas, las normas reglamentarias del Sistema de Riesgos Profesionales describen los objetivos, el campo de aplicación, el proceso de calificación del origen de las contingencias, las obligaciones de empleadores y trabajadores, las acciones para la promoción de la salud y prevención del ATEL, la administración del Fondo de Riesgos Profesionales, las sanciones y las definiciones de accidente de trabajo y enfermedad profesional. El Decreto 1295 de 1994 fue objeto de revisión por la Corte Constitucional para determinar su congruencia con la Constitución Política, declarando en varias sentencias la inexecutable de la norma, dejándola convertida

en una colcha de retazos que la hace ilegítima para los actores de la relación laboral dentro de la estructura del Sistema de Riesgos Profesionales³⁰.

Para subsanar la ausencia de una norma que definiera las prestaciones económicas derivadas del ATEL, se expide la Ley 776 de 2002, que describe el reconocimiento económico derivado de la incapacidad médica temporal, de la incapacidad permanente parcial, de la invalidez y de la muerte del trabajador. En la sentencia C-858 de 2006 el órgano judicial difirió los efectos de la decisión por el término de ocho (8) meses para que el legislador en este interregno expidiera la ley que contemplara la definición de accidente de trabajo y enfermedad laboral.

La falta de eficacia de las decisiones judiciales y la desconexión entre los poderes públicos, se puso en evidencia por el hecho que el Congreso dejara transcurrir seis (6) años para proferir la ley solicitada. Lo hizo con la Ley 1562 de 2012 que, en términos generales, conservó las instituciones jurídicas creadas por el Decreto 1295 de 1994 para el Sistema de Riesgos Profesionales. Esta ley realizó ajustes al sistema para cumplir con los requisitos de los organismos internacionales de acreditación en calidad, cambiando la denominación de Sistema de Riesgos Profesionales por “Sistema de Riesgos Laborales”, y los conceptos de programa de salud ocupacional por sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo, de enfermedad profesional por enfermedad laboral, y de Administradora de Riesgos Profesionales por Administradora de Riesgos Laborales. Razón por la cual en adelante utilizaremos los actuales términos legales para referirnos a las instituciones jurídicas del sistema.

³⁰Al respecto de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en revisión del contenido del Decreto ley 1295 de 1994, la Sentencia C-164 de 2000 declaró inconstitucional el artículo 43. En sentencia C-452 de 2002 se declararon inconstitucionales los artículos 34 (parágrafos 1 y 2), 35 ,36, 37, 38, 39, 40, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 96 y 98. En Sentencia C-250 de 2004 se declara la inconstitucionalidad del artículo 16 en forma parcial. En sentencia C-858 de 2006 se declaran inconstitucionales los artículos 9, 10 y 13. En sentencia C-1152 de 2005 se declara inconstitucional el artículo 20. Y en sentencia C-1155 de 2008 se declara inexecutable el artículo 11.

El accidente de trabajo en el Sistema de Riesgos Laborales

De la revisión documental respecto de la incidencia (aparición), prevalencia (existencia) y costos de los accidentes de trabajo en Colombia desde la publicación de la Ley 57 de 1915 hasta la Ley 1562 de 2012, se considera que el accidente de trabajo ha tenido mayor desarrollo teórico y normativo que la enfermedad laboral. Esto se debe a la capacidad del accidente de trabajo de causar daño inmediato en la persona y en los lugares de trabajo, por el impacto social que genera la muerte de una o varias personas en el lugar de trabajo y por los costos económicos que representa este tipo de eventos para el empleador, aunque no puede afirmarse lo mismo de las gestiones para la prevención tanto del empleador como de las Administradoras de Riesgos Laborales (ARL) (González Rodríguez J. L., 2009, pág. 27).

En el periodo comprendido entre 1994 y 2006, la norma válida para la determinación de los eventos que podían considerarse accidentes de trabajo y enfermedad profesional, fue el Decreto ley 1295 de 1994. En el artículo 9 indicaba:

ARTÍCULO 9. Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte.

Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo.

Igualmente se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajos desde su residencia a los lugares trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador. (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994)

Proferida la sentencia C-858 de 2006, pierden validez esas definiciones y se genera inseguridad jurídica en las relaciones de trabajo para determinar el origen de los eventos donde se afectaba la salud del trabajador. Sin norma interna, el Estado acude al bloque de constitucionalidad para llenar el vacío legal. Como integrante de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), se acogen las definiciones contenidas en los literales m y n del artículo 1 de la Decisión 584³¹ para resolver los conflictos jurídicos generados en las relaciones

³¹ La Decisión 584 (Comunidad Andina de Naciones, 2004) es el Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el trabajo proferido en la ciudad de Guayaquil, Ecuador el 7 de mayo de 2004.

laborales hasta la publicación de la Ley 1562 de 2012. Allí se establecen las siguientes definiciones:

m) Enfermedad profesional: Una enfermedad contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral.

n) Accidente de trabajo: Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aun fuera del lugar y horas de trabajo. Las legislaciones de cada país podrán definir lo que se considere accidente de trabajo respecto al que se produzca durante el traslado de los trabajadores desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa. (Congreso de la República, 2012)

La descripción normativa del accidente de trabajo y la enfermedad laboral, que se reconoce con la sigla ATEL, en Colombia ha ido cambiando en el tiempo. La definición, estructura y teorías de la responsabilidad subjetiva del empleador a la objetiva por la ocurrencia del ATEL, han tenido estudios detallados en áreas del derecho, la ingeniería y la medicina. En tanto los cambios jurídicos de la definición del ATEL permiten comprender los elementos que afectan las relaciones laborales actuales y el efecto de dichos cambios en el principio de estabilidad laboral.

Con relación a la legitimidad de las normas que definen el accidente de trabajo (AT) desde lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo hasta llegar a la definición del artículo 3 de la Ley 1562 de 2012, puede considerarse que la descripción de los eventos que se consideran accidente de trabajo actualmente en Colombia se derivan de cientos de procesos de la justicia ordinaria y constitucional. Por esta vía se estudiaron los conflictos en donde el trabajador/prestador del servicio se afectó en la salud estando al servicio del empleador/contratante y el evento no era reconocido como tal por el empleador ni por la Administradora de Riesgos Laborales, entre otras razones porque la norma aplicable, que era la Decisión 584 de 2004, no tenía la legitimidad en su contenido para aplicarlo en todos los asuntos y, en consecuencia, no era eficaz para la decisión judicial. La definición actual es:

ARTÍCULO 3o. ACCIDENTE DE TRABAJO. Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte.

Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o contratante durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo.

Igualmente se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajadores o contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador.

También se considerará como accidente de trabajo el ocurrido durante el ejercicio de la función sindical aunque el trabajador se encuentre en permiso sindical siempre que el accidente se produzca en cumplimiento de dicha función.

De igual forma se considera accidente de trabajo el que se produzca por la ejecución de actividades recreativas, deportivas o culturales, cuando se actúe por cuenta o en representación del empleador o de la empresa usuaria cuando se trate de trabajadores de empresas de servicios temporales que se encuentren en misión. (Congreso de la República, 2012)

Esta definición no reduce el derecho al cuidado de la salud en el trabajo a la sola protección de la seguridad e higiene en el trabajo. La norma complementa las disposiciones que imponen las obligaciones al empleador de vigilancia de la salud, formación, planificación de actividades que, en conjunto, hacen parte del deber de prevención del empresario. De esta forma si el empleador/contratante incumple la obligación de prevención y promoción de la salud queda sujeto a sanciones pecuniarias. Responsabilidad que no es del todo objetiva, porque sigue sometida al proceso judicial declarativo si logra demostrarse el nexo causal entre el hecho y el daño. De tal forma que la tendencia a objetivar la responsabilidad no termina de hacerla independiente de la culpa, haciéndola ineficaz a los fines de la prevención, por dos motivos: el primero, porque exigir responsabilidad siempre que ocurra el AT desincentiva la prevención; el segundo, porque las Administradoras de Riesgos Laborales, por la relación comercial que tienen con los empresarios, venden la idea de cubrir los daños objetivamente, generando desinterés por la prevención. Así, el trabajador debe lidiar en todo caso contra dos poderes económicos: el empleador y la ARL. Es una lucha entre David y Goliat, que va perdiendo en este caso David.

En las decisiones judiciales que resuelven la ocurrencia del accidente de trabajo, expedidas en Colombia por la Corte Suprema de Justicia y en España por el Tribunal Supremo, se defiende la interpretación flexible y no restrictiva de esta figura jurídica. Esto ha permitido que se haya ampliado el concepto de accidente de trabajo, incluyendo situaciones que no ocurren estrictamente dentro de la jornada y lugar de trabajo. Algunos juristas consideran

esta posición de la justicia como un problema para la definición del accidente común que puede afectar a los trabajadores, porque este se define como aquel que no es laboral (Toscani Giménez, 2014, pág. 60). Con esto se abre la posibilidad de sustentar supuestos que escapan del control del empleador y, en consecuencia, de las gestiones para la prevención que se desarrollan más adelante. Se desliga el riesgo empresarial del accidente y se conecta este concepto con motivos dependientes del empleo y no de la prestación del servicio contratado.

La definición de AT comporta tres elementos que se han venido consolidando a partir de las decisiones judiciales. Elementos que el Tribunal Superior de Justicia en España también ha desarrollado y que mencionamos por los aportes para la identificación de los elementos estructurales del conflicto que venimos trabajando y que serán descritos en la parte final de esta investigación. La interpretación flexible de la definición de accidente de trabajo establece los componentes subjetivo, objetivo y causal, que se abordan a continuación.

Componente subjetivo: El concepto de accidente de trabajo siempre ha tenido una relación directa con el vínculo contractual que determina el desarrollo del trabajo. Inicialmente se establece solo para el trabajador vinculado por contrato de trabajo, regido por las normas que describe el Código Sustantivo del Trabajo (CST). Entiéndase por trabajador, según el numeral 2 del artículo 22 del CST, “quien presta l servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, la remuneración cualquier que sea su forma salario” (Congreso de la República, 2016). La Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL-230202 (Corte Suprema de Justicia, 2005b), reconoce la trayectoria normativa de la definición de accidente de trabajo en Colombia y reitera la obiter dicta de la sentencia proferida 16 de febrero de 1959, indicando:

La teoría del riesgo profesional creado, ad usum principalmente en el contrato laboral, se enuncia diciendo que, en mayor o menor grado según la naturaleza del oficio, todo trabajador está sometido a un cúmulo de siniestros eventualmente sobrevinientes en la prestación de su servicio, riesgo que padece morigeraciones o agravaciones de acuerdo con circunstancias de tiempo y lugar vinculadas a su trabajo. La doctrina legal acoge el principio de que, por regla general, el patrono responde por los eventos accidentales causados por el riesgo creado, y –por excepción– el trabajador se responsabiliza cuando el accidente padecido por él sobreviene por su culpa grave.(Corte Suprema de Justicia, 2005b)

La desregulación de la relación laboral ha permitido la celebración de contratos no regidos por el derecho laboral, extendiendo del concepto de accidente de trabajo a otros sujetos contractuales vinculados en el sistema de producción empresarial con contratos no laborales. Estos sujetos fueron descritos como sujetos obligados a la afiliación al Sistema de Riesgos Laborales, entre ellos los trabajadores independientes con contratos civiles, comerciales o administrativos con valores mayores al salario mínimo y periodos de ejecución superiores a un mes, los pensionados con vínculos laborales vigentes y los estudiantes en periodos de instrucción³². En sentencia C-509 de 2014 se expresó que la inclusión de estas categorías se ajusta a la obligación del Estado de ampliar progresivamente la cobertura a la seguridad social (Corte Constitucional, 2014c, pág. 14).

En España el concepto se ha extendido a los trabajadores que siendo trabajadores por cuenta propia, han sufrido accidentes de trabajos ocurridos como consecuencia directa e inmediata del trabajo, y los incluye en el régimen especial de protección, contando entre ellos a los trabajadores del mar y los del sector agrario (Chacartegui Javega, 2007, pág. 19). La extensión de la protección a los trabajadores no regidos por el contrato de trabajo, pero que realizan un trabajo, en Colombia y España lleva a la inclusión de estos trabajadores en las actividades de promoción y prevención que debe planear, desarrollar y evaluar el empleador-contratante dentro de la empresa.

La inserción de los trabajadores independientes o autónomos en el régimen de reconocimiento del ATEL ha generado la extensión de la estabilidad laboral reforzada, con la denominación de la estabilidad ocupacional reforzada por parte de la Corte Constitucional en Colombia. En el siguiente capítulo analizaremos en detalle la figura de la estabilidad laboral reforzada y su extensión a otros trabajadores.

³²Ver Ley 1562 de 2012 (Congreso de la República, 2012) que modificó el artículo 13 del Decreto ley 1295 de 1994, ampliando los afiliados obligatorios al Sistema de Riesgos Laborales y permitiendo la afiliación voluntaria de los independientes o personas con contratos diferentes al laboral.

Componente objetivo: Se determina por la efectiva lesión en la persona del trabajador/prestador del servicio. Se entiende por lesión todo daño causado por una herida, golpe o enfermedad, súbito y violento en el cuerpo humano.

Dados los efectos generados por la ocurrencia del denominado accidente de trabajo en la vida de los trabajadores como personas, nos acogemos a la recomendación que hace la revista científica *British Medical Journal*, de la Asociación Médica Británica creada en 1878, en donde se recomienda cambiar el término “accidente” por la expresión “lesión”, en tanto la primera refiere a hechos inevitables, sorprendidos e inesperados. En el trabajo con la promoción de la salud y prevención de la enfermedad, teóricamente estos hechos no deberían generarse. Así, los trabajadores sufren “lesiones laborales” (Davis, 2001).

La diferencia conceptual puede encontrarse en las decisiones judiciales que dejan claro que las lesiones ocasionadas por el trabajo o con ocasión del mismo, son objetivamente accidentes laborales. Así lo indica la sentencia SL-2582 confirmadora de la línea jurisprudencial creada por la Corte Suprema de Justicia al respecto.

Adviértase, además que el accidente que ocurre con causa del trabajo, se refiere a una relación directa derivada del desarrollo de la labor para la cual se contrató al trabajador y las actividades relacionadas con la misma; mientras que con ocasión del trabajo, plantea una causalidad indirecta, es decir, un vínculo de oportunidad o de circunstancia, entre el hecho y las funciones que desempeña el empleador. (Corte Suprema de Justicia, 2019, pág. 18)

Para la Corte Suprema de Justicia de Colombia es accidente de trabajo la muerte de un trabajador que fue enviado por la empleadora sin ser técnico de manejo de máquinas de alto voltaje a realizar su reparación (Corte Suprema de Justicia, 2020b). También lo es la pérdida de la mano del trabajador que utilizó una varilla y la mano para accionar la máquina troqueladora con fallas en el sistema de frenos (Corte Suprema de Justicia, 2001). Al igual que la muerte del trabajador que se transportaba en vehículo de la empresa y fue interceptado por hombres armados que le dispararon en la cabeza (Corte Suprema de Justicia, 2005a).

En España, es accidente de trabajo el reconocido por el Tribunal Supremo en sentencia STS de 29 de junio de 2006, donde el trabajador que desempeñaba la actividad de recogida de basuras y limpieza de vías fue atropellado por una motocicleta, sufriendo fractura de una

pierna. También lo es las múltiples fracturas con resultado de la muerte del trabajador que cae de una escalera, según sentencia STS de 30 de noviembre de 2004 (Chacartegui Javega, 2007, pág. 22).

Componente causal: La lesión y afectación corporal o psíquica es constitutiva de accidente de trabajo cuando es sufrida “con causa o con ocasión” del trabajo realizado. Hay una relación de causa y efecto requisito que se somete al debate probatorio, que ha formado diferentes etiologías en la jurisprudencia, según los asuntos resueltos por vía judicial. En los análisis judiciales se invirtió la carga de la prueba ilegítima, considerada en las primera normas reguladoras de la figura jurídica. Así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia confirmadora de la línea descrita, en Sentencia CSJ SL11970 de 2017 que es reiterada en Sentencia SL-2582 de 2019, donde se señaló:

(...) (i) para que se presente un accidente laboral, debe existir un nexo causal entre el hecho dañoso y la prestación del servicio, ya sea de manera directa o indirecta; (ii) que si la administradora de riesgos laborales pretende liberarse de su responsabilidad, debe derruir tal conexidad, y (iii) no todo hecho que ocurra en el entorno laboral, resulta dable calificarlo siempre como accidente de trabajo, por cuanto pueden existir circunstancias que permitan desligarlo de la prestación de un servicio subordinado. (Corte Suprema de Justicia, 2019)

Los accidente de trabajo tienen una ocurrencia súbita y pueden causar daño no solo a las personas sino a los equipos y generar afectaciones a la producción, razones que motivan a las Administradoras de Riesgos Laborales, por su especialidad en el aseguramiento comercial, a enfocarse en estrategias orientadas a prevenirlo o a minimizar su capacidad de causar daño a la salud del trabajador, para evitar pérdidas a las empresas (González Rodríguez J. L., 2009) y reconocimientos económicos a los trabajadores. El modelo, de tarifas reguladas y prestaciones definidas, disminuyó los derechos de los trabajadores afectados por el ATEL. Los intereses económicos de las aseguradoras comerciales han estado interviniendo en todos los procesos legislativos y judiciales que modifiquen la administración del Sistema de Riesgos Laborales, hasta lograr la desaparición de prestaciones económicas que hoy podrían ser una salida para el conflicto de la estabilidad laboral reforzada.

Aunque este trabajo se centra en los elementos estructurales que han generado el conflicto de la estabilidad laboral reforzada por ATEL en Colombia, no puede pasarse por alto la

importante construcción jurídica y jurisprudencial que al respecto tiene España. Se destaca la definición legal de accidente de trabajo, que incluye eventos que generan enfermedades y el reconocimiento de prestaciones económicas que, en ese país, se mantienen vigentes salvaguardando la subsistencia del trabajador y permitiendo la continuidad de la actividad económica para el empleador. Así, en relación con la definición de accidente de trabajo se tiene que el artículo 115 de la LGSS establece:

Artículo 156. Concepto de accidente de trabajo.

1. Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena.

2. Tendrán la consideración de accidentes de trabajo.

a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo.

b) Los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos.

c) Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su grupo profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa.

d) Los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo.

e) Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.

f) Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente.

g) Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación.

3. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo. (Ministerio de Empleo y Seguridad Social de España, 2015)

Nótese que, en esta definición, en el literal e) se describen como accidente de trabajo las enfermedades que contraiga el trabajador con motivo de la realización del trabajo, y en el literal f) las enfermedades o defectos que se agravan como consecuencia de una lesión ocasionada por el trabajo. Estas dos condiciones, inexistentes en la legislación colombiana, son factores del conflicto entre las entidades de la seguridad social y el empleador con los trabajadores, por la permanencia en estado de incapacidad temporal sin la determinación del

origen de la enfermedad. En España las lesiones sufridas con ocasión o como consecuencia del trabajo realizado por cuenta ajena, como el padecimiento de una hipoxia cerebral, una angina de pecho, una encefalopatía postanoxica o el infarto al miocardio sufrido en tiempo y lugar de trabajo, son reconocidos como accidentes de trabajo (Chacartegui Javega, 2007, pág. 24).

La enfermedad laboral en el Sistema de Riesgos Laborales

Con relación a la enfermedad laboral, este evento hasta hace pocos años ha sido visibilizado en los ambientes laborales, por la incidencia que para el empleador tiene en los costes de la empresa el absentismo laboral que, recordando la ya descrita definición de la OIT en el marco situacional de este trabajo, es la no asistencia al trabajo por parte del empleado que se pensaba que iba a asistir (ANDI, 2017a, pág. 334); y en 2018 para la OMS consiste en la inasistencia:

(...) por causa directa o indirectamente evitable, tal como la enfermedad cualquiera que sea su duración y carácter, así como las ausencias injustificadas durante toda o parte de la jornada laboral y los permisos circunstanciales dentro del horario laboral. Citado por Tatamuez-Tarapues *et al.* (2019, pág. 101)

Así mismo, se ha identificado la afectación en los niveles de producción en las empresas por el denominado presentismo, que corresponde a una derivación del absentismo pero se genera cuando el trabajador es solo un “cuerpo presente” en el trabajo, que no presta el servicio contratado de manera eficiente (Tatamuez-Tarapues, Domínguez, & Matabanchoy-Tulcán, 2019, pág. 101). El absentismo y el presentismo tienen una relación directa con el estado de salud del trabajador, razón por la que los empresarios y el Estado han avanzado en estudiar la etiología de estos dos fenómenos, al parecer con mayor inclinación por la afectación que trae para el sistema capitalista la remuneración legal de estas figuras, que por una preocupación por la prevención y promoción de la salud en el trabajo.

La definición de enfermedad profesional se estableció en el Decreto 2350 de 1944, indicando que era la enfermedad adquirida por razón y con motivo del trabajo, con excepción de las enfermedades endémicas de las regiones o de las epidemias que generaran en el organismo una lesión o perturbación funcional transitoria, permanente o definitiva, originadas por

agentes físicos, químicos o biológicos. A esta definición le siguió la establecida en el Código Sustantivo del Trabajo en el artículo 200:

ARTICULO 200. DEFINICION DE ENFERMEDAD PROFESIONAL. 1. Se entiende por enfermedad profesional todo estado patológico que sobrevenga como consecuencia obligada de la clase de trabajo que desempeña el trabajador o del medio en que se ha visto obligado a trabajar, bien sea determinado por agentes físicos, químicos o biológicos.
2. Las enfermedades endémicas y epidémicas de la región sólo se consideran como profesionales cuando se adquieren por los encargados de combatirlas por razón de su oficio. (Congreso de la República, 2016)

Posteriormente, el Decreto 3170 de 1964 definió en su artículo 5° la enfermedad profesional como todo estado patológico que sobrevenga como consecuencia obligada de la clase de trabajo que desempeña el asegurado o del medio en que se ha visto obligado a trabajar, bien sea determinado por agentes físicos, químicos o biológicos. Las enfermedades endémicas o epidémicas de la región solo se consideran como profesionales cuando se adquieren por los encargados de combatirlas en razón de su oficio. Le sigue el Decreto 1848 de 1969, que en el artículo 11 entiende por enfermedad profesional todo estado patológico que sobrevenga paulatinamente como consecuencia inevitable, obligada y necesaria de la clase de trabajo desempeñado por el empleado oficial, o del medio en que se haya desarrollado su labor, determinado por agentes físicos, químicos o biológicos³³. El artículo 11 del Decreto ley 1295 de 1994, que estuvo vigente hasta la expedición de la sentencia C-858 de 2006, la definió así:

127

ARTÍCULO 11. Se considera enfermedad profesional todo estado patológico permanente o temporal que sobrevenga como consecuencia obligada y directa de la clase de trabajo que desempeña el trabajador, o del medio en que se ha visto obligado a trabajar, y que haya sido determinada como enfermedad profesional por el Gobierno Nacional.

PARAGRAFO 1. El Gobierno Nacional, oído el concepto del Consejo Nacional de Riesgos Profesionales, determinará, en forma periódica, las enfermedades que se consideran como profesionales. Hasta tanto, continuará rigiendo la tabla de clasificación de enfermedades profesionales contenida en el Decreto número 778 de 1987.

PARAGRAFO 2. En los casos que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades profesionales, pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacionales será reconocida como enfermedad profesional, conforme lo establecido en el presente Decreto. (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994)

³³ Ver Decreto 3170 de 1964 y Decreto 1848 de 1969 en Rodríguez Mesa (2013).

Con la Ley 1562 de 2012 se establece la definición actual de enfermedad laboral, indicando:

ARTÍCULO 4o. Enfermedad laboral. Es enfermedad laboral la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar. El Gobierno Nacional, determinará, en forma periódica, las enfermedades que se consideran como laborales y en los casos en que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades laborales, pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional será reconocida como enfermedad laboral, conforme lo establecido en las normas legales vigentes.

PARÁGRAFO 1o. El Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Riesgos Laborales, determinará, en forma periódica, las enfermedades que se consideran como laborales.

PARÁGRAFO 2o. Para tal efecto, El Ministerio de la Salud y Protección Social y el Ministerio de Trabajo, realizará una actualización de la tabla de enfermedades laborales por lo menos cada tres (3) años atendiendo a los estudios técnicos financiados por el Fondo Nacional de Riesgos Laborales. (Congreso de la República, 2012)

La ineficacia del Sistema de Riesgos Laborales en la calificación de las enfermedades laborales ha sido objeto de estudios desde el ámbito médico, realizados con el objeto de establecer alternativas de mejora en el diagnóstico y atención. En la misma línea de esta investigación, estudios anteriores han razonado que no hay soluciones unicasales ni deterministas, porque existen elementos de alta complejidad que requieren ser identificados (González Rodríguez J. L., 2009, pág. 28).

El origen de las enfermedades laborales o del trabajo parece tener diferentes momentos. La ley española de 1900 las asimiló dentro de la definición de accidente. Con posterioridad, la doctrina y la jurisprudencia marcaron las diferencias entre los dos conceptos, diferenciando la instantaneidad del accidente con la progresividad de las enfermedades. En Francia se inicia con la determinación de un listado de enfermedades de relación directa con determinadas profesiones, con fundamento en la medicina, razón por la que se denomina enfermedad profesional. En México, para 1931 la norma atendió elementos más humanos, permitiendo al trabajador demostrar que su enfermedad tenía relación con el trabajo aunque no apareciera previamente en la tabla de enfermedades profesionales (De la Cueva, 1997, pág. 156), concepto asumido por Colombia según las definiciones.

Las enfermedades laborales, por sus manifestaciones inespecíficas, multicausales y de larga duración, son de mayor complejidad en la determinación del origen, lo cual es fuente de conflicto en las relaciones laborales, en virtud del diagnóstico –en ocasiones tardío y otras veces inexistente– en la tabla de enfermedades laborales vigente. Desde la aparición de los síntomas hasta la calificación del origen laboral, el trabajador puede encontrarse en largos episodios de incapacidad médica temporal que afectan el mantenimiento del contrato de trabajo por no ser rentable para la empresa, que busca estrategias jurídicas para dar por terminada la relación contractual y salvaguardar la rentabilidad.

Dentro de las causales del conflicto, podemos establecer que en los cambios del mercado laboral se evidencian cambios epidemiológicos de la enfermedad laboral, donde los agentes externos –con las complejas causas de las enfermedades–, actúan en el organismo que presenta condiciones particulares. Este proceso da lugar al tránsito del modelo basado en la presencia de un agente externo, por el cual se establecen las listas de enfermedades, a un modelo que determine el origen según la sobrecarga de funciones biológicas, estilos de vida y relaciones sociales, permitiendo unidad entre las enfermedades atendidas por el Sistema de Salud Pública y las enfermedades de competencia del Sistema de Riesgos Laborales. Proyecto que se afecta por la falta de gestión en las acciones de promoción de la salud y prevención de la enfermedad y el accidente en el trabajo (Moqueda Blasco, 2016, pág. 176).

Así, la enfermedad laboral se encuentra en desventaja con el accidente de trabajo que se presenta por causa o con ocasión del trabajo y que es súbito, violento, no deseado o imprevisto. Para la enfermedad laboral es necesario precisar de tres elementos que le permitan este reconocimiento: el diagnóstico de enfermedad, las condiciones de trabajo y el nexo causal entre los dos. Las enfermedades, como los accidentes, son lesiones que afectan la salud de las personas por la exposición a factores de riesgo que resultan de la actividad laboral. Pero siendo la enfermedad de instauración lenta y gradual, genera mayor incertidumbre para el trabajador y costos no reembolsables al empleador.

Surge la enfermedad de larga duración, como estado intermedio entre las condiciones de incapacidad médica y discapacidad que, siendo o no curable, comporta limitaciones en la vida laboral de las personas. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado

respecto de estas enfermedades, indicando que los trabajadores que las sufren hacen parte de un grupo que pertenece al gran componente de la discapacidad y por tanto merecen especial protección contra la discriminación de la sociedad y los empleadores (Moreno Gené, 2014, pág. 7). Decisiones que revisaremos en el apartado referido a las condiciones de discapacidad, como punto de partida para interpretar la enfermedad que se asimila a la discapacidad como vía de aplicación de la estabilidad laboral reforzada y los efectos que tiene este reconocimiento en la relación laboral.

De esta manera, el proceso de inclusión de la salud en el trabajo en el ámbito de la seguridad social ha sido objeto de estudios y revisiones desde diferentes disciplinas, coincidiendo en la débil atención de los Estados y los empleadores a la problemática generada por los altos niveles de accidentes y enfermedades de origen laboral, concentrados en la rentabilidad de los negocios. Hay acuerdo en la determinación de ser las enfermedades laborales y los accidentes de trabajo una pandemia que azota a la humanidad, causada por las malas condiciones laborales en las que se obliga a trabajar, con el agravante de ser imprecisos o inexistentes los registros de su ocurrencia y atención, incluso en los países más desarrollados (Nieto J. , 2014, pág. 1).

Por todo ello, consideramos importante analizar –desde las esferas de la validez, la legitimidad y la eficacia del derecho–, los cambios normativos y jurisprudenciales que se han presentado en las relaciones laborales referidos a los contratos de trabajo y la visión de la relación de trabajo de las partes involucradas, la estabilidad laboral como principio en la relación laboral, la precarización del trabajo, la compleja valoración de la promoción de la salud y de la prevención de la enfermedad y el accidente. También resulta relevante el marco jurídico de la calificación del origen de los accidentes y las enfermedades que afectan a los trabajadores y los mantienen por largos periodos de tiempo incapacitados médicamente generando condiciones para el despido. Todo este análisis tiene la intención de hacer un balance del papel de los diferentes actores de la relación laboral, en el conflicto generado por el despido del trabajador enfermo por el trabajo.

2.2. El Estado Colombiano en el contexto de las relaciones laborales ¿garante de los derechos laborales o regulador económico?

Los trabajadores y empleadores tienen derechos y deberes determinados en normas consideradas válidas como reglas jurídicas (Bobbio, 1990, pág. 134). El desarrollo real del trabajo permite diferenciar intereses, que siendo connaturales a este tipo de relaciones, generan comportamientos opuestos a los fines sociales y que dejan un manto de duda en la legitimidad de las normas. Frente a esto surge la necesidad de identificar los conflictos relacionados con el cuidado de la salud en el trabajo y las razones que han llevado a las partes a cumplir más o menos las obligaciones legales, en forma espontánea o por coacción, comportamientos de acción y reacción que dan lugar a esta investigación de carácter jurídico y sociológico.

El Código Sustantivo del Trabajo (CST) en Colombia es la norma que regula el contrato de trabajo en el país. Una compilación inicialmente establecida mediante tres decretos: el 2663 y 3743 de 1950, y el 905 de 1951, publicados en el Diario Oficial No 27.622 de junio de 1951 que, para el momento de escritura de este trabajo de investigación, cuenta con 116 modificaciones (Congreso de la República, 2016). Adicionalmente, desde la Constitución de 1991 los empleadores y trabajadores esperan que se expida el Estatuto del Trabajo, ordenado por el artículo 53³⁴.

De esta manera, con una deuda de más de 20 años a cargo del legislador, debemos continuar analizando las relaciones de trabajo a través de una norma obsoleta pero vigente, que continua activa en la vida social de cada trabajador colombiano, hasta el momento en que logra una pensión para su retiro.

³⁴ “**ARTICULO 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad” (CP, 1991).

El artículo 1 del CST indica que su finalidad es “lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social” (Congreso de la República, 2016). Tres expresiones merecen atención en esta definición: justicia, coordinación y equilibrio.

La justicia entendida como la justicia social, que parte del supuesto de la desigualdad económica y procura el mejoramiento del nivel de vida de los trabajadores (...) impone deberes a los particulares frente a otros particulares, solo por su pertenencia a determinada clase social” (Guerrero Figueroa, 2005, pág. 141); lo cual no parece darse en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores en Colombia, cuando, como lo desarrollaremos en el presente texto, unos y otros acuden a la administración de justicia para que resuelva los problemas que ellos mismos debieron prevenir en la relación laboral.

La coordinación económica entre el capital y el trabajo constituye la base para el progreso de las naciones, con la condición que la propiedad privada tenga una función social (Guerrero Figueroa, 2005, pág. 141); situación que resulta confusa en el campo de estudio de la salud en el trabajo. La ambigüedad se deriva del ámbito de responsabilidad, cuando el deber de prevención o protección del trabajador frente a los riesgos derivados del trabajo ha pertenecido históricamente al campo propio del Derecho del Trabajo (Valdeolivas García, 2012, pág. 9); mientras que hoy se condiciona a la diferenciación de responsabilidades objetivas y subjetivas, distribuidas entre el empleador y las entidades del Sistema de Seguridad Social, denominadas Entidades Promotoras de Salud (EPS) y Administradoras de Riesgos Laborales (ARL). Esta marcada diferenciación de las responsabilidades objetivas a cargo del Sistema de Riesgos Laborales y las subjetivas del empleador, que las normas y decisiones judiciales desarrollan en Colombia, son objeto de análisis más adelante.

El equilibrio social consiste en la preservación del carácter tuitivo del derecho laboral, para prevenir los excesos y arbitrariedades de los empleadores sobre los trabajadores como clase económicamente más débil (Guerrero Figueroa, 2005, pág. 141); que comprende el entendimiento entre empleadores, trabajadores y Estado, en el marco de las políticas preventivas que garanticen las óptimas condiciones de trabajo. Sin embargo, como lo indican Linares y López:

(...) el aumento del poder empresarial en las relaciones laborales (junto al papel cada vez más pasivo del Estado como actor necesario para un reequilibrio de poder entre capital y trabajo), ha provocado un aumento de los niveles de precariedad entre la población trabajadora. (Linares & López, 2017, pág. 96)

En el año 1950 se establecen formalmente las obligaciones al empleador en el CST (Congreso de la República, 2016), luego se organiza el seguro social obligatorio y se delega al Instituto de Seguros Sociales (ISS) el manejo de las prestaciones económicas y asistenciales (Luna García J. E., 2002, pág. 18). En 1964 se expide para esta entidad el decreto 3170, que reconoce prestaciones económicas por pérdida de capacidad laboral menor del 50%. Y en 1979 se publica la Ley 9, que establece el Código Sanitario que da inicio a los programas de salud ocupacional.

En esta perspectiva, es importante reconocer que las relaciones de trabajo que regula el CST pertenecen al siglo pasado; no obstante, el Código continúa regulando estas relaciones en el presente siglo. Por tal motivo, tomaremos como clave de análisis esta norma, con el fin de presentar los elementos estructurales problemáticos de la ELR del trabajador enfermo por accidente de trabajo y enfermedad laboral (ATEL), desde la expedición de la Ley 361³⁵ de 1997 hasta el año 2018.

El CST comprende las disposiciones que regulan las relaciones individuales y colectivas de trabajo³⁶; dado que estos dos tipos de relaciones pueden entrar en conflicto por condiciones económicas o jurídicas (De la Cueva, 1997, pág. 517). Atendiendo la doctrina alemana que sigue el CST, los conflictos individuales son de naturaleza jurídica y los colectivos son preponderantemente económicos, razón por la que se les denomina conflictos de interés (De la Cueva, 1997, pág. 519). Esta doctrina kantiana resuelve los problemas de legitimidad de las normas a partir de la legalidad del sistema jurídico-político (Mejía Quintana, 2012a, pág.

³⁵ Ley 361 de 1997 “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones”.

³⁶ El CST se compone de dos partes: la primera se refiere a la relación individual de trabajo y la segunda a la relación colectiva de trabajo. La primera es sobre lo que sucede entre un trabajador individual y el empleador, definiendo qué es un contrato de trabajo, los deberes y derechos del empleador y el trabajador. En la segunda parte se establecen las normas del derecho colectivo de trabajo, cómo se organiza un sindicato, cuántos trabajadores se necesitan, dónde se inscriben y cómo se hace una convención colectiva, entre otros aspectos.

29), en este se determina que las normas de derecho laboral individual regulan la relación de trabajo y los conflictos se resuelven a partir del contenido sustantivo de la norma preexistente. En tanto las relaciones colectivas de trabajo sobrepasan lo mínimos sustantivos, son de interés económico y las partes están facultadas para negociar estos intereses.

De la Cueva indica que la distinción entre estos conflictos se encuentra en la obra realizada por Paul Durand y el maestro André Rouast, quienes señalaron que: “son conflictos colectivos los que ponen en juego un interés común de toda o parte de la comunidad obrera (...)” (De la Cueva, 1997, pág. 515); mientras los conflictos individuales hacen referencia a personas determinadas. Esta diferenciación entra en apuros cuando se trata de la afectación de la salud en el trabajo, que inicia como un conflicto individual –por la falta de definición de a quién corresponde la garantía del derecho–, y se transforma en un conflicto colectivo, que genera una nueva situación social, en la cual resulta relevante la aplicación de las normas existentes y la creación de una legislación en el futuro³⁷. La relación de ayuda entre el trabajador y la organización sindical se manifiesta cuando no hay solo uno o unos pocos trabajadores enfermos, sino muchos de ellos que encuentran una identidad en sus problemáticas y se organizan para defender de manera colectiva sus derechos.

134

A lo largo de esta investigación nos centraremos, entonces, en el conflicto individual del trabajo generado por la afectación de la salud del trabajador/prestador del servicio por ATEL, destacando que en la actualidad existen organizaciones sindicales de trabajadores enfermos por el trabajo³⁸ en Colombia que, por medio de acciones colectivas, buscan la solución de este conflicto, que se plantea como de corte individual.

Para comprender los fundamentos normativos de esta relación, retomamos las definiciones del CST, en cuyo artículo 56 se describen las obligaciones de las partes en general en la relación laboral de la siguiente manera: “De modo general, incumben al empleador

³⁷ Al respecto véanse los comentarios de Mario de la Cueva (1997, pág. 519), que refieren a los maestros Hueck y Nipperdey.

³⁸ Esta perspectiva es ampliamente desarrollada, incluso con connotaciones más profundas respecto a las implicaciones de las acciones de las asociaciones de trabajadores y extrabajadores enfermos, por Mauricio Torres-Tovar, Jairo Ernesto Luna-García y Ricardo Ruiz Vallejo (2016).

obligaciones de protección y de seguridad para con los trabajadores, y a éstos obligaciones de obediencia y fidelidad para con el empleador”(Congreso de la República, 2016). Seguidamente, en el artículo 57 se indican entre las obligaciones especiales del empleador:

(...) 2. Procurar a los trabajadores locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud. 3. Prestar inmediatamente los primeros auxilios en caso de accidente o de enfermedad. A este efecto en todo establecimiento, taller o fábrica que ocupe habitualmente más de diez (10) trabajadores, deberá mantenerse lo necesario, según reglamentación de las autoridades sanitarias. (Congreso de la República, 2016)

Así mismo, el artículo 58 describe para el trabajador, como una de sus obligaciones especiales, la de “(...) 7a. Observar con suma diligencia y cuidado las instrucciones y órdenes preventivas de accidentes o de enfermedades profesionales” (Congreso de la República, 2016).

Estas normas sustantivas, analizadas desde la teoría del derecho, incorporan las dimensiones de validez, legitimidad y eficacia, formando un concepto integral del derecho, que parece suficiente y completo para el empleador, para el Estado representado en el Ministerio del Trabajo y para la ARL, cuando se trata de resolver los conflictos de la estabilidad laboral reforzada por ATEL. Pero esta concepción es meramente epistemológica y se requiere integrar la concepción ontológica-social (Mejía Quintana, 2012a, pág. 20), con el objeto de lograr una reflexión integral de los elementos que hacen complejo el conflicto de la estabilidad laboral reforzada por ATEL del trabajador. Máxime cuando el Estado, los empleadores y trabajadores son incapaces de reconocer, evaluar y controlar los factores laborales de riesgo (Zúñiga Romero, 2012, pág. 331), que afectan la salud en el trabajo, actuando en favor de sus intereses particulares en la compleja sociedad del trabajo.

El Estado, buscando adecuar la norma existente a las condiciones laborales que se van presentando en la sociedad colombiana, realiza como ya se indicó 116 reformas al CST, de orden económico. Dentro de ellas se destacan la Ley 50 de 1990 y la Ley 789 de 2002, que siendo objeto de innumerables críticas, son el inicio de la flexibilización de las relaciones de trabajo. Según Zúñiga, estas leyes “adaptan la normatividad laboral a las coyunturas económicas para fortalecer los intereses de los empleadores” (2012, pág. 331). Es justamente

en este proceso donde se confunden los intereses jurídicos con los económicos en la relación de trabajo, en tanto que, para la misma autora:

(...) el derecho laboral tiene una íntima interdependencia y subordinación con la economía, dado que, en la medida en que exista crisis económica mundial, el trabajador asume los peligros de este sometimiento, los cuales se materializan en la inestabilidad laboral y disminución de derechos laborales consagrados en los inicios del citado derecho. (Zúñiga Romero, 2012, pág. 331)

En efecto, la vetusta norma que rige las relaciones de trabajo dependiente en Colombia, ha sido objeto de reformas legislativas para cumplir las exigencias de las organizaciones internacionales que buscan la disminución de los costes empresariales dentro de las políticas económicas neoliberales, sin atender la correspondencia o no de la norma a los valores superiores que inspiran el ordenamiento jurídico colombiano a partir de la Constitución de 1991. Estructuras como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) han impulsado desde 1985 estas reformas, argumentando que la rigidez de las legislaciones laborales es parte del problema estructural de la dificultad para dar por terminados los contratos de trabajo por parte del empleador (Montoya Melgar, 2001, pág. 63).

Cabe preguntarse si estas reformas son legítimas o no en las relaciones de trabajo en Colombia a partir del análisis deontológico del derecho (Bobbio, 1990, pág. 134), y así considerar la eficacia de las normas impuestas por las organizaciones internacionales para supuestamente contribuir con el desarrollo de los países latinoamericanos, mediante la transformación de las relaciones de trabajo en condiciones más flexibles para el empleador, con el objeto propuesto de hacer las empresas más competitivas. Estos fenómenos son objeto de estudio de los sociólogos del trabajo (Méda, 1998) y en Colombia hacen tambalear la estabilidad laboral –como principio descrito en el artículo 53 de la Constitución Política–, llevando a un cuestionamiento no resuelto entre la norma superior y las nuevas formas de vinculación laboral. Es de resaltar que estas nuevas formas de vinculación encuentran defensas en las necesidades empresariales de superar la crisis económica y supuestamente

ofrecer oportunidades para disminuir los altos índices de desempleo³⁹. Sin embargo, estas herramientas, lejos de resolver las situaciones planteadas, generan otros conflictos como el despido del trabajador enfermo –para reducir los costos–, y el escaso desarrollo de la ética empresarial en relación con el derecho del trabajo (Zúñiga Romero, 2012, pág. 324).

Las disposiciones del CST descritas en el Título VIII “Prestaciones patronales comunes”, Capítulo II “Accidentes de trabajo y enfermedades laborales”, comprenden los artículos del 199 al 226, que se entienden subrogados con la expedición del Decreto 1295 de 1994 (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994), norma que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-858 del 18 de octubre de 2006. Las figuras jurídicas descritas como accidente de trabajo, enfermedad laboral, incapacidad médica, tabla de enfermedades, prestaciones económicas, fueron reglamentadas por la Ley 776 (Congreso de la República, 2002).

En el cuarto capítulo revisaremos este proceso. Nos detendremos en el análisis del artículo 213 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que menciona el reconocimiento de las prestaciones denominadas incapacidad permanente parcial, incapacidad permanente total e incapacidad permanente absoluta, en concordancia con las prestaciones que el decreto 3170 de 1964 reconocía a los trabajadores enfermos por ATEL, sin que alcanzaran la pensión de invalidez. Sobre estas normas se identificarán los límites de la relación trilemática entre legitimidad, validez y eficacia, desde la filosofía crítica del derecho que abandona los problemas clásicos entre legitimidad y legalidad o de la obediencia y desobediencia del derecho, para ocuparse de las divisiones entre la ciencia jurídica, la teoría del derecho y la teoría de la justicia, como problemas filosóficos de la modernidad temprana (Mejía Quintana, 2012a, pág. 29).

La pérdida de las prestaciones descritas en el Decreto 3170 de 1964, en consideración del salvamento de voto realizado por el magistrado de la Corte Constitucional, Jaime Araujo Rentería, en sentencia de constitucionalidad que estudió el artículo 7 de la Ley 776 de 2002,

³⁹ En Colombia se registra que “Para el 2019, la tasa de desempleo fue 10,5%, lo que representó un aumento de 0,8 puntos porcentuales frente al año 2018” (DANE, 2020)

(Corte Constitucional, 2008c) hace regresivo el régimen de riesgos laborales y desconoce lo previsto en los Convenios 17 y 18 de la OIT, conflicto normativo pertinente en el debate entre el derecho, la política y su articulación con la decisión judicial para asignarle a la filosofía del derecho un nuevo protagonismo (Mejía Quintana, 2012a, pág. 40).

En este sentido, las actuales formas de trabajo, llevan al empleador a considerar al trabajador, contrario a la teoría de las relaciones laborales⁴⁰, como una “mera fuerza de trabajo” para conseguir los patrones de eficiencia económica propuestos, siendo necesario impedir una situación en la que, como lo indica Miguel Azagra retomando al Tribunal Supremo de Justicia, “el empresario puede prescindir del trabajador enfermo porque no le es productivo o económicamente rentable, como si de una máquina averiada, o ya inservible, se tratase” (Azagra Solano, 2011). La relación laboral comprende el poder de dirección y subordinación del empresario. De tal suerte que, siendo el propietario de los medios de producción, tiene el deber legal de brindar los medios con las acciones más seguras posibles para evitar los daños en la salud del trabajador/prestador del servicio, todo derivado del deber de solidaridad con el Estado para prevenir las afectaciones a la salud de los ciudadanos, de conformidad con los programas de salud pública.

138

En el sistema capitalista, cuyas políticas son predominantemente de corte neoliberal, las decisiones empresariales se determinan según el costo-beneficio del negocio. El mejor estado de salud contribuye al desarrollo de los objetivos del empleador, encontrando que la inversión en los procesos de salud laboral permite al trabajador un mayor impulso económico, académico y familiar (Zamora Salas, 2011, pág. 23); y se trasfiere al Estado la disminución de los índices de morbilidad y mortalidad. Para ello, el empresario debe entender que le corresponde implementar sistemas de control de ATEL, porque el trabajador/prestador del servicio no tiene las condiciones para hacerlo; pero sí puede participar de los medios de control en el medio de trabajo, en la práctica de exámenes médicos periódicos y en interiorizar hábitos de vida saludable (Zamora Salas, 2011, págs. 23-24).

⁴⁰ “Las teorías de la relación laboral se oponen a la idea de que ésta sea considerada contrato, pues la autonomía de la voluntad contrasta con la noción de la realidad fáctica del trabajo” (Obando Garrido, 2007, pág. 139).

Este contexto general nos ubica frente a las dinámicas, problemáticas y potencialidades de solución, ante la figura denominada estabilidad laboral reforzada (ELR), analizada en los siguientes apartados desde la relación laboral en la perspectiva del contrato de trabajo, el contrato de prestación de servicios, el Sistema General de Seguridad Social (SGSSS), y el Sistema General de Riesgos Laborales (SGRL); la visión de empleadores/contratantes y trabajadores/prestadores del servicio; el cambio de la previsión social al sistema de aseguramiento en el país; y la manera en que la precarización del trabajo en Colombia ha afectado la estabilidad en el trabajo, como principio contemplado en el derecho laboral.

2.2.1. El problema del contrato de trabajo. Entre las condiciones formales del contrato civil y la realidad del trabajador

En la teoría jurídica del derecho se establece que todo contrato tiene un objeto y está constituido por dos partes. Desde luego, en el caso del contrato de trabajo las dos partes son el empleador y el trabajador; pero a diferencia de los contratos civiles, el objeto contractual en este caso es la fuerza de trabajo, lo cual lo hace inseparable del trabajador, es decir, el trabajador es el sujeto y el objeto del contrato de trabajo. Por este motivo resulta cuestionable, en la organización empresarial, la aplicación del concepto de *recurso humano*, pues jurídicamente el trabajador no se puede comprender como un recurso entre los demás muebles de la empresa, que tienen un carácter de *cosas materiales*. Por el contrario, lo que debe comprenderse es la doble naturaleza del trabajador como sujeto de la relación laboral y objeto del contrato pues su fuerza de trabajo hace parte de su ser íntegro, reconocido como persona que detenta derechos humanos innegociables.

En este sentido, en el marco del derecho laboral no aplica la posibilidad de realizar acuerdos entre las partes en los contratos de trabajo, a la manera del derecho civil. Por ejemplo, no es posible negociar libremente el salario, como sí se puede negociar el precio de un bien que se intercambia a través de un contrato de compraventa; pues se reconoce que la relación entre empleador y trabajador es asimétrica, teniendo un mayor poder en la toma de decisiones el primero que el segundo. En este ejemplo, el empleador tiene el poder de establecer el monto

del salario, por lo cual se requieren límites para que no abuse de este poder a expensas del trabajador.

Esta perspectiva encuentra sus antecedentes en las sociedades de la Antigüedad, que no basaban la relación de trabajo en el salario sino en la dependencia, por la existencia de la esclavitud como institución socialmente válida, que condujeron al establecimiento de mecanismos de protección de los dependientes, con variaciones relacionadas con las características productivas y normativas de los momentos y circunstancias históricas (Plácido, 2009, pág. 3), en tanto el trabajador-dependiente de un dueño, ofrece su fuerza de trabajo, su conocimiento y su tiempo sin límites.

A lo largo del Imperio Romano y hasta el final de la Edad Media, el trabajo no es el centro de las relaciones sociales. La sociedad está dividida entre los que están obligados a trabajar y los que viven del producto de este trabajo por derecho propio que les otorga el vínculo de sangre o el rango dentro de la sociedad (Méda, 1998, pág. 41).

Para el siglo XVIII el trabajo es un medio creador de riqueza a partir de la obra de Adam Smith⁴¹, el trabajo en sociedad permite a la persona negociar sus talentos y realizar un intercambio, ya no de productos adquiridos con su trabajo sino del trabajo mismo, considerando el trabajo como una mercancía que es propiedad del trabajador y que la puede arrendar (Méda, 1998, pág. 59) y a partir de la Ley del 17 de marzo de 1971 en Francia el trabajo puede hacer parte de un negocio jurídico y establecer sus condiciones en un contrato civil.

Así, en la actualidad el contrato de trabajo se clasifica jurídicamente por la forma y la duración. Según la forma puede ser oral o escrito. En el primer caso, es suficiente con que las partes desarrollen un acuerdo verbal sobre la actividad, el monto, el tiempo y el lugar donde debe ejecutarse la actividad contratada⁴². Entretanto, en el contrato escrito deben

⁴¹ En 1776 se publica la obra *Investigaciones sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las Naciones*. Ver Adam Smith (1949).

⁴² Ver artículo 38 del CST: “**CONTRATO VERBAL**. Cuando el contrato sea verbal, el {empleador} y el trabajador deben ponerse de acuerdo, al menos acerca de los siguientes puntos: 1. La índole del trabajo y el sitio en donde ha de realizarse; 2. La cuantía y forma de la remuneración, ya sea por unidad de tiempo, por obra

consignarse las condiciones de tiempo, modo y lugar acordadas por las partes que suscribirán el documento y cada uno conservará el original del mismo⁴³. A su vez, los contratos se dividen según su duración⁴⁴, en: término indefinido; término fijo; por obra y labor; y ocasional, accidental o transitorio (Campos Rivera, 2017, pág. 212).

Los contenidos de los artículos 45 y 46 del Código Sustantivo del Trabajo fueron objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional, en virtud de la demanda presentada por un ciudadano que estimó la negación del principio de la estabilidad laboral en la clasificación dada al contrato de trabajo, con argumentos en la generación de violencia, ruina y pobreza de los trabajadores que no tenían permanencia en el empleo. Al respecto la Corte no le halló razón al demandante al considerar que el acuerdo de voluntades en el contrato de trabajo está afectado por “...la existencia de una extensa regulación ‘heterónoma’ (leyes, reglamentos, convenios colectivos) que se superponen a la pura autonomía de la voluntad de las partes” (Corte Constitucional, 1998a), y que todas las normas existentes le brindan protección al trabajador reconocido como parte vulnerable de la relación laboral. En la sentencia se declararon exequibles las normas demandadas, que siguen vigentes hasta el momento.

141

Desde este pronunciamiento judicial empezamos a cuestionar la interpretación al principio de la estabilidad laboral, que desarrollaremos a lo largo de esta investigación. El juez constitucional expone que la estabilidad laboral “sugiere la idea de continuidad a lo que dura o se mantiene en el tiempo” (Corte Constitucional, 1998a), no siendo de duración infinita el contrato. El error de interpretación al relacionar la estabilidad laboral con la temporalidad del

ejecutada, por tarea, a destajo u otra cualquiera, y los períodos que regulen su pago; 3. La duración del contrato” (Congreso de la República, 2016).

⁴³ Ver artículo 39 del CST: “**CONTRATO ESCRITO.** El contrato de trabajo escrito se extiende en tantos ejemplares cuantos sean los interesados, destinándose uno para cada uno de ellos; está exento de impuestos de papel sellado y de timbre nacional y debe contener necesariamente, fuera de las cláusulas que las partes acuerden libremente, las siguientes: la identificación y domicilio de las partes; el lugar y la fecha de su celebración; el lugar en donde se haya contratado el trabajador y en donde haya de prestar el servicio; la naturaleza del trabajo; la cuantía de la remuneración, su forma y periodos de pago; la estimación de su valor, en caso de que haya suministros de habitación y alimentación como parte del salario; y la duración del contrato, su desahucio y terminación” (Congreso de la República, 2016).

⁴⁴ Ver artículo 45 del CST: “**DURACION.** El contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio” (Congreso de la República, 2016).

contrato de trabajo es factor de dificultad para que empleador y trabajador, legos en el derecho, diferencien la duración del contrato de trabajo y las obligaciones derivadas de la estabilidad laboral y, más allá, que diferencien los principios de las normas y reglas del derecho.

Siguiendo con la clasificación de los contratos, se tiene que el contrato a término indefinido no fija la fecha de terminación; tiene vigencia mientras subsistan las causas que lo originaron; el trabajador puede darlo por terminado en cualquier momento, en tanto que el empleador deberá reconocer una indemnización mientras no exista justa causa (Campos Rivera, 2017, pág. 212). Por su parte, en el caso del contrato a término fijo, se establece que debe constar siempre por escrito y describir el momento de su finalización, conforme lo establece el artículo 46 del CST⁴⁵ (Congreso de la República, 2016).

Respecto al contrato por obra y labor, Germán Valdés manifiesta que “la obra se asocia a la conclusión de una unidad o de una parte o porcentaje de ella (...) la labor se refiere a una tarea que puede involucrar una sucesión de etapas (...)” (Valdés Sánchez, 2018, pág. 143); y la relación contractual finaliza una vez terminada la obra o labor. El contrato de carácter ocasional, accidental o transitorio se celebra para “ejecutar labores ocasionales o transitorias que se refieran a actividades diferentes de las que ordinariamente desarrolla el empleador y cuya duración no sea superior a un mes” (Campos Rivera, 2017, pág. 213).

Ahora bien, para que exista contrato de trabajo deben darse tres elementos: la prestación personal del servicio; la subordinación; y una remuneración salarial. De esta manera, el

⁴⁵ En el artículo 46 del CST se estipula: “**ARTICULO 46. CONTRATO A TERMINO FIJO.** El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente. 1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente. 2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente. **PARAGRAFO.** En los contratos a término fijo inferior a un año, los trabajadores tendrán derecho al pago de vacaciones y prima de servicios en proporción al tiempo laborado cualquiera que éste sea” (Congreso de la República, 2016).

segundo elemento, la subordinación, es un elemento esencial de la relación laboral que según el literal b del artículo 23 del CST se expresa como:

La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. (Congreso de la República, 2016)

Por ende, este elemento de la relación laboral implica la dependencia del trabajador al empleador, donde el segundo usa el poder de disposición patrimonial, dirección, disciplina y autoridad cuando lo considere pertinente en el marco de la relación de trabajo; así mismo, le implica al empleador el deber de asistencia y responsabilidad respecto a las eventualidades generadas por los actos de los trabajadores (Guerrero Figueroa, 2005, pág. 246). En palabras de Clocegar Lesmes:

(...) la subordinación jurídica deriva de la circunstancia de que al empleador, que detenta los medios de producción y único responsable de los riesgos de la actividad económica, se le asegura el poder/deber de dirigir las actividades del empleado, siendo de su competencia la prerrogativa de definir cómo y cuándo se dará el aprovechamiento de la fuerza de trabajo dentro de los demás medios de organización y producción empresariales. (Lesmes Silva, 2016, pág. 83)

Retomando a Manuel Alonso Olea, Clocegar Lesmes también llama la atención sobre el deber general que tiene el empleador de brindar protección a sus trabajadores, en el marco de la subordinación. Esto es, se trata de un deber que se deriva no solamente como consecuencia de su rol social de ser el actor que ofrece el trabajo; sino en un sentido más concreto, se deriva de la realidad organizacional de la empresa, donde la actividad se desarrolla bajo las órdenes del empleador, con un carácter directivo sobre el modo en que se lleva a cabo la prestación del servicio del trabajador, en el marco del contrato laboral (Lesmes Silva, 2016, pág. 84).

Dentro de este conjunto de relaciones y responsabilidades contractuales, tanto el empleador como el trabajador tienen nociones propias sobre el contrato laboral. Estas nociones constituyen visiones particulares que necesariamente implican un sesgo según los intereses de cada uno de estos actores.

La visión del contrato de trabajo para el empleador, se soporta en su poder directivo dentro del marco del contrato, el cual se debe entender “en su sentido más amplio, contemplando no sólo la facultad asegurada para dirigir el trabajo, que llamaremos *poder de dirección*, sino también las diversas vertientes por las cuales se puede expresar en el ámbito del contrato de trabajo” (Lesmes Silva, 2016, pág. 80). Este poder decisorio conlleva una potestad general para mandar, guiar, orientar, dirigir y en fin, “imponer su voluntad a los otros aun cuando se puedan resistir” (Lesmes Silva, 2016, pág. 80); y que incluso permite plantear que “el empleador, tiene potestades y poderes directivos y sancionadores muy importantes que, en cierta medida, lo asemejan al Estado” (Lesmes Silva, 2016, pág. 76). Esta perspectiva se enmarca en la lógica del sistema capitalista, donde la empresa constituye un organismo para generar riqueza utilizando la fuerza de trabajo de las personas que se contratan, centrado fundamentalmente en garantizar que el trabajador produzca. De modo que cuando cesa la prestación del servicio, en la perspectiva del empleador deja de tener sentido el contrato y percibe como legítimo darlo por terminado.

Por su parte, en la visión del trabajador prima el interés de recibir un salario a cambio del aporte de sus esfuerzos, que desde su punto de vista se materializan en tiempo de su vida antes que en resultados, pues “El trabajo debido por el trabajador al empresario consiste, antes que en actividad en tiempo” (Dueñas Herrero, 2014, pág. 83). Esto es, independientemente de si las actividades que realiza en la empresa son de producción directa, capacitación u otras, en la visión del contrato del trabajador lo que interesa es que se encuentra presente para cumplir las órdenes del empleador y debe ser remunerado por ello. En el momento que se genera el ATEL, el trabajador pasa al estado de incapacidad médica temporal y la remuneración debe mantenerse en las circunstancias determinadas por la ley.

Estas dos visiones conllevan perspectivas diferentes respecto al equilibrio en el contrato de trabajo, que se expresan especialmente ante la ocurrencia de ATEL. Para el empleador cumplir con sus obligaciones laborales depende de la fuerza de trabajo que recibe para que su empresa funcione; es decir, cumple con las normas porque necesita que le presten el servicio. Pero una vez que el trabajador se encuentra en estado de incapacidad médica y no le sigue prestando el servicio, el empleador considera que tiene derecho a dar por terminado

el contrato, por la alteración del equilibrio entre lo que reconoce al trabajador y lo que recibe a cambio. Las normas lo obligan a sostener la relación laboral, que deja de ser funcional a su interés productivo. En palabras de Icíar Alzaga:

Al empresario no le interesara [sic] conservar en vida el contrato de trabajo, al no extraer de él los provechos que venían percibiendo, al recibir un trabajo intermitente, que produce desorganización productiva, que obliga a la situación continua del trabajador y al que no se le ve el fin. (Alzaga Ruiz, 2011, pág. 397)

Desde luego, la terminación del contrato por encontrarse el trabajador enfermo no puede aplicarse de manera generalizada, pues se requiere justa causa para el despido, caso contrario implica una indemnización a cargo del empleador, toda vez que se afecta el derecho al trabajo.

Sin embargo, en este punto es importante diferenciar la justa causa para dar por terminado el contrato, frente al despido. Es decir, el despido es precisamente una decisión del empleador que no se fundamenta en una justa causa. Y por el contrario, cuando el empleador demuestra una justa causa de terminación, no se considera despido.

El artículo 62 del CST establece la terminación del contrato por justa causa, que para efectos del objeto de la presente tesis interesa especialmente en su numeral A.15, que indica:

La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al empleador de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad. (Congreso de la República, 2016)

Esta normativa implica que los eventos de ATEL son potencialmente generadores de conflicto, pues cuando el trabajador se enferma, el empleador asume que el estado de incapacidad tiene un cierto tiempo de licencia; pero cuando este se hace demasiado largo, el empleador decide desvincularlo de la empresa, en el marco del derecho que le otorga la subordinación. Debemos recordar que entre las situaciones en las cuales se da por terminado el contrato de trabajo se encuentra el mutuo acuerdo, en el artículo 61 numeral 1 literal b (Congreso de la República, 2016); mientras que en el artículo 62 se definen las justas causas para que el empleador realice la terminación unilateralmente, entre las cuales se incluye el

límite referido de 180 días de incapacidad por enfermedad común. Bajo esta circunstancia, el empleador puede terminar el contrato con justa causa, sin el pago de indemnización alguna.

Esta norma fue objeto de análisis en dos ocasiones por parte de la Corte Constitucional⁴⁶ en sentencias C-079 del 29 de febrero de 1996 y C-200 del 15 de mayo de 2019. En ambos casos fue declarada exequible, pues concluye que la norma es congruente si el empleador demuestra que el despido se efectúa por razones distintas a la situación de salud del trabajador o que agotó todas las posibilidades para mantenerlo en la empresa. Las decisiones judiciales descritas, parecen seguir la idea de legitimidad de la norma jurídica desarrollada por Luhmann, que considera esta dimensión del derecho como la aceptación previa de decisiones jurídicas que se consideran correctas, porque las normas jurídicas se producen sobre la existencia de otras normas jurídicas, en tanto no hay derecho por fuera del derecho y los cambios solo se dan en razón a las decisiones que establecen su validez, sin atender la evolución de la sociedad y los cambios socio-políticos dentro de ella (Mejía Quintana, 2013, pág. 373).

146

Es necesario llamar la atención sobre las justas causas de terminación del contrato de trabajo del trabajador en estado de incapacidad médica, pues su aplicación literal, como mandato de la teoría del positivismo jurídico, ha generado conflictos respecto a los detalles de la normatividad relacionada con la Estabilidad Laboral Reforzada (ELR), sobre los cuales volveremos a centrar el análisis más adelante, en los capítulos respectivos.

2.2.2. El problema de la temporalidad del contrato de trabajo y la falta de regulación para la prestación autónoma del servicio personal.

En Colombia, el proceso de flexibilización en las relaciones de trabajo, específicamente en cuanto a las reglas del mercado laboral, tuvo su momento germinal normativo en 1990, con la Ley 50, la cual de acuerdo con María Alejandra Gómez:

⁴⁶ Ver disposiciones de la Sentencia C-200 de 15 de mayo de 2019 (Corte Constitucional, 2019) y Sentencia C-079 del 29 de febrero de 1996 (Corte Constitucional, 1996a).

(...) buscó facilitar la creación de nuevos empleos a través de hacer menos costosa la contratación y facilitar los despidos. Esto se sustentaba en que el régimen de cesantías anterior tenía unos sobrecostos que le hacían a las empresas inviable esta posibilidad. (Gómez Vélez, 2017, pág. 85)

En el año 2002 se profundizó esta normatividad con la Ley 789 que se enfocó en:

(...) desregularizar el mercado de trabajo con el propósito de generar más empleo, con los ahorros en costos laborales que se producirían para los empresarios. (...) implantó de forma considerable la flexibilidad laboral en Colombia con la modificación de las horas extras, dominicales y jornada diurna (...). (Gómez Vélez, 2017, pág. 86)

Gráfica 1. Empleados por tipo de contrato en Colombia



Fuente: Gómez Vélez & Torres Granda (2015, pág. 21)
con base en información de ACRIP (2014).

De acuerdo con la misma autora en otra de sus publicaciones, para los primeros años de la década de 2010 es posible afirmar que este tipo de pactos laborales se realizan de manera generalizada tanto para el personal cualificado como para el no cualificado. Además, que desde la incorporación de estos pactos en la normatividad nacional se veía un aumento año a año de la cantidad de contratos realizados, en desmedro de la contratación laboral formal a término indefinido (Gómez Vélez, 2014, pág. 105). Al comparar la contratación entre 2013

y 2014, la autora retoma información de ACRIP (2014) y encuentra el comportamiento que se presenta en la gráfica 1.

Para 2014 los contratados a término indefinido pasaron al 55%, con una importante disminución respecto a 2013, cuando la cifra fue del 65%. De la misma manera que se vio un aumento en los contratos tercerizados, que pasaron del 14% en 2013 a 22% en 2014, incluyendo otras formas de contratación (ACRIP, 2014; citado en Gómez Vélez & Torres Granda, 2015, pág. 21). Así, el despliegue de esta normatividad tuvo como consecuencia que en el país se generaran formas de contratación que corresponden al ámbito de las políticas de desregulación laboral, las cuales incluyen empresas de servicios temporales y cooperativas de trabajo asociado, junto a contratos por obra labor, a término fijo y el caso de los profesionales que aceptan la celebración de contratos por prestación de servicios, regidos por las normas civiles no laborales. De manera que los trabajadores que previamente se encontraban en la formalidad tuvieron que afrontar condiciones de mayor inestabilidad laboral, con una disminución de sus ingresos y un acceso discontinuo a la seguridad social (Gómez Vélez, 2017, pág. 86); formas de contratación sobre las cuales profundizaremos a continuación.

148

Respecto a las empresas de servicios temporales, tenemos que:

Los servicios prestados por este tipo de empresas ya existían antes de la última reforma laboral. La Ley 50 de 1990 y su Decreto Reglamentario 1707 de 1991 abordaron el tema de la temporalidad buscando mejorar la regulación de dicho tipo de actividad, más que tratando de ofrecer mayor flexibilidad a través de este tipo de contratos. En este punto cabe anotar simplemente que las Empresas de Servicio Temporal tienen todo el carácter de patronos, que asumen los costos laborales de cierto tipo de actividades de servicios, reducen dicho costo a la empresa contratante, y contratan a sus trabajadores mediante las dos modalidades de contrato ya anotadas, siendo lógico presumir que la modalidad más frecuente es la de contrato a término fijo. (Guataquí, 2001, pág. 176)

El desarrollo de las empresas de servicios temporales se expande en un contexto en el cual la mediación social del trabajo disminuye sus posibilidades de un verdadero diálogo social, ya que:

(...) el evidente interés del trabajador por el contrato indefinido contrasta con la normal preferencia del empresario hacia la contratación temporal; preferencia por muchos motivos: el

trabajador temporal es menos reivindicativo que el fijo, menos proclive a la sindicación [sic], más adaptable a la movilidad en la empresa y, sobre todo, la extinción del contrato temporal es menos costosa para el empresario que la del indefinido. (Montoya Melgar, 2005, pág. 135)

De esta manera, la contratación temporal en Colombia tiene entre sus principales referentes normativos la Ley 50 de 1990, en cuyo Art. 71 se establece que la definición de las empresas de servicios temporales corresponde a las organizaciones que contratan con terceros beneficiarios la prestación de servicios, en el marco del derecho comercial. Lo cual beneficia a las empresas, que pueden ahorrar en costos administrativos a la vez que se liberan del problema que les puede sobrevenir cuando despiden sin justa causa a los trabajadores y se ven obligadas indemnizarlos (Gómez Vélez, 2014, pág. 107).

La contratación por medio de empresas de servicios temporales tuvo un rápido aumento a partir del año 2003, bajo una normatividad en la cual se entendía que la contratación temporal tendría la función de cubrir la necesidad de fuerza de trabajo de las empresas en los picos de producción o para el reemplazo de trabajadores incapacitados, en vacaciones o con licencia (Gómez Vélez, 2014, pág. 107).

En términos generales las empresas denominadas temporales, que brindan este tipo de contratación, son puentes entre las empresas que requieren personal y los candidatos que se encuentran disponibles en el mercado laboral, es decir, la empresa temporal tiene el rol de ser una intermediaria. (Gómez Vélez, 2014, pág. 107)

Un rol bajo el cual las empresas temporales no asumen responsabilidades integrales frente a los trabajadores, ni se comprometen con procesos de garantía de sus derechos.

Por su parte, las cooperativas de trabajo asociado se implementaron en Colombia como una figura que debía permitir que los trabajadores se agruparan para mejorar su calidad de vida al ofrecer de manera conjunta su fuerza laboral, lo cual se desdibujó en la medida que buena parte de la cooperativas se utilizaron como formas disfrazadas de intermediación para el lucro de sus directores (Gómez Vélez, 2014, pág. 110).

En el artículo 3 del Decreto 2879 de 2004 se describieron los actos que eran objeto de prohibición y no autorización para que una empresa usuaria contratara personal de cooperativas, indicando:

Artículo 3°. *Prácticas no autorizadas o prohibidas.* Se considera práctica prohibida y no autorizada, para aquellas personas diferentes a las reguladas por los artículos 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990, el suministro de mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o la remisión de trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio, ejecutados en las instalaciones o con los elementos o medios de trabajo respecto de los cuales el usuario o tercero beneficiario ejerce control o tiene la disposición a cualquier título.

En el caso de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado y de las Empresas Asociativas de Trabajo, también son prácticas no autorizadas o prohibidas aquellos eventos en los que los cooperados o asociados reciben instrucciones u órdenes del usuario o tercero beneficiario del servicio, a la manera propia de un empleador.

Igualmente constituye una práctica prohibida y no autorizada la prestación de servicios a terceros cuando una persona natural o jurídica, las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado o una Empresa Asociativa de Trabajo prestan servicios en los eventos específicamente previstos por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 para las Empresas de Servicios Temporales. (Ministerio de la Protección Social, 2004)

En el mismo año 2004, el Decreto 2879 fue derogado por el Decreto 2996, que se limitó a señalar en el artículo primero la obligación para las cooperativas y pre-cooperativas de trabajo asociado de realizar los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social.

150

El Estado Colombiano a través de las entidades que vigilan y controlan las actividades de las empresas cooperativas y pre-cooperativas, conoce que estas empresas son utilizadas para defraudar los derechos laborales de los trabajadores. Y mediante comunicaciones como la Circular Conjunta 0067 del 2004, para el momento el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia de la Economía Solidaria, hicieron:

(...) un llamado a la responsabilidad social que debe prevalecer en los agentes del mercado laboral (empleadores, empresarios, asesores de empresas y trabajadores) para hacer un adecuado uso de las COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO, de acuerdo con su naturaleza y, por lo tanto, se evite convertirlas en fuentes de evasión de impuestos, parafiscales o empobrecimiento de la fuerza de trabajo, actividades éstas que generan responsabilidades administrativas y penales por violación a la ley. (Ministerio de la Protección Social; Superintendencia de la Economía Solidaria, 2004)

Para el año 2008 se emitió la Ley 1233 “Por medio de la cual se precisan los elementos estructurales de las contribuciones a la seguridad social, se crean las contribuciones especiales a cargo de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar,

ICBF, y a las Cajas de Compensación Familiar, se fortalece el control concurrente y se dictan otras disposiciones”, con la intención de hacer que este tipo de empresas reconocieran los derechos laborales de las personas vinculadas y sobre todo se garantizara la inclusión obligatoria al Sistema de Seguridad Social integral.

Todos estos esfuerzos revelan de manera vaga la grave situación que se presenta para los trabajadores que, en la práctica, son víctimas de esta forma de flexibilización laboral.

Por su parte, los contratos a término fijo, aunque hacen parte de la legislación laboral, son otra forma utilizada por el empleador para mantener al mínimo las garantías que debe ofrecer al trabajador. Como lo indicamos en el apartado anterior, se trata de una figura jurídica denominada contrato que no puede ser superior a tres (3) años y es posible darlo por terminado mediante pre aviso con 30 días de antelación a la fecha inicialmente pactada, por parte del empleador, aun cuando siga requiriendo personal para prestar este servicio; conforme lo indica el artículo 46 del CST:

ARTICULO 46. CONTRATO A TÉRMINO FIJO: El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente.

1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente. (Congreso de la República, 2016)

Dentro de las normas que contienen disposiciones orientadas a la flexibilidad laboral en Colombia, se encuentra la Ley 789 de 2002. El artículo 13 considera la exclusión del pago de los parafiscales a los empleadores que contraten nuevos trabajadores, con condiciones especiales como ser reinsertados de grupos al margen de la ley, ser cabeza de familia, personas en condición de discapacidad. En los artículos 25 y 26 se amplió la jornada diurna, que pasa de las 6:00 p.m. hasta las 10:00 p.m., eliminando el pago de cuatro horas de trabajo con recargo nocturno, así como se disminuye el reconocimiento del trabajo por el día dominical y festivo del 100% al 75%, generando un beneficio para el empleador y una precarización en los ingresos del trabajador, con el pretexto de promover la generación de nuevos empleos que nunca se dieron (Larios Pino, 2013, pág. 149).

Así mismo, el artículo 28 de la Ley 789 disminuyó las indemnizaciones por despido sin justa causa, en beneficio del empleador, sin una consideración hacia el trabajador. Finalmente dentro de una sociedad liberal que tiende a convertir el individualismo en egoísmo, la norma en cita realiza una deslaborización, pues elimina la expresión *trabajador* para el contrato de aprendizaje, y la reemplaza por la de *aprendiz-practicante*; con lo cual se establece un contrato que permite al empresario beneficiarse del trabajo de un estudiante de los últimos semestres de carreras técnicas y profesionales a cambio de una ayuda o subsidio que no tiene el reconocimiento jurídico de salario (Larios Pino, 2013, pág. 150).

Para completar el panorama de las modalidades de contratación flexible de mayor aplicación en el país, encontramos los contratos de prestación de servicios, utilizados especialmente en el caso de la contratación de profesionales. Esta modalidad, normada por el código civil, no tiene normatividad que la regule en el código laboral, de modo que se supone que el contratista brinda el servicio con plena autonomía en lo técnico, lo administrativo y lo financiero, en el marco de un acuerdo que establece los términos del pago, las obligaciones, la duración y otros aspectos formalizados mediante el contrato; y entre sus características más importantes está el hecho de brindar la posibilidad de ser un contrato que puede ser firmado por personas naturales en calidad de contratistas (Gómez Vélez, 2014, pág. 113). Todo lo cual permite que, bajo esta modalidad, el empleador denominado en este contrato – parte contratante- obtenga la fuerza de trabajo que requiere, sin generar un vínculo ni las consecuentes obligaciones recíprocas hacia el trabajador denominado – parte contratista- , que a pesar de ser profesional y tener un mejor estatus en el mercado laboral que los no profesionales, resulta afectado de manera similar por la precarización laboral expresada en la incertidumbre de la inestabilidad laboral y la falta de garantías laborales, a la vez que continuamente se le generan mayores requisitos a los trabajadores.

Las empresas se desenvuelven en un medio que les exige la implementación de sistemas de gestión, en las cuales deben generar el desarrollo de habilidades de los trabajadores. Este tipo de formación se promueve bajo el discurso de mejorar sus niveles de conocimientos y capacidad de llevar a cabo sus labores, pero en la práctica lo que existe es un ambiente en el

cual la empresa genera competencia entre los trabajadores, para lograr una mayor productividad.

Las organizaciones requieren ser competitivas y una de las estrategias que han emprendido para demostrar este atributo son los procesos de certificación en sistemas de gestión, dado que a través de estos aumentan la probabilidad de obtención negocios (sic) y por ende el desarrollo de la organización; desarrollan habilidades en los trabajadores y estrategias para la adaptación de los cambios en tecnologías, mejoran su imagen, estatus social y el reconocimiento público (...).

(...) [se busca mejorar factores como] el compromiso de la dirección, la participación de los trabajadores, la asignación de los recursos financieros, la formación, la evaluación de riesgos, la responsabilidad definitiva, la comunicación y la difusión de las actividades y de los resultados de salud y seguridad ocupacional (...). (Rodríguez, Pedraza, & Martínez, 2017, págs. 121-122)

En este contexto, se trata de hacer que los trabajadores se motiven por estar más capacitados y competir más entre ellos, a fin de mantener la productividad con un supuesto fin de mejorar sus salarios, pero como parte de estos dispositivos se fragmenta su sentido de colectividad y se limita su derecho sindical. Lo cual conlleva que a través de estos procesos formativos se propicie la precarización del trabajo.

El escenario de la contratación de servicios profesionales en Colombia, es un problema complejo por la inestabilidad de los ingresos para los contratistas-trabajadores y de nuestro interés la cobertura de la seguridad social, dos elementos que fluctúan de acuerdo al tiempo de vigencia del contrato, modelo que fue trasplantado a la sociedad colombiana de otros países, con la incomprensión de los contextos y sus diferencias estructurales. Este es el caso de la llamada “flexiseguridad”, desarrollada en países donde el trabajador no necesita buscar trabajo para garantizar su seguridad social, dado que el Estado brinda una cobertura básica general para el conjunto de los ciudadanos y una extensión de la seguridad social de los trabajadores vía seguro de desempleo. Bajo estas condiciones, el empleador puede aumentar salarios y propiciar una mayor competitividad entre sus trabajadores para aumentar a su vez la competitividad de la empresa; esto teniendo en cuenta que el incremento salarial no le implicará un aumento proporcional de sus gastos en seguridad social, ya que estos son asumidos en gran parte por el Estado. En tales países:

La ‘empleabilidad’ se convierte, de este modo, en un concepto clave de la estrategia de la flexiseguridad, pues mediante esta se logra que el trabajador cuente siempre con la formación profesional y las aptitudes laborales apropiadas para desempeñar nuevas funciones en un mercado de trabajo en constante cambio. Incluso, se ha llegado a plantear una estrategia de «aprendizaje de por vida» como factor principal para mantener la «empleabilidad» de las personas. (Blancas Bustamante, 2012, pág. 388)

En Colombia, empresas que requieren de servicios cada vez más especializados por parte del trabajador, crean categorías y subcategorías de ascenso de los trabajadores que los fuerzan a competir entre sí, no solo para obtener mejores condiciones sino incluso como condición para mantenerse contratados, generando la idea de estar al nivel de las empresas de países desarrollados, pero ocultan la afectación que para la garantía de los derechos laborales y de la seguridad social tiene el trabajador que por ascender en su trabajo, debe renunciar a derechos mínimos como pertenecer al sindicato y cotizar a la seguridad social por todos los valores recibidos por su trabajo, entre otros.

2.2.3. Visión de la relación laboral para el empleador y para el trabajador

154

Visión para el empleador

Los derechos y los deberes expresados en el CST, tanto para el trabajador como para el empleador, están incardinados en el contrato de trabajo como reglas previamente establecidas. Pero esta norma, creada en 1950, parece no haber cumplido con el procedimiento legítimo de hacer las leyes que, según Habermas, es válido solo cuando se convoca el acuerdo de los ciudadanos mediante el proceso participativo legalmente constituido. El CST es una norma expedida en estado de excepción, ante las condiciones sociales y políticas que vivía el país en su momento, de tal suerte que las normas que lo conforman no tienen una estructura filosófica clara, algunas hacen referencia al contrato de trabajo, en desarrollo de la teoría contractualista de Adam Smith, mientras otras describen condiciones que son exclusivas de la relación de trabajo (Jaramillo Jassir, 2010, pág. 63).

Sin embargo, la interpretación que las dos partes del contrato realizan de ellas es relativa y compleja, dando lugar a escenarios donde se expresan los intereses diferenciales y

antagónicos del empleador y el trabajador; un antagonismo que incluye la visión de la salud en el trabajo como un campo de pugna entre los derechos reclamados y los deberes incumplidos que llevan a la alteración del estado de salud del trabajador.

En la visión del empleador, un elemento estructural se relaciona con la interpretación de la salud y la seguridad en el trabajo como un gasto, que se refleja en las obligaciones de cumplir con un programa de salud ocupacional que se transformó en sistema de gestión, cuya responsabilidad principal supuestamente tendría que ser asumida por la ARL. Desde esta perspectiva, se construyen argumentos para delimitar al máximo posible los deberes del empleador y comprender las problemáticas que se presentan con los trabajadores enfermos por el trabajo. Para el empleador, las necesidades de rendimiento económico de la empresa buscan propalar condiciones que los trabajadores generan sin consideración a las afectaciones de producción, tales como el fenómeno del absentismo laboral, las formas de estabilidad laboral, las normas laborales tuitivas y las limitaciones a la subordinación.

Con relación al absentismo, entendido como la inasistencia del trabajador al trabajo cuando se esperaba que lo hiciera, el argumento considera tener un carácter integral, donde el empleador parece comprender que la prevención del ATEL le genera alternativas para disminuir el absentismo generado por el estado de salud:

(...) se diferencian dos tipos de ausentismo laboral: el ausentismo involuntario (por causas médicas) y el voluntario. Ello pone de presente la importancia de que, a la hora de analizar el concepto de ausentismo laboral, no podemos centrarnos, únicamente, en las variables individuales, sino que es necesario contemplar un contexto más generalizado, que articule diversos factores externos, como podrían ser los socioculturales. Ello es así en la medida en que las causas del ausentismo, por lo general, responden a factores interrelacionados, como lo pueden ser la familia, la religión, la comunidad a la que pertenece el trabajador, su nivel educativo, sus actividades deportivas y de esparcimiento. Asimismo, el factor salud, con independencia del origen de la patología, juega un rol determinante en el ausentismo involuntario. De allí la necesidad de asumir un verdadero enfoque preventivo en materia de seguridad y salud en el trabajo. (ANDI, 2017a, págs. 34-35)

Sin embargo, acto seguido en el estudio realizado por la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI) se manifiesta que el empleador prevé un perjuicio sí reconoce ampliamente los derechos del trabajador:

Ahora bien, cuando el ausentismo supera ciertos límites contemplados dentro de lo ‘normal’, no cabe duda de que este representa un problema para la organización, puesto que se ve afectada la productividad de la empresa al interrumpirse el ciclo cotidiano de las labores propias de la compañía. Más aún, el ausentismo se puede ver prolongado por actitudes negativas por parte del trabajador. En los casos de abuso, de forma voluntaria, el trabajador aprovecha una determinada condición de salud con el objetivo de prolongar su ausencia en la empresa. Bajo esta lógica, el riesgo moral se hace evidente, dado que el empleado, al contar con una protección laboral reforzada, no ve materializado ningún riesgo de perder su trabajo y puede, en algunos casos, abusar de su situación de salud para prolongar su ausencia. (ANDI, 2017a, págs. 34-35)

Desde este punto de vista, se comprende que el empleador intente descargarse de responsabilidades que le pueden resultar onerosas o disminuir la productividad que obtiene de la relación laboral con el trabajador. Esta posición se fundamenta en la realidad contextual de las empresas, es decir en las reglas de juego actuales de los mercados, que empobrecen las políticas internas y debilitan el diálogo social entre empleador y trabajador. Las empresas se ven presionadas a obtener una mayor rentabilidad a partir de la disminución de costos, incluyendo la reducción de costos laborales como los de la salud y la seguridad, una tendencia que ha “fortalecido prácticas de gestión de recursos humanos escasamente participativas” (Linares & López, 2017, pág. 95).

Las políticas económicas, orientadas a la mayor productividad con la menor inversión, encuentran en la estabilidad laboral y en todas las formas de protección contra el despido del trabajador, otra limitación a la rentabilidad según el siguiente contexto explicativo:

Desde el punto de vista empresarial, interesa mucho que la estabilidad en el empleo –cuyos valores económicos tampoco cabe ignorar: el trabajador estable es normalmente un trabajador con mejor formación y con mayor motivación y por ello un sujeto económico mejor integrado– no se convierta en inamovilidad de los trabajadores; importa, por el contrario, que esa estabilidad sea compatible con el desarrollo de la empresa y la evolución de sus necesidades, de tal modo que el principio de estabilidad no sea un corsé que dificulte o incluso imposibilite la adaptación de la empresa a las cambiantes circunstancias económicas y productivas; peligro particularmente grave en un mundo como el actual dominado por una enorme competencia empresarial, agigantada por la mundialización de la economía y el vertiginoso progreso tecnológico. (Montoya Melgar, 2001, pág. 61)

El empleador configura así una visión en la cual la protección de la estabilidad laboral representa una limitante para el desarrollo, la sostenibilidad y la competitividad de su

empresa. El gremio empresarial asume una posición de pugna con el Estado, ya que lo percibe como un factor que impide el crecimiento económico, al imponerle una normatividad que no le permite ejercer adecuadamente su rol de direccionamiento subordinante sobre el trabajador. En este sentido, el empleador asume con la mayor restricción posible estas obligaciones, interpretándolas como un perjuicio, antes que como un asunto de garantía de derechos sociales, mecanismo de prevención y mediación de conflictos.

Las normas laborales que expide el Estado conservan el carácter tuitivo del trabajador respecto del empleador, característica que se cuestiona ante la limitación del poder de subordinación del empleador, que reconoce el Código Sustantivo del Trabajo. Lo anterior se manifiesta especialmente al postular que la relación laboral puede ser legítimamente terminada por el empleador cuando el equilibrio se rompe por la inasistencia del trabajador. En la medida que la relación laboral tiene como fin la prestación del servicio del trabajador a cambio de la remuneración que ofrece el empleador, se supone que cuando el trabajador – objeto y sujeto del contrato– ya no se encuentra en condiciones de prestar el servicio, el empleador tendría el derecho legítimo a dar por terminada la relación.

157

En la teoría de los contratos, una vez celebrado el contrato las partes deben cumplir las obligaciones contenidas en él. En los contratos de ejecución sucesiva, como el contrato de trabajo, puede ocurrir que se alteren las circunstancias iniciales y se generen obligaciones excesivas y onerosas para la otra parte, siendo legítimo dar por terminada la relación contractual. Así lo señala Iciar Alzaga al plantear que:

Si partimos del supuesto de que el empresario ha contratado al trabajador en base a unas condiciones por él reunidas y esenciales para la ejecución de la prestación, circunstancias básicas para su decisión. En el supuesto de que la capacidad laboral del trabajador desaparezca o se vea disminuida, parece sensato pensar que el empresario estará legitimado para proceder a resolver el contrato. (Alzaga Ruiz, 2011, pág. 392)

Para el empleador, el desequilibrio referido asume una múltiple afectación de sus intereses, afectación que se expresa en el funcionamiento de su empresa. El absentismo es un fenómeno respaldado por la excesiva onerosidad sobrevenida del contrato para el empleador. Continuar reconociendo prestaciones laborales al trabajador sin prestar el servicio además del coste empresarial, genera desorden en la producción, discontinuidad en los procesos, contratación

de más personal para realizar la misma actividad o sobrecargar a los demás trabajadores. “Este desequilibrio prestacional convertirá al contrato de trabajo en sensiblemente injusto para el empresario” (Alzaga Ruiz, 2011, pág. 398).

Al respecto del absentismo, en el capítulo 4 se aborda en profundidad este fenómeno, que acompañado del presentismo laboral, han sido problemas de vieja data para los empresarios, con una mirada inculpadora hacia el trabajador y sanciones para corregir su comportamiento. Sin embargo, en el estudio que se presenta demostraremos que no hay tal culpa cuando las causas derivan de la ocurrencia del accidente de trabajo y enfermedad laboral.

Entonces en la perspectiva del empleador resulta que se le exige más de lo que considera que debe y puede asumir, pues tendría que proteger al trabajador a la vez que acepta que deje de servirle, en la medida que merma su capacidad. De modo que “(...) se le pide la cuadratura del círculo, que concilie intimidad del trabajador, poder de dirección y obligaciones de vigilar y garantizar la salud del trabajador. Lo que siendo estrictamente necesario, no resulta fácil en la práctica” (Monereo Pérez & Rodríguez Iniesta, 2018, pág. 29).

La Federación de Aseguradores Colombianos (FASECOLDA) expresa que para el periodo de 2009 a 2017, en el número de casos de absentismo laboral el 5% de los casos presentó una duración superior a los 6 meses, generando altos costos que deben asumir las empresas, tales como la contratación de otro personal para realizar la función del trabajador incapacitado o en su defecto reconocer horas extras a los trabajadores ya vinculados, así como entrenar a los trabajadores en las funciones temporales que deberán realizar, afectando con todas estas gestiones la productividad de la empresa (Ponce Bravo, 2018, pág. 114).

La visión del empleador en la celebración del contrato de trabajo, que busca obtener productividad a cambio del pago de salarios y prestaciones laborales, de cotizaciones a la seguridad social, de impuestos derivados de la nómina mensual, de invertir en la implementación de sistemas de gestión se desequilibra cuando el trabajador enferma.

Visión para el trabajador

En contraste con lo anterior, la visión del trabajador, respecto a la relación que mantiene con el empleador, se caracteriza porque el primero tiene el reconocimiento legal de la continuidad del contrato mientras no exista justa causa para la terminación; y adicionalmente, le es permitido retirarse en el momento que lo desee, sin previo aviso ni pagos al empleador.

(...) los trabajadores cuentan con un derecho a contrario sensu de su derecho a la estabilidad laboral, el de decidir si prestan o no sus servicios al patrón por más de un año, ya que en ningún caso estarán obligados a ello. (Trejo Sánchez, 2011, pág. 82)

La estabilidad en el trabajo limita el poder subordinante del empleador, cuando este actor intenta imponer su decisión de terminar el contrato a causa de los efectos que la enfermedad del trabajador tiene en sus derechos económicos. Esto lo sabe el trabajador, así como tiene conciencia que al contrario, en la condición de prestador del servicio, en su caso no es necesario justificar las motivaciones para el retiro del cargo en la empresa.

En tal sentido, la estabilidad laboral es asimétrica y generadora de desequilibrio en la relación de trabajo dependiente, toda vez que los deberes y derechos son diferenciales, de la misma manera que lo es el aspecto de la subordinación previamente analizado. Visto desde esta perspectiva, resulta coherente que el trabajador tenga una mayor libertad de terminar el contrato de trabajo ante el poder subordinante que soporta; y por ende, en este caso la asimetría que en principio puede parecer conflictiva, en un segundo análisis puede verse como un factor de resolución de tensiones.

El contraste de las visiones de la relación de trabajo es notorio cuando el trabajador asume los derechos laborales derivados de la forma de prestación del servicio y se organiza para reclamarlos en forma individual o colectiva. Para el trabajador prima la percepción de estar brindando un servicio a través de su propio cuerpo, bien sea a través de la actividad física o la actividad intelectual, para aportar al desarrollo del proceso productivo de la empresa. En este marco no se sopesan los deberes, solo se considera que es responsabilidad del empleador ajustar el puesto de trabajo para la prestación de ese servicio; de manera que "(...) desde la perspectiva del trabajador, si una determinada medida de ajuste es eficaz y no supone carga excesiva para el empresario, no parece que el empresario pueda negarse a su adopción" (Rodríguez Sanz de Galdeano, 2014, pág. 111).

El posicionamiento de esta reclamación es asumido en muchas ocasiones por el empleador como un sobrecosto exagerado exigido por el trabajador. Pero el trabajador es quien mejor sabe y conoce lo que se siente estar día tras día cumpliendo las obligaciones que se le encargan, desde su experiencia de dedicarle su tiempo de vida a la empresa. Y por tal motivo, quien presta el servicio es quien está mejor capacitado para orientar adecuaciones del puesto de trabajo, que prevengan enfermedades y en última instancia evite costos vía incapacidades e incluso indemnizaciones que afecten los intereses productivos del empleador.

La actividad económica de las empresas trae, de suyo, riesgos y peligros, que sin la promoción y la prevención, pueden generar el ATEL. Verbigracia las actividades que desarrollan enfermedades laborales derivadas de desórdenes musculoesqueléticos, cuya principal causa es la falta de ajustes en las condiciones de los puestos de trabajo. De manera que la visión del trabajador, respecto al cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, se mantiene en considerar que solo es posible hacerlo cuando se cuenta con buenas herramientas de trabajo y lugares adecuados para desarrollarlo. Cuando el empleador previene las enfermedades y los accidentes laborales, el trabajador no se enferma y puede dedicarse a cumplir con su rol de prestar el servicio personal para el que fue contratado.

Esta perspectiva no siempre es asumida por el empleador, quien se mantiene inamovible dentro del esquema de la reducción de costos para la maximización de ganancias y no reconoce la prevención del ATEL como inversión. En este caso la visión cortoplacista resulta en desmedro de la productividad de la empresa en el mediano y largo plazo, e incluso en ocasiones en el corto plazo cuando desencadena accidentes de trabajo o enfermedades de rápida incidencia.

En la actualidad, las adecuaciones de los puestos de trabajo en ocasiones se han convertido en un asunto costoso, en la medida que las actividades laborales requieren elementos ergonómicos específicos y de buena calidad; mientras en otros casos, las adecuaciones no implican inversiones monetarias, pero no se hacen por desconocimiento. Sin embargo, cuando se genera un evento de salud en el trabajo, se demuestra que la visión del trabajador es más acertada, pues a la atención del evento le siguen la compensación y ralentización del

proceso productivo, que resultan mucho más costosos que la inversión dejada de realizar y que habría prevenido la contingencia.

Es posible establecer, a partir de las dos visiones de las partes del contrato de trabajo, que el trabajador plantea reclamos en primera instancia conflictivos y costosos; pero que en el futuro próximo o lejano constituyen para el empleador un elemento que permite equilibrar la economía de la relación laboral.

2.3. El conflicto del trabajador/prestador del servicio enfermo por el trabajo. Examen desde el interior de la relación laboral

La cuestión que da origen a este estudio es clara y concreta, y a su vez inaceptada y problemática. Se ciñe al análisis de todos los elementos que desde el interior de la relación laboral han llevado al empresario y al trabajador/prestador del servicio a enfrentarse por la defensa de sus intereses, cuando no es posible dar continuidad a la prestación personal del servicio por causa del accidente o la enfermedad laboral. Las dos partes, si es permitido decirlo, han utilizado a las entidades del Estado y la Justicia, dentro de las diversas opciones legales y jurisprudenciales existentes, para validar el despido versus permanecer con protección judicial reforzada en el trabajo.

Para identificar los elementos estructurales, hemos decidido irrumpir en el conflicto desde el interior de la relación laboral y no desde las decisiones externas. Esto porque los conceptos, estudios y decisiones judiciales que se han proferidos al respecto sobre la estabilidad laboral reforzada, parten de la ocurrencia del evento que afectó la salud del trabajador y las condiciones que en adelante se deben garantizar, siendo estos elementos externos del conflicto.

Entre los elementos estructurales del conflicto tenemos los costos adicionales que asume el empleador por causa del trabajador enfermo, el estado prolongado de incapacidad médica, la discapacidad sobrevenida, las facultades legales de las administradoras del Sistema de Riesgos Laborales, y los criterios judiciales del juez para otorgar o no la protección reforzada, entre otros. Desde el enfoque sistémico de los conflictos, las causas de su origen deben

identificarse desde el microsistema para entender el lugar que ocupa cada exosistema, por su interacción permanente o transitoria.

Iniciamos por la descripción de las relaciones del trabajo, siguiendo la línea de investigaciones orientadas a la “historia desde abajo”. La historia del trabajo desde las diferencias reales de intereses entre los colonizadores y los colonizados, entre los burgueses y el pueblo, entre el propietario de la tierra y el obrero, nos ha permitido establecer que el trabajo no ha tenido el reconocimiento, respeto y valoración de derecho entre los humanos, como lo pueden tener la libertad, la intimidad o la paz.

Seguidamente, las condiciones de salud de las personas son atendidas por el Estado desde las políticas de salud pública que se extienden a las condiciones de trabajo para evitar la proliferación de enfermedades y con ellas el aumento de la pobreza. El trabajo, como la salud, dentro de los conceptos de derechos tiene una historia de muerte, sufrimiento y pobreza, que en analogía con la corrupción, siguiendo al expresidente Julio Cesar Turbay, el Estado ha tratado de reducir el derecho a la salud en el trabajo a “sus justas proporciones”⁴⁷.

162

Desde la previsión social hasta la seguridad social, la atención de la pobreza es necesaria y no puede dejar de brindarse. De su existencia es posible el reparto de la riqueza y el cumplimiento ético y moral de la solidaridad, para que el pobre viva resignado a recibir lo mínimo por su mínimo esfuerzo en el trabajo y el rico se vea generoso por socorrerlo. De esta forma, la seguridad social no se entiende como el precaver por adelantado para evitar la ocurrencia del daño, sino la solución a los efectos negativos de la pérdida del trabajo y la disposición de los recursos mínimos para subsistir (Castillo & Ruzafa, 2009, pág. 44).

En la historicidad del trabajo los ingresos de los trabajadores tienden a disminuir, al mismo tiempo que disminuye la formación y participación en organizaciones sindicales, por las variadas formas de contratación que no califican al prestador de servicio como trabajador, no

⁴⁷ Julio Cesar Turbay (18 de junio de 1916 - 13 de septiembre de 2005) fue presidente de Colombia en el periodo comprendido entre 1978 a 1982. Durante su gobierno, ante las difíciles condiciones sociales y políticas del país, indicó que su función era “reducir la corrupción a sus justas proporciones”, frase que se hizo célebre desde entonces.

se rigen por las normas laborales y no se muestran abiertas a la posibilidad de llegar a ser dueño o socio de la empresa.

Así las cosas, cada reforma de las normas y condiciones laborales parece abrir puertas para evadir el fin tuitivo del derecho laboral y satisfacer los intereses económicos de los empleadores. Las normas fueron y siguen siendo interpretadas en términos relativos haciendo de la argumentación jurídica un juego de elecciones para los jueces. La concepción positivista del derecho ha generado en nuestro país que las normas sean interpretadas en un sentido puramente lingüístico según la gramática que componen sus palabras, advirtiendo que no hay elementos subjetivos o psicológicos en la decisión.

Aquí se refleja un elemento conflictivo del entramado socio-jurídico de la salud en el trabajo que estamos desarrollando. Siguiendo a Gadamer, toda decisión jurídica siempre lleva el elemento psicológico, se permea de los complejos condicionamientos del intérprete, porque son personas con emociones, sentimientos y pensamientos propios, que emiten decisiones en las que no pueden desaparecer la identidad ni el ego, que acompañan las interpretaciones lógicas. En este sentido, Gadamer indica:

No se puede hablar de un sentido puramente lingüístico de la interpretación gramatical, como si esta pudiera darse sin la interpretación psicológica. El problema hermenéutico surge precisamente en la interferencia de la interpretación gramatical con la interpretación psicológica individualizante, donde intervienen los complejos condicionamientos del intérprete. (Gadamer, 1998, pág. 22)

A este respecto, reflexionando sobre los acuerdos, Gadamer diferencia en el análisis hermenéutico crítico del derecho el modelo de comprensión y acuerdo, indicando:

En el acuerdo, además, la diferencia nunca se disuelve en la identidad. Cuando se dice que hay acuerdo sobre algo, ello no significa que el uno se identifique en su opinión con el otro. Hay co-incidencia, como dice bellamente el término. (Gadamer, 1998, pág. 23)

Existe acuerdo en el contenido referido a derechos sustantivos pero no identidad con los juristas sobre la precisión de las premisas descriptivas en los decretos, que desarrollan silogismos utilizados por los jueces para solucionar casos concretos de la sociedad cibernética en la que nos encontramos; jueces que emiten decisiones acompañadas de su natural sentido emocional e ideas del derecho según su historia personal de aprendizaje. En

este campo no son suficientes las reformas realizadas, ni las sentencias declarativas de exequibilidad de la Corte Constitucional al Código Sustantivo del Trabajo de 1950, ni las demás normas expedidas en el ámbito de la salud en el trabajo.

Es necesario –y es la pretensión de este trabajo–, hacer ver que los principios, valores y normas que tengan relación con la salud en el trabajo para recuperar la eficacia arrinconada, deben incorporar expresiones sociales como tomar conciencia, contribuir, asumir, educar y cuidar, que no han sido atendidos por los juristas ni los jueces en las relaciones de trabajo. Dadas las condiciones de pandemia del ATEL y las muertes por causas del trabajo, dichas expresiones deben ser imperativos categóricos de las relaciones laborales dependientes y de todas las formas de trabajo permitidas en Colombia.

Nótese que la mayor parte de la legislación que se ha descrito fue promulgada por el ejecutivo sin debates democráticos ni legítimos. Las leyes aprobadas por el legislativo lo fueron con alineaciones con el ejecutivo y los gremios económicos, a cambio de beneficios para los miembros de los dos poderes, deslegitimando la acción democrática que debe caracterizar a estos representantes del poder popular.

Menciona Avella que en el año 1970, llegó a Colombia la misión de la OIT que determinó como característica de las normas laborales, la inhibición para la generación de empleo. Así lo expresó:

La situación de Colombia es la siguiente: una vez que ha transcurrido un período de prueba de sesenta días, y a menos que por un contrato escrito se limite de manera expresa la relación de trabajo a un período fijo, ningún trabajador puede ser despedido si no es por ‘justa causa’. Frecuentemente corresponde a un tribunal de trabajo decidir si existe o no causa justificada para el despido, y en caso de no encontrarla, el empleador debe pagar una indemnización considerable, a veces muy cuantiosa, proporcional al número de años de servicio del trabajador en la empresa. Además, el Código de Trabajo dispone que los despidos colectivos, ya sean en forma transitoria o definitiva, deben contar con la autorización del Ministerio del Trabajo. Son disposiciones bastante severas, aun dentro de las normas latinoamericanas, sobre todo si se las compara con las de la Recomendación (la 119 de junio de 1963 de la OIT) que hemos mencionado.

(...) al parecer, la legislación colombiana y su aplicación han creado una situación en la cual la protección contra el despido se ha convertido en un obstáculo importante para el aumento del empleo. (Avella Gómez, 2010, pág. 170)

La visión de la salud en el trabajo como una obligación de otros, no se trata de un fenómeno coyuntural o privativo de nuestro país. La flexibilidad laboral, la ampliación de las jornadas ordinarias, la disminución de los pagos por recargos, la tercerización en la contratación laboral, son prácticas laborales trasplantadas de otros países, y presentan las mismas dificultades de control en los factores de riesgo que generan accidentalidad en el trabajo. En Europa, el Informe Papandreu presentado en 1990, afirmó que en Francia el índice de frecuencia de los accidentes laborales de trabajadores temporales era más del doble respecto a los demás trabajadores, y proporciones similares se presentaron en Bélgica y Alemania (Lousada Arochena, 2016, pág. 12).

En los países de América Latina, la ausencia de datos sobre la morbilidad y mortalidad por el ATEL, se trató de superar a partir del año 2012 con la recopilación de información promovida por la Organización Iberoamericana de la Seguridad Social. Existe un alto subregistro de enfermedades laborales, entre el 90 y el 95%, en los países de la región. En Colombia, con la aprobación del Convenio 160 de la OIT, se genera la obligación de reportar las estadísticas del ATEL, que se realizan sin precisión por el Ministerio del Trabajo, desde el año 2004 (Álvarez, Palencia, & Riaño-Casallas, 2019, pág. 12).

Estudios realizados desde la salud pública, siguen mostrando que la acción preventiva en la salud en el trabajo es débil, y repercute en el incremento de los accidentes y enfermedades laboral sin coberturas del Sistema de Riesgos Laborales. Estos eventos llevan a congestionar la justicia con acciones de tutela donde se busca el reconocimiento de derechos laborales traslapados en otras formas de contratos.

El comportamiento empresarial asociado a la precarización del trabajo se refleja en el crecimiento sostenido que en términos estadísticos ha tenido la tasa de accidentalidad y enfermedad desde el año 2004 al 2017 en Colombia, debido a la falta de reporte de los mismos y el registro solo de los afiliados obligatorios al Sistema de Riesgos Laborales que no corresponde a la población trabajadora en el país. Para el accidente de trabajo se tiene que entre 1994 y 1995 se reportan 136.767 accidentes calificados como profesionales con una tasa de 3,76. En tanto ente los años 2016 a 2017 se calificaron 660.110 accidentes profesionales con una tasa de 6,45. No es coherente el incremento de la tasa en más o menos

el doble, en este periodo de tiempo, cuando los reportes cuadruplican el número (Luna García, 2019, pág. 363).

Para las enfermedades laborales es más preocupante el registro, en tanto entre 1994 y 1995 el reporte de enfermedades laborales correspondió a 1.215 con una tasa de 33,5 y para el periodo de 2016 a 2017 el reporte de 9.692 enfermedades laborales corresponde a la tasa de 94,7. Con relación a las muertes generadas por el trabajo se tiene que para 1994 y 1995 se registraron 1.215 eventos con una tasa de, 33,5 en tanto para el periodo comprendido entre 2016 y 2017 se reportaron 9.692 eventos con una tasa de 94,7. Estas cifras evidencian el daño en la salud de los trabajadores que las condiciones laborales actuales están generando sin atender el subregistro existente que corresponde a menos de la mitad de la población laboral (Luna García, 2019, pág. 363).

Hemos indicado, en el apartado “El Estado Colombiano en el contexto de las relaciones laborales ¿garante de los derechos laborales o regulador económico?”, que la coordinación económica entre el capital y el trabajo constituye la base para el progreso de las naciones, siempre que la propiedad privada tenga una función social (Guerrero Figueroa, 2005, pág. 141). El desarrollo excluyente y desigual de las políticas laborales en el país viene propiciando la deslegitimación de la democracia, la intolerancia ante el pluralismo social, la confusión en la separación de poderes, el declive de las organizaciones sindicales por falta de trabajadores formales, y la erosión del poder del Estado para intervenir en el manejo de la economía, entre otras circunstancias que describen el trabajo en un país desigual.

En la publicación “Comportamiento de la accidentalidad y enfermedad laboral en Colombia 1994-2016”, ya referenciado, se nota la desigualdad en la protección a la población trabajadora. Para el año 2015 se reportan en el país 21.368.000 personas ocupadas, de las cuales solo 9.656.829 se encontraron afiliadas al Sistema General de Seguridad Social. Tan solo el 45% de trabajadores fueron protegidos después de la ocurrencia del ATEL, con prestaciones asistenciales y económicas del sistema, y se resalta la desatención de la responsabilidad en la promoción y prevención que recae en el empleador (Álvarez, Palencia, & Riaño-Casallas, 2019, pág. 16).

Las cambiantes formas de contratación laboral, orientadas a la máxima producción con el mínimo de inversión, representan un proceso sistemático que está llevando a la subordinación del Sistema de Seguridad Social en favor de los intereses privados. El desequilibrio social fomentado por la economía del mercado laboral está erosionando el Derecho Laboral y la Seguridad Social desde las tres dimensiones –validez, legitimidad y eficacia–. Dimensiones que soportan el Estado Social de Derecho que, desde los principios y valores, debe proteger los derechos sociales. Y las instituciones públicas y privadas deben efectivizar estos derechos desde el bien común.

La dimensión de la validez reconoce el derecho desde la legalidad, con la verificación del cumplimiento de los actos jurídicos previos a la publicación de la norma que será acatada por el ciudadano, a partir del componente axiológico de su contenido. La dimensión de la legitimidad está ligada a las experiencias y las estructuras mentales de los miembros de la sociedad que consideran pertinente y necesario cumplir las normas publicadas. En el *deber ser* de la norma, las condiciones sociales, académicas, económicas y de salud no deben establecer diferencias para el reconocimiento de los derechos y cumplimiento de los deberes legalmente reconocidos. Sin embargo, en las relaciones laborales esta máxima no se cumple, contrario sensu, son utilizadas para ampliar las desigualdades que se pueden constatar en el precario impacto de las políticas públicas de generación de empleo (Guerrero Figueroa, 2005, pág. 141).

Es en este elemento donde veremos el mayor punto de conflicto entre los actores de la relación laboral. La legitimidad de las normas que hemos descrito, y que seguidamente mencionaremos, es cuestionada desde la creación hasta la aplicación de las decisiones judiciales. La prevalencia del positivismo clásico y el distanciamiento del jurista con la filosofía, mantienen las decisiones legales y judiciales con la mirada en el derecho Kantiano, que busca la justicia para satisfacer la libertad individual y la igualdad para armonizar las diferentes libertades.

El trabajo, en un país desigual, requiere de un sistema jurídico regido por los principios que se expresen de forma explícita y no se confundan con las normas, para que el tercer elemento triádico –la eficacia del derecho–, tenga valía en la sociedad del trabajo. Principios y valores

que no deben confundirse con los conceptos morales, en tanto para cada época y en diferentes culturas cambia la forma de percibirlos, para progresar, no para retroceder. Así lo propone Adela Cortina en su escrito “El mundo de los valores” (Cortina, 1997), refiriéndose a la Teoría de la Evolución Social, que Jürgen Habermas esbozó para significar que los valores y la moral en las sociedades se aprenden y, en este proceso, se forman las personas que las componen.

Las concepciones de respeto, trabajo, libertad, igualdad, justicia son transmitidas de una generación a otra, siendo necesario preguntarse: *¿Cuál ha sido la transmisión de valores y principios de las generaciones en Colombia para estar dispuestos a resolver mediante procesos judiciales los problemas que surgen por las afectaciones de la salud en el trabajo?* En la construcción de las esferas de la validez, la legitimidad y la eficacia, seguidas de la precarización del trabajo en la sociedad colombiana y las relaciones entre el Estado y el trabajo en un país desigual, encontraremos la respuesta.

168

2.3.1 Las esferas de la validez, legitimidad y eficacia de las normas que regulan la relación laboral en Colombia

El abordaje de las normas jurídicas que regulan la relación laboral en Colombia, desde las esferas de la legitimidad, la validez y la eficacia, parece incomprensible. La identificación de la relación trilemática, como la denomina el profesor Mejía (2013, pág. 99), en este sistema normativo, es de difícil aceptación entre los abogados y los jueces del área laboral, en tanto no pueden desligarse de la formación jurídica que se recibe desde el siglo pasado en las facultades de derecho, soportada en la teoría positivista del derecho.

La vida humana es estudiada desde distintas disciplinas, que definen criterios de valoración que parecen establecer los fines últimos de los actores. En la economía se busca la utilidad, en la estética la belleza y en el derecho la justicia (Ponce Esteban, 2005, pág. 213). La justicia, como valor social, hace referencia a los comportamientos de las personas, que afectan o benefician a otras, con quienes tienen una relación.

En el mundo del trabajo, reflexionar sobre las esferas del derecho y los efectos de su reconocimiento o inobservancia en la justicia, constituye un problema de conocimiento que surge de la ruptura de la relación entre el empresario y el trabajador/prestador del servicio. Frente a la ocurrencia de ATEL, el proceso de síntesis de la justicia se complejiza a partir de dicha ruptura, ya que determina una contraposición de intereses en pugna.

El empleador y el trabajador/prestador del servicio intentan, cada uno desde sus posturas, legitimar explicaciones jurídicas en general y económicas en particular, a través de hipotéticos estados de necesidad. Elevan los argumentos que presentan ante la autoridad considerada superior y con poderes para dirimir el conflicto. Pero en la práctica, esta autoridad no brinda certezas de lograr establecer decisiones que cumplan los criterios contenidos en la definición del derecho en latín: *lo recto, lo correcto, lo adecuado, lo justo*.

La esfera de la validez en las normas laborales

La arraigada formación positivista considera el elemento validez de la norma como el acto de creación de orientaciones para regular la conducta social, a partir de procedimientos previos establecidos en la Norma Fundamental. La validez enlaza el aspecto formal y material, que implícitamente tienen la legitimidad y la eficacia. En este sentido, la pureza del derecho no comprende elementos axiológicos en el sistema jurídico, razón por la que las decisiones del empresario y del juez con relación a la estabilidad en el empleo, se limitan al contenido literal de norma. Así, la interpretación lógica describe la condición y la consecuencia, que se refieren al *ser* y no al *deber ser* de la norma.

Ejemplo de la definición positivista del derecho laboral en la actualidad, es el análisis desarrollado por la Corte Constitucional en Sentencia C-200 (2019). Se toma en consideración que en Sentencia C-044 de 2018 se retoma el hilo de sentencias anteriores, para reconocer que la derogación de las normas se entiende como “el trámite que se utiliza para eliminar la vigencia de una norma válida que pertenece al ordenamiento jurídico” (Corte Constitucional, 2018). A diferencia del estudio que esta Corporación realiza para definir la exequibilidad o inexecuibilidad de una norma, el cual recae sobre su **validez**, el juicio de

vigencia analiza la disposición con base “en criterios de oportunidad libremente evaluados por las autoridades competentes, y en especial, en relación con las leyes [sic] por el Congreso” (Corte Constitucional, 2018).

A partir de estas consideraciones, en la Sentencia C-200 (2019) se considera la función del control constitucional en la determinación de la *validez constitucional de la norma acusada*, y nada se dice sobre los elementos de legitimidad y eficacia de la norma objeto de revisión.

Al respecto la sentencia señala:

Si el fundamento de la nueva demanda consiste en la modificación del parámetro de control constitucional, deberá (i) explicar el alcance de la modificación y (ii) demostrar en qué sentido dicho cambio es relevante para determinar la validez constitucional de la norma acusada. No basta con presentar las normas que, según el demandante, constituyen el nuevo referente de control constitucional; también es necesario acreditar que un nuevo pronunciamiento de la Corte, a la luz de las modificaciones de la Carta, es imprescindible para garantizar su integridad y supremacía. (Corte Constitucional, 2019)

Lo anterior puede analizarse desde el punto de vista de Oscar Mejía, para quien:

Si la tensión interna entre hechos y normas, entre legitimidad y validez, expresa la dualidad estructural del derecho, entonces la legitimidad de la legalidad se logra por la interconexión de los procedimientos jurídicos con una argumentación moral de tipo procedimental. El procedimiento válido de promulgar leyes solo es legítimo cuando convoca el acuerdo de los ciudadanos mediante procesos participativos legalmente constituidos y posibilita que la autonomía pública y la autonomía individual se reconcilien. (...) Los argumentos pragmáticos se resuelven por negociación, los argumentos políticos, por compromiso, los argumentos morales, por consenso. El principio de legitimidad supone pues, un consenso de la ciudadanía que se da en el marco de procedimientos legalmente institucionalizados. (Mejía Quintana, 2013, pág. 62)

El positivismo jurídico tiene por tesis que la validez del orden jurídico no depende de la moral sino del proceso de formación o configuración, que debe desarrollarse conforme a la regla de reconocimiento vigente, o que siendo anterior a esta, no le sea contraria. Esta es la validez formal del derecho, garantizada por la forma reglada de producción y aplicación, esto es: la validez se reconoce desde la legalidad. La norma es efectiva cuando se verifica el cumplimiento de actos jurídicos previos a su publicación. Así, la norma válida tiene para el ciudadano el deber moral de acatarla, expresión esta de la validez axiológica en el derecho (Vernengo, 1992, pág. 269).

El paradigma discursivo del derecho reconoce que la validez y la eficacia descansan en las condiciones de la legitimidad, validada por los procedimientos democráticos que permiten a quienes hacen parte de la periferia –grupos minoritarios, discriminados y disidentes– insertarse en los debates y procedimientos constituidos por el Estado, para crear la norma que regule su sistema político, económico, administrativo y laboral.

De acuerdo con Oscar Mejía (2013), para Habermas el procedimiento legítimo de hacer las leyes solo puede considerarse válido cuando se convoca a todos los interesados de la sociedad en el contenido de la norma, se permite su participación, se atienden sus intereses y desacuerdos, siguiendo los procedimientos legalmente establecidos. Solo así los derechos fundamentales y la soberanía popular en los gobiernos democráticos se concreta y valida el derecho (Mejía Quintana, 2013, pág. 370).

En el Código Sustantivo del Trabajo (2016) no es posible dilucidar con facilidad la existencia de las tres esferas: validez, legitimidad y eficacia. Al respecto de la validez, se tiene que para el año 1944, en el hecho conocido como el “Golpe de Pasto” dirigido por el general Diógenes Gil contra el presidente Alfonso López Pumarejo, se encomendó al Ministro del Trabajo, Adán Arriaga Andrade, formar una comisión para la redacción del Código Sustantivo del Trabajo, con el fin de agradecer a los obreros el respaldo en el fallido golpe. El contenido normativo del Código se expide como parte del Decreto de estado de sitio, con la influencia de la doctrina mexicana liderada por el profesor Mario de la Cueva, seguidor de la escuela alemana que plantea diferencias entre la teoría contractualista y la teoría de la relación de trabajo. La primera establece la existencia del contrato de trabajo basado en los elementos de los contratos en materia civil; en tanto la segunda considera el vínculo entre el trabajador y el empleador, que reconoce la dimensión personal del compromiso del trabajador en la producción y del empleador en la garantía de derechos inalienables (Jaramillo Jassir, 2010, pág. 60).

En el año 1967, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (1967), instancia judicial de mayor categoría en el país, reconoce que las normas laborales deben ser expedidas por el legislador ordinario, porque se refieren a las relaciones obrero-patronales, que tocan con derechos básicos y primarios de la persona humana. Se describe así la esfera de la validez,

respecto del órgano competente para expedir las normas laborales. Desde la década de 1960 hasta nuestros días, no se atiende tal disposición judicial, por parte del poder legislativo.

La esfera de la legitimidad en las normas laborales

La estructura político-jurídica de la sociedad colombiana no logra distinguir las normas jurídicas de las normas sociales o morales, confundiendo la legitimidad con la legalidad, llevando a la sociedad a convencerse con fe ciega de los razonamientos de los integrantes de las Altas Cortes Judiciales. El *deber ser* jurídico permite diferenciar derecho y moral, diferencia que nuestro sistema judicial no comprende, por centrarse en el sistema positivista para administrar justicia, dando prevalencia a la validez.

La legitimidad, confundida con la legalidad, se consolida en la creencia social de la validez de “una autoridad expresada por medio de políticos profesionales, ejercida por una burocracia conformada por funcionarios de carrera y articulada a partir de una división especializada del trabajo que optimiza el ámbito económico” (Mejía Quintana, 2013, pág. 66).

En Sentencia C-034 de 2003, la Corte Constitucional se refiere a la demanda presentada contra el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, antes de la modificación de esta norma por la Ley 1788 de 2016, indicando que “En primer lugar debe determinarse si la finalidad perseguida por la norma tiene un fin legítimo y constitucionalmente importante” (Corte Constitucional, 2003a). Y seguidamente concluye que:

La Corte encuentra que la finalidad del tratamiento diferenciado es legítima y persigue un fin que tiene rango constitucional, ya que pretende mantener las buenas relaciones la [sic] interior de la empresa (CP art. 56) y favorecer a los trabajadores que han cumplido adecuadamente con sus obligaciones laborales. (Corte Constitucional, 2003a)

Cabe preguntar: ¿el análisis realizado por el órgano judicial corresponde a la legitimidad, esto es, se hace congruente la dimensión moral con las reglas de conducta de la dimensión jurídica para lograr un sistema jurídico íntegro?

Cuando el derecho se define como *lo correcto* y *lo justo*, la comprensión va ligada a la experiencia, las creencias y las estructuras mentales de quienes forman la sociedad donde se

espera el cumplimiento. En las relaciones de trabajo, cada persona dispone de mayores o menores recursos para entender la norma que regula su situación en particular y la del otro, según sea su condición académica, económica, edad y estado de salud. En este sentido jurídico, empleador y trabajador tratan de hacer concordar la validez de la situación concreta que les atañe con la norma jurídica vigente. Cuando no encuentran solución en sus recursos y posibilidades de decisión, acuden al concepto institucional de justicia que representa el poder judicial, encargado de administrar justicia según las normas válidas del sistema jurídico.

Siendo el derecho *lo justo*, es un valor esencialmente humano que solo puede reclamarse en las personas y entraña *el deber ser* cuando se enfrenta el conflicto con *el ser*. Por lo tanto, el ideal del derecho es que las personas tiendan a comportarse conforme el *deber ser*, aunque ello implique que las acciones no se entiendan en el conglomerado social como *justas* (Ponce Esteban, 2005, pág. 213); pero que esas acciones permitan identificar las tres esferas del derecho en la decisión, donde la validez justifique la legitimidad y garantice la eficacia.

Encontramos que el Código Sustantivo del Trabajo (2016), norma expedida dentro del estado de sitio establecido en el Decreto 1288 de 1965, se somete a revisión por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Se reconoce que las normas laborales materia de estudio se expidieron para afianzar la tranquilidad social del país, indicando que

El carácter de las reformas que implica el Decreto 2351 de 1965 pone de relieve que sus preceptos se hallan vinculados, en mayor o menor grado, a la tranquilidad social del país, pues conciernen a un gran número de personas que prestan su concurso en la industria privada, a quienes desde luego interesa la vigencia de posiciones de carácter legal que consagran nuevas formas de relación entre los patronos y los asalariados (...). Al calificar normas legislativas no pueden mirarse con el mismo criterio las leyes de naturaleza específicamente vinculada al patrimonio vital humano y las que por su índole rigen un campo no influido por los requerimientos primarios a que se ha aludido y no reclaman por lo mismo el tratamiento especial que ha de darse a las otras ordenaciones; pues el radio de aplicación de las últimas, distante de las relaciones humanas indicadas, no demanda para interpretarlas o aplicarlas, el hondo sentido social que los otros mandatos exigen. No es lo mismo legislar para los hombres, como personas, sujetos de las necesidades de apremio que imponen la subsistencia o la salud, que legislar para las cosas o para los bienes que conforman el patrimonio ordinario de aquellas personas. (Corte Suprema de Justicia, 1967)

La Corte Suprema de Justicia justifica la expedición del decreto en la inseguridad social y los problemas económicos que afectaban la nación en el momento, indicando respecto a la legitimidad que la “legitimidad constitucional de un acto de este género tiene que ver con las facultades del Presidente de la República emanadas del artículo 121 de la Carta. Más concretamente, con los motivos determinantes o sobrevinientes de la turbación del orden” (Corte Suprema de Justicia, 1967), y considera declarar por esta causa exequible el Decreto 2351 de 1965.

La esfera de la legitimidad de este Decreto se soporta en el estado de sitio, decretado para la época de su expedición. Pero transcurridas seis décadas, con la historia judicial del reconocimiento del carácter de las normas laborales como un asunto de competencia del legislador, se pone en evidencia que este poder político sigue evadiendo la obligación de expedir el Estatuto del Trabajo. En su lugar, el legislador ha tramitado reformas a la norma, con escasa legitimidad actual. Verbigracia la exposición de motivos de la Ley 50 de 1990, mediante la cual se modificaron varios artículos del Decreto en mención, tales como el pago de la indemnización por despido sin justa causa, que fue reformada con argumentos ilegítimos, según la Cámara de Comercio de Bogotá, citada por Iván Jaramillo (2010, pág. 64):

Es indudable que una sana estabilidad en el empleo hace parte de las buenas condiciones de trabajo. Pero ella no se consolida con factores inmovilizantes del mercado laboral, que conduce a resultados contrarios a aquellos que teóricamente se desea alcanzar (...). Después de diez (10) años de servicio en una misma empresa, la estabilidad en el empleo se convierte en inmovilidad y está conduciendo, en la práctica, a unos efectos contrarios a los que la norma se propuso en su momento. En efecto, la acción de reintegro, así como la llamada pensión-sanción, tuvieron justificación cuando las pensiones de jubilación estaban a cargo del empleador y podía presumirse interés de éste en propiciar el despido, con el único fin de eludir la pensión. (Cámara de comercio de Bogotá, 1991, pág. 222-223)

La retroactividad de las cesantías como derecho laboral fue también objeto de reforma en beneficio del empleador y afectando al trabajador, con el argumento de que:

La doble retroactividad o el impacto de los incrementos salariales en las porciones anticipadas de cesantía, ha creado problemas financieros de muy difícil solución en sectores de empresas muy bien organizadas; ha estimulado la evasión en empresas de limitado capital, que bajo estas condiciones han señalado que el auxilio es algo impagable; y, que se ha invocado como causa

esencial en el auge de la temporalidad y en general en la inestabilidad, barreras muy determinantes de la baja remuneración y del debilitamiento sindical. (Cámara de Comercio de Bogotá, 1991, pág. 256, citada en Jaramillo Jassir, 2010, págs. 64-65)

Desde la reforma de 1990, la estabilidad en el empleo ha tambaleado para los trabajadores. La flexibilidad laboral, objeto de análisis en este trabajo, se justifica en la ponencia de la reforma laboral mencionada, indicando que “El concepto de flexibilización dosificada que subyace a las modificaciones nos conduce a aceptar la proposición del gobierno sobre contratos a término fijo, pero con algunas variaciones y precisiones, en parte derivadas de las observaciones de los trabajadores” (Cámara de comercio de Bogotá, 1991, p. 258, citada en Jaramillo Jassir, 2010, pág. 65). Y el principio de presunción de la relación laboral se debilita cuando el legislador establece que:

La presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que busca proteger al trabajador subordinado, ha degenerado en que contratos civiles o comerciales o aquellos realizados en ejercicio de profesiones liberales, se conviertan, a raíz de la presunción indiscriminada de la presunción, en contrato de trabajo, alejándose del principio general del derecho de que todo contrato debe ejecutarse de buena fe. Por tanto, cuando los profesionales independientes del derecho, la medicina, la ingeniería, en general de las profesiones liberales o quienes de otra forma presten servicios en desarrollo de contratos de naturaleza civil o comercial, resuelvan reclamar el carácter laboral y no civil o comercial de estos contratos, deben asumir la carga de la prueba. Es lógico que dichos profesionales no se privilegien de las presunciones y ventajas tuitivas del derecho del trabajo, concebidas para el caso específico de la subordinación laboral. (Cámara de Comercio de Bogotá, 1991, p. 258, citada en Jaramillo Jassir, 2010, pág. 67)

Las esferas de la legitimidad y eficacia de las normas laborales se traslapan en la validez por parte de los actores de las tres ramas del poder, integradas por juristas y funcionarios judiciales que no aman la filosofía del derecho porque no la conocen.

La justicia es un valor para establecer lo que para la sociedad del trabajo debe ser jurídicamente valioso y lo que es jurídicamente injusto. El trabajo, como la justicia, es un valor esencialmente humano y social, porque los dos solo pueden ser realizados por los hombres, que esperan recibir del otro lo *correcto*.

El proceso de legitimación del derecho, en la sociedad, tiene relación directa con el contexto histórico en el que se encuentra esa sociedad. Así, para Hobbes en 1651 era legítimo el

ejercicio del autoritarismo en la sociedad para mantenerla organizada. Para John Locke en 1675, la legitimidad del derecho se obtiene con el consentimiento social en la aceptación del respeto y la protección de los derechos individuales. Para Rousseau en 1770, el derecho se legitima cuando cada miembro de la sociedad se somete voluntariamente a la autoridad del cuerpo político soberano que les permite la participación con voz y voto, para garantizar la libertad. Para Kant en 1783, el derecho como justicia debe satisfacer la libertad individual, la igualdad para obligar a toda persona a armonizar la propia libertad con la del otro y la independencia para garantizar la legitimación del Estado como un acuerdo libre (Ponce Esteban, 2005, pág. 215).

A partir de Kelsen en 1936, el derecho y la justicia emanan de la validez. La moral es un elemento interconectado con la justicia, siendo posible y necesario dividir el *ser* del *deber ser*, para separar la eficacia de la vigencia de la norma, y considerar al derecho como el sistema gradual que tiene la norma fundamental de la cual dependen las demás normas generales y procesales expedidas por el legislativo. Línea que ocho décadas después siguen los juristas y jueces en el campo del trabajo, sin miramientos a las diferentes condiciones sociales, económicas, políticas y laborales que el cambio de milenio trajo para las relaciones de trabajo.

176

La esfera de la eficacia en las normas laborales

El elemento denominado eficacia se considera parte de los patrones culturales que determinan la acción social, denominada por Habermas como “el determinismo cultural”, en tanto la cultura ofrece los elementos para que los individuos desarrollen sus intereses personales y sociales. Cuando se consolidan los sistemas sociales, dentro de ellos lo económico, lo político, lo jurídico y lo cultural, se generan los vínculos de la acción social. Pero estos sistemas encuentran controles en el dinero, el poder y las capacidades intelectuales, que juntos deben asegurar la integración a través del derecho (Mejía Quintana, 2013, pág. 94).

En la sociedad colombiana, la estructura del poder y del derecho ha cambiado, dirigiéndose hacia la economía del poder, que se ha dedicado a inventar nuevas formas de trabajo que no atienden la realización personal, y que generan competencia en la formación y en los ingresos. Esta sociedad ha convertido el trabajo en un mercado para producir mayores riquezas y la falta de trabajo en un castigo del que se debe huir, quedando dispuestos a todo para conservar el ingreso, sin que la justicia intervenga para ayudar a la sociedad; por el contrario, tiende a hacer parte del problema. Al respecto Oscar Mejía señala:

La imposibilidad de fundar la justicia sobre el criterio utilitarista de bienestar para la mayoría. La justicia no está sujeta a las transformaciones y el provecho de unos, aunque sean mayoría, ni puede darse nunca en detrimento de otros, aunque sean pocos. (Mejía Quintana, 2013, pág. 109)

La eficacia del sistema jurídico debe reflejarse en los valores que permiten el funcionamiento de todos los sistemas sociales de forma armónica, sin dar prevalencia a los grupos con poder o demasiada asistencia a los menos favorecidos por la economía. De esta manera, siguiendo a Areta *et al.*, no se debe perder el sentido de la existencia del trabajador como integrante del gran sistema llamado sociedad.

177

(...) ningún trabajador se debe ver perjudicado por el ejercicio libre de los derechos de los que se le hace titular. Se produciría una contradicción con el fin jurídico si una ley ofrece el reconocimiento de un derecho cuyo ejercicio puede entrañar una penalización a la que la ley dé cobertura. Ese derecho devendría ineficaz jurídicamente y perdería sentido la existencia. (Areta, y otros, 2009, pág. 148)

El derecho, en el mundo real del trabajo, es parte de la relación donde los actores deben comprenderse mutuamente y llegar a un consenso sin la influencia de un elemento externo que los afecte. Así, de acuerdo con María Ponce (2005), Ronald Dworkin se aparta del positivismo en 1969, y considera que la eficacia del derecho está en la praxis interpretativa que fundamenta el razonamiento judicial. Esta praxis se muestra cuando la decisión judicial se ajusta mejor a los hechos relevantes del caso y tiene argumentos válidos para justificarla.

De esta manera, para Dworkin:

(...) un sistema jurídico, tal y como es percibido por los jueces, incluye no solamente el derecho explícito, reconocido como tal por el positivista identificado por referencia a las fuentes sociales del derecho (legislación precedente, costumbre y práctica judicial, etc.), sino también

un conjunto de principios jerárquicos ordenados que están implícitos o son presupuestos por el derecho explícito. (Ponce Esteban, 2005, pág. 230)

Finalmente, María Ponce (2005) indica que en 1984 Robert Alexy abre el camino para la comprensión de los elementos que dan estructura al derecho y denominamos esferas, siendo ellas la legalidad, la eficacia social y la corrección del contenido, en el entendido que la eficacia sin legalidad supone inmutabilidad, la legalidad sin eficacia carece de fuerza y ambas conjuntamente no son derecho si no puede considerarse una posibilidad de corrección, orientada hacia la decisión justa que se fundamente en la moral.

Las esferas denominadas validez, legitimidad y eficacia de las normas que regulan las relaciones de trabajo, serán el recurso teórico utilizado para establecer los elementos estructurales del conflicto por el despido del trabajador enfermo por el trabajo. Estos conceptos fijarán la ruta para recuperar el reconocimiento del trabajador como persona y no como medio de producción económica. De esta manera se busca establecer bases para volver a gozar del trabajo, compartiendo la vida sin disminuirla o perderla; y sentir que el trabajo es útil porque la sociedad entiende que la razón teórica y económica de las normas laborales da paso a la razón práctica y social, menospreciada por las políticas de globalización del mercado.

178

2.3.2. La precarización del trabajo y la dicotomía entre la estabilidad laboral y la libertad de empresa

El contrato de trabajo en la legislación de Colombia está regulado en el CST (Congreso de la República, 2016), fruto de las pugnas sociales y políticas en torno a estas relaciones durante la década de 1940, especialmente en el ámbito del trabajo formal. Sin embargo, las transformaciones de las tendencias económicas mundiales, en su conjunto, y más específicamente en el mundo del trabajo, han llevado al cambio de conceptos como trabajo habitual, profesión habitual, contrato indefinido y jubilación, como consecuencia de las actividades que la era cibernética está generando en las empresas; al punto de llevar a la organización de los profesionales por áreas, para regular el ejercicio profesional y frenar con ello la precariedad de sus labores, al respecto se ha dicho que:

(...) el concepto de profesión habitual como algo continuado, no es útil a día de hoy pues este hecho pertenece a un pasado con historia laboral continua, sin demasiados cambios en las profesiones u oficios nuevos que choca con la modernización en la industria y en general en todos los trabajos con aparición de nuevas profesiones modificación de otras antiguas adaptándose a nuevos procesos, procedimientos, usos de nuevas maquinarias o instrumentos laborales, nuevas tareas, nuevas modalidades de servicios y por tanto precisar de nuevos requerimientos, capacidades y formación para su desempeño. Sin olvidar la precariedad en el empleo que obliga al trabajador a optar por nuevas opciones laborales que se le presenten, para poder subsistir. (Pardo, 2015, pág. 74)

Así, estos procesos implican una flexibilización, entendiendo que cuando se refiere que la legislación de un país en materia laboral es flexible o ha sido flexibilizada, implica que se han eliminado las limitaciones y las normas que regulan las relaciones entre el empleador y el trabajador, admitiendo que el primero tenga derecho a realizar transformaciones en las condiciones del contrato establecido con el segundo; y que estas transformaciones puedan ser realizadas de forma fácil y con pocos o ningún límite (Larios Pino, 2013, pág. 138). De esta manera, puede afirmarse que “La flexibilidad consiste en que la fuerza laboral y las horas de trabajo o la estructura salarial se ajustan a las condiciones económicas inestables y fluctuantes” (Guevara Fletcher, 2003, pág. 105).

En un escenario de trabajo flexibilizado es comprensible que se generen cambios importantes en la manera que se asumen las responsabilidades, especialmente a través de la tercerización, expresada en las “empresas de servicios temporales, cooperativas y precooperativas de trabajo asociado, contratos de prestación de servicios, outsourcing y, recientemente, el teletrabajo” (Zúñiga Romero, 2012, pág. 330). En palabras de Alfredo Montoya:

(...) constituyendo un fenómeno de efectos contrarios en materia de estabilidad en el empleo, la legalización de las Empresas de Trabajo Temporal (...) supuso –y sigue suponiendo– un fuerte incentivo para la contratación temporal; (...) cuya misión es contratar trabajadores para cederlos temporalmente a empresas usuarias. (Montoya Melgar, 2001, pág. 65)

Este fenómeno se produjo en el contexto internacional de las políticas económicas de descentralización de la producción que buscaban facilitar el ingreso del capital a los territorios, la especulación financiera y el debilitamiento de los derechos sociales (Vasapollo, 2017, pág. 96).

La flexibilidad laboral actualmente es una realidad que funciona aproximadamente desde la década de los ochenta del siglo pasado, de múltiples maneras, a partir de la instrumentación de ‘pactos económicos’ celebrados a instancias del Ejecutivo, por éste y los representantes de las organizaciones obreras y patronales, cuya principal característica es la de que rompen con el principio de la estabilidad en el trabajo. (...) La flexibilización ha legalizado diversas formas de contratación que trasladan al trabajador los riesgos y provocan la incertidumbre, toda vez que no garantizan seguridad en el empleo. (Quiñones Tinoco & Rodríguez Lugo, 2015, pág. 194)

Desde la perspectiva económica, aplicada a escala global, se generaron unas hipótesis de crecimiento y desarrollo productivo, cuyo efecto real fue altamente nocivo:

Los defensores de las políticas favorables al mercado (tanto de capitales como de trabajo) manifiestan una fuerte campaña conducente a la privatización de la seguridad social a fin de sustituir los sistemas de prestaciones definidas por programas de cotizaciones definidas, lo cual beneficiaría inmensamente a las empresas privadas que gestionen los fondos y abonen las pensiones, pero que al mismo tiempo, impone mayores riesgos a los trabajadores.

En economías en transición se observa que el marco sociopolítico no ha conducido a la creación de empleo. (...) La privatización, que se suponía debía ser la base de creación de riqueza y de empleo, se desplomó al disminuir su capacidad productiva y a la destrucción de mano de obra. (Guevara Fletcher, 2003, pág. 104)

180

En este contexto, Carlos Blancas (2012, pág. 385) realiza un interesante análisis de la forma en que tanto la contratación laboral como la relación laboral son profundamente influenciadas por la flexibilización. Según el autor, la primera se debilita a través de contratos de corta duración y la segunda tiende a extinguirse en la medida que el empleador pueda terminar el contrato cada vez con mayor facilidad en aras de la competitividad de la empresa. “En este sentido, la eliminación de la ‘estabilidad laboral’, en sus diferentes versiones, suele ser un objetivo claramente definido en todas las propuestas flexibilizadoras” (Blancas Bustamante, 2012, pág. 385).

Como parte de este proceso, la estabilidad laboral disminuyó su importancia en las décadas de 1980, 1990 y 2010, a la par que ganaron una mayor presencia los contratos llamados atípicos, con una fuerte influencia del principio de la desregulación económica; se desarrollan mayores relaciones de trabajo a partir del contrato de prestación de servicios regulado por normas del derecho civil y comercial y se disminuye la relación laboral regida por el contrato de trabajo, situación facilitada por el hecho que, mientras el segundo tiene un periodo de

duración indefinido, los primeros son de corta duración. Las reformas laborales tienden a hacer “más viables los despidos colectivos y la contratación de trabajadores temporales” (Larios Pino, 2013, pág. 150). De manera que

La flexibilidad laboral es un eufemismo a una política de regresión, que poco a poco se extiende, reforma tras reforma –y después vendrán otras– sin tener en cuenta que la experiencia enseña que no es la vía para promover el empleo y el desarrollo económico y social de los más deprimidos, sino que es un medio de seguir haciendo opulento al que tiene a costa del que no tiene. (Larios Pino, 2013, pág. 154)

Puede afirmarse entonces, que los cambios en las formas de contratación han modificado en general los intereses del empleador y el trabajador, que se reflejan en los alcances negativos de la precarización del trabajo. Todo esto:

(...) se explica en atención a la implementación de las políticas neoliberales del Consenso de Washington, en virtud de las reformas laborales de flexibilización laboral que buscaban favorecer al empleador y en consecuencia disminuir los derechos sociales laborales de los trabajadores con el pretexto de lograr un mayor crecimiento en la economía a través del ingreso de multinacionales y un menor índice de desempleo en el país. (Cerquera Unda, El principio de estabilidad laboral en Colombia: la tensión entre los derechos sociales laborales vs. las políticas neoliberales de flexibilización, 2018, pág. 27)

181

Es posible contrastar esta situación con la de otros países, en los que se han desarrollado procesos similares, como el caso español, cuya reforma laboral llevada a cabo en 2012 buscó generar más cantidad de trabajo pero de menor calidad, a través de medidas relacionadas con la ampliación de esas “nuevas formas de contratación, la introducción de prácticas de gestión de los recursos humanos que resaltan la intensificación del trabajo, la flexibilización de las condiciones de trabajo, y la aparición de brechas cada vez más amplias entre los colectivos de trabajadores” (Ferrer Sais, Pérez Ortíz, & Ruesga Benito, 2015, pág. 7). Carlos Quiñones y Salvador Rodríguez caracterizan esta situación histórica de la siguiente manera:

Pareciera que en esta época de la globalización económica, la precariedad en el trabajo fuera la solución, imponiendo en las relaciones laborales una flexibilidad contra toda lógica socio jurídica, y abatiendo el edificio filosófico del derecho, las garantías sociales y los derechos humanos de los trabajadores. (Quiñones Tinoco & Rodríguez Lugo, 2015, pág. 186)

Así, las formas temporales de contratación generan un doble perjuicio, pues además de minar la estabilidad laboral, “dañan el interés general al vulnerar mandatos legales de obligado

cumplimiento” (Montoya Melgar, 2005, pág. 136). Se explica así que, bajo las condiciones contractuales actuales, la responsabilidad que tiene el empleador cuando se genera el ATEL en la actividad económica bajo su dirección, se diluye e inicia un movimiento pendular para identificar quien debe asumir la responsabilidad de la contingencia, si la empresa de servicios temporales o la empresa usuaria, si la ARL de la primera o de la segunda, si el contratante o el contratista, si el que dio la orden o el que celebró el contrato para vincular al trabajador, no hay claridad de la responsabilidad respecto a cuál es el actor al que le corresponde asumir el daño.

Además, el modelo mismo de la flexibilización de las relaciones de trabajo busca una producción de bienes y servicios a menor costo, para beneficio del empresario, a través de la intensificación de las jornadas de trabajo, que deterioran la salud de los trabajadores e impiden su óptimo desempeño en múltiples sentidos que agudizan las antiguas contradicciones sociales y generan otras nuevas. Si bien el trabajo en la actualidad se considera como un medio de transformación y realización creativa para las personas, que les permite una relación colectiva dentro de la sociedad, esto se ve limitado, cuando no imposibilitado por las condiciones laborales. Se marca una tendencia para el trabajo y las relaciones personales, en la cual los trabajadores deben adecuarse a las exigencias del mercado, incidiendo en que cada vez más se propicie una vida sedentaria, sin contacto humano, sin actividades al aire libre, que afecta la salud y en general hace que la vida de la sociedad sea más precaria (Zamora Salas, 2011, pág. 23).

Las tensiones sociales se exacerbaban en este contexto, pues “Si el hombre (trabajador) deja de ser el principal referente para las transformaciones del derecho del trabajo, el trabajo pierde su sentido, pues dejará de ser socialmente útil para convertirse en el instrumento generador de riqueza sólo para unos cuantos” (Quiñones Tinoco & Rodríguez Lugo, 2015, pág. 200). Esta visión del hombre necesariamente generará perjuicios notorios en la sociedad, más aun teniendo en cuenta que se trata de un fenómeno que se extiende en el ámbito de las empresas.

Se genera una epidemia de patologías ocasionadas por el trabajo, como consecuencia de las condiciones de sobreexplotación y flexibilización, que a su vez son resultado de la imposición de las nuevas formas laborales globales; todo lo cual ha transformado los sistemas

económicos, de seguridad social y de salud. El sistema favorece nuevos patrones de acumulación capitalista característicos del neoliberalismo, donde se afianza el mercado monopolizado por las aseguradoras que se orientan en la acumulación de ganancia y no les interesa proteger la salud en el trabajo ni prevenir las enfermedades y los accidentes laborales (Torres Tovar, 2019, pág. 9).

Aunque la flexibilización parece un beneficio para los empresarios, contrario sensu, las empresas mismas también se están afectando en sus intereses económicos, pues en última instancia, desde el contexto económico externo se han reflejado resultados negativos por las dinámicas internas que determinan la inserción en dicho contexto:

(...) la expansión de los contratos temporales desemboca en la contracción del consumo y consiguientemente de la producción, en la escasa cualificación y experiencia de la mano de obra, en la obstaculización de la introducción de nuevas tecnologías, en la pérdida de eficacia del sistema productivo al estar basado éste cada vez más en trabajos no estables, en el incremento de la siniestralidad laboral, etc. (Montoya Melgar, 2001, pág. 65)

Debe comprenderse entonces, que no solo se deterioran las condiciones de vida de los trabajadores, sino que esta precarización se extiende al conjunto de las relaciones sociales, incluyendo la capacidad de pago y por ende la inestabilidad en el consumo y el dinamismo de la economía, vía directa a una disminución de la demanda de bienes y servicios que la sociedad requiere de las empresas.

Al revisar estos diferentes aspectos en el contexto colombiano, algunos autores señalan que los procesos económicos desarrollados en el mundo del trabajo que involucran la flexibilización laboral pueden analizarse desde múltiples ópticas, respecto a sus consecuencias para los trabajadores. Así, la flexibilización laboral habría tenido algunos efectos positivos, que si bien no habrían tenido alcances importantes en el sector informal, sí lo tuvieron en el formal:

(...) la duración del desempleo cae fuertemente entre 2004 y 2002. Parte de este efecto se debe a la reforma laboral que entró en vigencia en abril de 2003. Así mismo, la probabilidad de encontrar empleo en el sector formal se incrementó (sic) cerca de 6% como consecuencia de la reforma. Por consiguiente, se puede afirmar que los cambios en la legislación laboral ayudaron a formalizar la economía y mejorar la calidad del empleo. Las cifras hablan por sí solas: un incremento (sic) muy fuerte en la seguridad social a través del aseguramiento en salud,

pensiones y riesgos profesionales al mismo tiempo que el subempleo disminuye como consecuencia de la reforma (...). Estos resultados son más positivos sobre los jóvenes y los no calificados, lo que puede traer consecuencias positivas sobre la distribución del ingreso.

Por otro lado, la duración del empleo aumenta en aquellos sectores donde se esperaban fuertes impactos de la reforma y lo más posible es que estos efectos aumenten en el largo plazo (...). Los mayores efectos se presentaron en los sectores de servicios y servicios financieros (reducciones en la probabilidad de despido cercanas al 25% con respecto al resto de sectores), mientras que en comercio e industria los efectos no son despreciables: reducciones en la probabilidad de despido cercanas al 10%. No obstante, los grupos más vulnerables no fueron más beneficiados por estos efectos. (Núñez Méndez, 2005, pág. 24)

Esta última conclusión coincide con los análisis de otros autores, pues aunque en términos de una medición cuantitativa general pueden verse algunos resultados favorables generados por la flexibilización laboral, al analizarlo en el marco de sus resultados sociales generales, resulta evidente que el modelo en su conjunto representa un fracaso histórico. A inicios de la década del 2000 Colombia registraba las tasas de desempleo más altas que se habían visto en el país, a la par que la estructura del empleo era reformada, en el marco de “cuatro procesos principales relacionados entre sí: privatización, terciarización (sic), informalización y precarización enmarcada en las nuevas legislaciones laborales” (Guevara Fletcher, 2003, pág. 106). Algunas de las repercusiones de estas políticas, referidas por el autor, son:

La informalización del mercado laboral se genera principalmente en ventas ambulantes y callejeras, propias de la economía del ‘rebusque’. La limitada capacidad de la economía formal, pública y privada para absorber trabajadores no dejó con más opción a las personas que buscar por cuenta propia su sustento. (...) Entre el 65% y el 95% de los que trabajan en microempresas carecen de un contrato de trabajo escrito, y entre el 65% y 80% no tienen seguro médico ni previsión social. También son más (sic) frecuentes las violaciones de los derechos laborales básicos: trabajo infantil, libertad de asociación, negociación colectiva y trabajo forzado. (Guevara Fletcher, 2003, pág. 106)

De esta manera, la situación general se caracteriza por un desmejoramiento progresivo de las condiciones de vida y trabajo de los sectores de menores ingresos de la población, a medida que se profundizan políticas fallidas:

La precarización se refiere al deterioro del trabajo como consecuencia del aumento de la competitividad en un ambiente laboral más flexible. La búsqueda de reducciones de costos y su flexibilización para promover el mejoramiento de la competitividad ha llevado a reformas de la legislación laboral. Con la mayor flexibilidad y los menores costos de mano de obra, se

espera crear un mayor número de empleos asalariados. Sin embargo, el costo social fue la creciente precariedad del trabajo. (Guevara Fletcher, 2003, págs. 108-109)

Retomando a Bel Adell (1992), María Alejandra Gómez (2014) refiere que el concepto de la precarización es empleado para:

(...) para señalar varios elementos que dejan al trabajador en una situación frágil como: a) la duración limitada del contrato temporal; b) los salarios que con frecuencia son inferiores y la ausencia de participación en beneficios no salariales; c) las mayores dificultades en la defensa de los derechos del trabajador y en ocasiones indefensión; d) las peores condiciones de trabajo; y e) la probabilidad de mayores (...) prácticas contractuales ilegales o abusivas por parte de las empresas. (Gómez Vélez, 2014, pág. 106)

Diferentes autores coinciden en señalar que la década de 1980 trajo nuevas formas de relación en el trabajo que conlleva un aumento de la incertidumbre para el trabajador y se vuelve habitual “conceptuar que el trabajo es un medio esencialmente para la sobrevivencia, particularmente para aquellos que tienen menos nivel de empleabilidad” (Gómez Vélez, 2014, pág. 104). Al mismo tiempo, la valoración del vínculo laboral pierde calidad e importancia y disminuye la identidad del trabajador con la empresa, pues se debilitan “los nexos simbólicos que institucionalmente se habían logrado en el pasado por las mismas organizaciones de trabajo. Lazos que significaban identidad, cohesión y compromiso con los objetivos de la organización” (Gómez Vélez, 2014, pág. 107).

Se trató de una fase en la cual se profundizó la imposición de los intereses del modelo capitalista, representados por un pequeño sector de la sociedad, a través de medidas de flexibilización laboral, por encima de la clase trabajadora que es excluida de los procesos de toma de decisiones y “no ha visto ni siquiera en quién guardaban sus esperanzas, la guardiana suprema de la Constitución, un atisbo de protección o de reivindicación de derechos que fueron desconocidos con el pretexto de cumplir unos fines que nunca se cumplieron” (Larios Pino, 2013, pág. 153). Esto lleva al autor a afirmar que se trató de una ecuación a la postre fallida.

La generación de empleos, la atracción de inversión extranjera y el desarrollo económico plasmados como el fin, y la precarización de los derechos de los trabajadores soportada como el medio. Se puede decir, entonces, que causó más impacto el medio que el fin. (Larios Pino, 2013, pág. 153)

La implementación de este modelo resulta en una pérdida generalizada para la sociedad, en la cual la precarización se expresa de forma preponderante en las condiciones laborales específicas de los trabajadores, pero abraza además otras esferas de las relaciones empleador-trabajador, puesto que:

(...) los empresarios para reducir los costos escogieron el aumento de la contratación temporal supliendo los contratos indefinidos, eliminando prestaciones extralegales y aumentando los incentivos a la productividad. Esto trajo una pérdida en las condiciones del trabajo que ha generado un debilitamiento en la calidad de vida de los trabajadores. (Gómez Vélez, 2017, pág. 85)

Dentro del análisis de la legitimidad como factor de reconocimiento intersubjetivo que el sistema laboral debe cumplir, el profesor Oscar Mejía describe el desarrollo crítico que Jacques Poulain realiza frente al sistema capitalista, indicando que cuando se da predominio a lo económico sobre lo político, se suscita la deshumanización del Estado dentro del cual se engendra la falsa idea de justicia, entendida como la forma de “proteger a todo el mundo de todo el mundo sobre la base de que todos son enemigos de todos” (Mejía Quintana, 2013, pág. 379).

Incluso si se asume que en alguna medida la reforma laboral colombiana pudo representar algún tipo de avance para el país, las posibles ventajas de la flexibilización deben analizarse cuidadosamente. Al preguntarse ¿cuáles son los trabajadores que se benefician en Colombia con las políticas de flexibilización laboral?, Gómez y Torres (2015) encuentran que hay una serie de aspectos que permiten afirmar que los efectos de este tipo de políticas resultan positivos para algunos y negativos para otros. La flexibilidad externa (que se identifica por el aumento o disminución del trabajo que puede hacer el empleador y la variabilidad de los salarios) perjudica a los trabajadores ya que genera subcontratación, inestabilidad y empobrecimiento, en el marco de la disminución de costos en la empresa a través de decisiones inconsultas con los trabajadores (Gómez Vélez & Torres Granda, 2015, págs. 19-21 y 30). Por su parte, la flexibilidad interna resulta favorable por lo menos para algunos trabajadores, ya que al permitírseles decidir sobre tiempos parciales, teletrabajo u horario flexible, entre otros, pueden elegir parte de sus condiciones de trabajo y coordinarlas con las dinámicas de sus vidas familiares, lo cual los hace sentirse más satisfechos y permanecer en

sus cargos (Gómez Vélez & Torres Granda, 2015, págs. 22-23 y 30). Sin embargo, en términos generales, respecto a los derechos laborales colectivos y el poder de negociación la flexibilización tiene un efecto negativo, en tanto que:

(...) ha impactado de forma directa sus derechos laborales y bienestar social, asimismo, ha influido en la construcción de la realidad individual y colectiva que el trabajador tiene de su entorno laboral y social, inclinándola más hacía el individualismo, y la lucha diaria por sus propios medios, con el agravante de que muchos no tienen y no han tenido oportunidades de acceso a la formación y desarrollo de su potencial. (Gómez Vélez & Torres Granda, 2015, pág. 30)

Así mismo, el poder de negociación se vuelve relativo y no tiene la misma trascendencia que en los contextos menos expuestos a la flexibilidad, pues:

(...) va a depender de su formación, experiencia, redes de contactos, dinero, tiempo, capacidad creativa, etc., e igualmente de la facilidad con la que el trabajador pueda encontrar otro trabajo. Asimismo depende de la facilidad que tenga la empresa para sustituir al trabajador y del sector productivo al que ésta pertenezca. (Gómez Vélez & Torres Granda, 2015, pág. 31)

2.3.3. Aproximación a los principios del derecho en las relaciones laborales en Colombia y su correlación con España

Las normas que regulan el contrato de trabajo se producen en un contexto de relaciones sociales, bajo un modelo de Estado que asume el Sistema de Seguridad Social bismarkiano⁴⁸. En este apartado desarrollaremos las transformaciones que se surtieron en el Estado respecto a su relación con la sociedad, los principios del derecho que rigen esta relación y su aplicación en las relaciones de trabajo de estos principios en España, en contraste con la aplicación que se admite en Colombia.

Antes de reconocer a Colombia como un Estado Social de Derecho, según el artículo 1º de la Constitución Política de 1991, ya se sentían los efectos de la apertura económica en materia del trabajo, pues desde el año 1990 se hicieron reformas laborales que redujeron en gran

⁴⁸El sistema concebido por Bismarck, en Alemania, se fundamenta en una relación bilateral: se realiza una contribución y se reconoce una indemnización en caso de la ocurrencia de un riesgo cubierto. El empleador debe aportar una contribución proporcional a la del trabajador, de forma obligatoria.

proporción los derechos de los trabajadores. El proceso de apertura económica inserta a Colombia en los circuitos comerciales de forma más dinámica que en los decenios previos, generando un nuevo contexto del modelo económico, en el cual se enmarca la reforma estructural de la seguridad social. En este escenario se promueve el ahorro interno en las políticas generales del gasto del Estado, y se otorgan subsidios y beneficios que están en estrecha relación con el incentivo a los bienes de exportación. Se lleva a cabo la reforma laboral a través de la Ley 50 de 1990, que modifica profundamente el marco institucional de las relaciones entre empleadores y trabajadores; cambios que serían refrendados en la nueva Constitución (Arenas Monsalve, 2007, págs. 101-105). Esta reforma conduce a las políticas de flexibilización laboral que se utilizaron para ajustar el Sistema de Seguridad Social que venimos analizando. En palabras de Gerardo Arenas:

La reforma laboral de la Ley 50 de 1990 introdujo elementos de flexibilidad en las relaciones laborales individuales, fortaleció el derecho colectivo y modificó las prestaciones sociales a cargo del empleador. En cuanto al contrato laboral de trabajo, la Ley 50 introdujo modificaciones como las siguientes: facilitó la celebración de contratos a término fijo; modificó las indemnizaciones por terminación injustificada del contrato y eliminó la acción de reintegro por despido de trabajadores con más de 10 años de servicios; introdujo modificaciones a los pagos que se consideran salario; estableció la posibilidad de pactar un salario global sin prestaciones sociales, denominado ‘salario integral’; modificó algunas normas sobre jornada de trabajo; etc (...). Finalmente, en relación con las prestaciones sociales a cargo del empleador, la modificación más importante de la Ley 50 fue la creación de dos regímenes de cesantía: el ‘régimen tradicional’, aplicable a los contratos de trabajo celebrados antes de la Ley 50, siempre que el trabajador no manifieste su deseo de trasladarse al nuevo régimen, y el ‘régimen especial’, con liquidación anual de cesantías y traslado de esos recursos a entidades especializadas del sector financiero (...). (Arenas Monsalve, 2007, págs. 105-106)

188

La flexibilización de las formas de vinculación laboral buscó eliminar rigideces en la contratación laboral, pero las organizaciones sindicales lograron consolidar en su favor el reconocimiento como organizaciones defensoras de los derechos de los trabajadores que se moldeó en la Ley 50 de 1990. Al respecto Gerardo Arenas indica:

Respecto del derecho colectivo, la Ley 50 consagró la personería jurídica automática de las organizaciones sindicales y reguló el registro sindical; derogó la prohibición a los sindicatos de intervenir en política; reguló la creación de directivas seccionales de los sindicatos; modificó las normas sobre despidos colectivos de trabajadores; etc (...). (Arenas Monsalve, 2007, págs. 105-106)

Como parte de las reformas de corte neoliberal, desarrolladas en la década de 1990 en el marco de la Constitución Política de 1991 a través de leyes, decretos y resoluciones, se tiende a la reducción del tamaño del Estado, suprimiendo algunas entidades y reestructurando otras. Una de estas medidas se realizó mediante el Decreto 2148 de 1992, con el cual se cambió la naturaleza jurídica del ISS, pasando de establecimiento público a la figura de empresa industrial y comercial del Estado; entre otras entidades relacionadas con el Sistema de Seguridad Social que fueron reestructuradas de manera que se estableciera una separación de los seguros en cuanto a su manejo contable y financiero, a la par que se retiraban de manera forzosa gran parte de los funcionarios y se reorganizaban los servicios de asistencia sanitaria (Arenas Monsalve, 2007, págs. 106-107).

Desde este momento la flexibilización laboral y el trabajo como derecho fundamental han librado una batalla que no termina. Se constitucionalizaron los principios protectores del derecho laboral clásico, que eran negados por la legislación ordinaria y que continúan en esta condición, dentro de ellos la primacía de la realidad frente a las formas, el salario mínimo vital y móvil, el principio de favorabilidad y la estabilidad. En lo que respecta al derecho laboral colectivo, la batalla está a favor de los trabajadores, se constitucionalizó el derecho de asociación sindical, la negociación colectiva y la huelga (Cerquera Unda, 2018, pág. 44).

En este sentido, y frente a quienes sostienen que Colombia es un verdadero Estado Social de Derecho, es preciso acudir a la filosofía del derecho, para establecer como lo indicamos en el referente teórico, si la legislación que regula las relaciones laborales y el Sistema de Seguridad Social en Riesgos Laborales tiene la virtud de unificar la relación triádica legitimidad, validez y eficacia en las normas vigentes. Esta perspectiva se estructuró mediante un largo y complejo proceso de formación y transformación del Estado, en la comprensión de los llamados principios del derecho, cuyo estudio permite comprender las dinámicas de la sociedad del trabajo.

Principio de dignidad humana

Al pensamiento clásico griego se le reconoce el desarrollo de la noción de dignidad humana. Fue en Grecia (año 600 al 300 a.C.) donde se consideró al hombre como un ser de *validez universal y normativa*, que no tiene depreciación en ninguna condición. Concepto asumido por la cultura europea que lo fue perfeccionando hasta concederle la calificación de principio, incluido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el año 2000. El principio de la dignidad humana empieza a ser reconocido y valorado en todas las áreas del conocimiento científico, reconocido como cimiento en los estudios relativos a la biología y la medicina humana (Lesmes Silva, 2016, pág. 38).

La dignidad aparece mencionada de la siguiente manera en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (Asamblea General de la ONU, 1948).

Para Kant, desde el positivismo jurídico, la dignidad humana se ubica como el valor único de la personalidad que caracteriza a los seres humanos como seres capaces de ser sujetos de leyes especiales, es decir, leyes prácticas dadas por ellos mismos (Aguirre Pabón, 2011, pág. 68). El reconocimiento de la dignidad de la persona humana como principio es requisito indispensable para la existencia legítima del sistema normativo, se ha expandido hasta alcanzar el contenido de las Constituciones en los Estados modernos, que la califican como principio y derecho fundamental que debe ser preservado y promovido por el Estado y que no puede ser sacrificada por el interés colectivo (Lesmes Silva, 2016, pág. 47).

Existe una relación directa entre el principio de dignidad humana y los derechos fundamentales. La primera es una función y medida de los segundos, de tal suerte que la vulneración de estos afecta directamente la dignidad humana y en consecuencia la organización normativa del Estado (Lesmes Silva, 2016, pág. 50).

La Constitución Política de Colombia reconoce en su primer artículo⁴⁹ el respeto por la dignidad humana en el trabajo. La Corte Constitucional comprende el concepto como un

⁴⁹ “ARTÍCULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada

valor absoluto de la función del Estado, que no establece diferencia alguna entre los ciudadanos, así lo dispuso en las Sentencias proferidas durante los primeros años de vigencia de la Constitución Política, dentro de ellas las Sentencias C-542 de 1993, C-221 de 1994 y C-224 de 1994.

Siguiendo a Habermas, Mejía Quintana (2013, pág. 409) plantea que la crisis de la sociedad contemporánea, dominada por el capitalismo, encuentra esperanza en la reconstrucción normativa de la legitimidad, que permite conciliar el mundo de la vida y los subsistemas económicos, políticos y administrativos. Esta reconstrucción normativa es asumida por la Corte Constitucional, en Sentencia T-090 (1996a) indicando respecto a la dignidad humana que:

El principio de dignidad no sería comprensible si el necesario proceso de socialización del individuo se entendiera como una forma de masificación y homogenización integral de su conducta, reductora de toda traza de originalidad y peculiaridad. Si la persona es en sí misma un fin, la búsqueda y el logro incesantes de su destino conforman su razón de ser y a ellas por fuerza acompaña, en cada instante, una inextirpable singularidad de la que se nutre el yo social, la cual expresa un interés y una necesidad radicales del sujeto que no pueden quedar desprotegidas por el derecho a riesgo de convertirlo en cosa. (Corte Constitucional, 1996a)

191

La legitimidad de la dignidad humana dentro de la normatividad constitucional, es norma fundante de los principios constitucionales, se expresa como un valor que reacciona contra la violencia, la arbitrariedad y la injusticia, que genera el consenso de todos los sectores sociales, según la Corte Constitucional en Sentencia T-499 (1992d):

El principio fundamental de la dignidad humana no sólo es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades (CP art. 1). Su consagración como valor fundante y constitutivo del orden jurídico obedeció a la necesidad histórica de reaccionar contra la violencia, la arbitrariedad y la injusticia, en búsqueda de un nuevo consenso que comprometiera a todos los sectores sociales en la defensa y respeto de los derechos fundamentales. (Corte Constitucional, 1992d)

El principio de dignidad humana, en las relaciones laborales genera la obligatoriedad de atender las condiciones personalísimas del trabajador, por parte del empleador, antes de

en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (CP, 1991).

tomar decisiones que afecten sus condiciones laborales. Verbigracia el despido de un trabajador en condición de discapacidad o afectado en la salud, requiere de gestionar el permiso ante el Ministerio del Trabajo, con el fin de evitar la discriminación y vulneración de la dignidad humana del trabajador, que a pesar de las diferencias que se susciten con el empleador, se vinculó a la fuerza laboral para contribuir con su trabajo al desarrollo económico del Estado, al respecto la Corte Constitucional indicó:

Este mandato constitucional le imprime a las relaciones laborales un carácter específico y jurídicamente separado de otro tipo de relaciones, en punto al respeto de la dignidad humana. Las diferencias que puedan existir entre empleador y empleado, o entre los distintos empleados, en razón a factores económicos, sociales, culturales, religiosos, sexuales, raciales, familiares, afectivos o de otra índole, en ningún caso pueden dar pie a restarle trascendencia a tratos lesivos de la dignidad humana, derecho inviolable de todas las personal. (Sentencia C-898, 2006)

El ordenamiento jurídico es legítimo cuando a las diversas personas que conforman la sociedad y las organizaciones colectivas de las que hacen parte se les reconoce y permite la participación en el diálogo previo a la construcción de la norma, para que tenga justificación moral y argumentación en el proceso de aplicación y cumplimiento de la misma (Mejía Quintana, 2013, pág. 409). Aspectos que, como se verá más adelante, no son garantizados en los procesos de despido de trabajadores enfermos en el país.

Principio de igualdad

Frente al principio de la igualdad, como fundamento de los derechos de los trabajadores, encontramos un amplio espectro de referencia, tanto en lo histórico como en lo normativo, que pueden identificarse en un entramado entre los procesos nacionales e internacionales.

El concepto contemporáneo de la dignidad de la persona humana, que acabamos de abordar, tiene una relación directa con la idea de origen judeo-cristiano sobre la igualdad entre los hombres. Desde esta perspectiva, el hombre ha sido concebido a imagen y semejanza de Dios, razón por la cual la igualdad tiene un origen inicial en el plano espiritual y con las transformaciones del Estado pasa gradualmente al plano jurídico (Lesmes Silva, 2016, pág. 27).

En la Constitución Política colombiana de 1886 la igualdad no era descrita como un derecho, lo cual se entiende porque esta asociación solo sería claramente establecida en el plano internacional posteriormente. Sin embargo, se mencionaba en forma indirecta en algunos artículos como el 22 que establecía la terminación de la esclavitud y el 19 que estipulaba la asistencia social a los grupos marginales (Cabrera Suárez, 2011, pág. 97), disposiciones de corte Estado Bienestar, que solo reconocían prestaciones básicas para los ciudadanos.

La incorporación de la noción de la igualdad en el escenario nacional se verá presionada, más de medio siglo después, por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1948. Esta Declaración constituye el hito en la historia que describe el ideal común de todas las naciones de garantizar a los ciudadanos la libertad, la justicia y la paz, teniendo como base el reconocimiento de la dignidad humana y la igualdad de derechos inalienables del hombre. El artículo 1 señala: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (Asamblea General de la ONU, 1948).

193

Inscrito en este contexto, en el año 1950 se formula el Código Sustantivo del Trabajo, que describe en el artículo 10 el trato igual de los trabajadores en Colombia, indicando que: “Todos los trabajadores son iguales ante la ley, tienen las mismas 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 distribución, salvo las excepciones establecidas en la ley” (Congreso de la República, 2016).

En el artículo 134, la misma norma da señales de trato igual en reconocimiento del salario, al determinar periodos de pago para los trabajadores: “El salario en dinero debe pagarse por períodos iguales y vencidos, en moneda legal. El período de pago para los jornales no puede ser mayor de una semana, y para sueldos no mayor de un mes” (Congreso de la República, 2016).

Los procesos políticos y sociales a nivel global, incluso desde el fin de la Primera Guerra Mundial en 1919, habían llevado al Estado colombiano a formar parte de la Organización

Internacional del Trabajo (OIT). Con esta incorporación el Congreso de la República de Colombia se vio abocado a integrar paulatinamente al ordenamiento jurídico nacional los convenios expedidos por la OIT, algunos de ellos referidos al principio de igualdad entre los hombres. Entre ellos se encuentran el Convenio 100 de 1951 y el Convenio 111 de 1958. El primero fue aprobado por la Ley 54 de 1962, sobre la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina. Mientras que el segundo fue aprobado por la Ley 22 de 1967, sobre la aprobación de los conceptos “empleo” y “ocupación” para el acceso a la formación profesional y para la admisión laboral, aludiendo a la discriminación en materia de estos dos conceptos.

En el paso de Colombia del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho, la Constitución Política de 1991, en el artículo 13 describe que: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica” (CP, 1991).

La igualdad como principio ha tenido una relación directa con el derecho al trabajo, tal como se describe en el artículo 25, que indica: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas” (CP, 1991). La Corte Constitucional en Sentencia T-230 (1994b) vincula la protección del derecho al trabajo con el principio de igualdad, determinando un patrón valorativo de igualdad, desde una perspectiva global de la justicia, en el que se impone el cumplimiento de unos mínimos legales que eviten que la igualdad formal se convierta en una justificación de la desigualdad real existente (Fernández Alonso, 2013, pág. 39).

En este sentido, la Corte ha descrito la diferencia entre la igualdad formal y la igualdad real, también denominada material. El artículo 13 de la Constitución Política, previamente citado, representa la igualdad formal para los ciudadanos. Sin embargo, es necesario hacerla real y efectiva, para “reducir las condiciones de inequidad y marginación de las personas o los grupos sociales y lograr unas condiciones de vida mínimas acordes con la dignidad del ser humano” (Cerquera Unda, 2018, pág. 17). Trabajo a cargo del Estado Social de Derecho, que

debe promover con políticas públicas la inclusión y la participación de las personas que forman los grupos sociales más vulnerables y en condiciones menos ventajosas.

Con el mismo cimiento de derecho fundamental de la igualdad, se incluye la seguridad social que se fundamenta en la proporcionalidad y en la justicia distributiva, que no puede confundirse con la uniformidad (Pérez Leñero, 1956, pág. 32).

Lo que puede advertirse en la sociedad colombiana, es que el principio de igualdad aborda el problema de la inequidad en la distribución de la propiedad. Por largos periodos de tiempo, la población trabajadora ha tenido baja cualificación y bajos ingresos que no les permiten competir en el mercado laboral, pero sí mantener los niveles de pobreza conocidos (Zúñiga Romero, 2012, pág. 337).

En consonancia, para revisar los procesos de equidad e igualdad en la disponibilidad de oportunidades, se requiere reflexionar sobre los conceptos de moral, política y derecho, que permitan configurar un trato proteccionista al trabajador ante el mundo dependiente de la actividad de capital, para que se genere la convivencia pacífica y se eliminen los obstáculos que hacen inalcanzable la igualdad (Zúñiga Romero, 2012, pág. 338).

En desarrollo del mandato de igualdad material previsto en la Constitución que rige en las relaciones laborales, la Corte Constitucional ha reconocido a favor de algunos de los sujetos de especial protección constitucional, derechos fundamentales específicos de creación jurisprudencial y prelación en materia de tutela, con importantes repercusiones en el mundo laboral. Entre estos derechos destaca, por un lado, los reconocidos a las trabajadoras encinta o que han sido madres y a las personas con enfermedades y discapacidades, a quienes la Corte considera vulnerables, reconociendo en su favor como medida de acción positiva el derecho fundamental de creación jurisprudencial a la estabilidad laboral reforzada. Y, por otro, el derecho fundamental al mínimo vital, reconocido a favor de las personas trabajadoras o jubiladas, en cuyo favor ha reconocido el derecho a que se le paguen de forma oportuna los salarios y prestaciones, necesarios para satisfacer sus compromisos básicos (Moreno Flórez, 2015).

Con todo, el reconocimiento de la igualdad como principio, según la Corte Constitucional, obedece a un análisis comparativo que realiza el juzgador, por medio de un análisis racional que permite establecer la relación entre dos personas, dos situaciones o tal vez dos condiciones. Esta comparación corresponde a un juicio de igualdad, que permita considerar los asuntos relevantes entre los sujetos de comparación a partir de un punto de referencia, que no se puede entender como determinación arbitraria, sino libre del juzgador.

El principio de igualdad, relacionado con el trabajador enfermo por el trabajo, requiere de la aplicación material, con tratos diferenciales, denominados “discriminación positiva”, para las personas que deben enfrentar el trabajo en condiciones disminuidas respecto a quienes están sanos. Los actores judiciales por medio de las Sentencias han dinamizado el conflicto del despido de los trabajadores enfermos por el trabajo al dirimir los litigios cuando el legislador no crea las normas, asumiendo que el ethos del Estado Constitucional de Derecho en Colombia, encuentra fundamento en las decisiones judiciales que se imponen ante los demás poderes políticos.

El contenido de las Sentencias referidas a la estabilidad laboral reforzada se analiza más adelante, pero respecto al reconocimiento de la igualdad real y material, como concepto judicial, es oportuno describir que para la Corte Constitucional:

(...) se discrimina a un trabajador cuando el despido estuvo motivado en su estado de salud siempre que este no resulte claramente incompatible con las funciones que puedan serle asignadas por el empleador. En efecto, como lo ha reconocido la Corte terminar unilateralmente la relación laboral en razón a una limitación física del trabajador, constituye una discriminación. (...)

Con el ‘principio de igualdad o de no discriminación’, surgen las siguientes subreglas:

1. La vulneración del principio de igualdad está supeditada a la comprobación de condiciones fácticas idénticas.
2. Se discrimina a una persona con diversidad funcional, cuando se le priva del ingreso, permanencia o retiro de una actividad laboral.
3. Las medidas de distinción positiva de las víctimas de un riesgo laboral constituyen una opción válida y legítima de realizar el principio de igualdad material. (Goyes Moreno & Hidalgo Oviedo, 2013, págs. 165-167)

La Sentencia C-221 de 1992 (Corte Constitucional, 1992a), hito del principio de igualdad, afirmó que este principio es objetivo y no formal; se predica de la identidad de los iguales y

de la diferencia entre los desiguales. No se sustenta en concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta sino de la generalidad concreta. Debe existir diferente trato en supuestos diferentes, cuando es razonablemente justificado establecer el trato desigual.

En la misma línea la Sentencia T-422 (Corte Constitucional, 1992b), aclara que el artículo 13 de la Constitución Política no prescribe siempre un trato igual para todos los sujetos de derecho, o destinatarios de las normas, pues pueden existir situaciones distintas referidas a circunstancias personales que requieran de consecuencias jurídicas diferentes, para promover la igualdad sustancial y con ello el ideal de justicia contenido en el Preámbulo (Cabrera Suárez, 2011, pág. 99).

En Sentencia T-230 (1994b), se reconocen los cambios del principio de igualdad dentro del Estado Liberal y en el Estado Social de Derecho. En el primero se determinaba la situación de igualdad formal de todos los ciudadanos, que consistía en estar sometido solo al imperio de la ley, cumpliendo la teoría positivista del derecho. En el segundo, la constitucionalización del derecho creó mecanismos judiciales para controlar y adecuar el contenido de las leyes a los valores y principios constitucionales. En este contexto, la legislación laboral ha sido sometida al análisis judicial para evitar que la igualdad formal sea justificante de la desigualdad real.

197

Principio de no discriminación

El principio de igualdad tiene una estrecha relación con el principio de no discriminación, que en materia laboral se ha desarrollado ante las condiciones físicas en que deben desarrollar los trabajos las personas con limitaciones físicas y psíquicas. En la Sentencia T-230 (1994b), la Corte Constitucional indica:

Se discrimina cuando se hace una distinción infundada de casos semejantes. Por lo general, cada ordenamiento jurídico enumera una serie de razones para establecer diferencias consideradas discriminatorias. La norma pionera en esta materia se encuentra en el artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, según la cual, ‘las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común’. (Corte Constitucional, 1994b)

El principio de igualdad debe diferenciarse de la no discriminación, con medios probatorios que permitan establecer indicios de un trato de igualdad formal a los trabajadores que estando en condiciones diferentes se ubican en condiciones de igualdad con los demás, por parte del empleador.

Para la Corte Constitucional, la determinación de un trato discriminatorio o diferenciado requiere comprender que el “análisis de la norma puede ser escindido fenomenológicamente en varios elementos. Este proceso se denomina ‘test de razonabilidad’” (Sentencia T-230, 1994b) del cual nos hemos pronunciado en el apartado denominado “Las esferas de la validez, legitimidad y eficacia de las normas que regulan la relación laboral en Colombia”.

En contraste con el caso colombiano, las disposiciones españolas y de los países que conforman la Unión Europea respecto al principio de no discriminación, encontramos que establecen diferencias con el principio de igualdad. Así, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en el artículo 19.1⁵⁰ establece la transversalidad del principio de igualdad para todas las políticas de los países miembros, con el fin de luchar contra todo acto de discriminación conforme el artículo 10⁵¹, mediante la adopción de acciones acordadas por el Consejo. En tanto la igualdad reconocida en el artículo 20⁵² de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea es un derecho originario, cuyo contenido es directamente aplicable en los territorios europeos y de obligatorio respeto por las entidades públicas y privadas, que lo convierte en principio. De tal suerte que no puede entenderse en términos judiciales una equiparación del principio de igualdad con la no discriminación en la definición de un litigio (Paz Menéndez, 2017, pág. 170).

⁵⁰ “Artículo 19 (antiguo artículo 13 TCE) 1. Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual” (Unión Europea, 2010, pág. 56).

⁵¹ “Artículo 10. En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual” (Unión Europea, 2010, pág. 56).

⁵² “Artículo 20. Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley” (Unión Europea, 2016, pág. 397).

En el artículo 14 de la Constitución Española⁵³ se reconoce la igualdad entre los ciudadanos, sin la prevalencia de actos discriminatorios allí descritos, pero no puede indicarse la ocurrencia de condiciones diferentes a las señaladas en la norma, se ajusten a trato discriminatorio –verbigracia el estado de salud del trabajador–. Para establecer tal acto debe probarse la pertenencia a un grupo de los protegidos históricamente contra la discriminación, conforme lo establece la Directiva 2000 de 1978 (Paz Menéndez, 2017, pág. 171). De acuerdo con el autor:

Nadie discute que el principio de igualdad se integra también como principio esencial de la Unión, lo que sometemos a examen es que exista un derecho a la no discriminación por razón de temporalidad de la misma intensidad que por las causas clásicas. Por mucho que la Directiva y el Acuerdo de trabajo temporal hablen de discriminación, los trabajadores temporales no tienen por esta causa un derecho a la no discriminación en sentido estricto sino más bien un derecho a la igualdad de trato. Y la diferencia tiene una importancia innegable porque el derecho a la no discriminación cierra las puertas a cualquier trato diferente basado en una condición particularmente sensible del sujeto (sexo, edad, orientación sexual, creencias religiosas, etc.), salvo que sea discriminación positiva, esto es: trato más favorable para compensar la situación de debilidad cualificada de estas personas o las desventajas a las que históricamente se han sometido. Por el contrario, la igualdad admite excepciones, en el bien entendido que todos los sujetos deben recibir el mismo trato ante la Ley, salvo que haya una justificación objetiva que haga tolerable la diferencia de tratamiento. Dicho de otro modo, el derecho a no ser discriminado es un derecho pleno, que puede invocarse de modo directo (también entre particulares), y que proscribiera cualquier trato perjudicial fundamentado en esa singularidad del sujeto –la discriminación negativa está siempre prohibida–. Por su parte, la igualdad de trato requiere de valoración específica del caso concreto, pues no cualquier trato diferente está proscrito. Esta diferencia, aunque no se formula en la regulación comunitaria con la corrección deseable, es en buena medida una realidad fácilmente constatable, bastando al efecto con revisar la doctrina del propio Tribunal sobre discriminación por edad. (Paz Menéndez, 2017, pág. 171)

El despido de los trabajadores enfermos hace parte de los conflictos reconocidos en las relaciones laborales en los países europeos, en tanto la legislación de la comunidad europea debe ser analizada con la legislación interna de cada país. Al respecto, para los tratadistas españoles es importante no confundir el principio de igualdad con el mandato de la unión de

⁵³ “Artículo 14. Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (CE, 1978).

no discriminación a los grupos que históricamente han estado luchando en contra de las formas de segregación dentro de los Estados que promulgan la constitucionalización de los derechos fundamentales (Areta, y otros, 2009, pág. 159).

En España el principio de igualdad debe ser reconocido por los poderes públicos, en tanto la prohibición de discriminación es entendida como la violación cualificada de la igualdad, que por los criterios de diferenciación que rechaza la humanidad, debe ser reconocida también por los particulares. Pero es clara la diferenciación entre la igualdad como principio y la prohibición de discriminación que debe ajustarse a los factores de diferenciación. Esta diferenciación es la que hace que los Tribunales de Justicia Europeos no reconozcan el despido del trabajador enfermo como una forma de discriminación in situ. El análisis es tan detallado que parece misterioso, porque en las Sentencias deben establecer la relación directa entre el despido y la enfermedad, concluyendo que la enfermedad del trabajador o el estado de incapacidad, no es una condición de discriminación en sí misma (Serrano Argüello, 2008, pág. 8).

200

Este análisis de la enfermedad dentro del grupo sujeto a discriminación tendrá un mayor desarrollo en el capítulo tres.

Principio de solidaridad

Ahora bien, otro principio básico en el ámbito de la salud en el trabajo es la solidaridad, que ha tenido desarrollo en las decisiones jurisprudenciales de la Corte Constitucional, dentro de los ámbitos políticos, económicos y sociales del Estado.

El principio de solidaridad descrito en la Constitución Política de 1991, como deber de la persona y del ciudadano, implica responder con acciones humanitarias ante situaciones que ponen en peligro la vida o la salud de las personas⁵⁴. Para la Corte Constitucional, esta concepción

⁵⁴ Ver artículo 95, numeral 2 (CP, 1991).

(...) elimina la concepción paternalista, que crea una dependencia absoluta de la persona y de la comunidad respecto del Estado y que ve en éste al único responsable de alcanzar los fines sociales. Mediante el concepto de la solidaridad, en cambio, se incorpora a los particulares al cumplimiento de una tarea colectiva con cuyas metas están comprometidos, sin perjuicio del papel atribuido a las autoridades y entidades públicas. (Corte Constitucional, 1994e)

La solidaridad se entiende como el deber de toda persona como miembro de la sociedad de ofrecer el propio esfuerzo en beneficio o ayuda de los demás, contribuyendo al desarrollo de los fines del Estado Social de Derecho, destacando la vida en condiciones de dignidad en el trabajo.

Según Sandra Cerquera (2018, pág. 89) dentro de las relaciones de trabajo el principio de solidaridad se traduce en la obligación del individuo de cooperar en comunidad, facilitar el ejercicio de sus derechos y dar prelación al interés colectivo frente al individual. Es así como el principio de estabilidad en el empleo, requiere del acto solidario del empleador para asumir la carga adicional de mantener el trabajo a quienes se encuentran en situaciones vulnerables por el estado de embarazo, la edad, las condiciones familiares y por condiciones de salud, que no le permiten al trabajador prestar el servicio en las condiciones en que fue contratado.

201

El reconocimiento de la solidaridad como principio y obligación social es función del juez en el caso concreto. La ponderación de los derechos del empleador y del trabajador en la relación laboral debe incluir la solidaridad del empleador ante quien ha contribuido a la generación de su riqueza y puede verse en riesgo de afectación de su salud o de sus ingresos (Fernández Alonso, 2013, pág. 43).

Así las cosas, la salud en el trabajo requiere de la solidaridad, como principio rector del Estado Social de Derecho y obligación del empleador, quien busca elevar sus niveles de ganancias sin atender a las responsabilidades del caso. La falta de acción concreta de vigilancia al cumplimiento del deber del empleador es contraria a la solidaridad social, como fin del Estado (Quiñones Tinoco & Rodríguez Lugo, 2015, pág. 192).

Con relación al Sistema de Seguridad Social, en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993 se describe el principio de solidaridad como:

(...) la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil. Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo. (Congreso de la República, 1993)

La determinación de “deber” del Estado, se puede considerar legítima como factor intersubjetivo que el Sistema de Seguridad Social debe cumplir. Este deber consiste en reducir la complejidad de las relaciones de trabajo a través de los actos responsables que el empleador debe dirigir para el cuidado de la salud de los trabajadores. Sin embargo, con relación a la eficacia de la norma resulta revelador el interrogante de Poulanin frente a la posición asumida por el gobierno en el proceso de unificación de Alemania: ¿por qué se presenta el desconocimiento e ignorancia de aquello que el otro piensa y tiene que decir al respecto de nuestras acciones y proyectos? (Mejía Quintana, 2013, pág. 384). Trasladado este interrogante a las relaciones de trabajo, se indicaría como cuestionamiento: ¿por qué el empleador y el Estado desconocen e ignoran lo que el trabajador piensa y tiene que decir al respecto de las acciones y proyectos de la salud en el trabajo?

3. La estabilidad laboral y la salud en el trabajo

En el capítulo precedente hemos abordado el proceso histórico de la previsión social a la seguridad social y luego al derecho de la salud en el trabajo. Las condiciones actuales de trabajo han confundido el cuidado de la salud en el trabajo con la seguridad social y las prestaciones que de este sistema se derivan. Entraremos ahora a considerar la estabilidad laboral desde las dúctiles relaciones económicas en el Estado neoliberal –que parece buscar la seguridad económica desde el trabajo–, hasta las concepciones de estabilidad laboral del actual ordenamiento laboral –que la define como principio, derecho y valor–. De entrada, es importante considerar que esta perspectiva no alcanza a establecer los límites del reconocimiento de la estabilidad laboral cuando empleador y trabajador/prestador del servicio utilizan las reglas jurídico-positivas desde la esfera de la validez de la norma. En este contexto se justifican las decisiones que estructuran el conflicto generado por el despido del trabajador que se afectó en la salud por causas del trabajo, sin advertir la legitimidad y eficacia como elementos necesarios en la decisión.

Acudiendo a la concepción positivista del derecho, la estabilidad laboral proviene de la doctrina civil, se deriva del principio del derecho de *conservación del negocio jurídico* que garantiza la continuidad, modificación y terminación del negocio por causas normativas previamente conocidas por las partes. Y en esta perspectiva, ante diversas interpretaciones del negocio o contrato, se asume la que considere la eficacia del acuerdo, a partir del supuesto de que “los contratos se celebran con un fin, y para que produzcan resultado, sea el que fuere; por tanto, la ineficacia de lo que se estipuló no puede ser nunca la solución preferida por el derecho” (Beltrán de Heredia Ruiz, 2008, pág. 3). Siguiendo esta idea, el contrato de trabajo se entiende como un negocio jurídico en el que concurren las características de los contratos civiles, determinando que la conservación del contrato de trabajo como principio autónomo del derecho laboral es ágrafo. Los doctrinantes de las relaciones de trabajo consideran que la continuidad o estabilidad del contrato de trabajo permite conseguir la paz social, ante la

naturaleza tuitiva del ordenamiento jurídico laboral hacia el trabajador. Así se advierte que la estabilidad laboral es un principio por encima de las reglas jurídicas de validez de los contratos civiles y es, además, la extensión del principio laboral “pro operario”.

No es vano recordar que las ideologías permean las instituciones jurídicas, generando confusiones teóricas sobre los contenidos esenciales de estas. La estabilidad laboral no ha escapado a estos laberintos de interpretación, pues ha sufrido amenazas en su estructura por conceptos y tendencias de tipo económico y político. La estabilidad laboral suele ser relacionada en forma equivocada con las políticas públicas orientadas a la conservación del empleo, para mantener estables las tasas de desempleo que guardan relación directa con la pobreza en el país. Contrario sensu, debe entenderse como el principio laboral que procura equilibrar las condiciones de las partes en el contrato de trabajo.

La estabilidad laboral no solo se ha confundido con las normas laborales; también fue creado un sistema de categorías que la hacen dependiente de la temporalidad de la relación laboral. En los países latinoamericanos, la estabilidad laboral es reconocida en las Constituciones Políticas, pero ha requerido desarrollo legal con la aparente intención de reprimir los actos arbitrarios del empleador⁵⁵. Asimismo, a través de decisiones judiciales que presentaremos, se han descrito las modalidades de estabilidad laboral en propia, impropia, absoluta, relativa, de entrada o de salida que, lejos de resolver el conflicto en estudio, han creado más incertidumbre para el trabajador.

Para los juristas, la estabilidad laboral en Colombia actualmente es relativa impropia. Este modelo permite al empleador del sector privado y del sector público dar por terminada la relación laboral, bien aduciendo una justa causa o, en ausencia de esta, sufragando una indemnización al trabajador. Existe diferencia con los servidores públicos, para ellos el procedimiento que termina con la desvinculación del trabajo es más garantista del principio de estabilidad laboral (Cerquera Unda, 2018, pág. 100); pero en ambos casos deben

⁵⁵ Al respecto indica Obregón Sevillano (2016), que en Perú solo se reconoce que el trabajador goza de adecuada protección al despido arbitrario, mientras en la Constitución argentina de 1994 requiere de desarrollo legislativo para establecer la extensión del derecho.

prevalecer los principios de igualdad y solidaridad. Ante los vacíos jurídicos de reconocimiento del principio de la estabilidad laboral, la Corte Constitucional ha creado un modelo mixto, que aplica según la lesión de derechos fundamentales y de otros valores constitucionales. Este cuerpo judicial consolidó la línea jurisprudencial, desde el año 1992, al crear la figura jurídica de “la estabilidad laboral reforzada”, soportada en los principios de igualdad y solidaridad.

En el contexto de la llamada “estabilidad laboral reforzada”, se genera un debate entre los juristas, con dos tipos de perspectivas. Por una parte, los juristas que consideran los estados de discapacidad, incapacidad de larga duración y enfermedad de larga duración, como estados de debilidad manifiesta, momentos donde el trabajador debe recibir la extensión de la protección contra la terminación del contrato de trabajo. Y por otra parte, los juristas que consideran que esta extensión es una desviación de la garantía creada solo para las personas en condición de discapacidad.

Es preciso advertir que, en múltiples análisis sobre la salud en el trabajo, se presentan razones válidas para pensar que los cuidados o descuidos de esta hacen parte del principio de estabilidad laboral dentro del negocio jurídico que vincula a las partes, y no solo es asunto del Sistema de Seguridad Social. Por esta razón, la promoción de la salud en el trabajo y la prevención del ATEL, aún sin esta estricta denominación, siempre han estado presentes en el contenido propio de la relación laboral, regida por el derecho laboral.

Estas dos acciones, promoción y prevención, tienen relación directa y muy estrecha con la economía del trabajo. En este capítulo se explican la diferencias entre las acciones que representa cada una y las confusiones que en su desarrollo tienen los empleadores y las Administradoras de Riesgos Laborales, que han llevado al Estado, a través del poder ejecutivo y el poder legislativo, a presentar proyectos de reglamentación a la estabilidad laboral reforzada, que han fracasado hasta la actualidad.

3.1. El principio de la estabilidad laboral y su relación en el ámbito laboral y judicial. El disminuido protagonismo en la prevención del despido

Desde la perspectiva teórica de la legitimidad y eficacia del derecho, pretendemos entender los elementos que estructuran y parecen incógnitos del conflicto por el despido del trabajador enfermo. Se trata de ubicar la lógica de la estabilidad laboral reforzada, que altera y desequilibra el pacto contractual inicial ante el incumplimiento de las obligaciones del cuidado de la salud. Este desequilibrio es ocasionado por dos motivos: i) la imposibilidad de prestar el servicio en la forma contratada; ii) la excesiva onerosidad que percibe el empleador en esta situación, que le exige mantener vinculado al trabajador, cuando este se encuentra en condiciones de salud diferentes a las que tenía al momento de ser contratado.

La propuesta de análisis que lleva desde la estabilidad laboral hasta la estabilidad laboral reforzada, constituye la perspectiva que nos permite aproximarnos con precisión al conflicto, para desestimar las conclusiones de abogados y jueces que afirman la inexistencia de este problema de investigación. Para ellos, las sentencias de la Corte Constitucional en vía de tutela son suficientes, claras y precisas, porque estiman la prohibición de despido del trabajador enfermo, la garantía del derecho a la salud del trabajador, el reintegro al trabajo o el pago de la indemnización por el despido del empleador. En este sentido resulta sumamente interesante preguntarse: *si el problema está resuelto, ¿por qué siguen los empleadores despidiendo a los trabajadores enfermos por causas del trabajo y los trabajadores presentando acciones de tutela y demandas ordinarias por el despido?*

Contrariamente a la suposición de que este conflicto esté resuelto, en la actualidad se encuentra en fase expansiva, sin definición económica, política ni judicial en la sociedad colombiana, una situación que genera altos costes para el individuo, sensible a la pérdida del ingreso, y a la pérdida del capital para el empleador. Esto no se reconoce cuando nos apegamos a la dogmática jurídica como método analítico, pues esta perspectiva no ofrece la información necesaria para evaluar las causas y consecuencias que se derivan de la ocurrencia de los accidentes de trabajo y enfermedades laborales –que debieron prevenirse–, y de los efectos por el despido del trabajador enfermo –con necesidades de ingreso para su congrua subsistencia y la de su familia–.

Teniendo en cuenta las limitaciones filosóficas referidas, asumimos el enfoque teórico alternativo del estudio de la estabilidad laboral como parte del negocio jurídico denominado

contrato de trabajo, para llegar a la estabilidad laboral reforzada, como institución jurídica de creación jurisprudencial, ante la ausencia de norma positiva. En este sentido, si la estabilidad laboral del trabajador enfermo por el trabajo es el objeto de estudio, para determinar los elementos estructurales del conflicto por el despido incluimos *la estabilidad ocupacional reforzada*. Esta es una institución creada por la Corte Constitucional por vía de sentencia de unificación de tutela⁵⁶, ante la terminación de la relación contractual de los ciudadanos vinculados con contratos regidos por las normas civiles y desarrollo laboral autónomo, pero cuyo sustento dependía de dicho contrato. Esto corresponde a la realidad laboral del país, que parece buscar extinción del contrato de trabajo, mediante mecanismos disuasivos que se emplean para posibilitar el aplazamiento de las responsabilidades laborales descritas en las normas jurídicas. Acción que se realiza en pro de la llamada flexibilidad, que delimita las fronteras entre la continuidad del trabajo y la protección del Sistema de Seguridad Social creado desde el año 1993.

En este análisis teórico-jurídico de la estabilidad laboral, y por tanto de la salud en el trabajo, es obligada la descripción de los intentos fallidos del Estado por resolver el conflicto del despido del trabajador enfermo y accidentado, solo por causas laborales. Por este motivo dejamos por fuera de la esfera de análisis el despido por causas comunes, que tiene elementos jurídico-teóricos diferentes, y que por ende requieren de otra investigación.

207

3.1.1. El principio de la estabilidad laboral y la seguridad del negocio jurídico en el ámbito del trabajo

⁵⁶ Al respecto, en Sentencia SU 049 de 2017 de la Corte Constitucional se indicó: “5.2. En las relaciones de prestación de servicios independientes no desaparecen los derechos a ‘*la estabilidad*’ (CP art 53), a una protección especial de quienes ‘*se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta*’ (CP arts. 13 y 93), a un trabajo que ‘*en todas sus modalidades*’ esté rodeado de ‘*condiciones dignas y justas*’ (CP art 25) y a gozar de un mínimo vital (CP arts. 1, 53, 93 y 94). Tampoco pierden sentido los deberes que tienen el Estado y la sociedad de adelantar una política de ‘*integración social*’ a favor de aquellos que pueden considerarse ‘*disminuidos físicos, sensoriales y síquicos*’ (CP art 47), o de ‘*obrar conforme al principio de solidaridad social*’ (CP arts. 1, 48 y 95). Por este motivo, más que hablar de un principio de estabilidad *laboral* reforzada, que remite nominalmente por regla a las relaciones de trabajo dependiente, debe hablarse del derecho fundamental a la *estabilidad ocupacional reforzada*, por ser una denominación más amplia y comprehensiva” (Corte Constitucional, 2017b).

La teoría de los contratos tiene desarrollo en el derecho civil como área primigenia que impulsa el derecho en las relaciones jurídicas de la sociedad industrial. Bajo la dogmática jurídica de los contratos, se ha considerado que el contrato como negocio jurídico debe conservar el equilibrio contractual. Entendiendo el equilibrio contractual en los contratos denominados conmutativos⁵⁷, como el balance y la simetría de la prestación que tiene a su cargo cada parte en el contrato que es equivalente a las obligaciones de la otra para armonizar la economía del contrato, sin que deba entenderse la economía desde los conceptos financieros o matemáticos (Polidura Castillo, 2017, pág. 7).

En las situaciones de alteración sobrevenida de las prestaciones de los contratos conmutativos, es necesario evaluar las circunstancias que rodean el desequilibrio para establecer si la alteración es excesiva, imprevista y ajena a las partes. Esto se debe a que la falta de previsión de las circunstancias bajo las cuales los contratantes manifestaron su consentimiento para obligarse por disposiciones legales o convencionales, no permite la aplicación de la conocida “teoría de la imprevisión”. Dicha teoría admite la revisión del contrato para corregir el desequilibrio con garantía de la buena fe y la justicia contractual que la parte afectada tuviera que asumir⁵⁸. Y siempre que el daño no sea imputable a una de las partes y sea ajeno al riesgo contractual asumido, se puede acudir a otras instituciones jurídicas para subsanar las anomalías.

Así que ante el desequilibrio excesivo y sobreviniente la buena fe contractual impone a las dos partes el deber de renegociar el contrato para adaptarlo a las nuevas condiciones. Pero si el daño es causado por el incumplimiento de los deberes singulares y concretos surgidos entre los contratantes lo que mana es el deber de responder por el daño, es decir, reconocer el deber de indemnizar a la parte afectada como consecuencia del incumplimiento. Esto se denomina

⁵⁷ El Código Civil Colombiano, define en el artículo 1498 el contrato conmutativo y lo diferencia del oneroso indicando que: “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio” (Código Civil, 2018, pág. 390).

⁵⁸ Al respecto de la teoría de la imprevisión en los contratos, los doctrinantes del derecho civil han indicado que las partes han debido actuar de buena fe en todos los momentos contractuales, desde la formación del contrato, durante la ejecución y para la terminación (Chamie, 2018, pág. 113).

jurídicamente asumir “la responsabilidad civil contractual”, que tiene consecuencias diferentes a las establecidas en la teoría de la imprevisión (Polidura Castillo, 2017, pág. 12).

Pues bien, entendemos que la teoría de la imprevisión y la teoría de la responsabilidad civil contractual, como instituciones positivizadas, promueven la continuidad del negocio jurídico, esto es, de los contratos. En este orden de ideas, cabe anticipar que el contrato de trabajo es un contrato conmutativo bilateral, porque genera obligaciones a las dos partes contractuales. Además es oneroso y de tracto sucesivo, sometido a la multiplicidad de hechos sobrevenidos que pueden amenazarlo. Y las normas del ordenamiento jurídico laboral se centran en evitar que el contrato de trabajo se dé por terminado, mediante principios que promueven la estabilidad y la continuidad de los ciudadanos en el empleo.

Los criterios civilistas del contrato de trabajo no son aceptados en el mundo jurídico del derecho laboral, porque su contenido se ha considerado contrario a la realidad fáctica del trabajador, donde el poder subordinante del empleador desequilibra la autonomía de la voluntad del trabajador y el mismo contrato, desde su origen⁵⁹. Es claro para los juristas del derecho laboral que las relaciones de trabajo deben regirse por la teoría de la relación laboral y no por la teoría del derecho común o civil, entre otras razones porque en el contrato de trabajo el objeto y sujeto del contrato es una persona, un ser humano.

209

Pero conviene matizar las diferencias trazadas entre las concepciones dogmáticas del derecho civil con relación a los contratos y la teoría de la relación laboral, respecto del contrato de trabajo. Esto resulta importante para comprender el análisis pormenorizado que se presenta de la estabilidad laboral reforzada, dado que las instituciones jurídico-laborales se han ocupado del contrato de trabajo y las instituciones del derecho civil-económico han centrado su interés en el empleo. Diferencias que utilizaremos en provecho de la definición de los

⁵⁹ Al respecto, “Las teorías de la relación laboral se oponen a la idea de que ésta sea considerada contrato, pues la autonomía de la voluntad contrasta con la noción de la realidad fáctica del trabajo” (Obando Garrido, 2007, pág. 139).

elementos estructurales del problema derivado de la estabilidad laboral reforzada del trabajador por causa del accidente y la enfermedad laboral.

En virtud de este planteamiento, la estabilidad laboral tiene relación con la *seguridad* de dar continuidad a la relación laboral, manteniendo el acuerdo inicial, y modificar el vínculo contractual solo por autoridad de la ley, a pesar de los cambios sobrevinientes. Así queda neutralizada la incertidumbre de tener una de las partes la posibilidad de alterar, cambiar o terminar el acuerdo contractual después de haber afectado a la otra y, contrario sensu, hacer que el negocio jurídico se adapte y evite el rompimiento del acuerdo. La estabilidad laboral tiene como elemento necesario la continuidad de la relación de trabajo para la protección del trabajador. En este sentido, Ignasi Beltrán referencia a Fernando Suárez, tratadista del derecho laboral español que no pierde vigencia a pesar de los escritos publicados en la década de 1960:

El hecho, reiteradamente señalado por la doctrina jurídico-laboral de todos los países, de que el contrato de trabajo suponga la implicación de la persona misma del trabajador en la actividad que desarrolla para otros, haciendo depender su vida y la de su familia de una retribución que es, normalmente, su único medio de sustento, confiere excepcional importancia al tema de la terminación de ese contrato. Si las dos grandes aspiraciones del hombre de nuestro tiempo son, como parece, la libertad y la seguridad, no es posible que la voluntad de la parte tradicionalmente considerada como más fuerte del contrato pueda decidir por sí sola la terminación del mismo, dejando a la otra –el trabajador– sin ese medio de sustento a que acabamos de aludir. Si el empresario del que dependemos económicamente pudiera, sin más, prescindir de nuestro trabajo, abandonándonos en la miseria, tendría en sus manos nuestra libertad y nuestra seguridad. (Suárez González, 1966, pág. 245; citado en Beltrán de Heredia Ruiz, 2008, págs. 12-13)

210

La identificación de la estabilidad laboral con la *seguridad* del negocio jurídico, desliga esta figura jurídica de la dimensión de temporalidad, porque la *seguridad* permite la continuidad del negocio en los términos inicialmente pactados. De esta manera, las partes asumen el *riesgo* que el desarrollo del acuerdo conlleva, conocido por ellas desde los diálogos previos a la celebración del contrato (Beltrán de Heredia Ruiz, 2008, pág. 13).

Así las cosas, seguridad y riesgo son elementos que estructuran el contrato de trabajo por encima de la temporalidad, condiciones de la estabilidad que se reflejan en el contenido del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo (CST). Allí se establece que el empleador será

sancionado cuando termina sin justa causa comprobada el contrato de trabajo o negocio jurídico celebrado con el trabajador en forma que difiere de la temporalidad pactada. La determinación normativa de reconocimiento al trabajador de los perjuicios causados por la ruptura reflejan la teoría de la seguridad en el negocio jurídico denominado contrato de trabajo. Al respecto, la norma inicialmente redactada en el CST indicaba:

ARTICULO 64. CONDICION RESOLUTORIA.

1. En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el daño emergente y el lucro cesante.
2. En caso de que el patrono tenga que indemnizar perjuicios al trabajador por ruptura unilateral e ilegal del contrato, el lucro cesante consiste en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo. (Congreso de la República, 2016)

Seguidamente, en 1965, mediante el Decreto 2351, se modifica el artículo con la inclusión de numerales que determinan el pago de la indemnización de la parte que incumplió con las obligaciones contractuales o decidió unilateralmente terminar con el vínculo jurídico según el tiempo de permanencia, hasta la oportunidad de dar continuidad al contrato por acuerdo mutuo. La norma señalaba:

ARTICULO 8o. TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO SIN JUSTA CAUSA.

1. En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.
2. En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del patrono o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo por concepto de indemnización.
3. En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.
4. En los contratos a término indefinido, la indemnización se pagará así:
 - a). Cuarenta y cinco (45) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicios no mayor de un año, cualquiera que sea el capital de la empresa;
 - b). Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo y menos de cinco (5), se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes, y proporcionalmente por fracción;
 - c). Si el trabajador tuviere cinco (5) años o más de servicio continuo y menos de diez (10), se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del

literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción; y

d). Si el trabajador tuviere diez (10) o más años de servicio continuo se le pagarán treinta (30) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) días básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.

5. Con todo, cuando el trabajador hubiere cumplido diez (10) años continuos de servicios y fuere despedido sin justa causa, el Juez del Trabajo podrá mediante demanda del trabajador, ordenar el reintegro de éste en las mismas condiciones de empleo de que antes gozaba y el pago de los salarios dejados de percibir, o la indemnización en dinero prevista en el numeral 4. literal d) de este artículo. Para decidir entre el reintegro y la indemnización, el juez deberá estimar y tomar en cuenta las circunstancias que aparezcan en el juicio, y si de esa apreciación resulta que el reintegro no fuere aconsejable en razón a las incompatibilidades creadas por el despido, podrá ordenar, en su lugar, el pago de la indemnización.

6. En las empresas de capital inferior a un millón ochocientos mil pesos (\$ 1.800.000), las indemnizaciones adicionales establecidas en los literales b), c) y d) serán de un cincuenta por ciento (50%), y en las de capital de un millón ochocientos mil pesos (\$ 1.800.000) hasta tres millones quinientos mil pesos (\$3.500.000), dichas indemnizaciones serán de un setenta y cinco por ciento (75%).

7. Si es el trabajador quien da por terminado intempestivamente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al empleador una indemnización equivalente a treinta (30) días de salario. El patrono depositará ante el juez el monto de esta indemnización descontándolo de lo que le adeude al trabajador por prestaciones sociales mientras la justicia decida.

8. No habrá lugar a las indemnizaciones previstas en este artículo, si las partes acuerdan restablecer el contrato de trabajo en los mismos términos y condiciones que lo regían en la fecha de su ruptura. (Congreso de la República, 2016)

212

A partir del año 1990 la seguridad del negocio jurídico se fue desdibujando y confundiendo con la temporalidad del contrato de trabajo. En este momento, previo a la transformación del modelo de Estado –que pasó de Estado de Derecho a Estado Social de Derecho con la Constitución Política de 1991–, se modifica el artículo 64 del CST a través de la Ley 50 de 1990, que sería seguida por una segunda modificación mediante la Ley 789 de 2002. Los legisladores y luego los representantes del poder ejecutivo, realizaron estos cambios inspirados en la tesis de Carl Schmitt (2009), que identifica el derecho con la voluntad política del gobernante, con inclinaciones a la protección del capital y la presunción que el ciudadano es fundamentalmente peligroso y problemático⁶⁰.

⁶⁰ Carl Schmitt expuso en su obra *El concepto de lo político* que: “En consecuencia, queda en pie un hecho sin duda notable y que no dejará de inquietar a muchos: que todas las teorías políticas propiamente dichas

Aquí es importante detenerse en la exposición de estos dos momentos legislativos, en los que se destaca la disminución en los valores de la indemnización reconocida al trabajador, según la temporalidad del contrato de trabajo celebrado y el aumento de criterios para el reconocimiento. Se trata así de ajustes normativos realizados en función del beneficio económico del empleador. Así quedo el artículo según la Ley 50 de 1990:

ARTÍCULO 64. TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO SIN JUSTA CAUSA.

1. En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.

2. En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan.

3. En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.

4. En los contratos a término indefinido, la indemnización se pagará así

a). Cuarenta y cinco (45) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicios no mayor de un año;

b). Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo y menos de cinco (5), se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción;

c). Si el trabajador tuviere cinco (5) años o más de servicio continuo y menos de diez (10), se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción; y

d). Si el trabajador tuviere diez (10) o más años de servicio continuo se le pagarán cuarenta (40) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) días básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.

PARAGRAFO TRANSITORIO. Los trabajadores que al momento de entrar en vigencia la presente ley, tuvieran diez (10) o más años al servicio continuo del empleador, seguirán amparados por el ordinal 5o. del artículo 8o. del Decreto - ley 2351 de 1965, salvo que el trabajador manifieste su voluntad de acogerse al nuevo régimen.

5. Si es el trabajador quien da por terminado intempestivamente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al empleador una indemnización equivalente a treinta (30) días de

salario. El empleador podrá descontar el monto de esta indemnización de lo que le adeude al trabajador por prestaciones sociales. En caso de efectuar el descuento depositará ante el juez el valor correspondiente mientras la justicia decida.

6. No habrá lugar a las indemnizaciones previstas en este artículo, si las partes acuerdan restablecer el contrato de trabajo en los mismos términos y condiciones que lo regían en la fecha de su ruptura. (Congreso de la República, 2016)

Posteriormente, la reforma legislativa del artículo 64 del CST, mediante la Ley 789 de 2002, además de volver a disminuir los valores económicos de la indemnización, determina el pago según el salario establecido para el trabajador y elimina por completo la posibilidad del reintegro del trabajador para dar definitivamente por terminado el contrato de trabajo. Esta reforma consolida la idea de identificar la estabilidad laboral con la temporalidad, dada la estrecha e indisoluble relación que el legislador quiso describir entre la temporalidad del contrato y la indemnización para el trabajador. La norma vigente hasta la publicación de esta investigación es la siguiente:

ARTÍCULO 28. TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA. El artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 60. de la Ley 50 de 1990, quedará así:

Artículo 64. Terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa. En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.

En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:

En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.

En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así:

a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:

1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;

b) Para trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez (10), salarios mínimos legales mensuales.

1. Veinte (20) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.
2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo, se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los veinte (20) días básicos del numeral 1 anterior, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Los trabajadores que al momento de entrar en vigencia la presente ley, tuvieran diez (10) o más años al servicio continuo del empleador, se les aplicará la tabla de indemnización establecida en los literales b), c) y d) del artículo 6o. de la Ley 50 de 1990, exceptuando el párrafo transitorio, el cual se aplica únicamente para los trabajadores que tenían diez (10) o más años el primero de enero de 1991. (Congreso de la República, 2016)

Una vez vistos los pormenores de las modificaciones del artículo 64 del CST, retomamos la visión del contrato de trabajo como negocio jurídico. En esta perspectiva, se destaca que al desligar la estabilidad laboral de la condición temporal del contrato, se enlaza la condición resolutoria únicamente a la seguridad y riesgo que permean al contrato desde su celebración, lo cual constituye una importante limitación. Este análisis se realiza en concordancia con la visión desarrollada por Ignasi Beltrán (2008) respecto a la estabilidad laboral, advirtiendo que constituye una visión que se inclina por el derecho económico, mientras que la presente investigación se inclina hacia la perspectiva del derecho a la salud en el trabajo. Lo que resulta interesante es que, no obstante esta diferencia, las dos investigaciones coinciden en la existencia de la problemática laboral por el uso inadecuado y poco controlado de las formas de contratación flexibles y precarizadas.

215

De hecho, cuando la Corte Constitucional describe la estabilidad laboral en el derecho del trabajo en la sentencia C-023 de 1994, considera que esta comporta el principio de seguridad, en tanto el trabajo no solo es medio de sustento vital, sino también es la manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Desde este postulado, resulta necesario que exista la estabilidad básica en el empleo para que el trabajador permanezca en él en provecho propio y de la sociedad, sin que ello signifique que el trabajador sea inamovible⁶¹. Posteriormente,

⁶¹ Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-023 de 1994 indicó: “La estabilidad laboral tiene un doble fin, derivado, como ya se ha enunciado del principio de seguridad. Por un lado, garantizar un medio para el sustento vital y, por otro, garantizar la trascendencia del individuo en la sociedad por medio del trabajo, en atención a la sociabilidad del hombre, que busca otras satisfacciones personales en el trabajo además de la remuneración: posición ante la sociedad, estimación, cooperación y desarrollo de su personalidad. De ahí que sea totalmente irrisoria en algunos casos la compensación por despido injustificado, por cuanto ella no

en sentencia C-034 de 2003, esta alta Corte señala que la estabilidad laboral es un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, donde la autonomía de la voluntad de las partes en el negocio jurídico no es el único valor a determinar en la terminación de la relación de trabajo pues, además, es necesario fundamentalmente atender a la dignidad del trabajador⁶².

Estos desarrollos permiten establecer que la estabilidad laboral comprende la seguridad de permanecer el trabajador en el empleo, con la garantía jurídica de resistencia al despido cuando el trabajador cumpla con las obligaciones pactadas y no exista justa causa para terminar el contrato o negocio jurídico celebrado con el empleador (Cerquera Unda, 2018, pág. 28).

Además, la seguridad en el negocio jurídico y la temporalidad del contrato de trabajo no son excluyentes, en tanto la seguridad se genera desde la celebración del contrato y se va desarrollando con su ejecución, sin limitaciones temporales. En la medida que el empleador reconozca e identifique los riesgos que conllevan la actividad comprendida en la prestación del servicio, la temporalidad no debe afectar la seguridad del contrato. Así, la creencia jurídica según la cual la estabilidad laboral está limitada por la temporalidad del contrato debe ser revaluada, porque la idea de estabilidad surge en los contratos para salvaguardar el cumplimiento de lo pactado durante los tiempos descritos para el desarrollo del contrato.

El contrato de trabajo está regulado en la dogmática jurídica por instituciones del derecho que garantizan la continuidad del contrato y la eficacia del mismo, entre ellos: los deberes del empleador y del trabajador como irrenunciables e integradores del contrato; la presunción del contrato de trabajo por la prestación personal del servicio; los límites del periodo de

representa casi nada frente a lo que el individuo espera de su actividad laboral, como medio de trascendencia social” (Corte Constitucional, 1994a).

⁶² En la sentencia C-034 de 2003 la Corte Constitucional hizo referencia a la sentencia C-470 de 1997, que analizó el derecho a la estabilidad laboral y consideró además de este pronunciamiento previo que “La estabilidad es un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, que demuestra que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, pues están involucrados otros valores constitucionales, especialmente la dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado. Por eso, para proteger el derecho a la estabilidad en el empleo, el legislador determinó los hechos que configuran justa causa para terminar el contrato de trabajo y que afectan entonces el derecho del empleado a permanecer en el cargo, pero que en principio no tienen consecuencias sobre los otros derechos del trabajador” (Corte Constitucional, 2003a).

prueba; la sustitución patronal y su diferencia con la intermediación; las causales de suspensión del contrato; el cuidado de la salud en el trabajo; y los riesgos de la labor contratada. Todas estas instituciones del derecho se proyectan a conservar el contrato de trabajo, para salvaguardar la vida, la familia y la seguridad social del trabajador. El fin es prevenir el desamparo del trabajador ante las variadas formas jurídicas de las relaciones laborales que parecen afectar la concepción jurídica de la estabilidad laboral (Beltrán de Heredia Ruiz, 2008, pág. 31), relacionadas con la confusión entre la estabilidad laboral y la temporalidad del contrato de trabajo, aprovechada por los empleadores.

La estabilidad laboral se soporta en la conservación del negocio jurídico desde la técnica jurídica de los contratos y garantiza los derechos del trabajador, incluidos los que comprende la seguridad social. Debemos resaltar que esta es materia –entendida como otra ciencia del derecho–, independiente pero íntimamente relacionada con el contrato de trabajo, ha logrado la independencia del derecho laboral, para permitir la inclusión de todos los habitantes del territorio. Pero también se ha visto afectada por la confusión entre la estabilidad y la temporalidad.

La diferencia entre estos dos aspectos nos permitirá hilar los elementos estructurales que pretendemos establecer. Camino al encuentro con el conflicto que genera el despido cuando el trabajador afectado en su salud por causas del trabajo, la distinción entre temporalidad y estabilidad comienza por determinar la primera dentro de situaciones fácticas, únicas y personales del trabajador; en tanto la segunda existe a partir de la celebración del contrato de trabajo o negocio jurídico.

Los negocios jurídicos se orientan bajo el principio de la conservación y cumplimiento de las obligaciones bilaterales. Dentro de estos negocios se encuentra el contrato de trabajo, que refleja el principio descrito mediante la estabilidad en el empleo. Técnicamente, la duración del contrato de trabajo no puede afectar la causa de celebración del acuerdo ni las obligaciones de las partes. Por ende, la estabilidad laboral consiste en el cumplimiento del contrato en los términos inicialmente pactados, dentro del tiempo establecido, bien sea que se conozca el fin del desarrollo, bien sea que se produzca la extinción por alguna causal establecida o por acuerdo entre las partes (Martínez Emperador, 2015, pág. 21). Las ideas

economicistas del mercado de trabajo impiden establecer esta diferencia entre estabilidad y temporalidad, bajo la creencia que el contrato de trabajo a término indefinido es para toda la vida; que el de término fijo o labor contratada es inamovible; y que el de prestación de servicios, que no está regido por el derecho laboral, es el más tranquilo y fácil de terminar para los empresarios.

Este planteamiento, que se consolida en la intención o causa del negocio jurídico denominado contrato de trabajo, es condicionado a la utilidad que el trabajador y el empleador esperan recibir del acuerdo contractual. Aquí es importante reflexionar respecto al carácter de la estabilidad laboral, que no espera garantizar la estabilidad de la actividad para el empleador. Contrario sensu, busca garantizar el negocio jurídico que comprende la causa del empleador y del trabajador.

Las estipulaciones legales referidas a la temporalidad del contrato no disminuyen ni desaparecen las obligaciones contractuales requeridas para el cumplimiento del objeto contractual. Así, la aparente relación directa entre la estabilidad del empleo y la temporalidad queda desvirtuada. Al respecto, las normas del CST referidas a la temporalidad del contrato de trabajo, desde la inicial publicación en 1950, han desplegado el siguiente contenido:

ARTICULO 46. CONTRATO POR TIEMPO DETERMINADO. El contrato celebrado por tiempo determinado debe constar siempre por escrito y su plazo no puede exceder de dos (2) años, pero es renovable indefinidamente. (Congreso de la República, 2016)

Modificación del Decreto 617 de 1954:

Artículo 46. Contrato a término fijo. El contrato celebrado a término fijo debe constar siempre por escrito, y su plazo no puede ser inferior a cuatro (4) meses ni exceder de dos (2) años, pero es renovable indefinidamente. (Congreso de la República, 2016)

Modificación del Decreto 2351 de 1965:

ARTICULO 4o. CONTRATO A TERMINO FIJO.

1. El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser inferior a un (1) año, ni superior a tres (3), pero es renovable indefinidamente.
2. Cuando se trate de labores ocasionales o transitorias, de reemplazar temporalmente el personal en vacaciones o en uso de licencia, de atender al incremento de la producción, al transporte o las ventas, o de otras actividades análogas, circunstancia, que se hará constar siempre en el contrato, el término fijo podrá ser inferior a un (1) año.

3. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, se entenderá renovado por un (1) año y así sucesivamente.
4. En el contrato que se celebre con empleados altamente técnicos o especialmente calificados, las partes podrán acordar prórrogas inferiores a un (1) año. (Congreso de la República, 2016)

Modificación de la Ley 50 de 1990 vigente hasta el momento:

ARTICULO 46. CONTRATO A TERMINO FIJO. El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente.

1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.

2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente.

PARAGRAFO. En los contratos a término fijo inferior a un año, los trabajadores tendrán derecho al pago de vacaciones y prima de servicios en proporción al tiempo laborado cualquiera que éste sea. (Congreso de la República, 2016)

219

Concluimos que la estabilidad laboral es principio del derecho que permite establecer la seguridad del negocio jurídico y la respuesta al riesgo que el mismo genera, de modo que no se reduce a la temporalidad del contrato. Las partes pueden pactar el término de duración del contrato, cuyas causas resolutorias están reguladas; y existen obligaciones jurídicas que conforman el negocio jurídico denominado contrato de trabajo, verbigracia el cuidado de la salud en el trabajo, dirigidas a conservar el contrato.

Las reformas normativas a los artículos del CST original han recibido una lectura según la cual existe relación directa e indisoluble entre la estabilidad laboral y la temporalidad del contrato de trabajo, lo cual afecta la continuidad del negocio jurídico y la causa del contrato. Esta situación se refleja especialmente en la decisión del empresario de desprenderse del trabajador que se enferma o se accidenta en el trabajo; y como empleador, asume la indemnización por despido o alega el cumplimiento del plazo fijo pactado. En ambos casos, el empresario delega al Sistema de Seguridad Social la responsabilidad objetiva por los daños causados.

A partir de la identificación de esta confusión, procedemos ahora a desarrollar los elementos científicos del principio en el Derecho Laboral de la Estabilidad Laboral, que involucran los fallidos esfuerzos del Estado por garantizar lo que nunca se debe desconocer al trabajador: la estabilidad en el trabajo.

3.1.2. La estabilidad laboral: principio confundido entre las normas laborales

Hemos dicho que el principio de la estabilidad laboral procede del principio de la conservación del negocio jurídico, como perspectiva que permite identificar los elementos estructurales que configuran el conflicto del despido del trabajador enfermo por el trabajo. Sin embargo, los juristas del derecho laboral han desarrollado la estabilidad laboral como principio autónomo que establece la primacía de la protección del trabajador, como parte débil, para limitar el poder dominante del empleador.

Así, la estabilidad laboral comprende dos elementos: por una parte, la garantía de conservación del trabajo frente a los cambios injustificados en la prestación del servicio; y por la otra, el cumplimiento del término establecido para el desarrollo del acuerdo. En este sentido, la estabilidad laboral constituye un principio por su proyección social de garantizar al trabajador los medios de vida propios y de la familia, y al empleador la adaptación del trabajador a las necesidades productivas de su negocio. Mario de la Cueva sostiene que la estabilidad laboral es una manifestación cristalina de la justicia social y le otorga carácter permanente a la relación laboral (Trejo Sánchez, 2011, pág. 79). De esta manera, desde el derecho civil la estabilidad laboral es principio de “garantía del negocio jurídico”; y desde el derecho laboral, de “conservación del trabajo con proyección social”.

La concepción teórica de la estabilidad laboral, como principio en el derecho, es congruente con la idea de principio expresada por Dworkin en su obra *Los derechos en serio* (1989). El principio es la referencia a todo el conjunto de estándares que no son normas. Los principios se refieren a la justicia y la equidad, deben ser observados no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una

exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad (Dworkin, 1989, pág. 72). El principio interpreta un objetivo social.

El principio se diferencia de las normas porque estas son aplicables en forma disyuntiva, esto es: se cumple o no se cumple la condición establecida, confrontada con los hechos. En este sentido, la estabilidad laboral es un principio y la temporalidad del contrato de trabajo es una norma. Cuando se determina el momento de inicio y fin del contrato, existe una norma preestablecida que describe la condición de cumplimiento –hasta la fecha definida– o la condición de incumplimiento –justas causas para terminar el contrato–. Así, las reglas que enuncia la norma pueden tener excepciones, que también deben estar descritas en ella.

Si tomamos como modelo la descripción realizada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo⁶³, vemos que se trata de una norma del derecho laboral que tiene 15 causales por

⁶³ El artículo 62 del CST indica: “TERMINACION DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo: Por parte del empleador: 1. El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido. 2. Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el {empleador}, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo. 3. Todo acto grave de violencia, injuria o malos tratamientos en que incurra el trabajador fuera del servicio, en contra del {empleador}, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, jefes de taller, vigilantes o celadores. 4. Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas. 5. Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores. 6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos. 7. La detención preventiva del trabajador por más de treinta (30) días, a menos que posteriormente sea absuelto; o el arresto correccional que exceda de ocho (8) días, o aun por tiempo menor, cuando la causa de la sanción sea suficiente por sí misma para justificar la extinción del contrato. 8. El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa. 9. El deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del {empleador}. 10. La sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales. 11. Todo vicio del trabajador que perturbe la disciplina del establecimiento. 12. La renuencia sistemática del trabajador a aceptar las medidas preventivas, profilácticas o curativas, prescritas por el médico del {empleador} o por las autoridades para evitar enfermedades o accidentes. 13. La ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada. 14. El reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa. 15. La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al {empleador} de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad. En los casos de los numerales 9 a 15 de este artículo, para la terminación del contrato, el

las cuales el empleador puede dar por terminado el contrato de trabajo; y si no se cumple alguna de estas causales, entonces la terminación no es válida. Esta operación no es posible hacerla con el principio de la estabilidad laboral, porque en él no hay consecuencias jurídicas automáticas, en tanto no está sujeto a enumeración de causas o consecuencias. Cuando un trabajador se enferma por causa del trabajo, esta situación constituye una razón para decidir si debe conservar o no el trabajo, en virtud del principio de la estabilidad laboral; y en este caso el empleador o el juez deben tenerlo en cuenta como criterio que les permita inclinarse en un sentido o en otro.

La estabilidad laboral cumple la denominación de principio en cuanto no establece las condiciones que hacen necesaria su aplicación, como sí lo tienen las normas de la temporalidad de los contratos de trabajo. La estabilidad laboral, siguiendo la concepción de principios de Dworkin, enuncia una razón que sigue una dirección pero no describe una condición en particular; pues el principio no se describe y tiene una dimensión de importancia que no tiene la norma. Las normas dentro del sistema jurídico no tienen diferencias en importancia, tienen prevalencia unas sobre otras. En este contexto, el derecho laboral dice regirse por los principios laborales pero en la práctica es fiel al positivismo clásico, pues es estrictamente normativo al momento de dirimir conflictos laborales como el que hemos abordamos en este trabajo. Según Dworkin las normas se diferencian de los principios porque:

Mientras las normas se aplican o no, los principios dan razones para decidir en un sentido determinado, pero, a diferencia de las normas, su enunciado no determina las condiciones de su aplicación. El contenido material del principio –su peso específico– es el que determina cuándo se debe aplicar en una situación determinada. (Dworkin, 1989, pág. 9)

Adicionalmente, el principio se diferencia de la norma porque tiene un *peso* o *importancia* que debe sopesar, ponderar y cuestionar el actor que tiene la obligación de tomar una decisión. Las normas o reglas tienen previamente establecidos los niveles o jerarquías de aplicación en la resolución de conflictos. Así lo ejemplifica Dworkin con el principio del

{empleador} deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días” (Congreso de la República, 2016).

derecho que indica “Nadie puede beneficiarse de su propio delito”, en el análisis realizado por el Tribunal de New York, refiriéndose al caso del nieto que mató a su abuelo para quedarse con la herencia, en el cual:

(...) todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen. (Dworkin, 1989, pág. 73)

En el contrato de trabajo, el empleador tiene la responsabilidad de prevenir el riesgo generado por la actividad económica y el trabajador debe cumplir con las normas establecidas para la seguridad y salud en el trabajo. Ante la inexistencia de controles para la prevención del accidente y la enfermedad laboral por falta de acción del empleador, no es dable a este disponer la terminación del contrato de trabajo cuando se verifican las afectaciones en la salud del trabajador por causa del trabajo. Contrario sensu, se debe esperar que se pruebe en el proceso judicial el nexo causal entre la culpa del empleador y el daño ocasionado por el ATEL.

223

El reconocimiento de los principios en el derecho es una labor del juez en atención al principio universal del derecho, que indica “los tribunales no se dejarán utilizar como instrumentos de desigualdad e injusticia” prescrito por Dworkin, quien además añade “Más específicamente, los tribunales se niegan generalmente a prestarse a la imposición de un ‘pacto’ en que una de las partes se ha aprovechado injustamente de las necesidades económicas de la otra” (Dworkin, 1989, pág. 74). El papel de la justicia en la determinación de la estabilidad laboral se problematiza más adelante, siendo pertinente indicar que la falta de claridad entre principios y normas en el seno de las altas Cortes ha llevado a mayores confusiones teóricas y jurídicas en el ámbito laboral.

En efecto, la Corte Constitucional en sentencia hito C-470 de 1997 confunde los principios con las normas cuando indica:

7- (...) Por consiguiente, los principios constitucionales del artículo 53, que son normas directamente aplicables en todas las relaciones laborales, tal y como esta Corporación lo ha señalado en múltiples oportunidades, adquieren, si se quiere, todavía mayor fuerza normativa

cuando se trata de una mujer embarazada, por cuanto ella debe ser protegida en forma especial por el ordenamiento (...).

8- Esta mayor fuerza normativa de los principios constitucionales del trabajo, cuando se trata de mujeres embarazadas, es clara en materia de garantía a la estabilidad en el empleo. En efecto, si bien, conforme al artículo 53 de la Carta, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada. Esto sucede, por ejemplo, en relación con el fuero sindical, pues sólo asegurando a los líderes sindicales una estabilidad laboral efectiva, resulta posible proteger otro valor constitucional, como es el derecho de asociación sindical (CP art. 39). (Corte Constitucional, 1997b)

En esta sentencia, el máximo tribunal de justicia constitucional utiliza como sinónimos las expresiones *principio*, *derecho* y *norma*. En su papel de orientadora de las decisiones judiciales, hace que los demás actores sigan la sinonimia equivocada.

Así mismo, en la más reciente sentencia C-200 de 2019, mediante la cual se resuelve la demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 15 parcial del literal A) del artículo 62 del Decreto ley 2663 de 1950, Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, la Corte Constitucional describe la estabilidad laboral como derecho para proteger a los trabajadores en circunstancias que ameritan protección, condiciones que hacen parte del análisis del principio de igualdad pero nada refiere al autónomo principio de estabilidad laboral, que hemos desarrollado. Al respecto la sentencia indica:

(...) el trabajador también tiene derecho a ‘la estabilidad en el empleo’. En términos generales, es la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley y el empleador en relación con su desempeño, no será removido del empleo. Esta se refuerza ante ciertas circunstancias específicas que ameritan especial protección por haber sido usadas históricamente como razones para el despido, por ejemplo, la maternidad, el ejercicio de ciertas actividades sindicales, la presentación de pliegos de petición y la discapacidad. (Corte Constitucional, 2019)

Tal como hemos afirmado anteriormente, siendo la estabilidad laboral un principio del derecho laboral que tiene peso e importancia superior a las normas del trabajo, debe ser ponderado con otros principios del mismo nivel y no con normas de menos peso, verbigracia ponderar el principio de estabilidad laboral con la norma indicadora del término del contrato.

La consideración de que mientras el trabajador observe las condiciones fijadas por la ley no será removido por el empleador del trabajo, resulta una falacia en tanto se endilga la responsabilidad de la estabilidad laboral al trabajador y se desconocen las obligaciones que le asisten al empleador de preservar el negocio jurídico. Esta consideración debe realizarse atendiendo al riesgo que este genera para el trabajador en el desarrollo de la actividad, en concreto los riesgos que afectan la salud y no dependen del trabajador. La estabilidad laboral debe conservarse por el tiempo en que la naturaleza de la relación lo requiere y no solo mientras el trabajador observe la norma, se accidente, se enferme o muera.

En línea contraria a lo dispuesto por la Corte Constitucional, pero también equivocada a nuestro parecer, se presenta la afirmación de algunos juristas al indicar que la terminación del contrato regido con el principio de la estabilidad laboral tiene limitaciones dadas por la voluntad del trabajador con algunas excepciones para el empleador, por el incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador y por hechos ajenos a la voluntad de las dos partes contractuales que hagan imposible continuar la relación jurídica (Quiñones Tinoco & Rodríguez Lugo, 2015, pág. 186). En esta perspectiva no se asume la estabilidad como principio, se asimila a la norma y no se atiende a la seguridad del negocio jurídico que requiere el contrato de trabajo. La estabilidad laboral no depende de la voluntad del trabajador ni del empleador, exige equidad y justicia en la relación laboral que se refleja en la dimensión de corrección moral y política; esto es, se sujeta a la legitimidad, que no es jurídica ni depende de la validez de la norma.

En opinión de Montoya, la estabilidad interesa al empleador cuando proyecta que la permanencia del trabajador en el empleo permite mayor formación, mayor motivación y mayor producción, pero tiene el temor de la inamovilidad que es incompatible con los cambios económicos y productivos del actual mundo tecnológico (Montoya Melgar, 2001, pág. 61). Esta visión no la compartimos, debido a la identificación de la estabilidad laboral con la norma descriptiva de la duración del contrato de trabajo. Porque es nuestro parecer que, existiendo la determinación anticipada y legal de las obligaciones contractuales de las partes durante el desarrollo del contrato de trabajo, en lo que respecta al cuidado de la salud, la estabilidad laboral se configura. Y si por causa de accidente o enfermedad laboral se

suspende la prestación del servicio del trabajador, aun cuando el contrato sea a término fijo o por obra o labor, lo que debe interesar a las partes es establecer la ayuda mutua entre ellas y la determinación de la responsabilidad objetiva en el contrato de trabajo como negocio jurídico del sistema de normas que componen las prestaciones económicas de la seguridad social. Es decir, se debe propender por la continuidad del trabajador en la prestación del servicio, ahora con el cambio de las condiciones de salud; y el desarrollo de la actividad económica del empleador se debe ajustar a esas nuevas condiciones.

Con relación a la seguridad, la estabilidad laboral permite que se ajuste la duración del contrato a la propia del trabajo que viene a satisfacer, sin que le sea posible al empresario poner fin a la misma, a no ser que concurra causa justa. Con relación al término pactado, la regla determina que los contratos de trabajo deben durar lo más posible, según las condiciones objetivas del contrato en que se requieran la prestación del servicio del trabajador. Duración y seguridad se unen así para fortalecer el principio de la estabilidad laboral (Guamán, 2013, pág. 115).

Los teóricos del derecho laboral y la Corte Constitucional, describen la estabilidad laboral como derecho, toda vez que hace parte del capítulo 2 sobre los derechos sociales, económicos y culturales de la Constitución Política (Cerquera Unda, 2018) y adicionalmente se encuentra dentro del grupo de los principios mínimos fundamentales del derecho al trabajo. En la Constitución Política de 1991 el artículo 53⁶⁴ consagra los principios mínimos fundamentales para la expedición del estatuto del trabajo, dentro de los cuales se inscribe “la estabilidad en el empleo”. No obstante, casi tres décadas después, aún no hay desarrollo socio-jurídico explícito de los principios, debido a la negligencia del legislador en la expedición del

⁶⁴ Al respecto el artículo 53 de la Constitución Política señala: “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.” (CP, 1991)

denominado *Estatuto del trabajo*. Esto obliga la aplicación de una norma ilegítima desde la visión del elemento legitimidad del derecho; norma que no permite la solución de los conflictos internos de la sociedad actual, proyectada hacia el utilitarismo de las personas, y en consecuencia es ineficaz por la ausencia de la interdisciplinariedad, negada desde el positivismo dogmático del derecho laboral.

Esta ausencia de guía jurídica nos legitima para acudir a los planteamientos de la teoría general de los contratos, que fue primero que la teoría de la relación laboral. La creación de las normas jurídicas laborales debe atender al principio de la continuidad del negocio jurídico “contrato de trabajo”. La historia de la estabilidad laboral describe los problemas que los cambios políticos-económicos del país han generado al trabajo y al capital, procurando ayudar al segundo con la participación del primero, sin límites, llegando a considerar como una obligación legítima el acto de dar la vida en el trabajo.

Desde esta visión del derecho, la aplicación de los principios no es automática, pues requiere del razonamiento judicial y luego integrar el razonamiento en una teoría claramente construida; este es el reconstruccionismo de criterios objetivos. En vía de reconstruir la estabilidad laboral desde el concepto de la seguridad del negocio jurídico, se observa que el trabajador es acreedor al derecho de la estabilidad laboral por la celebración del contrato de trabajo. Y por ende no le es dado al empleador alegar causales ajenas al negocio jurídico, so pena de una sanción no legal impuesta por el juez en consideración a la estabilidad laboral como principio que direcciona la equidad en las relaciones laborales; y no como norma determinante de condiciones. Esta tarea es permeada por intereses políticos-jurídicos, que han buscado centrar el concepto de estabilidad laboral en la temporalidad del contrato, con el fin de justificar la terminación legal del contrato por parte del empleador, conllevando la consecuencia de pago de indemnización al trabajador, sin derecho del regreso al trabajo.

Para los juristas del derecho laboral, la defensa de la estabilidad laboral parece no tener argumentos válidos en la época actual, regida por los conceptos políticos neoliberales. Se niega la relación entre la estabilidad laboral y los daños por el trabajo, pues la estabilidad laboral para el neoliberalismo depende del trabajador, a quien se asigna el peso de ser responsable y hábil en el trabajo. Con ello se logra ocultar la ineficiencia empresarial por la

mala administración del riesgo, que hace inseguro el trabajo. En este sentido, el trabajo precario genera la lógica de “preocuparse por hacer todo bien hoy para no quedarse sin trabajo mañana”; y las limitaciones a la estabilidad laboral soportan los argumentos del Estado, los jueces y los empleadores, que justifican el despido de los trabajadores enfermos por el trabajo.

3.1.3. Una cierta oscuridad en el tránsito del principio a la estabilidad laboral para llegar al despido del trabajador enfermo por el trabajo

A pesar de constituir un principio del derecho del trabajo, la estabilidad laboral encuentra marcadas limitaciones en la posibilidad de maximización de su reconocimiento dentro de las relaciones laborales. El tránsito de su reconocimiento antes de decidir el despido del trabajador o la terminación del contrato de prestación de servicios, se oscurece con los límites normativos y judiciales que se han creado para ocultar su valor. Esto se debe, entre otras causas, a tres dinámicas jurídicas: la positivización de su concepto jurídico; las subdivisiones de creación doctrinaria en el afán de alejarse del derecho civil; y la creación por vía jurisprudencial de la protección especial denominada estabilidad laboral reforzada. A continuación abordaremos cada una de ellas.

228

La positivización del principio de la estabilidad laboral

En la historia de las relaciones laborales en Colombia se percibe la recurrente pretensión de disminuir el desempleo mediante reformas que vinculan la estabilidad laboral. Estas reformas hacen referencia al establecimiento de la relación laboral directa, que incluye: la definición de las causas legítimas de despido; las protecciones de la seguridad social; las justificaciones económicas del empleador para terminar el negocio jurídico; y la delegación a las entidades de la Seguridad Social del cuidado de la salud del trabajador. Aspectos que son materia de interés para esta investigación.

Las reformas laborales realizadas en Colombia desde 1990 se han presentado como estrategias para salvaguardar el empleo, se apoyan en instrumentos que parecen racionalizar la producción, y pretenden anticiparse a las dificultades futuras que puedan generar desequilibrio financiero y pérdida de puestos de trabajo. Esto se relaciona con el planteamiento del derecho económico, según el cual la estabilidad laboral repercute negativamente en la disposición del empleador de racionalizar los gastos para garantizar la actividad productiva. En consecuencia, se postula que es necesario flexibilizar las relaciones de trabajo, no solo para lucrar al empleador, sino también para conservar las fuentes de empleo en el país (Beltrán de Heredia Ruiz, 2008, pág. 189).

Desde esta perspectiva económica se han positivizado aún más los principios laborales descritos en el artículo 53 de la Constitución Política, llevando a considerar el contrato de trabajo como un elemento accesorio en la relación laboral y la continuidad del trabajador en un asunto de la competitividad, que se muestra como herramienta para la generación de más y mejores empleos. Acudiendo a la RAE, competitividad significa “Rivalidad para la consecución de un fin”⁶⁵; de manera que para lograr estabilidad laboral, los trabajadores deben rivalizar con sus iguales. Esto da lugar a una espiral que gira en cada reforma laboral sobre la idea de generar empleo, pero se desarrolla sobre la creencia⁶⁶ de acabar con la estabilidad laboral, en aras de aumentar la eficiencia del sector empresarial; eficiencia que se soporta en la estructura del Sistema de Seguridad Social, independiente del contrato de trabajo.

Los cambios normativos suponen entonces el aligeramiento de la carga económica de la relación laboral, que parece muy pesada para el empleador. En apariencia, el empresario se encuentra condenado a soportar la excesiva onerosidad del contrato de trabajo, por lo cual busca prescindir del trabajador, alegando la imposibilidad de continuar con el negocio jurídico. Siguiendo el contenido de las normas actuales, si el empleador quiere despedir al trabajador puede abonar la indemnización consagrada en las normas, y terminar así con su

⁶⁵ Ver <https://dle.rae.es/competitividad>

⁶⁶ Siguiendo a Adela Cortina, las ideas mueven a la sociedad en público y tienen aceptación de todos, las creencias son los actos en privado que mueven la verdadera intención de las personas en la sociedad.

problema empresarial. De manera que el principio de estabilidad laboral cede ante el pago de indemnizaciones y justas causas del despido.

Si el empleador puede abonar la indemnización al trabajador accidentado o enfermo por causas del trabajo, el trabajador recibe dinero en forma temporal pero se ve gravado con el desempleo. En esta línea puede entenderse que las reformas laborales introducidas por el legislador, antes que contribuir con la conservación del negocio jurídico, en primer lugar, están paliando la responsabilidad del empleador en la prevención del riesgo que genera la actividad económica. Y en segundo lugar, con dichas reformas se está confirmando la equivocada delegación de la atención de las consecuencias por el ATEL en las entidades de la Seguridad Social, que ciertamente administran un negocio de seguros y no la seguridad social como derecho del trabajador.

Lo cierto es que, una vez positivizado normativamente el principio de la estabilidad laboral, son limitadas las alternativas para continuar el negocio jurídico cuando el empleador no gestiona debidamente los riesgos. En este sentido, la expedición de leyes, decretos y reglamentos referidos al Sistema de Riesgos Laborales resultan ineficaces. Pues el Estado ha emitido normas para establecer controles y sanciones por el incumplimiento de las obligaciones legales y reglamentarias referidas al cuidado de la salud; pero son normas inocuas, que no resuelven ni ayudan en el conflicto, dado que el empresario siempre puede pagar la indemnización como equivalente a su responsabilidad.

Para los economistas del trabajo, la consideración de la estabilidad laboral como norma y no como principio de derecho, es un acierto, que defiende la teoría de la flexibilidad legal, denominada por algunos autores como la “flexiseguridad”. Esta busca reflejar en las decisiones legales el interés por proteger el empleo y no el puesto de trabajo. Los trabajadores deben mantener el nivel de competitividad mediante la capacitación y avances tecnológicos para conservar su estabilidad laboral y mejorar su empleabilidad en la sociedad. El empleador no tiene la obligación jurídica de proteger el puesto de trabajo al trabajador en particular, puede separarlo con relativa facilidad para mejorar el desempeño con otro trabajador, como hemos descrito, pues desde el derecho económico se trata de transformar el principio de la estabilidad laboral, que garantiza el puesto de trabajo en la competencia, y que supuestamente

contribuiría a mantener altos niveles de empleo, según proyecciones divulgadas en las políticas públicas. De esta forma, se desplaza la protección del trabajo, desde el contrato de trabajo en el negocio jurídico, hacia la protección de las relaciones mercantiles del trabajo, que involucra la seguridad social como aliada de la visión económica del empleo y no del trabajo (Blancas Bustamante, 2012, pág. 390).

En el contexto actual, donde priman estas perspectivas económicas, se busca delegar la terminación del contrato de trabajo en la autonomía de la voluntad de las partes, desatendiendo los riesgos que genera la actividad laboral para el trabajador; bajo una lógica en la cual la competitividad y el desarrollo empresarial se presentan como medios de protección el empleo. Es así que, en el ámbito de los jueces y juristas, se desarrollan argumentos que pretenden normalizar las interpretaciones limitantes de la estabilidad laboral, como si estas limitaciones representaran un medio para evitar el desempleo y permitir la continuidad de la actividad productiva. Desde luego, estas posiciones argumentativas no se detienen a ponderar el principio de la estabilidad laboral con otros principios propios de la relación laboral.

En este sentido, los cambios teóricos de la estabilidad laboral, como principio, llevan a reconocer su positivización en normas o reglas. Siguiendo a Carlos Blancas, los juristas han querido conciliar términos históricamente incompatibles, el círculo y el cuadrado, en términos de “la flexibilidad anhelada por los empleadores y la seguridad exigida por los trabajadores” (Blancas Bustamante, 2012, pág. 389). Para armonizar ambos conceptos se acude, por una parte, a la temporalidad del contrato de trabajo, en favor del empleador; y por la otra, a las justas causas para terminarlo, en favor del trabajador.

Para comprender la normalización de la estabilidad laboral, es pertinente presentar la diferencia entre norma y principio desde la filosofía del derecho. Las justas causas de terminación del contrato de trabajo, descritas en el artículo 62 del CST (2016) son una norma, en la medida que se orientan a: evitar el despido del trabajador por la libre voluntad del empleador en virtud de su poder dominante; prevenir el desequilibrio contractual por riesgos previsibles; y evitar el desempleo. Estas reglas del derecho son aplicables bajo la estructura de todo o nada, esto es, cuando se da el supuesto de un hecho descrito en alguno de los

numerales del artículo 62 del CST, existen solo dos posibilidades: la decisión del empleador es válida por ajustarse a la regla y deben aceptarse las consecuencias jurídicas; o no es válida la decisión, por no ajustarse a la regla, y no se aplican las consecuencias jurídicas.

Por su parte, los principios son mandatos de optimización del derecho y no pueden positivizarse para equipararlos a las normas. El conflicto laboral que enfrenta la norma y el principio debe ser resuelto por el juez, diferenciando el peso de cada estructura jurídica enfrentada: frente a la norma o regla, el principio siempre tendrá mayor peso. Si el juez encuentra enfrentada una causal del artículo 62 del CST con el principio de la estabilidad laboral, debe dar prevalencia al principio, y una decisión diferente es ilegítima e ineficaz (Alexy, 1988, pág. 142).

Desde esta clara diferencia entre principios y normas, planteamos en el apartado anterior las confusiones conceptuales creadas por la Corte Constitucional en la descripción de principios y normas que regulan el trabajo en Colombia. La estabilidad laboral es un principio que no pierde esta connotación cuando se relaciona con las normas que regulan la relación laboral, entre ellas las obligaciones de las partes, los derechos, las prestaciones laborales, la temporalidad del contrato; y como objeto de estudio en esta investigación, todas las que refieren al cuidado de la salud. Siguiendo la descripción de Dworkin presentada por Alexy (1988), cuando se genera tensión entre las normas o reglas, es necesario establecer si hay incumplimiento o no y las sanciones que se pueden aplicar. Pero cuando se enfrenta un principio y una regla, siempre tendrá más peso el principio. Es decir, cuando se enfrentan las causas legales de terminación del contrato de trabajo con el principio de la estabilidad laboral, debe prevalecer este, dando continuidad en las condiciones posibles al negocio jurídico.

El núcleo esencial, en la diferencia entre el principio de estabilidad laboral y las normas o reglas de temporalidad del contrato de trabajo, es descrito por Alexy (1988), al indicar que los principios ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, tanto en las condiciones jurídicas como en las fácticas. Caso contrario, por su descripción misma las reglas se cumplen o no se cumplen, atendiendo el elemento *validez*, que determina la obligatoriedad y los grados de sanción por el incumplimiento. Los principios no traen sanciones de incumplimiento definidas, debe buscarse la mayor medida posible de

cumplimiento (Alexy, 1988, pág. 144), entre las dos partes del negocio jurídico. La imposibilidad de acuerdo en esta medida traslada el conflicto al juez, quien sin duda debe expresar la prevalencia del principio de estabilidad laboral sobre la norma.

Las subdivisiones del principio de estabilidad laboral creadas para alejarse del derecho civil

La confusión entre principios y normas ha permitido a la doctrina laboral crear categorías que dividen a la estabilidad laboral.

La *estabilidad de salida* se refiere a las causas para terminar la relación laboral, comprendiendo la condición de ser *absoluta* cuando el despido no tiene causa justa y el trabajador tiene derecho al reintegro al trabajo. La condición opuesta es *relativa*, que se refiere a la posibilidad para el empleador de terminar la relación laboral reconociendo al trabajador una indemnización.

La estabilidad relativa puede ser *propia*, en caso que el trabajador pueda escoger entre el pago de la indemnización o regresar al trabajo con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir. Es *impropia* cuando, ante el despido, el trabajador solo tiene derecho al pago de la indemnización por el retiro del trabajo (Obregón Sevillano, 2016, pág. 200).

Las subcategorías creadas por la doctrina ubican a la *estabilidad laboral absoluta* en la protección legal que ofrecen las causas del despido. En caso de no existir alguna justa causa y debido proceso antes de la terminación del contrato, no sería suficiente el pago de la indemnización: en este caso, el empleador tiene el deber de reponer o reinstalar nuevamente al trabajador. Los defensores de la estabilidad absoluta consideran que esta quebró las normas del derecho civil, bajo la tesis de la permanencia del vínculo mientras subsistan las causas del contrato y no se presente causa razonable de disolución, limitando la libertad del empleador a terminar el contrato. Los opositores a la estabilidad absoluta expresan que el contrato de trabajo crea relaciones personales que no pueden ser perpetuas, porque ninguna legislación puede obligar a dos personas a continuar unidas, cuando esta condición no existe siquiera en los contratos civiles (Ruprecht, 1966, pág. 224).

En este sentido, se toma el contrato de trabajo como un vínculo indisoluble que lleva al empleador al abatimiento de su empresa, por tener la obligación legal de mantener al trabajador por siempre en la empresa. Con esto, según Cabanellas, se transforma el contrato privado en una obligación reglamentaria, como la reconocida para los servidores públicos con el Estado, es decir curar un mal con otro mal peor (Ruprecht, 1966, pág. 225).

Es importante tener en cuenta que las varias clasificaciones de la estabilidad laboral han sido realizadas por los tratadistas a través de un proceso largo de definiciones, bajo la intervención de diferentes juristas, con el afán de separar el derecho civil del laboral, que hoy tienen en caos el principio de la estabilidad laboral. La clasificación de la estabilidad en absoluta, relativa, propia e impropia, parece bifurcarse aún más con los efectos jurídicos que la decisión judicial ofrece al resolver el conflicto por el despido del trabajador que alega la estabilidad laboral, cuando el juzgador busca aplicar los efectos de los contratos civiles.

En este sentido, al reconocer la estabilidad laboral absoluta en la sentencia, el efecto jurídico *es considerar ineficaz el despido*, representado en la orden de reincorporación del trabajador. Pero cuando se reconoce la estabilidad laboral relativa *el efecto jurídico se divide*: si es propia la vulneración del derecho tiene el efecto de declarar ineficaz el despido y se ordena la reincorporación; si es impropia se sanciona al empleador con el pago de una indemnización pero el despido es eficaz. Según Javier Neves, los sistemas judiciales que aceptan estos efectos jurídicos frente al despido que se prevé injusto, conducen a tomar la decisión de reincorporación como la efectividad de la estabilidad laboral, y la decisión del pago de una indemnización como la permanencia de la inestabilidad laboral en la sociedad (Neves Mujica, 1987, pág. 29). En nuestro sentir y de acuerdo con Neves Mujica, la reparación plena de los derechos del trabajador se da mediante la reinstalación y no solo con el pago de la indemnización.

Esta tipificación modifica los efectos jurídicos derivados del incumplimiento del contrato como negocio jurídico entre las partes, dando cabida a la doctrina del acto nulo y del acto

ineficaz⁶⁷. Así, se teoriza y se debate entre el pago de la indemnización por el despido y la reinstalación al trabajo, sin miramientos respecto a las condiciones que afectaron la salud del trabajador. Afectación que lleva al empleador a decidir terminar el contrato de trabajo o negocio jurídico, estando en incumplimiento de las obligaciones propias de la naturaleza del contrato de trabajo, esto es, preservar la salud del trabajador.

Siguiendo a Nancy Silvent (2012), si se aceptan todas estas clasificaciones de la estabilidad laboral se permite, por vía de opiniones jurídicas y decisiones judiciales, que la terminación de la relación laboral sea resuelta con el pago de la indemnización, sin atender la existencia de causa alguna. En otras palabras, se descausaliza el despido y se monetiza el principio de estabilidad laboral (Silvent Hernández, 2012, pág. 69).

Los trabajadores viven con los temores generados por el despido, que los intranquiliza, los hace perder la esperanza de vida productiva, condición que se refleja en la pobreza, la inestabilidad familiar, la ausencia de oportunidades y los atrasos del país. Cuando hay seguridad en el empleo, se conocen las causas de la terminación, se cumplen los deberes y derechos mutuos, la tranquilidad y confianza aumentan la producción, se desarrolla el sentido de pertenencia por la empresa y se disminuye el eterno conflicto entre el capital y el trabajo, la sociedad se beneficia y permite la justicia social que genera paz social (Ruprecht, 1966, pág. 222). Todo ello se fundamenta en el principio de la estabilidad laboral.

En la Constitución Política de 1991 se describe como principio la estabilidad laboral; pero los pronunciamientos judiciales, siguiendo la doctrina de los juristas, han pretendido vincular

⁶⁷ Al respecto en entrevista con el Magistrado del Tribunal Superior de Cundinamarca Sala Laboral, Javier Antonio Fernández, se expone la diferencia y consecuencia jurídica que existe entre el acto nulo y el acto ineficaz derivado del despido del trabajador, así: en el área del derecho del trabajo, se considera como ineficaz el acto del empleador que se realiza en contra de una prohibición legal, y conlleva como consecuencia que se tenga como inexistente dicho acto, por lo tanto se produce la continuación de la situación existente con anterioridad al acto ineficaz, y materialmente se produciría entonces la restitución al estado anterior. La nulidad implica que el acto producido no cumplió con los requisitos establecidos en la ley para su validez, y por lo tanto debe demandarse, y conlleva como consecuencia las sanciones establecidas por el legislador. En algunas oportunidades la ley consagra el reintegro, o en otras el pago de una indemnización. En nuestro medio jurídico las dos figuras en algunas oportunidades conllevan la misma materialización, las cosas vuelvan al estado anterior. La primera se denomina reinstalación y la segunda reintegro; sin embargo se presentan consecuencias jurídicas diferentes.

el principio con las normas laborales, quitándole peso y debilitando su autonomía mediante clasificaciones teóricas que respaldan el despido soterradamente. En Colombia se sigue la división de la estabilidad laboral en absoluta, relativa, propia e impropia. Clasificación que genera incertidumbre jurídica para los trabajadores con relación a la seguridad del contrato de trabajo y las justificaciones legales que permiten al empleador darlo por terminado.

Respecto de la terminación de la relación laboral, mediante el Convenio 158 (1982) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se dispuso que deben existir garantías para el trabajador, en aquellos casos en que el empleador considere eludir la protección de la estabilidad laboral, establecida en el convenio. Y confirma la prohibición del despido por causas de salud del trabajador, planteada en los artículos 4 y 6, así:

Artículo 4

No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. (...)

Artículo 6

1. La ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo.
2. La definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo, la medida en que se exigirá un certificado médico y las posibles limitaciones a la aplicación del párrafo 1 del presente artículo serán determinadas de conformidad con los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio. (OIT, 1982)

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL-15467 (2015b, pág. 29), al resolver el recurso de casación interpuesto por un trabajador contra la empresa por haber sido despedido en ejercicio del derecho colectivo a la huelga y sin justa causa, se refiere a la aplicación del Convenio 158 de la OIT en los conflictos laborales en Colombia, derivados del despido del trabajador. Desde el año 2013 (Corte Suprema de Justicia, 2013) este tribunal ha dejado en claro, dentro de la línea jurisprudencial creada sobre la estabilidad laboral, que el Convenio 158 de la OIT no es concordante con “las leyes sociales del país”, porque en Colombia la estabilidad laboral no es propia. Por el contrario, la regla general es reconocer la estabilidad laboral impropia o relativa, permitiendo al empleador terminar la relación laboral alegando justa causa o pagando la indemnización al trabajador, razón que

soporta la imposibilidad de aplicación supletoria del contenido de dicho convenio. Así, la sentencia indica:

En segundo lugar, aún en la hipótesis de que no existieran normas principales exactamente aplicables al caso controvertido, tampoco se abriría la posibilidad de aplicar el Convenio 158 de la OIT como norma supletoria en Colombia, pues dicho instrumento no está en concordancia con ‘las leyes sociales del país’. O sea, no es afín axiológicamente con el ordenamiento. En efecto, dicho instrumento es funcional para sistemas laborales caracterizados por una estabilidad llamada por algunos doctrinantes como propia y que consiste en que el trabajador únicamente puede ser despedido por su empleador con fundamento en una justa causa.

En contraste, el régimen laboral colombiano –tanto en el sector particular como en el público–, opta en general por un sistema de estabilidad laboral impropia o relativa, que consiste en que el empleador privado u oficial puede dar por terminado el contrato de trabajo, bien aduciendo una justa causa, o en ausencia de ésta pagando una indemnización al trabajador (salvo situaciones de estabilidad reforzada).

En el sector estatal, los empleados públicos que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, pueden ser discrecionalmente retirados del servicio, aunque el ejercicio de esa facultad no puede ser arbitrario o irracional y debe responder a las necesidades de éste. Así lo ha pregonado el Consejo de Estado en múltiples decisiones. O sea, tienen una estabilidad que pudiera calificarse como diametralmente opuesta a la estabilidad propia y que algunas veces se ha calificado como precaria.

Ahora bien, en Colombia se dan expresiones singulares de la modalidad propia, al lado de la generalidad de la estabilidad laboral impropia. Es el caso de los empleados que desempeñan cargos de carrera administrativa –ya sea porque su vinculación se ha surtido mediante el sistema de méritos, o de manera excepcional a través del nombramiento provisional–, quienes solo pueden ser desvinculados del empleo aduciendo las causales señaladas en la Constitución o en la ley. Esta orientación ha sido sostenida desde hace más de una década por la Corte Constitucional, y más recientemente, desde el año 2010, también por el Consejo de Estado.

Es también el caso, cada vez menos frecuente, de los trabajadores particulares con antigüedad igual o mayor a diez años continuos de servicios al entrar en vigencia la L. 789/2002, Art. 28, parágrafo transitorio, quienes continúan amparados por el D. 2351/65, Art. 8-5, y podrán ser reinstalados en su empleo por orden judicial, cuando la terminación de su contrato de trabajo haya sido sin justa causa.

Es evidente, entonces, que siendo la estabilidad laboral impropia la regla general en Colombia, en tanto que el Convenio 158 preconiza la estabilidad laboral propia, no como regla general, sino como parámetro homogéneo que ha de imponerse para cualquier relación laboral, este instrumento internacional no concatena ideológicamente con las actuales leyes sociales de Colombia en la materia. Y al no cumplir con esa condición señalada por el artículo 19 del CST, no puede ser aplicable como norma supletoria, tal y como lo pretende el censor. (Corte Suprema de Justicia, 2013)

Con las anteriores definiciones, descritas por el alto tribunal de la justicia ordinaria, se puede verificar el inadecuado tratamiento que recibe la estabilidad laboral desde la justicia en Colombia, ya que se equipara el principio con las normas de temporalidad. Entre la lucha por la permanencia en el empleo y la decisión autónoma del despido, se encuentran los trabajadores afectados en la salud por causas del trabajo, que debieron ser prevenidas por el empleador. Estos trabajadores, con razones análogas a las expuestas por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias referidas al principio de estabilidad laboral, deben acudir a procesos judiciales inseguros que resuelvan el conflicto del despido.

Decisiones judiciales como la anterior desincentivan el litigio en favor de los trabajadores, pues junto a la disminución de los valores económicos a reclamar frente al despido del trabajador, se confunde el principio de la estabilidad laboral o de continuidad del negocio jurídico con la temporalidad del contrato. Para solicitar la declaratoria de la ineficacia del despido y la consecuente reinstalación del trabajador, se debe surtir un proceso ordinario laboral que puede tomar entre tres y cinco años hasta que se expida la sentencia. Esto lleva al trabajador a buscar otra ocupación durante el interregno del proceso, retirarse del medio productivo o morir sin reconocimiento.

En esta línea, para los empleadores parece difícil probar la causa justa para el despido en un proceso judicial, calificando de injusto –en criterio del empleador–, la decisión judicial que ordena reincorporar al trabajador. Se supone que este se presentará mañoso y fuerte al lugar de trabajo, y generará dificultades de cumplimiento de las obligaciones, que realizará a su ritmo y a su tiempo. Según Cabanellas, citado por Ruprecht (1966):

La readmisión forzosa del trabajador en el empleo deriva de la estabilidad absoluta; constituye, es cierto, una de las armas más innobles que cabe dar a una de las partes en el contrato de trabajo, pues con ello se llega al absurdo de que uno de los contratantes pueda negociar en relación al otro la obligatoriedad de esta readmisión en el empleo, imponiendo una indemnización muy superior a aquella que la ley ha establecido normalmente para situaciones análogas. Dentro de determinados ordenamientos legales, y debido a circunstancias y hechos de pública notoriedad, resulta bien claro que la estabilidad absoluta en el empleo constituye, o podría llegar a constituir, un medio de extorsión para beneficio de algunos profesionales del despido en contra de los empresarios y en perjuicio de la producción. (Ruprecht, 1966, págs. 223-224)

Al margen de los confusos efectos sociales que generan las decisiones judiciales que califican el despido como ineficaz e injusto con efectos jurídicos diferentes, se encuentra el fracaso que las reformas laborales con el lema de la protección al empleo han representado para los intereses de los trabajadores. El desconocimiento del principio de la estabilidad laboral, al dar fortaleza legal y judicial a la idea generalizada de ser la estabilidad laboral en Colombia impropia para los trabajadores vinculados con contrato de trabajo y, peor aún, precaria para los servidores públicos vinculados en provisionalidad.

En todos los casos, las decisiones legales y judiciales parecen cubrir sus argumentos legitimadores de la estabilidad laboral impropia en los beneficios que en la afiliación al Sistema de Seguridad Social tienen los trabajadores/prestadores del servicio, al cubrir todos los daños generados por el trabajo, idea que comparte Ruprecht (1966). Esta consideración será objeto de desarrollo más adelante, para establecer el lugar de la Seguridad Social como sistema en las relaciones laborales y dentro de este el Sistema de Riesgos Laborales. Al respecto, el autor indica:

La única solución justa y lógica es la de hacer caer dentro del campo de la seguridad social el despido. La sociedad es la que debe hacer frente al problema planteado por la disolución del contrato de trabajo, sea ésta justa o injusta. (Ruprecht, 1966, pág. 226)

En cualquier caso, las políticas laborales orientadas a la disminución del desempleo y aumento de rentabilidad de las empresas, están reflejando los efectos negativos en el principio de la estabilidad laboral, en tanto el reconocimiento de la indemnización legal establecida no satisface el interés del trabajador ni disminuye el riesgo en las empresas, perpetuando el conflicto que parece descansar en las motivaciones políticas e intereses económicos de los empresarios. Es posible que se desdibuje la garantía de la continuidad del contrato para las partes, cuando la causa del accidente o la enfermedad es laboral, supeditando la continuidad o terminación del contrato en ocasiones a la decisión judicial por vía constitucional o por vía ordinaria, estudio que en adelante se desarrolla.

La estabilidad laboral es un principio del derecho laboral y bajo esta óptica revisaremos las decisiones administrativas y judiciales emitidas por el Ministerio del Trabajo y las Altas Cortes en Colombia, con el tamiz de la eficacia del derecho para verificar su utilidad frente

al conflicto social existente por el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores enfermos por el trabajo.

La creación jurisprudencial de la estabilidad laboral reforzada: un acierto o un conflicto en la relación laboral

En los inicios del derecho laboral, su estructura se concibió como área de carácter social que lo diferencia ostensiblemente del derecho civil. Esta estructura regula supuestos de hecho en que se interrumpía la prestación del trabajo durante la vigencia del contrato, entendiendo que en realidad no daban la posibilidad de terminar el contrato o resolver el negocio jurídico, como hubiera sucedido al aplicarse el derecho común de los contratos.

Como consecuencia de confundir la autonomía de la voluntad del empleador con la seguridad del negocio jurídico, las normas se han pensado desde la economía y la desregulación del trabajo con el pretexto de garantizar el empleo en Colombia. Esto genera confusiones filosófico-jurídicas en la identificación de las esferas de la legitimidad, la validez y la eficacia del contrato de trabajo. Tal como lo veremos, la Corte Constitucional ha optado por dar aplicación directa de los preceptos constitucionales para garantizar a los ciudadanos los derechos fundamentales, dentro de ellos el trabajo, advirtiendo al legislador la obligación de reglamentar los que requieren de esta operación legal (Moreno Flórez, 2015).

A este respecto y para precisar los desarrollos judiciales del alto tribunal referidos al principio de la estabilidad laboral, se ha llegado por esta vía a legislar para llenar vacíos legales, con la pretensión de solucionar los llamados “casos difíciles”. Siguiendo a Herbert Hart (1963), frente a estos casos, con la figura de “la norma de reconocimiento” se coloca a la estabilidad laboral en el plano de las normas y no en el plano de los principios, generando confusiones jurídicas frente a las decisiones judiciales.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de la estabilidad laboral se encuentran desarrollos que parecen encontrarle la cuadratura al círculo que busca Carlos Blancas. Entre los pronunciamientos tenemos:

- a) La estabilidad laboral refleja el principio de seguridad del libre desarrollo de la personalidad. Bajo esta consideración, debe ser básica, pero no inamovible: porque puede ceder ante las justas causas para terminar el contrato de trabajo.

Es una manifestación del principio de seguridad, pues como el trabajo además de ser un medio de sustento vital es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Se hace entonces necesario que exista una estabilidad básica en dicho empleo, que no significa que el trabajador sea inamovible en términos absolutos, porque siempre se tendrán en cuenta las justas causas para dar por terminado el empleo. Pero sí es conveniente que se sienta como principio laboral la estabilidad, como garantía del trabajador a permanecer en su actividad de provecho, tanto propio como social. Toda norma que tienda a vulnerar este principio es, en definitiva, no sólo un retroceso que supone olvidar logros laborales por los cuales la humanidad ha luchado denodadamente, sino que contaría los fines de la persona en sociedad.

La estabilidad en el empleo tiene un doble fin, derivado, como ya se ha enunciado del principio de seguridad. Por un lado, garantizar un medio para el sustento vital y, por otro, garantizar la trascendencia del individuo en la sociedad por medio del trabajo, en atención a la sociabilidad del hombre, que busca otras satisfacciones personales en el trabajo además de la remuneración: posición ante la sociedad, estimación, cooperación y desarrollo de su personalidad. De ahí que sea totalmente irrisoria en algunos casos la compensación por despido injustificado, por cuanto ella no representa casi nada frente a lo que el individuo espera de su actividad laboral, como medio de trascendencia social. (Corte Constitucional, 1994a)

241

- b) La estabilidad laboral es un derecho jurídico de resistencia al despido, soportado en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en el contrato de trabajo y en la relación existente; y expresa valores como la dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado.

La estabilidad es un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, que demuestra que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, pues están involucrados otros valores constitucionales, especialmente la dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado. Por eso, para proteger el derecho a la estabilidad en el empleo, el legislador determinó los hechos que configuran justa causa para terminar el contrato de trabajo y que afectan entonces el derecho del empleado a permanecer en el cargo, pero que en principio no tienen consecuencias sobre los otros derechos del trabajador. (Corte Constitucional, 2003a, pág. 6)

Desde estos supuestos judiciales, planteados por la Corte Constitucional, la estabilidad laboral se confunde con derechos fundamentales. Desde el año 1997, mediante sentencia C-470 (Corte Constitucional, 1997b), la corporación judicial desarrolla elementos diferenciadores de la estabilidad laboral como principio autónomo del derecho, tal como lo

hemos descrito en la introducción de este apartado, estableciéndola como garantía de derechos fundamentales de personas en condiciones diferentes y adicionalmente trabajadores. Dichos elementos, dentro de la estructura positivista, parecen haber “normatizado” la estabilidad laboral con la pretensión de que no existan vacíos y lagunas jurídicas; pero también la han reducido a regla o norma que, junto a valores indeterminados y dinámicas de la economía política, han dejado espacios para la discrecionalidad judicial, que ahora están sacrificando el valor de la justicia.

Esta precisión resulta útil para encontrar los elementos estructurales del conflicto por el despido del trabajador afectado en su salud en el trabajo. El problema jurídico, planteado para la investigación, no se centra en casos de imposibilidad física temporal y de breve duración. Estos supuestos tienen garantías de protección establecidas en normas internacionales como el Convenio 003 de la OIT (1919) sobre la protección de la maternidad; y se incluyen otras condiciones que impiden la prestación del servicio por parte del trabajador por causas involuntarias que, ponderadas con el principio de la estabilidad en el empleo, dan prevalencia a este e impiden la terminación del contrato de trabajo (Vida Soria, 1996, pág. 2).

242

En 1997 la Corte Constitucional (1997b) crea el concepto jurídico denominado *estabilidad laboral reforzada*, al resolver el conflicto generado por el despido de una trabajadora en estado de embarazo. Lo cual se suma al contenido del numeral 3 del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990 que indica:

ARTICULO 239. PROHIBICION DE DESPEDIR.

(...) 3) La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo, y, además, al pago de las doce (12) semanas del descanso remunerado de que trata este Capítulo, si no lo ha tomado. (Congreso de la República, 2016)

El análisis judicial realizado a la norma, termina considerando que es exequible por encontrarse conforme al principio de igualdad y la especial protección a la maternidad. A pesar de no centrar el análisis judicial en la estabilidad como principio, sí reconoce que este es un principio que configura el derecho a la resistencia al despido:

En efecto, en general el derecho a la estabilidad laboral consiste en la garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado. Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo (CP arts 25 y 53), no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo sino que es necesario que se configure una justa causa, en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales. (Corte Constitucional, 1997b)

Con esta sentencia inicia el reconocimiento jurídico de la garantía denominada *estabilidad laboral reforzada*, expresión creada por la Corte Constitucional para hacer más fuerte el derecho al trabajo de personas que están en situaciones especiales y con diferenciación positiva de los demás trabajadores:

8- Esta mayor fuerza normativa de los principios constitucionales del trabajo, cuando se trata de mujeres embarazadas, es clara en materia de garantía a la estabilidad en el empleo. En efecto, si bien, conforme al artículo 53 de la Carta, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada. Esto sucede, por ejemplo, en relación con el fuero sindical, pues sólo asegurando a los líderes sindicales una estabilidad laboral efectiva, resulta posible proteger otro valor constitucional, como es el derecho de asociación sindical (CP art. 39). Igualmente, en anteriores ocasiones, esta Corporación también señaló que, debido al especial cuidado que la Carta ordena en favor de los minusválidos (CP art. 54), estas personas gozan de una estabilidad laboral superior, la cual se proyecta incluso en los casos de funcionarios de libre nombramiento y remoción. En efecto, la Corte estableció que había una inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de los minusválidos, por lo cual, en tales eventos ‘es a la administración a quien corresponde demostrar porqué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión’. (Corte Constitucional, 1997b)

Así inicia la línea jurisprudencial de la estabilidad laboral reforzada por salud. En sentencia T-1040 de 2001 se aclara que la protección laboral es para quienes se encuentran en estado de debilidad manifiesta por salud. En sentencia T-519 de 2003, se establece que debe existir nexo causal probado entre la condición que afecta la salud del trabajador y el despido. En

sentencias T-1083 de 2007, T-449 de 2008, T-337 de 2009, T-467 de 2010, T-077 de 2014 y T-364 de 2016, se precisa la obligatoriedad del empleador de tramitar el permiso de despido ante el Ministerio del Trabajo. La protección se reconoce desde que se materializa la afectación de salud, el empleador debe hacer todo lo posible por la reubicación y readaptación del trabajador antes de terminar el contrato (Arévalo Romero, Barbosa Ardila, Bermúdez Alarcón, & Varón Collazos, 2016, pág. 16). La estabilidad laboral reforzada, creada por la Corte Constitucional, es generadora de amores y odios entre los juristas, razón por la que el análisis detallado de las sentencias que se enuncian y las consideraciones de su contenido para establecer los elementos estructurales del conflicto por el despido del trabajador enfermo se presentan más adelante.

3.2. La estabilidad laboral reforzada cerca y lejos del principio de estabilidad laboral

Adicional a la clasificación positivista de la estabilidad laboral en propia, impropia, absoluta y relativa, que se expuso en el apartado anterior, existe otra clasificación que depende del momento contractual. La estabilidad puede ser de entrada, regida por las causas de la contratación laboral en concordancia con el principio de causalidad del negocio jurídico y la naturaleza de las labores; o de salida, según el momento en que finaliza el negocio jurídico, en la cual depende de las causas de terminación del contrato laboral, evitando el despido arbitrario e injustificado (Villavicencio Ríos, 2013, pág. 320).

En la perspectiva de los empresarios, la estabilidad laboral ha evolucionado a lo largo del constitucionalismo social colombiano (ANDI, 2017a). Consideran que pasa de ser un principio generador de derechos a una garantía que tiene el trabajador dependiendo del tipo de relación contractual y de condiciones subjetivas del trabajador. Diferencian tres tipos de estabilidad laboral con relación directa al grado de protección según el vínculo laboral, como trabajador vinculado con contrato de trabajo, como contratista vinculado con contrato de prestación de servicios y como servidor público vinculado por un acto administrativo, en

consonancia con las decisiones de la Corte Constitucional respecto de las categorías de la estabilidad laboral en Colombia:

(...) frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad ‘precaria’ (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido) (...). (Corte Constitucional, 1998b)

Por ello, para los empresarios en Colombia el modelo de estabilidad laboral es impropia o relativa, esto es, si el despido no se fundamenta en una justa causa legal el trabajador recibe el pago de una indemnización. Para los servidores públicos se reconoce la estabilidad laboral precaria en los casos de vinculación en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción (ANDI, 2017a, pág. 21). Desde esta visión empresarial, la estabilidad laboral pierde la categoría jurídica de principio para pasar a ser norma o regla bajo condiciones.

Los principios constitucionales determinan las formas racionales del derecho en una sociedad. Según Dworkin y Alexy⁶⁸, los principios en el derecho son mandatos de optimización para la sociedad. Aunque estos autores difieran en la metodología para demostrarlo, coinciden en que los principios tienen mayor peso e importancia en la sociedad que las normas o reglas.

No es difícil reconocer que la presencia de principios, por tanto, de mandatos de optimización, en el sistema jurídico tiene consecuencias en cuanto al carácter de este y al concepto de Derecho que sobrepasan con mucho el aspecto metodológico. Donde esto es más claro es en los principios constitucionales, como los de la dignidad humana, libertad, igualdad, democracia, Estado de Derecho y Estado Social. Si una constitución contiene estos seis principios, ello significa que ha incorporado a ella las formas principales del Derecho racional de la modernidad. (Alexy, 1988, pág. 144)

La Constitución Política de 1991 describe los seis principios enunciados por Alexy (1988), entendiendo con ello que nuestro derecho debe ser racional. A los principios descritos se suma la estabilidad laboral desde el ámbito del derecho laboral. En la teoría de los principios,

⁶⁸ En el análisis de Alexy (1988) sobre la teoría de los principios de Dworkin, es necesaria la corrección de la tesis sobre la única respuesta correcta en la ponderación de los principios, porque depende de las posibilidades fácticas y jurídicas de cada caso.

se reconoce que estos representan los valores sociales. Frente al conflicto buscan conseguir lo que es definitivamente mejor para la sociedad. Pero es oportuno preguntarse ¿cuáles son los valores y el orden de prioridad que reconoce la actual sociedad del trabajo en Colombia?

En este sentido, el valor y el principio se desarrollan en términos deontológicos en el derecho laboral y no axiológicos, pero sin apartarse del sentido moral de las acciones de las personas bajo la concepción de Hume sobre la influencia que siempre existe de la moral en la razón, porque las personas se mueven por las pasiones y las acciones para tomar decisiones.

Puesto que la moral tiene una influencia sobre las acciones y afecciones, se sigue que no puede derivarse de la razón, y esto porque la razón por sí sola, como ya hemos probado, no puede tener esta influencia. La moral excita las pasiones y produce o evita acciones. (Hume, 2001, pág. 333)

Las decisiones que se han proferido con relación a la estabilidad laboral están impregnadas de las pasiones y acciones de quienes las han emitido, siendo necesario para llegar a la comprobación de nuestra hipótesis aceptar la influencia de la moral en el entramado aparentemente racional que representa la estabilidad laboral reforzada. Siguiendo a Hume:

Mientras se conceda que la razón no tiene influencia sobre nuestras pasiones y acciones es en vano pretender que la moralidad se descubre solamente por una deducción de la razón. Un principio activo no puede fundarse jamás en uno inactivo, y si la razón es inactiva por sí misma debe permanecer siéndolo en todas sus formas y apariencias, ya se ejerza en asuntos naturales o morales, ya considere las propiedades de los cuerpos externos o las acciones de los seres racionales. (Hume, 2001, pág. 334)

Establecer desde la perspectiva jurídica la influencia de la moral sobre la razón en la construcción de las ideas, nos permite explicar con claridad las implicaciones de la doctrina del precedente judicial en las decisiones que desde el año 1997 la Corte Constitucional ha emitido considerando la pugna entre los principios de igualdad y solidaridad con algunas normas contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo que terminan afectando el principio de estabilidad laboral.

Desde este punto se expone que un elemento determinante en el conflicto del despido del trabajador enfermo, es la eficacia de las decisiones de la Corte Constitucional. Cuestión que abordaremos posteriormente con mayor profundidad, pero que a grandes rasgos consiste en preocuparse porque el derecho laboral cumpla con el objetivo de garantizar la seguridad del

negocio jurídico que representa el contrato de trabajo descrito en el principio de la estabilidad laboral. El cual, a su vez, encuentra fundamento en la moral, expresada en quienes toman decisiones judiciales en casos que reflejan la realidad del trabajador enfermo por el trabajo que debe enfrentar además el despido, análisis que va a estar presente en el trasfondo de los elementos estructurales que esperamos establecer.

Al respecto conviene recordar que para Hume la justicia es un artificio de utilidad pública que se origina en las necesidades de los seres humanos, pero se define con actos donde deben concurrir la pasión natural e individual y la búsqueda del bien público dependiendo de los valores en que se mueve la sociedad. Así lo indica Hume:

Cuando ayudo a las personas que se hallan en la desgracia, mi motivo es mi humanidad natural y hasta donde llega mi auxilio he promovido la felicidad de mis semejantes; pero si examinamos todas las cuestiones que se presentan ante un tribunal de justicia hallaremos que, considerando aparte cada caso, será un ejemplo de humanidad frecuentemente decidir en contra de las leyes de justicia y no conformarse a ella. Los jueces toman el caudal de un hombre pobre para entregárselo a un rico, conceden al disoluto el trabajo del industrioso y ponen en manos de los viciosos los medios de dañarse a sí mismos y de dañar a los demás. (Hume, 2001, pág. 410)

247

Así pues, asumiendo que los principios constitucionales no son normas vagas sino de optimización y de contenido moral, donde no hay un orden numérico ni calculable de los valores, entramos a revisar los preceptos desarrollados por la Corte Constitucional para crear la figura denominada “estabilidad laboral reforzada” y su cercanía o lejanía con el principio de estabilidad laboral.

Esta precisión resulta útil, en tanto el principio de estabilidad laboral dentro del derecho laboral sufre un cambio radical de perspectiva, no solo porque no es usual para los juristas abordar en sus escritos la temática del principio para referirse a la estabilidad laboral, sino por su orientación económica. En efecto, en la concepción jurídica hay una estrecha relación entre la sostenibilidad financiera del empresario con las relaciones laborales, y no con el principio de estabilidad laboral como valor social, acudiendo al sentido de la reflexión para tomar decisiones que permitan mejorar el futuro desde lo que se puede considerar justo. En término de Adela Cortina:

Lo moralmente aconsejable no es poner todas las cartas sobre la mesa, sino negociar prudentemente, proyectar estrategias que permitan ir construyendo una sociedad en la que sea posible entablar diálogos de forma transparente para poder determinar qué es lo justo atendiendo a intereses universalizables. (Cortina, 2013, pág. 42)

La estabilidad laboral ha sido un anhelo de la clase trabajadora que siempre ha considerado injusto el despido súbito, arbitrario. Es el escudo protector que permite ubicar el plano de igualdad en la relación laboral. Los trabajadores sin esta protección se niegan a afiliarse a las organizaciones sindicales y ven mayores garantías en participar de las organizaciones de beneficencia o religiosas, de origen empresarial, que ofrecen subrepticamente el beneficio de permanecer en el puesto de trabajo sin que en realidad se considere por ello la estabilidad laboral. Siguiendo a Alfredo Ruprecht, con el reconocimiento del principio de estabilidad, el trabajador:

Deja de ser una no-cosa para transformarse en un hombre, con todos sus derechos y prerrogativas, aunque, claro está, con sus correlativas obligaciones. Pero es que derechos y obligaciones forman la personalidad plena del ser humano y le dan la categoría de tal; es totalmente inconcebible un hombre sin derechos y sin obligaciones. (Ruprecht, 1966, pág. 223)

248

Desde estos supuestos hablaremos de la estabilidad laboral reforzada, que tiene los orígenes en las sentencias de la Corte Constitucional que buscó ilustrar a los ciudadanos y entidades públicas sobre los conceptos derivados del novedoso Estado Social de Derecho, que define la Constitución Política de 1991. La acción de tutela, mecanismo creado para la protección de los derechos fundamentales diferenciados y enumerados dentro de esta norma fundamental, sirvió de soporte para reelaborar la relación entre el Estado y los ciudadanos.

Así, en sentencia T-427 (1992c), la Corte Constitucional toma como referente las normas internacionales de protección a las personas inválidas, con deficiencias físicas o mentales, para considerar este estado como “debilidad manifiesta”, que requiere garantía del principio de buena fe en las actuaciones de las entidades públicas y la incorporación del valor ético de la confianza en las decisiones del Estado. Al respecto la sentencia indicó:

Con respecto al ejercicio de la facultad de remover libremente a los empleados no inscritos en la carrera administrativa cuando median circunstancias de debilidad manifiesta por invalidez parcial o total, es indispensable para las autoridades públicas ceñir sus actuaciones al principio de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución. Aunque la administración pueda aducir la legalidad de su decisión, si con ella se vulnera la efectiva protección de las personas

disminuidas física, sensorial o psíquicamente, aquella sólo será constitucional si es compatible con el principio de la buena fe en cuanto a la oportunidad y proporcionalidad de la medida. Una resolución inoportuna o inadecuada que no tenga en cuenta la condición de manifiesta debilidad en que se encuentra la persona al momento de ser proferida, está, en consecuencia, viciada de nulidad.

La buena fe incorpora el valor ético de la confianza, la cual se vería traicionada por un acto sorpresivo de la administración que no tenga en cuenta la situación concreta del afectado. Las facultades discrecionales de la administración deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Un momento inoportuno para adoptar la medida, la desproporción de la misma o la indiferencia respecto de la situación especial de la persona afectada por la decisión, dan lugar al control jurisdiccional de la actuación administrativa en defensa de los derechos fundamentales. (...) Inversión de la carga de la prueba para casos de protección especial. (Corte Constitucional, 1992c)

Esta sentencia concreta la enunciación de las personas que deben recibir una especial protección del Estado, como garantía de los principios de igualdad y solidaridad en las actividades laborales, que siendo necesaria, aleja la relación laboral del principio de estabilidad laboral tal como lo comentaremos más adelante. Respecto al valor de confianza en las decisiones del Estado, elemento que conforma la legitimidad dentro del derecho, presentaremos el análisis de algunas decisiones de la administración que generan duda en el reconocimiento del valor en mención.

Reconocido el estado de debilidad manifiesta, la Corte Constitucional considera el despido laboral de estas personas como acto discriminatorio, denominando la protección contraria a la decisión del empleador “estabilidad laboral reforzada”. Al respecto en sentencia T-725 de 2009 indicó:

4.1. De manera general, la jurisprudencia de la Corte ha indicado que la protección a la estabilidad del empleo es especialmente relevante cuando se trata de sujetos cuyas características personales hacen suponer que pueden ser susceptibles de discriminación laboral. La figura por la cual el ordenamiento jurídico protege a las personas vulnerables a la discriminación laboral se denomina ‘estabilidad laboral reforzada’ y ampara usualmente a mujeres embarazadas, trabajadores con fuero sindical y discapacitados. En el caso de los discapacitados, la ‘estabilidad laboral reforzada’ es el derecho que garantiza ‘la permanencia en el empleo [...] luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral’. (Corte Constitucional, 2009a)

Es oportuno notar que, desde esta sentencia, la Corte Constitucional aleja la estabilidad laboral de la estructura del principio, degradándola a la categoría de norma de protección general que se refuerza para los trabajadores en condición de discapacidad. Desde allí encontramos el elemento estructural del conflicto laboral que estudiamos. Al respecto la Corte indica:

4.5. El artículo 53 de la Constitución Política establece una protección general de estabilidad laboral de los trabajadores. Y, específicamente, la estabilidad laboral se refuerza cuando el trabajador es una persona que por sus condiciones particulares puede sufrir grave detrimento de una desvinculación abusiva. Es indudable e históricamente evidenciable que la población discapacitada ha sido víctima de discriminación. En consecuencia, el Estado está en la obligación de realizar todas las acciones posibles que permitan igualar las condiciones de acceso laboral de dichas personas. La Corte Constitucional ha establecido la importancia de dar especial protección a las personas con discapacidad, resaltando la orden constitucional de realizar acciones efectivas que pongan a esta población en igualdad de condiciones al resto de la sociedad y su total integración. Por tal razón el legislador prohibió el despido de trabajadores discapacitados cuando dicho despido se dé en razón de su condición, sobre la base de que se trata de medidas discriminatorias que atentan contra la igualdad y el deber de solidaridad. (Corte Constitucional, 2009a)

250

En busca de aportar pistas para identificar el origen del conflicto del despido del trabajador enfermo por el trabajo y mejorar la legitimidad de la estabilidad laboral en las relaciones laborales en Colombia, se desarrolla la relación cercana que la Corte Constitucional en Colombia generó entre el principio de igualdad y solidaridad con las relaciones de trabajo, para consolidar la estabilidad laboral como figura jurídica de creación judicial, alejándola del principio laboral. Soportada la línea jurisprudencial de la figura de estabilidad laboral reforzada en la demostración de encontrarse en condiciones de “debilidad manifiesta”, desde el año 1992 el juez de tutela relaciona las situaciones fácticas descritas por el trabajador despedido con las condiciones creadas por la Corte Constitucional para otorgar la garantía de la estabilidad laboral reforzada o, contrario sensu, denegar la petición.

Para desarrollar este apartado, se recurre a las primeras fuentes jurídicas que establecen la protección a las personas en situación de discapacidad, sin que exista profundidad en los elementos que determinan el estado y protección de la discapacidad. En el lenguaje jurídico se han utilizado expresiones para significar a las personas con condiciones físicas y mentales diferentes tales como “minusválido”, “discapacitado”, “impedido”, “inválido” o “enfermo”,

que causaron rechazo y aumentaron los niveles de discriminación. Estas expresiones fueron eliminadas de las normas internas por orden de la Corte Constitucional en sentencia C-458 (2015), al considerar que:

(...) las expresiones usadas por el Legislador no son neutrales, tienen una carga no sólo peyorativa en términos de lenguaje natural, sino violatoria de derechos en términos de las últimas tendencias del DIDH que ha asumido el enfoque social de la discapacidad. En ese sentido no podrían ser exequibles expresiones que no reconozcan a las personas en condición de discapacidad como sujetos plenos de derechos, quienes a pesar de tener características que los hacen diversos funcionalmente, deben contar con un entorno que les permita desenvolverse con la mayor autonomía posible, pues son mucho más que los rasgos que los hacen diversos y pueden ser parte de la sociedad si ella se adapta a sus singularidades y les da el valor que les corresponde como individuos, en concordancia con el derecho a la dignidad humana (art. 1º CP). (Corte Constitucional, 2015)

A la eliminación de estas expresiones se unen las normas expedidas para garantizar la inclusión a la vida laboral de las personas con alguna condición de discapacidad, dentro de ellas la Ley 361 de 1997 “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones” (Congreso de la República, 1997). Norma pensada para las personas en condición de discapacidad por causas congénitas y adquiridas, pero que se extiende en sus efectos a quienes, ingresando sanos al trabajo, sufren accidentes o enfermedades laborales que los incapacitan y limitan sus facultades para trabajar en la forma inicialmente contratada. Cuando en esta situación los trabajadores son despedidos, acuden al juez de tutela en busca del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada, extensión judicial que genera el conflicto objeto de estudio en esta investigación.

Como consecuencia del diálogo entre los principios de igualdad y solidaridad, la protección laboral a las personas en estado de debilidad manifiesta se extiende a las personas cuya fuente de ingresos por su trabajo proviene de una relación contractual civil o comercial. Esto da una nueva denominación jurídica al principio de estabilidad laboral, que no se reconoce como principio –tal como cuestionamos en apartados anteriores–, asignándole la categoría de garantía jurídica, bajo la denominación de “estabilidad ocupacional reforzada”, para diferenciar el vínculo contractual que se deriva del contrato de trabajo. Según la Corte Constitucional, esta garantía emana de los derechos a la estabilidad en el empleo, a la

igualdad real y efectiva, al trabajo en todas las modalidades, a las políticas de integración social, al mínimo vital y la satisfacción de las necesidades humanas básicas. Así lo indica en Sentencia SU 049(Corte Constitucional, 2017b):

4.4. La Corte decide reiterar su jurisprudencia para casos como este, esta vez en su Sala Plena, con el fin de unificar la interpretación constitucional. El derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no tiene un rango puramente legal sino que se funda razonablemente y de forma directa en diversas disposiciones de la Constitución Política: en el derecho a ‘la estabilidad en el empleo’ (CP art 53); en el derecho de todas las personas que ‘se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta’ a ser protegidas ‘especialmente’ con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad ‘real y efectiva’ (CP arts. 13 y 93); en que el derecho al trabajo ‘en todas sus modalidades’ tiene especial protección del Estado y debe estar rodeado de ‘condiciones dignas y justas’ (CP art 25); en el deber que tiene el Estado de adelantar una política de ‘integración social’ a favor de aquellos que pueden considerarse ‘disminuidos físicos, sensoriales y síquicos’ (CP art 47); en el derecho fundamental a gozar de un mínimo vital, entendido como la posibilidad efectiva de satisfacer necesidades humanas básicas como la alimentación, el vestido, el aseo, la vivienda, la educación y la salud (CP arts. 1, 53, 93 y 94); en el deber de todos de ‘obrar conforme al principio de solidaridad social’ (CP arts. 1, 48 y 95). (Corte Constitucional, 2017b)

Desde estos supuestos, con el diálogo entre los principios y las normas, no se pretende presentar ideas lejanas para una sociedad ideal, tal como lo indicamos en la introducción de esta investigación. Las normas laborales, las decisiones judiciales y administrativas, a partir del fundamento moral de los valores sociales, deben renunciar a la pretensión de regularlo todo, sancionarlo todo, permitirlo todo y encontrar los vacíos jurídicos que cierren el paso a la discrecionalidad de la decisión administrativa y judicial, para estar cerca de los principios laborales que deben entenderse como los valores existentes en las relaciones de trabajo.

En la modernidad existe una íntima relación entre la estructura de los sistemas de gobierno y las normas que se expiden para lograr los fines propuestos. La valoración de las normas depende del tipo de sociedad que el sistema de gobierno espera gobernar, aspecto del que se apartó Kelsen desde el positivismo y es necesario identificar para reconocer qué tan lejos están las decisiones y normas laborales de los valores sociales que requiere el mundo del trabajo para lograr la justicia, la coordinación económica y el equilibrio social que requieren las relaciones laborales en Colombia. Todo en busca de la eficacia de las concepciones

jurídicas que tengan en cuenta la condición humanística y real del trabajo, desconocida por el positivismo lógico que invadió el estudio del derecho.

3.2.1 La estabilidad laboral reforzada: entre el principio de igualdad y el principio de solidaridad

El derecho al trabajo, recogido en el artículo 25 de la Constitución Política⁶⁹, no solo comprende el derecho a acceder a un puesto de trabajo –estabilidad laboral de entrada– en condiciones dignas y justas. Además de lo anterior, implica el deber del Estado de garantizar el empleo a todas las personas en igualdad de condiciones en todas las modalidades, evitando la discriminación en la terminación del contrato de trabajo –estabilidad laboral de salida–.

El sistema jurídico colombiano combina todas las clasificaciones que hemos desarrollado respecto a la estabilidad laboral. La doctrina y la jurisprudencia coinciden en que la jurisprudencia constitucional está supliendo los vacíos legislativos y la ausencia de ratificación de normas internacionales descritos en apartados anteriores, razón por la que en la literatura jurídica se maneja la clasificación de la estabilidad laboral de entrada y salida atendiendo las causas de ingreso y retiro del trabajo (ANDI, 2017a, pág. 24). La Corte Constitucional consolida el concepto de “estabilidad laboral reforzada” desde el año 1992, en armonía con los desarrollos de los principios de igualdad y solidaridad.

253

Relación de la estabilidad laboral reforzada con el principio de igualdad

Es claro que las causas de celebración del negocio jurídico traen consigo las condiciones personalísimas del trabajador/prestador del servicio que se integran con el principio de estabilidad laboral de entrada, que debe garantizarse a todos los trabajadores. En este sentido surge la necesidad social de garantizar el ingreso al sector productivo de las personas que

⁶⁹ El artículo 25 indica: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas” (CP, 1991).

hacen parte de los llamados grupos marginales que históricamente han sido discriminados, con el objeto de eliminar o reducir la desigualdad social, cultural o económica que los aleja de la sociedad y no les permite desarrollarse integralmente como seres sociales en su propio entorno (Naranjo Mejía, 2006, pág. 162).

Permitir el ingreso al trabajo de los integrantes de grupos discriminados socialmente, entre ellos las mujeres en estado de embarazo, las personas en condición de discapacidad, los integrantes de negritudes y la población ROM, se reconoce como *acciones afirmativas* de la sociedad democrática y pluralista, apoyadas por la justicia social. La sentencia hito T-427 de 1992 así lo indica:

7. La Constitución otorga protección jurídica a diversos sectores, grupos o personas en situación de desventaja, marginamiento o debilidad manifiesta (CP art. 13). Sectores de la población como los niños (CP art. 44), los ancianos (CP art. 46), los minusválidos (CP. art. 47), las minorías étnicas (CP art. 7) etc., deben recibir una especial protección del Estado por voluntad del constituyente. De esta forma se busca promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y no simplemente un parámetro formal que deje intocadas las desigualdades sustanciales que se presentan en la sociedad. (Corte Constitucional, 1992c)

254

La primera Corte Constitucional –así llamada por la calidad de sus integrantes y la función que cumplió en la definición de los ejes transversales de la actividad del Estado Social de Derecho–, vinculó el principio de igualdad con los deberes jurídicos que el Estado y los particulares tienen con la población en condiciones de debilidad manifiesta. En la resolución de las primeras acciones de tutela presentadas por servidores públicos que teniendo una deficiencia física o mental eran retirados de sus cargos, se desarrolla la relación cercana entre la estabilidad laboral reforzada y el principio de igualdad. Dentro de ellas se encuentra la ya mencionada sentencia T-427 de 1992⁷⁰, en la que se indicó:

Al Estado competen, según numerosos artículos de la Constitución, las mayores cargas y responsabilidades en relación con el apoyo, promoción y protección de los derechos individuales, sociales, económicos y culturales, en particular por lo que hace a salud, educación y vivienda; el saneamiento ambiental; la seguridad social; la protección de la familia y de los

⁷⁰ En este proceso se discutió el acto administrativo proferido por el Director de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones (CAPRECOM), que retiró del servicio a un trabajador después de habersele practicado una intervención quirúrgica que lo dejó en condición de minusválido relativo.

niños, los adolescentes, las personas de la tercera edad y los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos; la procura de la igualdad real y efectiva; los estímulos y medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas; el acceso progresivo de la propiedad de la tierra a los trabajadores agrarios; la formación y habilitación profesional y técnica; la producción de alimentos; la racionalización de las políticas en materia crediticia; la defensa del patrimonio cultural (...) y, en general, el liderazgo de la comunidad hacia las metas del desarrollo y la promoción de los derechos individuales y colectivos, de conformidad con los demás preceptos constitucionales. (Corte Constitucional, 1992c)

Seguidamente, para el año 1993 en sentencia T-441 el órgano judicial busca superar la mera formalidad del trato igual para todos, descrito en el artículo 13 de la Constitución Política, para garantizar el reconocimiento de forma real y efectiva en personas y grupos discriminados históricamente, en cumplimiento de la función social del Estado Social de Derecho recién instituido en Colombia. Al respecto la sentencia señaló:

De allí que el mismo artículo constitucional en mención haya estatuido que la actividad estatal se orientará al logro de la igualdad real y efectiva, adoptando medidas en favor de grupos discriminados o marginados y protegiendo especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en posición de debilidad manifiesta. Esta función, que tiene fundamento en el concepto del Estado Social de Derecho, excluye las tendencias que pretenden hacer de la igualdad un rasero único, inmodificable y no susceptible de adaptaciones. (...) Se trata de un alcance material de la igualdad, que se deriva de lo estatuido en el artículo 13 de la Constitución:

‘El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados y marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan’.

Cuando esas circunstancias de debilidad manifiesta provienen de condiciones físicas que, como las de los minusválidos, afectan gravemente a la persona haciendo que le sea más difícil que a las demás llevar a cabo su actividad personal y laboral, el Constituyente ha previsto de manera expresa e indudable la función del Estado Social de Derecho:

‘Artículo 54.- Es obligación del Estado y de los empleados ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud’.

Este mandato se erige en verdadero deber de las autoridades, pues hace parte de su razón de ser constitucional: ‘Las autoridades de la República están instituidas para (...) asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares’. (Corte Constitucional, 1993b)

Un gran volumen de acciones de tutela fue presentado por los ciudadanos⁷¹ debido a que, encontrándose en estado de debilidad manifiesta por afectaciones del estado de salud, fueron despedidos por sus empleadores públicos y privados. Frente a esta situación, en sentencia de unificación SU 256 de 1996, la Corte Constitucional llama la atención a los empleadores para indicarles que el simple reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa, descrita en el Código Sustantivo del Trabajo, no era suficiente para el trabajador lesionado en los derechos fundamentales, dentro de los cuales se destaca la igualdad. Así lo señaló:

Al respecto resulta necesario precisar que si bien la legislación laboral establece como despido injustificado aquel que se produce cuando no está presente una de las causales que justifican la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador y que el Código Sustantivo del Trabajo taxativamente enumera, no por ello puede concluirse 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.

La violación de estos derechos ocasiona en el caso bajo examen un perjuicio evidente, que no se ve resarcido con el simple pago de una indemnización. (Corte Constitucional, 1996b)

Las primeras sentencias de tutela que describen la garantía del principio de igualdad real tienen como parte demandada a entidades del Estado que desvinculan de los cargos públicos a trabajadores en condiciones de debilidad manifiesta, figura jurídica que soporta el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada.

256

En sentencia T-376 de 1997, derivada de proceso iniciado por un soldado que, herido en combate, es retirado del servicio por el Ejército Nacional. La Corte Constitucional señaló:

Por lo tanto, para la revisión de este tema no se pueden perder de vista dos aspectos ya enunciados pero que resulta necesario reiterar: el primero de ellos se refiere al deber legal del Ministerio de Defensa-Ejército Nacional de otorgar la atención médica y asistencial a sus soldados en razón a las alteraciones presentadas en su estado de salud en momentos en que prestan el noble y loable servicio a la patria; y el segundo, a su vez versa sobre la inaplazable obligación constitucional del Estado de proteger a aquellas personas que por su condición física y mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, según lo dispuesto en el

⁷¹ Para la consolidación de las decisiones judiciales se analizaron 167 sentencias proferidas por la Corte Constitucional desde el año 1992 hasta el año 2019, que a su vez describían dentro de las *obiter dicta* referencias de un número mayor de sentencias de tutela que soportaban la decisión del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada.

inciso 3o. del artículo 13 de la Constitución Política, y particularmente cuando el derecho a la salud pueda verse afectado de tal manera que implique un riesgo para la misma subsistencia. (Corte Constitucional, 1997a)

Las condiciones de igualdad real y efectiva se derivan del principio de igualdad, descrito en el artículo 13 de la Constitución Política. Para la Corte Constitucional este artículo comprende todas las formas de manifestación formal y sustancial. Para ejemplificar la diferencia, encontramos que algunas normas laborales existentes antes de la Constitución de 1991 fueron expedidas bajo los supuestos de la sociedad moralmente machista y excluyente de la mujer. En el desarrollo jurisprudencial del principio de igualdad se encuentra la sentencia C-410 (Corte Constitucional, 1996d), que resuelve el cuestionamiento de la validez constitucional del párrafo del artículo 81 del Decreto 1214 de 1990⁷², en cuyo contenido se excluía como beneficiario de los servicios de salud al cónyuge de las empleadas del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional. En criterio de la Corte Constitucional la norma demandada determinaba, dentro de los valores de la sociedad, la concepción de ser “menos hombre” aquel que es “sostenido” por su mujer, por la concepción cultural de las diferencias de roles entre hombres y mujeres en el mundo del trabajo. Esta disposición anacrónica configuraba la discriminación por sexo, contraria al texto constitucional de 1991, razón por la que se declara inexecutable el contenido normativo⁷³. En la sentencia, la Corte indicó:

257

Ahora bien, conforme a la jurisprudencia enunciada, la igualdad formal no es ajena al establecimiento de diferencias en el trato, sustentadas en condiciones relevantes que imponen la necesidad de distinguir situaciones para otorgarles tratamientos diferentes, cuyos supuestos exigen un tratamiento igual para los mismos y desigual con respecto a quienes no se encuentran cobijados por la misma situación.

⁷² El Decreto 1214 de 1990 “Por el cual se reforma el Estatuto y Régimen Prestacional del Personal Civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional” fue demandado por el contenido del párrafo del artículo 81 que indicaba: “**PARAGRAFO 1o.** Se exceptúan de los servicios médicos y asistenciales aquellas lesiones o afecciones anteriores al ingreso que figuren en la ficha médica y al cónyuge de las empleadas del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, salvo los casos de incapacidad absoluta, gran invalidez o edad superior a los sesenta y cinco (65) años.” La vigencia de esta norma prohibía al cónyuge hombre de las empleadas del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, ser beneficiario del servicio de salud. El demandante sustenta la existencia de un acto de discriminación y vulneración del principio de igualdad entre hombres y mujeres. La norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional.

⁷³ Los desarrollos judiciales referidos al principio de igualdad se encuentran en las sentencias T-432 de 1992, C-221 de 1992, T-597 de 1993 y T-098 de 1993.

Del mismo modo, la igualdad sustancial alude al compromiso de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho, las cuales se oponen al disfrute efectivo del derecho, lo que hace necesaria la configuración de medidas que puedan compensar y sean defensivas, con respecto a personas y grupos ubicados en condiciones de inferioridad mediante el ejercicio de acciones positivas por parte de las autoridades públicas. (Corte Constitucional, 1996d)

La igualdad formal tiene que ver con las descripciones normativas y la igualdad sustancial con los actos del Estado, dentro de ellos las posibilidades de adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados, así como la obligación de brindar protección a personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

La Corte Constitucional acude al sistema de estructuras de ponderación, que describe Alexy⁷⁴, para establecer la prevalencia del principio de igualdad frente a los actos de discriminación. Utiliza la teoría de la argumentación jurídica para establecer diferencias razonables en los supuestos de hecho que deben justificar un trato diferenciado y legítimo que no afecte –o lo haga en el menor grado posible–, los intereses jurídicos de las personas, destacando el progreso de la norma constitucional frente a la anterior. Al respecto en sentencia C-409 de 1994, se indicó que existen supuestos que:

(...) justifican el trato diferenciado, a saber:

a) La diferenciación razonable de los supuestos de hecho: El principio de igualdad solo se viola si el tratamiento diferenciado de casos no está provisto de una justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe ser apreciada según la finalidad y los efectos del tratamiento diferenciado.

b) Racionalidad y proporcionalidad: Fuera del elemento anotado anteriormente, debe existir un vínculo de racionalidad y proporcionalidad entre el tratamiento desigual, el supuesto de hecho y el fin que se persigue.

Así, los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir su carácter de legitimidad. Este principio busca que la medida no sólo tenga fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los

⁷⁴ Para Robert Alexy el principio de proporcionalidad tiene tres desarrollos sistemáticos: el sistema de condiciones de prioridad que permite establecer relaciones de prioridad para nuevos casos, condiciones en las que un principio prevalece sobre otro. El sistema de estructuras de ponderación, las posibilidades fácticas tienen relación con la adecuación y la necesidad. El sistema de prioridades *prima facie* dan mayor carga a la argumentación (Alexy, 1988, pág. 143).

intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que si ello sucede, lo sean en grado mínimo. (Corte Constitucional, 1994c)

Es a partir de la exploración del principio de igualdad que empieza el reconocimiento jurídico de situaciones que pueden afectar los derechos fundamentales de una persona que, en conjunto, forman el denominado “estado de debilidad manifiesta”. Entre dichas situaciones se encuentran las afectaciones a la salud, a la situación económica que perturba el mínimo vital, a la moral y dignidad; así como condiciones familiares de hombres o mujeres cabeza de familia y la edad muy avanzada o el cuidado de menor incapaz. Entre las primeras sentencias más destacadas se encuentran las siguientes consideraciones, referidas a la estabilidad laboral por estado de debilidad manifiesta emitidas por la Corte Constitucional.

Sentencia T-1040 de 2001:

Estos sujetos de protección especial a los que se refiere el artículo 13 de la Constitución, que por su condición física estén en situación de debilidad manifiesta, no son sólo los discapacitados calificados como tales conforme a las normas legales. Tal categoría se extiende a todas aquellas personas que, por condiciones físicas de diversa índole, o por la concurrencia de condiciones físicas, mentales y/o económicas, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta. Así mismo, el alcance y los mecanismos legales de protección pueden ser diferentes a los que se brindan a través de la aplicación inmediata de la Constitución. La protección legal opera por el sólo hecho de encontrarse la persona dentro de la categoría protegida, consagrando las medidas de defensa previstas en la ley. Por su parte, el amparo constitucional de las personas en circunstancia de debilidad manifiesta permite al juez de tutela identificar y ponderar un conjunto más o menos amplio y variado de elementos fácticos para deducir la ocurrencia de tal circunstancia y le da un amplio margen de decisión para proteger el derecho fundamental amenazado o restablecerlo cuando hubiera sido vulnerado. En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados. (Corte Constitucional, 2001)

Sentencia T-519 de 2003:

Ni en la Constitución, ni en la jurisprudencia de esta Corporación, ni en ninguna norma de protección a los disminuidos físicos, se ha fijado que la protección reforzada en el campo laboral se deba brindar únicamente cuando por causa del trabajo se empieza a padecer la dolencia. En conclusión se puede afirmar que (i) en principio no existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral; sin embargo, (ii) frente a ciertas personas se presenta una estabilidad

laboral reforzada en virtud de su especial condición física o laboral. No obstante, (iii) si se ha presentado una desvinculación laboral de una persona que reúna las calidades de especial protección la tutela no prosperará por la simple presencia de esta característica, sino que (iv) será necesario probar la conexidad entre la condición de debilidad manifiesta y la desvinculación laboral, constitutiva de un acto discriminatorio y un abuso del derecho. Por último, (v) la tutela sí puede ser mecanismo para el reintegro laboral de las personas que por su estado de salud ameriten la protección laboral reforzada, no olvidando que de presentarse una justa causa podrán desvincularse, con el respeto del debido proceso correspondiente. (Corte Constitucional, 2003b)

Sentencia C-991 de 2004:

Las madres y padres cabeza de familia sin otra alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, o servidores que cumplieran los requisitos para obtener la pensión de jubilación o vejez en el término de tres años obtenían una protección laboral especial consistente en la no desvinculación laboral en virtud de la reestructuración. (Corte Constitucional, 2004c)

Sentencia C-381 de 2005:

Del aludido artículo se colige que a supuestos de hecho iguales han de aplicarse unas consecuencias jurídicas también iguales y que para poder introducir una diferenciación entre esos supuestos es necesario que exista una justificación suficiente para el trato distinto que a la vez sea fundada y razonable. Así mismo, en dicho canon constitucional se impone al Estado el imperativo de promover las condiciones necesarias para que esa igualdad sea real y efectiva y la adopción de medidas a favor de grupos discriminados o marginados. (Corte Constitucional, 2005a)

Así, el estado de debilidad manifiesta requiere de especial protección como garantía del principio de igualdad descrito en el artículo 13 de la Constitución Política⁷⁵, para evitar la discriminación, en busca de la igualdad real y efectiva. El principio de igualdad resulta fundamental para entender el principio de estabilidad laboral, pero también se utiliza para cuestionar el peso que existe entre este y el reconocido principio de sostenibilidad, defendido por el sector empresarial (ANDI, 2017a, pág. 26), que parece apoyar la determinación de ser

⁷⁵ Al respecto el artículo 13 de la Constitución Política indica: “**ARTÍCULO 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica” (CP, 1991).

la estabilidad laboral reforzada una garantía de creación judicial alejada de la estructura del principio de estabilidad laboral.

Relación de la estabilidad laboral reforzada con el principio de solidaridad

Para mayor confusión jurídica de la real categoría de la estabilidad laboral, la Corte Constitucional en sentencia T-445 de 2014 describe la estabilidad laboral como elemento del derecho fundamental al trabajo. Tiene tres categorías que se derivan del vínculo, que se describen así:

4.2. La estabilidad laboral precaria es característica de los trabajadores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción. Éstas personas pueden ser despedidas sin que el empleador demuestre la existencia de una justa causa y sin que tenga que indemnizarlas dada la amplia discrecionalidad de la que goza.

4.3. La estabilidad laboral impropia suele acompañar a todo contrato laboral. A través suyo se busca proteger al trabajador de un despido injusto, pues el empleador sólo está autorizado para terminar la relación laboral cuando existe una justa causa para tal efecto, o cuando ante la ausencia de una, indemniza adecuadamente al trabajador.

4.4. Finalmente, la estabilidad laboral absoluta o reforzada, hace relación a que el vínculo laboral sólo puede ser terminado por el empleador ante la existencia de una justa causa sin importar si el contrato de trabajo es a término fijo o indefinido. De lo contrario, el despido se torna ineficaz y se debe reintegrar al trabajador en los casos en que resulte pertinente. La estabilidad laboral reforzada es un derecho que tienen los trabajadores que se encuentran en una situación de vulnerabilidad a permanecer en el trabajo y a gozar de cierta seguridad en la continuidad del vínculo laboral. (Corte Constitucional, 2014b)

Retomando la clasificación de la estabilidad laboral, realizada por la Corte Constitucional en la sentencia anterior, nótese la definición dada a la estabilidad laboral reforzada “es un derecho que tienen los trabajadores que se encuentran en una situación de vulnerabilidad a permanecer en el trabajo y a gozar de cierta seguridad en la continuidad del vínculo laboral” (Corte Constitucional, 2014b). Aquí se identifica la presencia de un elemento estructural en el conflicto jurídico objeto de estudio. El órgano judicial asume para la estabilidad laboral reforzada la seguridad de la continuidad del vínculo laboral para quienes tienen condiciones de debilidad manifiesta, cuando este elemento jurídico hace parte del principio de seguridad del negocio jurídico que hemos venido desarrollando, dando espacio para que el empleador

asuma la reducción de esta seguridad solo para los trabajadores que presentan condición de vulnerabilidad.

Junto al principio de igualdad, la Corte Constitucional desarrolla el principio constitucional de solidaridad que incumbe a todas las personas naturales o jurídicas para contribuir con el Estado al cumplimiento de los fines constitucionales. El deber de solidaridad tiene conexión directa con los derechos fundamentales, razón por la que es factible imponer cargas concretas a los particulares, incluidas las relaciones laborales:

4.8. En materia laboral, la Corte Constitucional ha acudido al principio de solidaridad para sustentar la existencia de una estabilidad laboral reforzada a favor de las personas que, a raíz de una disminución en sus condiciones físicas, no pueden trabajar en igualdad de condiciones. En esta medida, ha establecido que ‘el empleador asume una posición de sujeto obligado a brindar especial protección a su empleado en virtud de la condición que presenta’. Esto es, ‘a mantener al trabajador en su cargo o trasladarlo a otro similar que implicara menos riesgo hipotético.’ (Corte Constitucional, 2014b)

El principio de solidaridad, descrito en el artículo 1 de la Constitución Política⁷⁶, se entiende como un deber de todos por pertenecer a la sociedad y una obligación de coadyuvar para hacer efectivos los derechos fundamentales, de manera que es:

(...) un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. La dimensión de la solidaridad como deber, impone a los miembros de la sociedad la obligación de coadyuvar con sus congéneres para hacer efectivos los derechos de éstos, máxime cuando se trata de personas en situación de debilidad manifiesta, en razón a su condición económica, física o mental. (Corte Constitucional, 2013b)

Este principio además permite la consecución de los fines esenciales del Estado, dentro de ellos la intervención a favor de los desventajados de la sociedad, de las personas y grupos humanos en situación de vulnerabilidad y debilidad manifiesta. Según la Corte Constitucional:

⁷⁶ Constitución Política artículo 1: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (CP, 1991).

La Carta proyecta este deber de solidaridad, de manera específica, a partir de los mandatos constitucionales que establecen una obligación de especial protección para personas y grupos humanos en situación de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, como las mujeres cabeza de familia (art. 43 CP), los menores de edad (arts. 44 y 45), las personas enfermas y discapacitadas (art. 47) y los ancianos (art. 46), entre otros. (Corte Constitucional, 2014d)

En asuntos laborales, las personas pueden encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta o que afectan la salud generando dificultades para conseguir trabajo o conservar el que tienen, en ambos casos impidiendo un ingreso digno. Estas circunstancias, para la Corte Constitucional, requieren de la ponderación de los principios de igualdad y de solidaridad para hacer efectiva la protección del derecho al trabajo, desde distintas perspectivas:

La finalidad de esta protección ha sido asumida desde distintas perspectivas, según sea el caso, pues se ha entendido que ella se dirige primordialmente a (i) evitar que la desvinculación laboral se origine en un acto de discriminación, (ii) equilibrar las cargas en favor de un sujeto que requiere un tratamiento especial con sustento en la igualdad material, (iii) garantizar la continuidad en el tratamiento de salud y en casos excepcionales y (iv) materializar el principio de solidaridad del ordenamiento constitucional. Así, en los términos de la Corte Constitucional ‘(...) la relación empleador – empleado, denota un conjunto de obligaciones recíprocas que no sólo tienen el propósito de aumentar la productividad, ya sea en términos económicos o de eficiencia en los procesos, sino que fomentan la solidaridad’. (Corte Constitucional, 2016b)

Estos pronunciamientos jurisprudenciales han sido interpretados como los creadores del “fuero de salud” que se suma a los distintos fueros laborales para garantizar la estabilidad laboral de los trabajadores y que, con fundamento en el principio de solidaridad, se aplica en todas las etapas de la relación laboral. Así, tenemos que al iniciar la relación laboral la solidaridad obliga que en el proceso de selección no se discrimine a las personas por condiciones especiales diferentes o con patologías socialmente señaladas pero científicamente no invalidantes para el trabajo. A continuación, durante el proceso de ejecución del trabajo, la solidaridad exige que cuando las condiciones del lugar de trabajo afecten la salud del trabajador y no le permitan ejercer la labor en las condiciones inicialmente contratadas –o deba hacerlo con restricciones médicas–, el empleador debe garantizar la reubicación laboral y dar capacitación adicional en la nueva condición de trabajo o para el nuevo cargo asignado. Y finalmente, en la terminación del contrato de trabajo,

además de la justa causa es necesario adelantar el trámite administrativo para hacer efectivo el despido o la terminación (Toro Ramírez, 2016, pág. 56).

El reconocimiento efectivo de la Corte Constitucional del principio de solidaridad del Estado y los particulares con la persona en estado de debilidad manifiesta, determina la relación entre este principio y la estabilidad laboral reforzada como garantía judicial, pero lo aleja de la estabilidad laboral como principio autónomo. El principio de solidaridad tiene origen en la compasión y el socorro que el Derecho Internacional Humanitario reclama al Estado frente a sus ciudadanos. Así lo señala la Corte Constitucional:

La construcción de la solidaridad humana y no la competencia mal entendida por sobrevivir, es el principio de razón suficiente del artículo 95 de la Carta Política y por ello, en lugar de rechazar a quien está en situación ostensible de debilidad, es deber positivo de todo ciudadano -impuesto categóricamente por la Constitución- el de socorrer a quien padece la necesidad, con medidas humanitarias. La acción humanitaria es aquella que desde tiempos antiquísimos inspiraba a las religiones y a las sociedades filantrópicas hacia la compasión y se traducían en medidas efectivas de socorro, que hoy recoge el derecho internacional humanitario. En el caso sub-judice, lo solidario, lo humanitario, lo respetuoso de los derechos fundamentales implicados era, se insiste, mantener al trabajador en su cargo o trasladarlo a otro similar que implicara menos riesgo hipotético. (Corte Constitucional, 1996b)

264

El principio de solidaridad como el principio de igualdad, para la Corte Constitucional es fundamento de la garantía de “estabilidad laboral reforzada” para personas en estado de debilidad manifiesta, según las siguientes sentencias.

Sentencia T-519 de 2003:

Esta protección especial se soporta, además del singular amparo brindado por la Constitución a determinadas personas por su especial condición, en el cumplimiento del deber de solidaridad; en efecto, en estas circunstancias, el empleador asume una posición de sujeto obligado a brindar especial protección a su empleado en virtud de la condición que presenta. (Corte Constitucional, 2003b)

Sentencia T-469 de 2004:

El valor superior de la solidaridad orienta la interpretación de los derechos fundamentales y en especial, las reglas e instituciones que rigen las relaciones entre empleadores y trabajadores. La necesidad de la actividad laboral para la obtención de los medios de subsistencia y el desarrollo personal de las capacidades individuales hacen necesario que en su regulación y ejecución se refleje el principio de solidaridad, renovando los contratos a término fijo de los

trabajadores que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta mientras éste cumpla con sus obligaciones, o subsista la causa que dio origen al contrato de trabajo, o en su defecto cuando sea posible vincularlo a otro cargo o reubicarlo en otro lugar de trabajo de la misma empresa, filial o subsidiaria.

Sobre el alcance del deber de solidaridad que le exige a los empleadores asumir cierta carga para hacer realidad el principio de la estabilidad laboral de personas en situación de debilidad manifiesta, esta Corporación ha dicho que:

‘Esta protección especial se soporta, además del singular amparo brindado por la Constitución a determinadas personas por su especial condición, en el cumplimiento del deber de solidaridad; en efecto, en estas circunstancias, el empleador asume una posición de sujeto obligado a brindar especial protección a su empleado en virtud de la condición que presenta’. (Corte Constitucional, 2004b)

Sentencia T-791 de 2009:

Por lo tanto, en aplicación del principio Superior de solidaridad, por regla general, le asiste la obligación al empleador de reubicar al trabajador que padece de una discapacidad o una incapacidad física o mental, en una actividad digna y conforme con su estado de salud, salvo que se demuestre que ‘existe un principio de razón suficiente que lo exonera de cumplirla’.

Tal derecho ha sido entendido por la Corte como un medio importante para garantizar los derechos fundamentales de quienes padecen alguna limitación física. Por ello, en desarrollo de lo preceptuado por el artículo 54 de la Constitución Política, el derecho a la conservación del empleo y el desarrollo de actividades productivas a pesar de los quebrantos de salud representan para el trabajador, nada menos que la posibilidad de satisfacer su mínimo vital y, en consecuencia, de vivir dignamente. (Corte Constitucional, 2009b)

265

En el siguiente texto la Corte Constitucional concluye que la igualdad y la solidaridad son mandatos de optimización conforme lo describe Robert Alexy, de aplicación inmediata para permitir el ejercicio efectivo de los derechos, pero con estos pronunciamientos ha debilitado el autónomo principio de la estabilidad laboral dentro de las relaciones laborales. La sentencia indica:

Es por ello, que en virtud del principio de solidaridad social es obligación del Estado y de los mismos particulares proteger a quienes están en una condición de debilidad manifiesta y en caso de incumplirse con esa carga, la autoridad competente tiene la facultad de intervenir y disuadir el incumplimiento. Lo anterior por cuanto las normas constitucionales no se interpreten únicamente de manera descriptiva, sino que son mandatos prescriptivos de aplicación inmediata (arts. 13, 23, 29, 43, 44, entre otros) de tal forma que intervienen en las relaciones de los asociados y de estos con el Estado. (Corte Constitucional, 2010b)

Al respecto se indicó en la Sentencia T-1083 de 2007:

El diseño constitucional del Estado colombiano como Social de Derecho apareja la obligación, dirigida a las autoridades y los particulares que lo conforman, de adoptar aquellas medidas que se requieran para garantizar la igualdad material entre los asociados y de esta forma, permitirles el ejercicio efectivo de los derechos de los que son titulares de acuerdo con la Constitución y las normas internacionales. (Corte Constitucional, 2007b)

Con base en estas precisiones, resulta evidente que la llamada “estabilidad laboral reforzada” fue creada por la Corte Constitucional para las personas en estado de debilidad manifiesta, como garantía de los principios de igualdad y solidaridad descritos en la Constitución Política. Desde el año 1991 este órgano judicial ha generado una convención social entre el Estado, los particulares y los ciudadanos que se ha ido construyendo a partir de las experiencias concretas con miras al reconocimiento de la dignidad humana en todos los ámbitos de la vida, pero en ningún caso asume la estabilidad laboral en la figura de principio del derecho laboral ni la diferencia para los trabajadores en particular. Situación que la sociedad capitalista ha utilizado en su favor para tomar decisiones que afectan el contrato de trabajo y desestabilizan la seguridad jurídica que debe regir el desarrollo del acuerdo contractual.

266

3.2.2. La estabilidad laboral reforzada enfrentada con las condiciones de discapacidad

Existe el problema de la difícil vinculación laboral de las personas en condición de discapacidad, desde los actos descritos que representan la estabilidad de entrada, hasta la estabilidad de salida por los procesos administrativos que los empleadores deben hacer para la terminación del contrato de trabajo y/o despido. Se suma a este entuerto laboral de las personas en condición de discapacidad, el enfrentamiento de la discapacidad con los incapacitados de larga duración y la enfermedad.

Al respecto, Cuervo y Moreno (2017, pág. 568) indican que en los últimos quince años la comunidad académica se ha preocupado por investigar la relación entre la discapacidad y el trabajo con enfoques desde la medicina, la sociología, la salud pública y, el que interesa en esta investigación, el derecho. Sin embargo, en Colombia los estudios realizados no logran

establecer claramente cuáles son las condiciones necesarias para que los trabajadores que, afectados por el accidente o la enfermedad –sin tener condiciones de discapacidad–, conserven el trabajo atendiendo al principio de estabilidad laboral; y para que los empleadores no acudan al rápido camino del despido.

En este apartado, entonces, se pretende establecer las condiciones que enfrentan la estabilidad laboral reforzada de las personas en condición de discapacidad por condiciones congénitas o comunes y la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores enfermos y accidentados por el trabajo. Ante la importancia que para las relaciones laborales tiene el reconocimiento de los derechos de las personas en condición de discapacidad, destinaremos el capítulo siguiente al desarrollo de esta temática.

La discapacidad y el derecho al trabajo

Desde la Declaración de los Derechos Humanos, proclamada por las Naciones Unidas en 1948, se han expedido normas internacionales tendientes a la protección de las personas con cualquier clase de discapacidad física, psíquica o sensorial. Entre estas normas tenemos la Declaración de los Derechos del Deficiente Mental de 1971 y la Declaración de los Derechos de las Personas con Limitación de 1975 emitidas por la ONU, el Convenio 159 de la OIT, la Declaración de Sund Berg de Torremolinos de 1981, la Declaración de las Naciones Unidas concerniente a las personas con limitación de 1983, la Recomendación 168 de la OIT de 1983 y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2007 (Duque Quintero, Quintero Quintero, & González Sánchez, 2016, pág. 61).

A estas normas se suman otras que, construidas para generar la integración en la sociedad y permitir su participación en los sistemas políticos, culturales, educativos y laborales⁷⁷, se expiden con expresiones consideradas “discriminatorias” que tienen efecto de bumerán para las personas con alguna discapacidad en la sociedad. Para contrarrestar este resultado, las

⁷⁷ Al respecto se puede revisar El Programa Mundial para los impedidos de 1980, la declaración de los derechos del retrasado mental de 1971 y la declaración de los derechos de los impedidos 1975, entre otros.

organizaciones internacionales, en desarrollo del principio general del derecho “las cosas se deshacen como se hacen”, emiten disposiciones corrigiendo los yerros idiomáticos con fundamento en el *modelo social de la discapacidad*, que supera los enfoques de la *prescindencia* y la *rehabilitación*⁷⁸ para el trato social de las personas con alguna discapacidad. A partir de la aprobación de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad⁷⁹ y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad⁸⁰, Colombia generó mecanismos de corrección de las expresiones idiomáticas que pueden generar discriminación silenciosa radicada en la discapacidad de las personas y no en las limitaciones que la sociedad les impone. Así lo determinó la Corte Constitucional en sentencia C-458 de 2015:

(...) la Corte considera que el lenguaje utilizado sí atenta contra la dignidad humana y la igualdad, pues no se trata de palabras o frases que respondan a criterios definitorios de técnica jurídica; son solamente formas escogidas para referirse a ciertos sujetos o situaciones, opciones para designar que no son sensibles a los enfoques más respetuosos de la dignidad humana. (...) No cabe ninguna duda del poder del lenguaje y más del lenguaje como forma en la que se manifiesta la legislación, que es un vehículo de construcción y preservación de estructuras sociales y culturales. Ese rol de las palabras explica que las normas demandadas puedan ser consideradas inconstitucionales por mantener tratos discriminatorios en sus vocablos. Cabe recordar que el mandato de abstención de tratos discriminatorios ostenta rango constitucional (art. 13 CP) y por tanto cualquier acto de este tipo -incluso cuando se expresa a través de la normativa- está proscrito. (Corte Constitucional, 2015)

268

Para la garantía de los derechos de las personas en condición de discapacidad, Colombia ha expedido normas que se integran al Sistema General de Seguridad Social, al Sistema General de Educación y a las políticas públicas de integración social de las personas con limitaciones. Respecto a este último, en 1997 se expide la Ley 361 “por la cual se establecen mecanismos

⁷⁸ La discapacidad ha pasado por varios enfoques de estudio y proyección social, entre ellos la prescindencia, que tiene derivaciones religiosas, en tanto comprende la interpretación de la discapacidad como una expresión diabólica y propone como medida para enfrentarla el aislamiento o la eliminación de quien la sufre para prescindir de ella. Eran personas consideradas anormales y dependientes que debían ser aisladas para recibir la caridad del Estado y la sociedad. El enfoque de la rehabilitación de estructura médica considera la discapacidad por las manifestaciones físicas, fisiológicas o psicológicas que alteran el normal funcionamiento del cuerpo humano (Toboso Martín & Arnau Ripollés, 2008).

⁷⁹ Esta Convención fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en ciudad de Guatemala el 6 de julio de 1999 y aprobada en Colombia por la Ley 762 de 2002.

⁸⁰ Mediante la Ley 1346 de 2009, Colombia aprueba la "Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad", adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones”, con el objeto de eliminar todo acto discriminatorio que la sociedad colombiana pudiera expresar contra las personas con alguna limitación, en busca de cumplir con las normas internacionales de integración social.

En los principios generales expresados en la Ley 361 de 1997, se reconoce la dignidad que le es propia a las personas con limitaciones severas y profundas, en relación con los derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales. Dentro de los mecanismos de integración de las personas con limitaciones se encuentra la creación y fomento de las fuentes de trabajo a través de las instituciones del Estado, con asignación de funciones expresadas en los ámbitos laborales –Ministerio del Trabajo y Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA)– y de la Seguridad Social –Ministerio de Salud–. Las expresiones *persona limitada* y *limitación*, utilizadas en esta norma en virtud de la sentencia C-458 de 2015 ya expuesta, son reemplazadas por *discapacidad* o *en situación de discapacidad*.

En el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se dispuso:

Artículo 26º.- 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. (Congreso de la República, 1997)

En análisis jurisprudencial del contenido normativo, la Corte Constitucional (2008a) estimó que la norma tiene una protección laboral reforzada positiva y negativa. La primera se materializa con la prohibición de asumir la limitación de la personas como obstáculo para la vinculación laboral, la segunda es la prohibición de terminar el contrato de trabajo por el estado de limitación de la personas que se entiende como acto discriminatorio y la obligación de tramitar previamente el despido ante la autoridad administrativa.

El derecho al trabajo no se representa solo en la posibilidad de obtener el salario para garantizar los medios de subsistencia congruos y necesarios de las personas y sus familias; también representa, como se ha expuesto líneas atrás, la realización profesional. Para las personas que tienen condiciones de discapacidad, el trabajo tiene un contenido adicional, representado en sentirse útil y ser aceptado por la sociedad. La estabilidad laboral de entrada tiene mayores obstáculos en Colombia cuando se está en condiciones de discapacidad, razón por la que con la Ley 361 de 1997 se buscó incentivar a la empresa privada con la disminución de tributos por la contratación de personas en condición de discapacidad⁸¹. A través de las sentencias SU-256 (1996b) y T-1219 (2005c), la Corte Constitucional creó línea jurisprudencial para prohibir al empleador realizar pruebas de laboratorio tendientes a verificar el estado de embarazo o de enfermedades catastróficas del futuro trabajador para permitirle acceder o permanecer en el trabajo, con la excepción de ser consistente con la necesidad de la profesión u oficio para el cual se espera contratar.

Ahora bien, lograda la vinculación laboral, el trabajador en condición de discapacidad ve materializados los principios constitucionales de la igualdad y la solidaridad, por la exigencia normativa al empleador de reubicar al trabajador en caso de situaciones sobrevinientes, dando la respectiva capacitación en las actividades que resulten nuevas (Naranjo Mejía, 2006, pág. 158).

Respecto a la estabilidad de salida para las personas en condición de discapacidad, se ajusta la denominación dada por la Corte Constitucional de “estabilidad laboral reforzada”. Para la terminación del contrato de trabajo de las personas en condición de discapacidad, no basta

⁸¹ El artículo 24 de la Ley 361 de 1997 indica: “**ARTÍCULO 24.** Los particulares empleadores que vinculen laboralmente personas en situación de discapacidad tendrán las siguientes garantías: a) A que sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitación, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados si estos tienen en sus nóminas por lo menos un mínimo del 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad enunciadas en la presente ley debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona y contratados por lo menos con anterioridad a un año; igualmente deberán mantenerse por un lapso igual al de la contratación; b) Prelación en el otorgamiento de créditos subvenciones de organismos estatales, siempre y cuando estos se orienten al desarrollo de planes y programas que impliquen la participación activa y permanente de personas en situación de discapacidad; c) El Gobierno fijará las tasas arancelarias a la importación de maquinaria y equipo especialmente adoptados o destinados al manejo de personas en situación de discapacidad. El Gobierno clasificará y definirá el tipo de equipos que se consideran cubiertos por el beneficiario” (Congreso de la República, 1997).

para el empleador demostrar –como lo señala el Código Sustantivo del Trabajo– la justa causa de terminación y /o el cumplimiento del plazo fijo pactado; además debe acreditar que la decisión no obedece a un acto discriminatorio por las condiciones del trabajador.

De entrada o de salida, la estabilidad laboral para las personas en condición de discapacidad no es bien recibida por los empleadores, quienes contrario sensu la ven como la “más reforzada inestabilidad”. Para el año 2015 un 55% de las empresas en Colombia no estaban dispuestas a contratar personas en situación de discapacidad, por el contenido del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 que, según los empleadores, ha creado en el imaginario de las personas en condición de discapacidad la imposibilidad de desvincularlos del trabajo bajo ninguna circunstancia (ANDI, 2017a, pág. 19).

En materia de empleo de las personas en condición de discapacidad, mediante la Ley 82 de 1988 Colombia aprobó el Convenio 159 de 1983 de la OIT. La Ley fue reglamentada a través del decreto 2177 de 1989, mediante la cual se promueven programas y políticas públicas orientados a que los empleadores públicos y privados permitan el ingreso a sus empresas de las personas que hacen parte de este grupo poblacional, así como garantizar la permanencia en el trabajo, evitando los actos discriminatorios.

Todas las normas en mención contemplan las expresiones “estado de debilidad manifiesta”, “discapacidad”, “incapacidad” e incluso “invalidez”, que también son usadas por la Corte Constitucional en la creación de la figura de la “estabilidad laboral reforzada”. Esta situación ha generado controversia entre los empleadores por la extensión que se ha generado a todos los trabajadores con alguna afectación en la salud. El gremio empleador considera necesario establecer límites al reconocimiento de la “estabilidad laboral reforzada”, porque las situaciones de discapacidad no son necesariamente señales de mala salud. Las personas en condición de discapacidad pueden tener limitaciones para ciertas actividades manuales pero contar con capacidades intelectuales, por lo cual las oportunidades laborales deben ajustarse a las diferentes patologías para potencializar sus competencias (ANDI, 2017a, pág. 59).

Para el sector empresarial, la “estabilidad laboral reforzada” es una barrera de acceso al trabajo para las personas en condición de discapacidad y en situación de debilidad manifiesta

por razones de salud, por la confusa interpretación de la norma que se aplica a trabajadores que no pertenecen a estos dos grupos y que ingresando sanos al trabajo se accidentan o enferman, y por extensión de concepto se les aplica la estabilidad laboral reforzada de salida. Veamos las diferencias conceptuales entre debilidad manifiesta y discapacidad para comprender la controversia entre los actores.

El estado de debilidad manifiesta y la fragmentación del principio de estabilidad laboral en las relaciones laborales

A este respecto, en el apartado referido a la relación entre el principio de igualdad y la estabilidad laboral reforzada, se precisa que el “estado de debilidad manifiesta” se reconoce a todas las personas que, por su condición económica, física o mental, requieren del reconocimiento por parte del Estado de la garantía a la igualdad real y efectiva. Así, la debilidad manifiesta se toma como característica común para la enfermedad, la incapacidad, la discapacidad y la invalidez, según la Corte Constitucional en Sentencia T-419 de 2016, como resultado de la interpretación conjunta de cuatro normas constitucionales:

(...) (i) el artículo 53 que consagra el derecho a ‘la estabilidad en el empleo’; (ii) el artículo 47 relativo al deber que tiene el Estado de adelantar una política de ‘integración social’ a favor de aquellos que pueden considerarse ‘disminuidos físicos, sensoriales y síquicos’; (iii) el artículo 13 que prevé el derecho que tienen todas las personas que ‘se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta’ a ser protegidas ‘especialmente’, con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad ‘real y efectiva’; y (iv) el artículo 95 relacionado con el deber de todos de ‘obrar conforme al principio de solidaridad social’, ante eventos que supongan peligro para la salud física o mental de las personas. (Corte Constitucional, 2016a)

Son precisamente las condiciones físicas y mentales las que la Corte Constitucional toma para determinar la aplicación extensiva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 a todos los trabajadores que tienen disminuida su salud y no pueden cumplir con sus funciones. Así, el denominado fuero de salud se extiende en los siguientes casos: i) incapacidad temporal del trabajador o trabajadora, cuando se presenta una orden médica de reubicación laboral o restricciones médicas laborales; ii) cuando el trabajador o trabajadora en situación de discapacidad se encuentra en proceso para la calificación de su estado de invalidez; iii) cuando el trabajador o trabajadora ha sido calificado en los promedios para la incapacidad

permanente parcial, esto es, cuando la pérdida de capacidad laboral es inferior al 50%; iv) cuando el trabajador o trabajadora se encuentra diagnosticado con una enfermedad catastrófica a las que no aplica ninguna de las anteriores situaciones (VIH, Cáncer); v) cuando el trabajador fue diagnosticado con una enfermedad manifiesta y se encuentra en tratamiento médico (Toro Ramírez, 2016, pág. 58).

La Corte Suprema de Justicia, como representante de la justicia ordinaria, tiene criterios diferentes a la Corte Constitucional sobre la calificación de los trabajadores en estado de debilidad manifiesta para la aplicación del contenido del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, considerando que la prohibición de despido de los trabajadores que describe la norma se refiere a los despidos motivados en razones discriminatorias y no al despido que se da por las justas causas descritas en las normas laborales. Al respecto ha manifestado que:

(...) la Corte Constitucional está llamada a juzgar si determinada disposición se aviene o no a la Constitución, pero no es su misión fijar el alcance y sentido de las normas, ya que esta competencia está radicada en la Corte Suprema de Justicia, como máximo tribunal de la Justicia Ordinaria y a la vez órgano unificador de la jurisprudencia Patria. (Corte Suprema de Justicia, 2003)

273

Los mecanismos judiciales utilizados por los trabajadores para resolver el conflicto del despido estando en condiciones de debilidad manifiesta son la acción de tutela por vía constitucional y la acción ordinaria laboral por vía de la justicia ordinaria. Los juristas del derecho laboral, guiados por el positivismo jurídico, reiteran que los hechos que se generan dentro de las relaciones laborales como el despido del trabajador deben resolverse por el proceso ordinario laboral y no pueden quedar al arbitrio de otras jurisdicciones ni autoridades que toman decisiones alejadas del ámbito del trabajo (Beltrán Correa, 2016, pág. 51).

En estas reflexiones se evidencia con claridad que los juristas, jueces, empleadores y trabajadores, unifican conceptualmente las expresiones descritas, resaltando su legitimidad según la posición del intérprete, sin permitir una reflexión crítica desde la realidad misma de los sujetos del conflicto. Por lo tanto, manifiestan la decidida pretensión de eternizar su criterio, ya que en última instancia, ante la falta de claridad jurídica, cada uno lucha por obtener el beneficio particular y se beneficia de la fragmentación que la justicia ha promovido

del principio de estabilidad laboral en cada una de las condiciones que deben existir para proteger a los trabajadores del despido.

Cuando las condiciones de discapacidad dejaron de limitar las condiciones del trabajo

En el proceso histórico del estudio de la discapacidad encontramos múltiples conceptos según la época, espacio geográfico y evolución de la sociedad. El Estado Colombiano –desde el año 1988 mediante la Ley 82 que aprueba el Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo–, ha incorporado en la normatividad interna la garantía del principio de igualdad y trato digno en las relaciones laborales de las personas con alguna discapacidad, frente a aquellas que no la tienen. En el Convenio, la discapacidad se relaciona con las limitaciones en las deficiencias físicas o mentales debidamente reconocidas que genera la invalidez, de manera que en el ámbito laboral estas personas no deben ser discriminadas. Le corresponde al Estado adoptar las medidas generadoras de una diferenciación positiva dentro de las políticas y medidas para salvaguardar los derechos de las personas discapacitadas que están en debilidad manifiesta.

274

Para dar cumplimiento de la norma internacional contenida en el Convenio 159 de 1983, que considera la readaptación profesional de las personas con alguna discapacidad como obligación de los empleadores para permitir la conservación del empleo, la Corte Constitucional en sus decisiones judiciales ha considerado conceptos científicos referidos a los diferentes grados de afectaciones en las capacidades físicas y mentales que tienen las personas en condición de discapacidad, para señalar el grupo dentro del ámbito laboral que debe contar con las acciones positivas de readaptación profesional.

En la Constitución de 1991 se reconocen los derechos fundamentales, dentro de los que se destaca el artículo 13:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. (CP, 1991)

De acuerdo con esta norma, el Estado Social de Derecho tiene la obligación de proteger a los discapacitados como un grupo integrante de los reconocidos como en estado de debilidad manifiesta, que requiere de la tutela de la sociedad para garantizar el principio de igualdad real y disminuir la discriminación que históricamente han soportado. Para hacer efectivo desde el ámbito del trabajo y el empleo el derecho descrito, se expide la Ley 361 de 1997, ya mencionada, en la cual se precisa la aplicación de su contenido en beneficio de las personas en condición de discapacidad con limitaciones severas y profundas:

ARTÍCULO 10. Los principios que inspiran la presente Ley, se fundamentan en los artículos 13, 47, 54 y 68 que la Constitución Nacional reconocen en consideración a la dignidad que le es propia a las personas con limitación en sus derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales para su completa realización personal y su total integración social y a las personas en situación con limitaciones severas y profundas, la asistencia y protección necesarias. (Congreso de la República, 1997)

275

La expresión “limitación” refiere a la generalidad de condiciones que pueden padecer las personas y menguan condiciones personales, económicas, físicas, fisiológicas, sensoriales y sociales. La discapacidad es una forma de limitación. La Corte Constitucional establece que las disposiciones de la Ley 361 de 1997 se extienden a todas las personas que se encuentren con una limitación que las pone en estado de debilidad manifiesta sin que necesariamente les genere pérdida de capacidad para trabajar. La Corte reitera su posición jurisprudencial de 2004 en sentencia C- 824 de 2011:

La Corte ha acogido una concepción amplia del término limitación, en el sentido de hacer extensiva la protección de la que habla la Ley 361 de 1997 a las personas de las que se predique un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad que no necesariamente acarree una pérdida de la capacidad para trabajar. Desde la sentencia T-198 de 2006 se ha dicho que ‘en materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez.’ (Corte Constitucional, 2011a)

Para la aplicación efectiva de las garantías descritas en la norma se toman las definiciones internacionales sobre los grados de limitaciones en las personas en condición de discapacidad y parece que se blinda la aplicación de la norma desde la rigurosa lógica deductiva de su contenido. El Decreto 2463 de 2001, “Por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez”, indica:

ARTICULO 7º-Grado de severidad de la limitación. En los términos del artículo 5º de la Ley 361 de 1997, las entidades promotoras de salud y administradoras del régimen subsidiado, deberán clasificar el grado de severidad de la limitación, así: Limitación moderada, aquella en la cual la persona tenga entre el 15% y el 25% de pérdida de la capacidad laboral; limitación severa aquella que sea mayor al 25% pero inferior al 50% de pérdida de la capacidad laboral y limitación profunda, cuando la pérdida de la capacidad laboral sea igual o mayor al 50%. (Presidencia de la República, 2001)

Para la Corte Constitucional la diferenciación es positiva cuando con ella se quiere equilibrar los efectos negativos que generan los estados de discapacidad para las personas que los sufren en las actividades sociales. En sentencia C-174 de 2004 vincula la protección de las personas que presentan una debilidad manifiesta con las personas en condición de discapacidad indicando:

La Corte ha señalado en este sentido que precisamente el fin perseguido a través de las medidas de diferenciación positiva es el de contrarrestar o si se quiere equilibrar, los efectos negativos que generan las discapacidades en punto a la participación de los discapacitados en las distintas actividades que se desarrollan en la sociedad.

Así las cosas, ha hecho énfasis en que el Estado no sólo debe evitar las eventuales discriminaciones contra esa población con discapacidad, sino que además debe desarrollar políticas específicas, que permitan su rehabilitación e integración social, de tal manera que puedan disfrutar de la vida en sociedad, y en especial puedan gozar de todos los derechos constitucionales. (Corte Constitucional, 2004a)

El Decreto 2463 de 2001 fue derogado por el Decreto 1352 de 2013, pero la determinación de los grados de severidad de las limitaciones en la discapacidad –en leves, moderadas, severas y profundas–, sigue vigente de conformidad con lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-824 de 2011, ante la imposibilidad jurídica de determinar con certeza quienes son los verdaderos titulares de la protección derivada del artículo 13 de la Constitución Política. La decidida pretensión de conservar las definiciones técnicas para identificar una situación de discapacidad según la unificación que hace la Clasificación

Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM) prevalece en la Corte Constitucional al establecer:

En primer lugar, la deficiencia, entendida como los trastornos en la apariencia o funcionamiento de un órgano, por ejemplo, la pérdida parcial del funcionamiento de un órgano. En segundo lugar, la discapacidad que viene a reflejar las consecuencias de la deficiencia a partir del rendimiento funcional y de la actividad del individuo, por ejemplo, la disminución en el rendimiento o la destreza al momento de realizar una actividad. Y, finalmente, la minusvalía, que corresponde a las desventajas que producen en el individuo, las deficiencias y las discapacidades, al relacionarlas con el contexto social, por ejemplo, las dificultades para conseguir un empleo.

De ahí que deba entenderse que una **persona con discapacidad** es aquella que sufre limitaciones sustanciales en la cantidad y calidad de actividades que debe realizar cotidianamente, o que enfrenta barreras en su participación social como persona debido a una condición de salud física o mental. (Corte Constitucional, 2013a)

Bajo esta consideración judicial la persona con discapacidad sufre limitaciones en las actividades que realiza diariamente. Las limitaciones pueden provenir de discapacidades leves, moderadas o graves que la enfrentan a las barreras sociales por la condición física o mental en que se encuentra. Pero las definiciones técnicas no hacen que la interpretación de la discapacidad en Colombia se quede en el enfoque de la rehabilitación, porque este se detiene en el funcionamiento de los órganos y la mente para adaptarse a las condiciones sociales que se le presentan. Si en la Constitución Política los seres humanos son iguales ante la ley, este concepto de igualdad implica aceptar que la naturaleza humana asume, dentro de la diversidad, el funcionamiento diferente de los órganos y la mente en algunas personas que no los hace normales o anormales, ni buenos o malos, sino parte de la especie. El principio de igualdad genera el cambio al enfoque del funcionamiento, orientado a eliminar las barreras que la sociedad y el Estado les imponen a las personas para el goce efectivo de los derechos y su participación en la sociedad. Al respecto, la Corte Constitucional se ha preocupado por mantener esta línea de explicación para garantizar los derechos a las personas en condición de discapacidad:

4.3.14. Por lo tanto, bajo el abordaje que actualmente sirve de parámetro a la normatividad nacional e internacional en la materia, la discapacidad no es igual a las diferencias orgánicas, funcionales o intelectuales del individuo (diversidad orgánica o funcional) sino que tiene relación con las barreras sociales al goce efectivo de derechos y a la participación en la sociedad. La perspectiva constitucional colombiana concentra el concepto de la discapacidad

en la falta de adaptación del entorno y de la sociedad para entender las diferencias orgánicas y funcionales como un resultado de la diversidad humana. Para el Estado Social de Derecho establecido por la Constitución Política, no existen seres humanos completos o incompletos, sino que todos son, por el hecho de ser humanos, totalmente plenos en su dignidad y derechos, por lo que el modelo social de discapacidad resulta compatible con la Carta. Asumir que hay personas incompletas, deficientes o de menor derecho, es el paradigma discriminatorio y excluyente que la Constitución, desde sus inicios, ha procurado superar y por lo tanto no puede existir ninguna norma en Colombia que sirva para mantener o patrocinar conceptos que le han costado tanto a la humanidad y que deben quedar en el pasado. (Corte Constitucional, 2017a)

El desarrollo constitucional y legal permite establecer que el principio de estabilidad laboral de personas con discapacidad o con limitaciones físicas psíquicas o sensoriales se reconoce como consecuencia del desarrollo del principio de igualdad y del concepto de persona en debilidad manifiesta, en aras de garantizar el principio de no discriminación. Así mismo, la Ley 361 de 1997 estableció que 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. La garantía constitucional denominada “estabilidad laboral reforzada”, según la Corte Constitucional, está dada para todas las personas que sufren alguna de las limitaciones descritas en el Decreto 2463 de 2001, que las deja en debilidad manifiesta.

La doctrina tiene divergencias en las definiciones del concepto de discapacidad que no han logrado unidad, y se hace más grande la brecha cuando de la terminación de la relación laboral se trata. En las relaciones laborales la interpretación del estado de discapacidad varía en cada caso, y la solución al conflicto con un trabajador afectado en su salud difiere, según se encuentre en estado de debilidad manifiesta o en condición de discapacidad.

Los conceptos de debilidad manifiesta y discapacidad fueron generalizados desde el ámbito constitucional –indicando que la debilidad manifiesta y la discapacidad son derivaciones de las condiciones de “limitación” que son la generalidad–, hasta que la Corte Suprema de Justicia, como representante de la justicia ordinaria, inició en 2008 la consolidación de la línea jurisprudencial por vía de sentencias de casación laboral. Estas sentencias estuvieron orientadas a limitar el reconocimiento a la “estabilidad laboral reforzada” del trabajador en condición de discapacidad únicamente para quienes, conforme las normas que determinan

los grados de discapacidad, estuvieren calificados en los rangos de “limitación severa y profunda”. Estos pronunciamientos, regidos por el positivismo clásico del derecho, parten de la validez de las normas en cuestión para fundamentar en este elemento la legitimidad y eficacia de las decisiones.

En este aspecto, la aplicación y reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada descrita en la Ley 361 de 1997, para la Corte Suprema de Justicia debe ser restrictiva y se limita a las personas en condición de discapacidad con los grados de limitación calificados como “severos y profundos”⁸². Nótese que la Corte Suprema de Justicia, al tomar la literalidad de las expresiones “severa y profunda”, asume el enfoque de rehabilitación para definir la condición de discapacidad. En Sentencia SL35606 de 2009 reiteró esta interpretación:

Al respecto conviene precisar que la Ley 361 de 1997 contiene un régimen de carácter especial, que trasciende el campo del Sistema de Seguridad Social integral, dado que su protección va más allá de las garantías que este régimen cubre, pues su propósito es la protección de los derechos fundamentales de las personas con limitaciones, previendo para quienes las padecen en los grados de ‘severas y profundas’ la asistencia y protección necesarias. En este sentido la Sala tuvo la oportunidad de pronunciarse en sentencia de 7 de febrero de 2006, radicada con el número 25130, lo siguiente:

‘cumple observar que la Ley 361 de 1997 es un estatuto especial que estableció ... mecanismos de integración social de las personas con limitación...’ y que según su primer artículo los principios que la fundamentan están en los artículos 13, 47, 54 y 68 de la Constitución Política. Se trata de una ley que según la exposición de motivos tuvo por objeto la integración social de los discapacitados (Gaceta del Congreso 364 del 30 octubre de 1995). Los capítulos que la integran consagran garantías que asumen el Estado y la sociedad para facilitar al antes señalado grupo de personas un modo de vida digno que les permita la rehabilitación, bienestar social, el acceso preferente a la educación, a los bienes y al espacio de uso público, al trabajo, etc. (Corte Suprema de Justicia, 2009, pág. 5)

La posición jurídica del órgano judicial está dirigida a establecer la legitimidad de la Ley 361 de 1997 desde la validez del lenguaje de la norma, dándole un valor axiológico neutro y tocando la delgada línea de la cosificación de las personas. Lo cual ocurre al enlistar requisitos para que las personas en condición de discapacidad le reclamen a la sociedad el

⁸² Al respecto ver sentencias de la Corte Suprema de Justicia radicados SL-32532 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón del 15 de julio de 2008 y SL-37235 MP Luis Javier Osorio López del 24 de marzo de 2010.

derecho al trabajo, ignorando la estructura constitucional e internacional del enfoque funcional, donde es la sociedad la que debe eliminar los elementos que impiden el acceso al trabajo. En Sentencia SL-36115 de 2010 la Corte señala:

El anterior razonamiento, que guarda relación con la valoración de las pruebas del proceso, no es cuestionado en el cargo y por esa razón permanece incólume brindándole apoyo al fallo impugnado, aparte de que se corresponde con el criterio de esta Sala de la Corte sobre las condiciones que deben acreditar quienes pretendan beneficiarse de la garantía consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. En sentencia del 25 de marzo de 2009 (Rad. 35.606), se dijo que “... para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: (i) que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación ‘moderada’, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) ‘severa’, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) ‘profunda’ cuando el grado de minusvalía supera el 50%; (ii) que el empleador conozca de dicho estado de salud; y (iii) que termine la relación laboral ‘por razón de su limitación física’ y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social”. (Corte Suprema de Justicia, 2010, pág. 7)

Desde estos supuestos, los aportes de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia dan pie para que los empleadores, soportados en las divergencias de las Cortes, busquen que la estabilidad laboral reforzada no opere en las mismas condiciones para los trabajadores en estado de debilidad manifiesta que para los trabajadores en condición de discapacidad. Porque siguiendo la diferencia entre debilidad manifiesta y discapacidad, una condición no lleva a la otra y viceversa.

En el ordenamiento jurídico colombiano, las condiciones de discapacidad se validan actualmente desde el modelo funcional, pero los actores dentro del conflicto de la estabilidad laboral reforzada no legitiman esas normas ni aceptan la eficacia, porque deciden y actúan bajo el modelo de la rehabilitación. Creemos que la discapacidad y la estabilidad laboral reforzada por condiciones laborales pueden tornarse “más amigables” por dos circunstancias distintas que en adelante describiremos. Primero, porque la Corte Constitucional ha tomado decisiones donde acepta los estados de enfermedad e incapacidad médica como condiciones de debilidad manifiesta diferenciados de la discapacidad. Segundo porque esta diferencia no puede ser causa de discriminación y conforma un nuevo grupo de protección contra la discriminación para ingresar, mantenerse o retirarse del trabajo.

El ATEL que genera incapacidad médica de larga duración e ineptitud, y que disminuye la pérdida de capacidad laboral, debe tener una configuración propia, distinta a las que se han construido para las condiciones de discapacidad. Es una construcción que presenta complejidad, pero que el Tribunal Supremo de España y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya están revisando con el objeto de constatar que no es bueno para la sociedad enfrentar a las personas por la obtención del trabajo, cuando lo que se requiere son medidas de acción positiva para salir de este conflicto. En el capítulo siguiente se presentan los análisis que permiten reconstruir el derecho a la salud en el trabajo, diferenciando cada condición que afecta la salud en el trabajo y limita la prestación del servicio del trabajador como persona, y no como parte de un contrato.

3.2.3. La estabilidad ocupacional reforzada, extensión del conflicto laboral

281

Hemos indicado que la aplicación y reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada, descrita en la Ley 361 de 1997, tiene criterios de reconocimiento para la Corte Constitucional, que ha consolidado la línea jurisprudencial a partir de la diferenciación del trato positivo para las personas en condición de debilidad manifiesta, incluyendo a los trabajadores afectados en su salud por causas comunes y laborales, en estado de incapacidad médica, en terapias y en cualquier situación que les genere limitaciones para prestar el servicio. Así lo señaló en sentencia T-819 de 2008:

De igual forma, ha considerado el intérprete constitucional, que no solamente los trabajadores que han sido calificados como discapacitados, son titulares de las medidas afirmativas previstas en la Ley 361 de 1997, sino que también deben aplicarse para los empleados que han tenido algún tipo de disminución en su salud, que afecta o dificulta ostensiblemente el desempeño laboral, razón por la cual el empleador, antes de prescindir de los servicios de aquél, ‘está obligado a reubicar al empleado en un cargo cuyas funciones estén acorde con el estado de su salud’. (Corte Constitucional, 2008b)

Contrario sensu, la Corte Suprema de Justicia creó la línea jurisprudencial con restricciones para este reconocimiento y debe limitarse a las personas en condición de discapacidad en los grados de severa y profunda. Así lo indicó en sentencia 32532 de 2008:

Es claro entonces que la precipitada Ley se ocupa esencialmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1° y 5°; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su minusvalía está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo. (...)

Surge de lo expuesto que la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada. (Corte Suprema de Justicia, 2008)

Así, la estabilidad laboral parece desdibujarse por completo como principio del derecho laboral con las sentencias proferidas por las Cortes administradoras de la Justicia Constitucional y Ordinaria. El mencionado principio se viste con el ropaje de fuero constitucional de creación judicial, inicia para los positivistas del derecho laboral con el contrato a término indefinido, y se extiende inadecuadamente a las otras formas de contratos de trabajo clasificados por la duración, con lo cual pierde la relativa permanencia del contrato conocida como estabilidad relativa, como ya se expuso en referencia a los contratos de trabajo. En estricto sentido del positivismo laboral, los contratos a término fijo, por obra o labor, no deben someterse a la presunción de la estabilidad laboral reforzada por condiciones de salud, en tanto la razón de terminación de la relación laboral es objetiva –el fenecimiento del contrato, que se pacta al inicio del contrato (Camacho Ramírez & Romero Ramos, 2018, pág. 12)–, y es anterior a las afectaciones de salud del trabajador. Por tanto, bajo el positivismo, la terminación del contrato es legal, pero al considerarla con la estructura trídica del derecho es abiertamente ilegítima e ineficaz.

Cuando nos referimos a la estabilidad laboral en las relaciones de trabajo en el enfoque teórico de la relación trídica del derecho con la legitimidad, validez y eficacia, se puede reconocer que el núcleo central del pensamiento positivista que insiste en la separación científica del derecho con lo social, político y moral, deja a la estabilidad laboral sin fundamento que le reconozca “legitimidad” y se refleje en la “eficacia”, para superar la centralización en la “validez” como fuente de solución del conflicto jurídico.

El reconocer la estabilidad laboral como institución jurídica de creación jurisprudencial y no como principio autónomo del derecho laboral, hace más intolerante la extensión de la figura

jurisprudencial a los contratos civiles, que parecen no tener relación con el trabajo. En este sentido, la estabilidad laboral enerva las emociones de los empleadores, que refugiados en la sombra de la flexibilidad laboral, las estrategias del mercado liberal y la asesoría del jurista del derecho comercial, celebran contratos regidos por el derecho civil, con el objeto contractual de recibir la prestación del servicio en la empresa sin vínculos jurídicos *laborales*.

Las decisiones judiciales de la Corte Constitucional relativas a la estabilidad laboral reforzada desde 1997 hasta 2016⁸³, en virtud de la revisión de acciones de tutela presentadas en todo el territorio nacional, por trabajadores que estando afectados en la salud en distintos grados y causas son despedidos o su contrato de trabajo terminado, abre el abanico de posibilidades de reconocimiento a la estabilidad laboral reforzada. Esto incluye a los trabajadores sin calificación de porcentaje de pérdida de capacidad laboral, con diferentes patologías y en algunas de las condiciones denominadas como estado de debilidad manifiesta.

Ante el volumen de acciones de tutela presentadas por los trabajadores, los empleadores han establecido mecanismos de defensa contra el principio de solidaridad y estado de debilidad manifiesta, a partir de argumentos tomados de las mismas sentencias de la Corte Constitucional proferidas hasta 2016. Algunos argumentos de defensa contra la estabilidad laboral reforzada y la estabilidad ocupacional reforzada, sugeridos por los asesores de empresarios (Romero Ramos, 2016):

- a. La carga de la prueba del perjuicio irremediable está en cabeza del trabajador. El perjuicio alegado debe ser urgente, grave, impostergable, que genere estado de incapacidad permanente o estado de invalidez.
- b. La carga de la prueba de la debilidad manifiesta es del trabajador, debe presentar incapacidades relevantes, recomendaciones de salud ocupacional, reubicación laboral, dictamen de pérdida de capacidad laboral.

⁸³ Las decisiones judiciales emitidas por la Corte Constitucional con referencia a la estabilidad laboral reforzada, han sido objeto de análisis y clasificación que utilizan las técnicas de construcción de líneas jurisprudenciales (Beltrán Correa, 2016).

- c. Las incapacidades se califican como ‘relevantes’ y del mismo origen, de lo contrario no prueban el estado de debilidad manifiesta.
- d. Obligaciones adicionales al juez de tutela analizando las causas del despido, las circunstancias propias del despido, la circunstancias del estado de salud del trabajador.
- e. La terminación del contrato a término fijo y por obra o labor y el civil no son despidos por sí solos y no configuran discriminación.⁸⁴

En su crítica a las posturas tuitivas de la Corte Constitucional a los trabajadores, los empresarios acuden a figuras del derecho civil para resolver el conflicto de la estabilidad laboral absoluta para los trabajadores, indicando que la conciliación con el trabajador en estado de debilidad manifiesta “es un gran avance en el pensamiento de los jueces” al permitir la terminación del contrato de trabajo con acuerdos de equidad para ambas partes y solucionar situaciones consideradas irremediables. Para que el acuerdo conciliatorio sea eficaz debe:

- a. Informar al inspector de trabajo o juez las condiciones de debilidad manifiesta del trabajador.
- b. Verificar que el trabajador conoce la protección constitucional por el estado de debilidad manifiesta.
- c. Obtener la aprobación del acuerdo por el inspector y/o el juez.⁸⁵

284

Para 2017, mediante sentencia de unificación de jurisprudencia SU-049, la Corte Constitucional hace el recuento de las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, destacando las diferencias en los criterios de reconocimiento que hasta el momento mantenían distanciadas las dos jurisdicciones. Allí se acude a los criterios del Estado Social de Derecho en el que prevalecen los derechos fundamentales sobre los demás derechos, para

⁸⁴ El análisis presentado se deriva de la interpretación de María Catalina Romero Ramos (2016) de la Sentencia T-647.

⁸⁵ El análisis presentado se deriva de la interpretación de María Catalina Romero Ramos (2016) de la Sentencia T-217.

reiterar que la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y no legal, siendo predicable a todas las personas que tengan afectaciones de salud. Al respecto indicó:

4.2. Por el contrario, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la Ley 361 de 1997, ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les ‘impid[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares’ (Corte Constitucional, 2001) toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta⁸⁶ y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho. (Corte Constitucional, 2017b)

Acudiendo la Corte Constitucional a la función constitucional de unificar la interpretación de las normas en la jurisprudencia nacional y a la competencia como órgano de cierre de la justicia, en Sala Plena decide unificar el criterio judicial para el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada del trabajador en condición de debilidad manifiesta. En la misma sentencia extiende la protección al trabajador vinculado por contratos civiles o regulados por normas jurídicas de otras áreas, denominando esta protección como “estabilidad ocupacional reforzada”. Así genera un nuevo concepto y, en nuestro criterio, una nueva grieta al reconocimiento de la estabilidad laboral como principio autónomo del derecho laboral, por la relación que describe de diferentes normas constitucionales. En la sentencia se indica:

4.4. La Corte decide reiterar su jurisprudencia para casos como este, esta vez en su Sala Plena, con el fin de unificar la interpretación constitucional. El derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no tiene un rango puramente legal sino que se funda razonablemente y de forma directa en diversas disposiciones de la Constitución Política: en el derecho a ‘la estabilidad en el empleo’ (CP art 53); en el derecho de todas las personas que ‘se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta’ a ser protegidas ‘especialmente’ con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad ‘real y efectiva’ (CP arts. 13 y 93); en que el derecho al trabajo ‘en todas sus modalidades’ tiene especial protección del Estado y debe estar rodeado de

⁸⁶ La Corte Constitucional en este asunto dijo que una mujer debía ser reintegrada al cargo del cual había sido desvinculada sin autorización del inspector de trabajo, porque a pesar de que no había sido calificada como inválida, tenía una disminución suficiente en su salud que la hacía acreedora de una protección especial (Corte Suprema de Justicia, 2001).

‘condiciones dignas y justas’ (CP art 25); en el deber que tiene el Estado de adelantar una política de ‘integración social’ a favor de aquellos que pueden considerarse ‘disminuidos físicos, sensoriales y síquicos’ (CP art 47); en el derecho fundamental a gozar de un mínimo vital, entendido como la posibilidad efectiva de satisfacer necesidades humanas básicas como la alimentación, el vestido, el aseo, la vivienda, la educación y la salud (CP arts. 1, 53, 93 y 94); en el deber de todos de ‘obrar conforme al principio de solidaridad social’ (CP arts. 1, 48 y 95). (Corte Constitucional, 2017b)

En este escenario, para la definición de la “estabilidad ocupacional reforzada”, la Corte Constitucional parece soportar el desarrollo de la estabilidad como principio descrito en el artículo 53 de la Constitución Política –antes objeto de análisis–, por la falta de desarrollo legislativo de los principios que se enlistan en la norma. La estabilidad laboral, según la Corte Constitucional, no es exclusiva de las relaciones laborales regidas por el contrato de trabajo, sino que se aplica a todas las formas de trabajo. Sin embargo, su reconocimiento está íntimamente ligado a los principios de no discriminación, solidaridad e igualdad, que le quitan peso a la estabilidad laboral como principio autónomo.

En el ámbito ocupacional, que provoca esta decisión de la Corte, rige el principio de ‘estabilidad’ (CP art 53), el cual como se verá no es exclusivo de las relaciones estructuradas bajo subordinación sino que aplica al trabajo en general, tal como lo define la Constitución; es decir, ‘en todas sus formas’ (CP art 53). Por tanto, las personas en circunstancias de debilidad manifiesta tienen derecho a una protección especial de su estabilidad en el trabajo. El legislador tiene en primer lugar la competencia para definir las condiciones y términos de la protección especial para esta población, pero debe hacerlo dentro de ciertos límites, pues como se indicó debe construirse sobre la base de los principios de no discriminación (CP art 13), solidaridad (CP arts. 1, 48 y 95) e integración social y acceso al trabajo (CP arts. 25, 47, 54). (Corte Constitucional, 2017b)

286

Según la Corte Constitucional, las personas que experimentan estados de debilidad manifiesta de forma permanente o transitoria por problemas de salud que les impide el desarrollo individual en el ámbito ocupacional, no pueden ser desechadas como cosas o mercancías, decisiones que se estaban tomando en el país convirtiéndose en un problema social evidente.

La Corte Constitucional, en contraste, considera que una práctica de esa naturaleza deja a la vista un problema constitucional objetivo. Los seres humanos no son objetos o instrumentos, que solo sean valiosos en la medida de su utilidad a los fines individuales o económicos de los demás. Las personas tienen un valor en sí mismas, y al experimentar una afectación de salud no pueden ser tratadas como las mercancías o las cosas, que se desechan ante la presentación

de un ‘desperfecto’ o ‘problema funcional’. Un fundamento del Estado constitucional es ‘el respeto de la dignidad humana’ (CP art 1), y la Constitución establece que el trabajo, ‘en todas sus modalidades’, debe realizarse en condiciones dignas y justas (CP art 25). Estas previsiones impiden que en el trabajo las personas sean degradadas a la condición exclusiva de instrumentos. (Corte Constitucional, 2017b)

En este punto se destaca el principio de solidaridad, que se reclama para el beneficiario de la prestación de un servicio personal no regido por contrato de trabajo y que debe trascender el principio de utilidad en los negocios jurídicos. Problemática que abordamos en el apartado anterior.

La relación entre los principios de solidaridad y utilidad del negocio no supera el derecho a la estabilidad en el trabajo. Tampoco supera el encontrarse en condiciones de debilidad manifiesta, en los casos de las personas vinculadas por contrato de prestación de servicios. Trabajadores que, según la Corte Constitucional, pueden acceder a las prestaciones establecidas en la Ley 361 de 1997:

5.15. Esta protección, por lo demás, no aplica únicamente a las relaciones laborales de carácter dependiente, sino que se extiende a los contratos de prestación de servicios independientes propiamente dichos. En efecto, esto se infiere en primer lugar del texto mismo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el cual establece que ‘ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo’. Como se observa, la norma establece una condición para la terminación del contrato de una persona en situación de discapacidad, y no califica la clase de contrato para reducirla únicamente al de carácter laboral, propio del trabajo subordinado. Ciertamente, el inciso 2º de la misma disposición dice que, en caso de vulnerarse esa garantía, la persona tiene derecho a una indemnización ‘equivalente a ciento ochenta días del salario’. Dado que el salario es una remuneración periódica inherente a las relaciones de trabajo dependiente, podría pensarse que esta indemnización es exclusiva de los vínculos laborales que se desarrollan bajo condiciones que implican vinculación a la planta de personal. Sin embargo, esta interpretación es claramente contraria a la Constitución pues crea un incentivo perverso para que la contratación de personas con problemas de salud se desplace del ámbito laboral al de prestación de servicios, con desconocimiento del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas y de las garantías propias de las relaciones de trabajo dependiente. (Corte Constitucional, 2017b)

Con una visión crítica a la postura de la Corte Constitucional, hacemos énfasis en que esta postura ignora la teoría de la estabilidad laboral dentro de las relaciones de trabajo. Relaciones que necesariamente incluyen los contratos civiles de prestación de servicios de

personas naturales, por la relación directa con la persona y el trabajo como derecho fundamental. Desde esta perspectiva teórica se debe reconocer una mayor ponderación de la estabilidad laboral, ante la postura de los empresarios que defienden un egoísmo natural en las relaciones comerciales.

En el contexto jurídico que se crea la “estabilidad ocupacional reforzada” se evidencia una fuerte detracción de los juristas, al considerar que las instituciones del derecho laboral se han ido diluyendo por la lentitud de la justicia ordinaria en la solución de conflictos jurídicos, en contraste con la rapidez de las sentencias por vía de tutela que utilizan los trabajadores. Instituciones como la terminación sin justa causa del contrato de trabajo, las sanciones disciplinarias y el cumplimiento del término inicialmente pactado en el contrato, están desapareciendo ante el reconocimiento que han denominado de “estabilidad absoluta” del trabajador. Al desacuerdo con las decisiones judiciales por vía de tutela, se suma la extensión de la “estabilidad absoluta” a las relaciones laborales regidas por contratos civiles, con lo cual según los juristas se desnaturaliza la figura del contratista independiente. El empleador-contratante tiene la carga de demostrar que la terminación del negocio jurídico obedece a razones diferentes a las condiciones de salud de quien funge como trabajador-contratista, carga probatoria que parecer difícil en la práctica (Camacho Ramírez & Romero Ramos, 2018, pág. 18).

En estos contratos, bajo el supuesto que el contratista independiente se encuentre en imposibilidad de cumplir con el objeto del contrato de forma definitiva o en prolongada duración, es posible física y jurídicamente dar por terminada la relación contractual sin diferenciar la causa, porque prevalece al principio de autonomía de la voluntad de las partes sobre el de conservación del negocio jurídico. La estabilidad como principio en los negocios jurídicos debería permitir soluciones menos traumáticas para el contratista que la terminación del contrato, tales como brindar la posibilidad de prestar el servicio en momento posterior mediante la suspensión del contrato, prestarlo con interpuesta persona o de otra forma, siendo la terminación la última decisión válida. Sin embargo, en Colombia las empresas contratantes tomaron como decisión uniforme dar por terminados los contratos civiles a las personas que no podían prestar el servicio, incluidas las imposibilidades derivadas de las afectaciones a la

salud. La Corte Constitucional, en el análisis de acciones de tutela donde se alegaba la vulneración del principio de solidaridad de la empresa contratante con los contratistas, impuso la carga –según la visión de los juristas patronalistas– de la estabilidad ocupacional reforzada a las empresas. Con esto desconoció que el afectado es un contratista y no está regido por las normas laborales, generando en las empresas incumplimientos en la relación civil que desnaturaliza la figura del trabajador independiente (Camacho Ramírez & Romero Ramos, 2018, pág. 18).

En este sentido la Corte Constitucional acierta con la extensión de la figura de la “estabilidad ocupacional reforzada” a los contratistas independientes como garantía para las personas con afectaciones de salud que les impiden el desempeño de sus labores, pero deja sin resolver el conflicto derivado del despido, entre otras razones por soportar la decisión en la débil teoría del principio de solidaridad, que se le exige a las empresas en el territorio.

La Sentencia de Unificación, objeto de controversia, indica:

8. Síntesis de la unificación

8.1. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. La estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, interpretado conforme a la Constitución, incluso en el contexto de una relación contractual de prestación de servicios, cuyo contratista sea una persona que no tenga calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. (Corte Constitucional, 2017b)

Afirmamos que esto constituye una decisión débil, porque el argumento en contra de esta sentencia, presentada por los empresarios considerados afectados por la extensión de la estabilidad laboral reforzada a los contratos civiles, radica en que la solidaridad es de doble vía. Es decir, al tiempo que la empresa debe cuidar de la salud de los colaboradores, se establece una responsabilidad compartida de estos respecto a cuidarse a sí mismos, dentro del modelo preventivo del cuidado de la salud. Con lo cual se evita la responsabilización del

empresario por la jurisprudencia y la inseguridad jurídica (Camacho Ramírez & Romero Ramos, 2018, pág. 21).

Las opciones de defensa para el empleador, que Romero Ramos (2016) presenta desde su perspectiva como jurista, se califican como eficaces para la solución del conflicto del despido de los trabajadores enfermos por el trabajo. Cabe plantearse si esta eficacia corresponde al elemento triádico del derecho laboral, en tanto la jurista concluye que utilizarlos permite un tratamiento equitativo con el trabajador, y son fuente de solución pacífica de los conflictos ante la nueva concepción de relaciones laborales. En este sentido, la autora plantea que son más importantes los procesos de concertación que llevan a acuerdos viables, que las desgastantes y estériles confrontaciones. Y agrega:

Lo cual también significa que el mensaje de cara a situaciones extremas ante la obstinación irracional de personas que vean el fuero de salud como mecanismo de abuso o protección desmedida, la empresa no puede maniatarse y si la situación de discapacidad no es el real motivo de despido, no puede detenerse por el simple temor infundado de decisiones judiciales adversas, especialmente frente a casos de justa causa que cuentan con claro respaldo probatorio y están fundadas en hechos graves, como los que constituyen las seis primeras causales de despido justificadas previstas en la legislación laboral. (Romero Ramos, 2016, pág. 19)

290

Lograr identificar los elementos de legitimidad, validez y eficacia en el derecho laboral, implica lograr el progreso moral del ser humano y de su entorno social en el trabajo, lo cual rechaza planteamientos del racionalismo radical. Lo anterior debido a que la razón, por sí sola, no aporta motivos para la acción ni genera los motivos que deben impulsar a las partes de la relación laboral a la acción eficaz. Dichas acciones se valoran desde la experiencia que legitima las buenas obras y no solo las buenas intenciones. Así lo expresa Hutcheson:

En primera instancia hay algo que debe ser supuesto, y es que hay algo en las acciones que es captado como absolutamente bueno, esto es la benevolencia, o la tendencia a la pública y natural felicidad de los agentes racionales, y que es nuestro sentido moral el que percibe esta excelencia. Luego denominamos leyes de bien divino a la constatación de que hay una contribución a la promoción del bien público de la manera más efectiva e imparcial. La divinidad es llamada bien, en un sentido moral, cuando entendemos que toda la providencia tiende a una felicidad universal de las criaturas. (Hutcheson, 1720, pág. 181)

La búsqueda del progreso de la humanidad y del entorno social en el trabajo atraviesa por momentos de rechazo de las razones de todos los implicados en el conflicto que nos hemos

propuesto desarrollar. Hay juristas, como Romero Ramos (2016), que consideran la estabilidad laboral reforzada un problema para las personas en condición de discapacidad y que la bondad de la Ley 361 de 1997 no es considerada por sus organizaciones como un aporte a su inclusión social, sino como otra forma de discriminación e impedimento para acceder a los puestos de trabajo, razón por la que seguidamente desarrollaremos las relaciones entre la discapacidad y la estabilidad laboral reforzada.

3.3. La salud en el trabajo. Necesidad de mayor protagonismo de la promoción de la salud y la prevención del ATEL

Tratando de dilucidar los elementos estructurales del conflicto generado por el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada del trabajador enfermo por el trabajo, hemos descrito las posiciones de los actores en la relación laboral. También hemos presentado las perspectivas del empleador, el trabajador y los jueces ante la interpretación del contenido de la Ley 361 de 1997, que hasta el momento han desarrollado tesis contrapuestas y polémicas cuando de la terminación del contrato de trabajo y/o de prestación de servicios se trata. Hay coincidencia en sumarse a la idea “el cuidado de la salud en el trabajo es responsabilidad de todos” aunque, retomando a Adela Cortina, tanto el empleador como el trabajador actúan bajo la creencia que el “otro”, o el Estado por medio del Sistema de Seguridad Social, debe hacerse responsable por los daños que se generen sobre la salud del trabajador (Cortina, 2001).

La Corte Constitucional considera haber unificado los criterios para que el juez de tutela garantice el acceso a las prestaciones de la Ley 361 de 1997 a los trabajadores en condición de debilidad manifiesta y discapacidad, incluyendo los vinculados por contrato de prestación de servicios regidos por contratos civiles. Dispuso, en las decisiones judiciales que forman la línea jurisprudencial, que la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional, lo cual es predicable a todas las personas que tengan afectaciones en su salud. Y el empleador o contratante debe gestionar el permiso para el despido ante la inspección del trabajo.

En distinta línea a la constitucional, la Corte Suprema de Justicia expuso, hasta el año 2018, que la estabilidad laboral reforzada contenida en la Ley 361 de 1997 se refiere

exclusivamente a las personas consideradas por la ley con limitaciones superiores a la limitación moderada; y que su despido se entiende legal cuando exista justa causa para ello. Con la Sentencia SL1360 de 2018, este cuerpo colegiado modula su discrepancia con la Corte Constitucional, indicando que el despido de una persona en condición de discapacidad se presume discriminatorio, debiendo el empleador soportar la terminación del contrato en una justa causa. Además el empleador debe demostrar que hizo todo lo posible por adecuar el puesto de trabajo a las condiciones de salud del trabajador ante el inspector de trabajo, so pena de la ineficacia del despido y el reintegro del trabajador. Indica la Corte Suprema de Justicia:

Así las cosas, la Corte abandona su criterio sentado en la sentencia CSJ SL36115, 16 mar. 2010, reiterada en SL35794, 10 ago. 2010, en la que se adocrinó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso. En su lugar, se postula que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada.

2.1. Ahora, la Sala no desconoce que con arreglo al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en armonía con la sentencia C-531-2000 de la Corte Constitucional, la terminación del contrato de trabajo de un trabajador con discapacidad debe contar con la aprobación del inspector del trabajo. Sin embargo, considera que dicha autorización se circunscribe a aquellos eventos en que el desarrollo de las actividades laborales a cargo del trabajador discapacitado sea ‘incompatible e insuperable’ en el correspondiente cargo o en otro existente en la empresa, en cuyo caso, bajo el principio de que nadie está obligado a lo imposible o a soportar obligaciones que exceden sus posibilidades, podría rescindirse el vínculo laboral, con el pago de la indemnización legal.

En esta hipótesis la intervención del inspector cobra pleno sentido, pues en su calidad de autoridad administrativa del trabajo debe constatar que el empleador aplicó diligentemente todos los ajustes razonables orientados a preservar en el empleo al trabajador, lo cual implica su rehabilitación funcional y profesional, la readaptación de su puesto de trabajo, su reubicación y los cambios organizacionales y/o movimientos de personal necesarios (L. 776/2002, art. 8º). Por lo tanto, solo cuando se constate que la reincorporación es inequívocamente ‘incompatible e insuperable’ en la estructura empresarial, podrá emitirse la autorización correspondiente. (Corte Suprema de Justicia, 2018a)

El reconocer la afectación del estado de salud del trabajador, ya por debilidad manifiesta ya en condición de discapacidad, es clave para la comprensión de las posturas de los actores. Esto no solo por la legalidad del contrato de trabajo o del contrato civil que los vincula, sino

porque en múltiples análisis la salud en el trabajo tiene tópicos que requieren desarrollo para comprender que los individuos trabajadores son seres humanos. Y hay razones válidas para pensar que los cuidados o descuidos de la salud en el trabajo hacen parte del principio de estabilidad laboral dentro del negocio jurídico que vincula a las partes y no solo es asunto del Sistema de Seguridad Social.

Valga indicar que el espíritu que anima al empresario en la celebración de contratos con personas naturales, del cual parece participar el Estado, tiene una doble perspectiva. Por un lado se empeña en promover el acceso al empleo y cumplir con el principio de solidaridad; y por otro, se orienta hacia la eliminación de las rigideces laborales para beneficiarse de la prestación personal del servicio, pero delegando las responsabilidades en el cuidado de la salud al contratista y al Sistema de Seguridad Social. Y aquí es importante recordar que dicho Sistema fue concebido desde la prevención, pero en la práctica actúa principalmente cuando ocurre el daño, a través de la asistencia sanitaria.

Así, los partidarios de esta concepción del trabajo asumen las políticas del cuidado de la salud en el trabajo como responsabilidad de todos, con medidas que permiten el aumento de la productividad, con un aparente beneficio social para los trabajadores y menos costos para las empresas. Los empleadores ven el origen del problema de la estabilidad laboral reforzada desde el punto de vista jurídico en las posiciones opuestas de las Altas Cortes, ya descritas en el apartado anterior, y plantean que para enfrentar la problemática deben actuar mediante el manejo preventivo y la defensa cuando se ha presentado algún tipo de debilidad manifiesta, es decir, afectación en la salud del trabajador (Romero Ramos, 2016, pág. 3).

Sin embargo, los tratadistas de las actuales condiciones de trabajo consideran que los trabajadores no deben asumir la responsabilidad pública ni solidaria de la prevención de los riesgos en el trabajo que pueden afectar la salud, dado que en ellos no recae la función especial de organización y control del riesgo. Así, se asume que los trabajadores están subordinados y limitados a las decisiones del empleador, por lo cual no es posible hablar de la doble naturaleza de los deberes del trabajador, ni en el cuidado de la salud, ni frente al Sistema de Riesgos Laborales. Al respecto, los tratadistas indican:

El Derecho al trabajo ha construido la ‘deuda de seguridad’ del empresario, que deriva del contrato de trabajo, pero también como manifestación de la protección constitucional de la vida e integridad física del trabajador (artículo 15 CE), que se insertan en el contrato de trabajo como un deber contractual. (Dueñas Herrero, 2014, pág. 63)

La dicotomía entre empresario y trabajador sobre el cuidado de la salud en el trabajo nos lleva a desarrollar el presente apartado, asumiendo la promoción y prevención de la salud en el trabajo como el conjunto de medidas adoptadas en todas las fases de la producción para disminuir los riesgos derivados del trabajo hasta la ocurrencia del accidente de trabajo y la enfermedad laboral. En el momento del evento imprevisto lo que interesa es la reparación del daño para disminuir –cuando no es posible eliminar–, las consecuencias negativas que trae para el trabajador el hecho de padecer una de estas contingencias, o en el peor de los casos, las dos.

La gestión de los riesgos laborales inicia con el enfoque resolutivo, pero la evolución de la figura se orienta hacia el enfoque promocional y preventivo que las empresas denominan “cultura de la prevención”. Este enfoque guarda una relación directa con la seguridad en el lugar de trabajo, para garantizar la mejor calidad de vida laboral y la productividad, que debe considerarse dentro de la inversión del capital de la empresa para lograr el reflejo en el crecimiento y búsqueda de felicidad dentro de la población (Zamora Salas, 2011, pág. 23). Cuando falla la promoción y prevención de la salud en el trabajo ocurre el accidente o se genera la enfermedad laboral, contingencias que requieren desarrollo legal para comprender la estructura del Sistema de Riesgos Laborales dentro del Sistema de Seguridad Social. En este proceso parece abandonarse el concepto de protección social y las acciones se concentran en la reparación del daño, bajo los conceptos positivistas del derecho de los seguros derivado del derecho mercantil.

Los componentes jurídicos del accidente de trabajo y la enfermedad laboral han variado en Colombia con la influencia de normas extranjeras y por la incontenible casuística que ha buscado en la decisión judicial una solución a los problemas del despido o la muerte del trabajador que enfermó en el trabajo, como consecuencia de la transformación de la sociedad del trabajo. Se trata de un contexto en el cual las personas venden su fuerza de trabajo al capital, de manera que el trabajo deja de ser un derecho para convertirse en un factor de

producción que, como tal, el empresario busca abaratar e incluso eliminar, sobre todo cuando el prestador del servicio se accidenta o enferma, ya que esta situación genera una disminución en la producción, que el empresario puede recuperar a través de máquinas. En los escritos de Simone Weil, mencionada por Dominique Méda, se indica que la lógica del capital ignora el concepto de trabajo del mundo moderno para devolverlo a la edad antigua, considerado despreciable y para esclavos, por la imposición de dos elementos: la prisa y las órdenes.

Hay dos elementos en esta esclavitud: la prisa y las órdenes. La prisa para ‘conseguirlo’, hay que repetir continuamente los movimientos con una cadencia que al ser más rápida que la mente impide dar rienda no solo ya a la reflexión sino incluso a la ensoñación. Al ponerse delante de esa máquina hay que matar, durante ocho horas al día, el alma, el pensamiento, los sentimientos, todo. (...) Esto hace que el pensamiento se encoja, se retraiga, al igual que las carnes se retraen ante un bisturí. No se puede ser consciente. (Méda, 1998, pág. 117)

A partir de la ocurrencia del accidente de trabajo o diagnóstico de la enfermedad laboral, que desde este momento denominaremos con la sigla ATEL, empleador y trabajador deben comprender y asumir los efectos de instituciones médicas y jurídicas que guían el paso a paso del proceso establecido por el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo para definir las condiciones laborales del trabajador frente al empleador. Para recuperar la salud o para prestar el servicio personal derivado del contrato de trabajo, el empleador debe garantizar al trabajador acciones denominadas rehabilitación, reintegro, readaptación y reubicación en el trabajo, según la evolución del ATEL. Estas figuras se juzgan transformadoras de la relación laboral y el acuerdo contractual, imponiendo al empleador obligaciones no previstas en el contrato, generadoras de gastos adicionales, que comparadas con los pagos derivados del despido o terminación del contrato podrían ser más expeditos y menos onerosos, creando el conflicto objeto de estudio en este trabajo: el despido del trabajador enfermo por el trabajo.

Parece que para los empresarios el despido o terminación de la relación contractual, es la decisión que presenta mejores resultados económicos. Sin embargo, el argumento pierde fuerza cuando se descubren en la estabilidad laboral oportunidades como la flexibilidad funcional, mediante la formación del trabajador en nuevas tareas según sus condiciones. La productividad siempre mejorará cuando el trabajador con estabilidad laboral coopera con las directivas de la empresa, desarrollando procesos que ahorran tiempo y trabajo, y le permiten

aportar los conocimientos que ha adquirido en la experiencia profesional. El trabajador afectado en la salud, y alertado por el riesgo de un despido intempestivo, no se preocupa por la eficiencia en su trabajo ni por aportar sus conocimientos para la disminución de costos en la empresa (Vergeer & Kleinknecht, 2014, pág. 407). Contrario sensu, el trabajador que después del ATEL recibe del empleador rehabilitación, reintegro, readaptación o reubicación en el trabajo, será siempre más eficiente en su trabajo y menos problemático para el Estado.

El análisis relacionado con los accidentes de trabajo y las enfermedades laborales requiere, además de ser cuantitativo, pasar a ser cualitativo para que la sociedad tenga una dimensión más real del agravamiento de las relaciones laborales por estos dos eventos. Pasar del concepto de salud-enfermedad al concepto salud-trabajo debe generar interés en la adecuación, si se quiere lograr que el Sistema de Seguridad Social constituya un sistema fundamentado en la promoción y prevención de la salud y no, como ocurre desde 1993 en el modelo de seguros, un sistema capitalista y excluyente.

La administración encargada a particulares con intereses financieros en este sistema, hace deficiente o inexistente la fiscalización de los puestos de trabajo por parte del Estado, cuyo efecto se expresa en los cada vez más numerosos procesos judiciales adelantados por los trabajadores para que se reconozca, por vía judicial, la estabilidad en el trabajo que no es respetada por vía legal. El proceso de producción capitalista debe comprender que en la transformación del trabajo en fuerza de trabajo se vinculan las personas; y que al arruinar su salud también truncan las expectativas de desarrollo social del país. Para encontrar soluciones a los problemas de las relaciones laborales es prioritario identificar las causas que los generan, razón por la que se desarrolla el siguiente apartado.

296

3.3.1. La compleja valoración de la promoción de la salud en el trabajo desde la legitimidad y eficacia del derecho laboral

La promoción de la salud en el trabajo y la prevención del ATEL, aún sin esta estricta denominación, siempre han estado presentes en el contenido propio de la relación laboral, regida por el derecho laboral. Esta relación constituye la promoción de la salud del

trabajador/prestador del servicio y el deber de prevención de los accidentes y las enfermedades que puede sufrir el trabajador en la prestación del servicio. Con esto se busca garantizar el bienestar físico y mental del trabajador, protegerlo de los riesgos generados no solo por la actividad asignada en la empresa, sino también mejorar el ambiente familiar y social en donde se desarrolla su vida, elementos del tracto contractual y que derivan del principio de estabilidad laboral, que genera responsabilidades al empleador.

Pero lo heterogéneo de la valoración de su contenido –desde la poca diferenciación entre las actividades que comprenden la prevención y las que hacen parte de la promoción por parte de los actores de la relación laboral hasta el efecto de la inexistencia de dichas actividades que conduce a la ocurrencia del ATEL–, condiciona la legitimidad y eficacia de las normas laborales que lo reglamentan. Las responsabilidades, así como las normas, se han transformado a partir de los supuestos normativos que diferencian el bien jurídico protegido y delimitan el alcance de las obligaciones promocionales y preventivas, dejando visibles las consecuencias de su inobservancia.

De hecho, la actual interpretación de promoción y prevención les hace parecer a todos los actores de la relación laboral que estos conceptos son sinónimos, denominándolos bajo la sigla PyP en los sistemas de gestión en las empresas y en la adjudicación de recursos en las entidades administradoras del Sistema de Riesgos Laborales. Es así que en los escenarios laborales se encuentra la denominación “Plan de promoción y prevención de la salud en el trabajo”, en lo cual se puede identificar un elemento estructural del conflicto que venimos analizando, puesto que el empleador y el trabajador, además de no diferenciar los contenidos, se muestran antagónicos en la interpretación y responsabilidades al respecto. Para el empleador, la promoción y prevención son un asunto de responsabilidad mutua, que genera costos altos que busca disminuir con la tercerización en la implementación y desarrollo empresarial del “Plan de Salud Ocupacional”, actualmente denominado “Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo”, de manera que parece cumplir todas sus responsabilidades mediante el pago de la cotización al Sistema de Seguridad Social. Así lo manifiesta la Federación de Aseguradores Colombianos (FASECOLDA) en las conclusiones

descritas respecto del análisis realizado a las sentencias proferidas por la Corte Constitucional relativas a la estabilidad laboral reforzada, indicando que:

Este criterio traslada al empleador la función de la seguridad social, pues desconoce la existencia del Sistema de Seguridad Social que protege los riesgos comunes y laborales, del cual hacen parte no solo las administradoras (de pensiones, riesgos laborales y salud) sino los trabajadores y empleadores con roles diferenciados y definidos.

Las personas y trabajadores con afectaciones de salud tienen un Sistema de Seguridad Social que responde por ellas. En el caso de la Sentencia SU 049 de 2017, el empleador y el contratista son responsables de verificar sus aportes al sistema no solo de pensiones, sino de riesgos laborales y de salud. Cumplir con la afiliación y el aporte al Sistema de Seguridad Social otorga al trabajador el derecho a ser reubicado de manera adecuada y de recibir atención en salud laboral, sin necesidad de recurrir a la estabilidad laboral reforzada. (Ponce Bravo, 2018, pág. 147)

El trabajador, por el contrario, asume que solo tiene derechos por la prestación personal del servicio requerido en la empresa, y en ocasiones se niega a participar de las actividades del programa de “Promoción y prevención de la salud” o delega en los compañeros de trabajo la responsabilidad asignada dentro del programa sobre los cuidados de la salud, con lo cual omite atender las recomendaciones médicas, no desarrolla los hábitos de vida saludable esperados, y busca las medidas reparadoras en tiempo o dinero. Reflejo de esta posición son los resultados de la Encuesta Nacional de Situación Nutricional en Colombia (ICBF, 2015), documento que publica el seguimiento de las políticas públicas en materia de salud, alimentación y nutrición, encontrando que:

- Uno de cada tres jóvenes y adultos tiene sobrepeso (37,7%), mientras que uno de cada cinco es obeso (18,7%). En este sentido, el 56,4% de la población presenta exceso de peso, lo que significa un incremento de 5,2 puntos porcentuales con respecto al 2010.
- La obesidad es más frecuente en las mujeres (22,4%) que en los hombres (14,4%).
- Aproximadamente la mitad de los adultos colombianos realiza 150 minutos semanales de actividad física moderada o 75 minutos semanales de actividad vigorosa o fuerte, como lo recomienda la OMS. Cuatro de cada diez mujeres y seis de cada diez hombres atienden esta medida de prevención.
- La inseguridad alimentaria redujo a 54,2% de los hogares con respecto a 2010, cuando se situó en 57,7%. No obstante, más de la mitad de los hogares colombianos continúa con dificultades para conseguir alimentos. (ICBF, 2015)

Así, la valoración de la promoción y prevención de la salud en el trabajo se hace compleja por el desconocimiento de los elementos que diferencian la prevención de las enfermedades

y los accidentes en el lugar de trabajo de la promoción de la salud en todos los ámbitos de los trabajadores para garantizar hábitos de vida saludable. Lo cual se agudiza a causa del lento y confuso proceso de la regulación en la construcción de las normas que comprenden estos dos conceptos; así como por el significativo viraje que representa el actual modelo de aseguramiento, orientado en la reparación del daño.

Desde luego, la inexistente legitimidad y eficacia normativa afecta al principal sujeto obligado a responder por la promoción y la prevención, el empleador, que la transfiere al trabajador mediante el despido y altera la tutela que desde el Estado debe garantizarse a la población trabajadora. Existe una corresponsabilidad del empleador, el trabajador y el Estado en desarrollar procesos eficaces que diferencien la prevención del ATEL en el trabajo y promuevan hábitos de vida saludable para garantizar la productividad empresarial con bienestar y calidad de vida para los trabajadores (Zapata Escobar & Grisales Franco, 2017, pág. 157).

La Organización Mundial de la Salud define la salud como “estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (OMS, 2006, pág. 1). Esta definición se construye en 1948 y continúa siendo aceptada en amplios campos académicos y políticos, planteando una comprensión del bienestar según la cual la vida en el presente tiene relación directa con la forma como se han cuidado las personas en el pasado, siendo el buen estado de salud el resultado del buen cuidado físico y mental.

El derecho a la vida no se agota con el homicidio, este tiene relación directa con el cuidado de la salud, porque estas acciones comprenden necesariamente la integridad física, así lo ha indicado la Corte Constitucional a través de múltiples sentencias:

(...) cuando se habla del derecho a la vida se comprenden necesariamente los derechos a la salud e integridad física porque lo que se predica del género cobija a cada una de las especies que lo integran. (Corte Constitucional, 1996c)

Sería absurdo reconocer el derecho a la vida y al mismo tiempo desvincularlo de los derechos consecuenciales a la integridad física y a la salud. (Corte Constitucional, 1996e)

Las consideraciones del Juez (...) parten de un equívoco: declarar que sólo se viola el derecho a la vida cuando se causa la muerte de una persona. Ello es inexacto, porque la vida que es debida al hombre en justicia es la vida digna, es decir, íntegra y saludable, con proyección hacia

la satisfacción de los fines racionales del ser humano como persona. Cuando hay peligro para la salud o la integridad física, de una u otra forma se afecta la vida humana. Esto es incuestionable. Es absurdo argüir que si se afecta una parte del todo vital, éste permanece incólume, porque es desconocer la conexidad entre las partes y el todo. (Corte Constitucional, 1993c)

El cuidado de la salud tiene que ver con el derecho a la vida de las personas, una noción que ha sufrido variaciones de acuerdo con la cultura de cada momento, pasando de ser la ausencia del pecado por la intervención de una divinidad a un derecho asumido por el Estado para todos los ciudadanos, un postulado expresado en la Revolución Francesa y en la Revolución Industrial como la capacidad para funcionar en el trabajo. Después de la Segunda Guerra Mundial surge el reconocimiento de los derechos fundamentales del ser humano, momento en que la OMS construye el concepto de salud mencionado (Herrero Jaén, 2016).

La Carta de Ottawa (OMS, 1986) en la Primera Conferencia de Promoción de la Salud, promueve el cuidado de la salud desde la educación sanitaria, para que todas las personas tomen decisiones adecuadas y tengan estilos de vida saludables. Las decisiones y cuidados deben incluir los ambientes laborales donde el trabajador según la forma como desarrolla el trabajo cuida o afecta la salud. La promoción de la salud consiste en proporcionar a las personas los medios necesarios para mejorar su salud y ejercer un mayor control sobre la misma.

En 1996 en la Conferencia de Sundsvall fue creada la Red Europea de Promoción de la Salud en el Trabajo, organización que para este año profiere el documento denominado “Declaración de Luxemburgo” donde se describen los principios básicos para gestionar la salud en el trabajo en las empresas europeas. Este documento resalta la promoción de la salud en los mínimos actos de la empresa con el objeto de tener cero incapacidades médicas de los trabajadores, todo a partir de la generación de hábitos de vida saludables, programas de bienestar y responsabilidad social (Red Europea de Promoción de la Salud en el Lugar de Trabajo, 1997). Las políticas de promoción de la salud en el trabajo deben estar ligadas a los procesos educativos de trabajadores y empleadores, con el fin de garantizar condiciones seguras y saludables en desarrollo de la prestación del servicio.

Los controles a los procesos de implementación y desarrollo de los Convenios de la OIT referidos a la promoción de la salud en el trabajo son los que le han permitido a los países industrializados disminuir las cifras de trabajadores afectados en la salud por causas laborales (Zapata Escobar & Grisales Franco, 2017, pág. 161). En España es claro para los juristas del derecho laboral que la promoción de la salud en el trabajo reduce el índice de lesiones incapacitantes y disminuye la inversión para recuperar la salud. Las empresas emprenden acciones destinadas al fomento de hábitos de vida saludables entre los trabajadores, previo diagnóstico del estado de bienestar de los trabajadores y los recursos económicos de la empresa.

El bienestar validado desde las perspectivas generales relacionadas con la edad, el género, el estado físico y emocional, los estilos de vida relacionados con el ejercicio físico, la alimentación, la ingesta de licores y otras sustancias psicoactivas y el sueño son elementos básicos para que las gestiones de promoción de la salud en el trabajo se realicen en cada empresa según las condiciones particulares y propias de los trabajadores y no mediante campañas impersonales que se venden como publicidad para productos de consumo diario (Sanchis Almenara, y otros, 2017, pág. 76).

La dimensión del problema ha sido objeto de preocupación de las organizaciones internacionales, razón por la que en marzo de 2020 se unieron la Organización Panamericana de la Salud y la Organización Mundial de la Salud y publicaron un documento denominado “Estrategias de promoción de la salud en los lugares de trabajo de América Latina y el Caribe”, señalando como antecedentes la ocurrencia cada minuto de 36 accidentes de trabajo y, como consecuencia, la muerte de cerca de 300 trabajadores por día en la región, así como las pérdidas económicas por las lesiones y las enfermedades laborales que llegan hasta el 11% del Producto Interno Bruto (PIB) (OPS, 2020, pág. 9). Colombia hace parte de estas estadísticas, por lo cual se requiere actuar frente a esta pandemia generada en el trabajo.

Dentro de las estrategias para la promoción de la salud en el trabajo se destaca la coordinación entre empleador y trabajador para lograr el acceso a los servicios de atención primaria en salud, como un proceso que contribuya a superar la creencia según la cual la salud consiste en el derecho a tener asistencia sanitaria; ya que esto conforma el nivel secundario de la

atención a la salud. Al respecto de la configuración del derecho a la salud, en las entrevistas realizadas a especialistas en seguridad y salud en el trabajo que prestan los servicios de asesorías en las empresas⁸⁷, se confirma la creencia descrita, razón que consolida la equivocada construcción de las actividades de promoción de la salud dentro del Sistema General de Seguridad y Salud en el Trabajo en las empresas dentro de las actividades de prevención del ATEL, así como la simple publicación de políticas frente al alcoholismo y tabaquismo, la participación en simulacros de eventos catastróficos y campañas organizadas por los entes gubernamentales dentro de los programas de salud pública en la ciudad y el país.

La promoción de la salud debe trascender el horizonte clínico de la atención secundaria y retomar la excluida atención primaria, que comprende la visión positiva de la salud, el bienestar, la atención del sueño y el descanso, la alimentación equilibrada y el ejercicio físico, todo ello encaminado a mejorar y mantener las buenas condiciones de vida del trabajador en el trabajo y en su entorno familiar y social.

El lugar de trabajo es el sitio donde los trabajadores se congregan y pasan la mayor parte de las horas de vida activos, comparten sus intereses personales y profesionales. En la cotidianidad del ámbito laboral existen oportunidades para fomentar los hábitos de vida saludables; aunque en la práctica tienden a enfatizarse los aspectos que justifican la dificultad de realizarlos. El estado de salud de los trabajadores impacta directamente la producción empresarial, pero existe el debate relativo a la configuración del deber del cuidado de la salud en el trabajo para el empleador, entre una obligación de medios o una obligación de resultados. La obligación de medios genera cumplimiento con las actividades de prevención del ATEL, independiente del resultado, pues en tanto se genere el daño al trabajador el sistema de aseguramiento entra a cubrir la reparación. Pero si la obligación es de resultado,

⁸⁷ En el trabajo docente a cargo del área “Sistema de Riesgos Laborales en Colombia” en programas de especialización y maestría, los estudiantes profesionales en áreas de derecho, ingeniería y de la salud, a la pregunta “¿qué comprende el derecho a la salud de los trabajadores en nuestro país?”, los entrevistados coincidieron en responder: comprende tener afiliación a la EPS, tener los permisos del empleador para asistir a la atención médica, recibir los medicamentos a tiempo, tener las citas médicas de especialistas y la efectiva realización de las cirugías y terapias ordenadas por el médico tratante.

es exigible la ausencia de daños, lo cual resulta una consideración excesiva desde la perspectiva de los juristas. Cabe señalar que la finalidad de la promoción de la salud es la protección eficaz del trabajador y evitar mediante la prevención el riesgo susceptible de producir daños por el ATEL.

Es claro para nuestro sistema jurídico que existen circunstancias que exoneran al empresario de responsabilidad, incluso cuando se ha ocasionado el daño por el ATEL. Sin embargo, ante las cifras de absentismo laboral en las empresas colombianas por incapacidades médicas de los trabajadores, la obligación de promoción de la salud en el trabajo no es exorbitada o inalcanzable. Los programas de promoción de la salud en el trabajo deben incorporar actividades que incumben al empleador sin aumentar los costos, tales como la de ofrecer bebidas y alimentos saludables, controlar periódicamente las condiciones de sueño, descanso, obesidad y estados emocionales de los trabajadores; todo esto con el fin de garantizar la efectividad del sistema de seguridad y salud en el trabajo implementado en la empresa. De esta forma, la obligación de medios –tan defendida por los juristas– es amplia, flexible e integral, sin que represente aumento de costos.

303

El impacto negativo en la producción del absentismo laboral por las afecciones de salud de los trabajadores, ha sido publicado por los empleadores a través de las organizaciones a las que pertenecen. Este sector llama la atención al Estado colombiano sobre los altos costos que están asumiendo y la afectación a la sostenibilidad financiera, causada por “el abuso de la estabilidad laboral reforzada” que, según organizaciones como FASECOLDA y la ANDI, es un mecanismo para mantener de forma indefinida a los trabajadores en la empresa hasta que se tenga el dictamen de las juntas de calificación (Ponce Bravo, 2018, pág. 114). Llama la atención que, en las publicaciones realizadas por estas organizaciones, se incluyen las incapacidades temporales por origen laboral que para 2017 se reportaron en 390.000 casos (Ponce Bravo, 2018, pág. 114); y centran su inconformidad en la forzada necesidad de contratar nuevo personal o pagar horas extras para reemplazar al trabajador incapacitado, pero guardan silencio frente a la responsabilidad que tienen por la generación de los daños en la salud que llevaron a los trabajadores a incapacitarse.

Para la Corte Constitucional el cuidado de la salud es a la vez derecho y obligación de los ciudadanos, como derecho derivado de la vida, que implica conservar la plenitud de las facultades físicas, mentales y espirituales desde los actos de prevención de las enfermedades.

Así lo indica:

El derecho a la salud es un derecho fundamental, derivado del derecho a la vida que tiene toda persona humana, desde el momento de la concepción hasta su muerte, derecho que implica conservar la plenitud de sus facultades físicas, mentales y espirituales, y poner todos los medios ordinarios al alcance para la prevención de las enfermedades, así como para la recuperación. Este derecho tiene, así, las siguientes características:

a) Es un derecho fundamental, porque es inherente a la persona humana, pues constituye parte integral de su ser. Además, como ya se enunció, es un bien necesario para la calidad de vida que todo hombre merece; b) Es un derecho derivado del derecho a la vida: La salud es un efecto vital. Lo anterior por cuanto el derecho a la vida comporta, como extensión ontológica, la facultad de vivir en las condiciones de bienestar físico, mental y espiritual adecuadas a su dignidad inviolable; c) Es un derecho que se tiene desde el momento de la concepción hasta la muerte: el derecho a la salud, al ser inherente a la persona humana, se predica en la totalidad de la existencia del hombre, en todo tiempo y en todo lugar; mientras haya vida humana, hay derecho a la salud. Esto porque la salud no es una contingencia jurídica, sino un medio necesario para la existencia vital que el hombre merece; es un medio que en ciertas ocasiones adquiere la calidad de fin, pues el hombre busca la salud; d) Es un derecho a conservar la plenitud de sus facultades físicas, mentales y espirituales. (Corte Constitucional, 1994d)

304

La promoción de la salud en el trabajo va más allá del simple cumplimiento de los requisitos legales que se describen en las normas ya expuestas, implica el compromiso activo del empleador para generar la mejora de la salud en los trabajadores. La Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, propone actividades de baja inversión y alto impacto positivo en los trabajadores que pueden tomarse en las empresas colombianas, entre ellas se plantea:

1. Brindar servicio de guardería de niños.
2. Cursos de relajación y asesoramiento psicológico.
3. Controles médicos para el colesterol, presión alta y la glucemia.
4. Compartir los costos de centros deportivos y de ocio.
5. Motivar el uso de la escalera y no el ascensor.
6. Ofrecer alimentos sanos en los comedores de la empresa y dar el tiempo suficiente para ingerirlos.
7. Ofrecer espacios de descanso y relajación. (Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, 2010, pág. 94)

La Organización Internacional del Trabajo ha creado la herramienta denominada SOLVE (OIT, s.f.), que integra la promoción de la salud a la política de seguridad y salud en el trabajo para el desarrollo sostenible de las empresas y el incremento de la productividad y de la cultura de la prevención del ATEL, involucrando a todos los actores: sindicatos, empleadores, asesores en seguridad y salud en el trabajo, instituciones prestadoras de la asistencia sanitaria. En el marco de esta herramienta, dichos actores participan en actividades dirigidas a disminuir el estrés, el agotamiento emocional (burn-out), el acoso psicológico (mobbing) y el absentismo, que a largo plazo reducen la presión en los sistemas de salud, las incapacidades médicas, los estados de debilidad manifiesta por salud, las acciones de tutela por estabilidad laboral reforzada y los despidos laborales.

Las actividades de SOLVE, están centradas en los aspectos de estrés laboral, estrés económico, alcohol y drogas, sueño saludable, violencia laboral y familiar, actividad física, VIH y SIDA, nutrición y tabaco. La atención de cada actividad se fundamenta en la influencia negativa que tiene en los trabajadores su no realización, con manifestaciones como desordenes musculo-esqueléticos, hipertensión, enfermedades cardiovasculares, alteraciones inmunológicas, cáncer pulmonar, deficiencias nutricionales y obesidad. Estados que se combinan con los riesgos y peligros generados en el lugar de trabajo, aumentando la predisposición a las enfermedades laborales, a la ocurrencia de los accidentes de trabajo y estados permanentes de incapacidad médica, por la relación directa que existe entre el estado de salud física y emocional con el desempeño laboral.

Cuando el trabajador se ve afectado por una o varias de las condiciones descritas, aumenta el riesgo de perder el trabajo, requerir incapacidad médica, tornarse irascible, potenciarse los peligros en el lugar de trabajo y fracturarse las relaciones laborales y familiares, hasta llegar en ocasiones a la muerte por enfermedad, por accidente y en casos extremos, por suicidio. Los trabajadores en Colombia tienen una relación negativa entre los ingresos económicos y los costos de la vida saludable, frente a lo cual se requiere voluntad del Estado y los empleadores en el desarrollo de procesos efectivos para promover la salud en el trabajo y no enfocarse en atacar la estabilidad laboral reforzada. En el país no existen políticas públicas de alimentación laboral, pues cuando han tratado de crearse, los empleadores han procurado

colaborar con el archivo de los proyectos legislativos relacionados (Bejarano Roncancio & Díaz Beltrán, 2012).

El Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021 define la Dimensión salud y ámbito laboral de la siguiente manera:

Conjunto de políticas e intervenciones sectoriales y transectoriales que buscan el bienestar y protección de la salud de los trabajadores, a través de la promoción de modos, condiciones y estilos de vida saludables en el ámbito laboral, el mantenimiento del bienestar físico, mental y social de las personas en todas las ocupaciones, y el fomento de las intervenciones que modifican positivamente las situaciones y condiciones de interés para la salud de los trabajadores del sector formal e informal de la economía. (Ministerio de Salud y Protección Social, 2013, pág. 52)

Frente al contenido normativo es necesario preguntarse: ¿es eficaz la promoción de la salud en el trabajo en Colombia a partir de la descripción normativa del Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021? La respuesta puede ser negativa, en tanto la eficacia se presenta cuando la promoción de la salud complementa las medidas de seguridad y salud en el trabajo, integrando las prácticas de gestión en la empresa para prevenir el ATEL, contribuyendo a proteger y mejorar la salud y el bienestar de los trabajadores y trabajadoras en el territorio nacional.

Lejos de disminuir la responsabilidad del empleador y de las administradoras de riesgos laborales ARL en el cumplimiento meramente formal de las obligaciones de promoción de la salud, se debe exigir todas las que permitan avanzar en hacer eficaz la seguridad y la salud en el trabajo, con una vinculación íntima entre medios y resultados. Así, se debe establecer, dentro del análisis de responsabilidades, si los medios utilizados son los eficaces, necesarios y suficientes para garantizar el derecho a la salud que, se reitera, no es el derecho a la atención de la enfermedad, sino el bienestar integral del trabajador, en lo físico y en lo mental.

De esta manera, la relación causa-efecto no se limitaría al nexo causal entre el riesgo y el daño, pues se debe evaluar la exclusión de responsabilidad del empleador cuando se demuestre que, cualquiera que hubiera sido la acción preventiva del ATEL y promocional de la salud, el daño necesariamente se habría causado. Se debe probar, en este contexto, el nexo causal entre la promoción realizada y el daño en el trabajador; y si esta relación no se puede

probar, se configura la vulneración del deber de protección del empleador, que pudo adoptar medidas más eficaces de protección de la salud. Así se elimina la subjetividad de la culpa patronal descrita en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo⁸⁸ y se valoran las actividades de prevención del ATEL y las de promoción de la salud en estados peligrosos propios del estado de salud de los trabajadores, imputando los daños causados a quien omite generar espacios de salud y se beneficia de los riesgos creados, con una expresa y estrecha relación entre medios y resultados (Valdeolivas García, 2012, pág. 19).

Esta visión jurídica de la promoción de la salud continúa la teoría de la objetivación de la culpa, por la configuración de la obligación empresarial de demostrar el cumplimiento de la obligación, no solo de la prevención del ATEL, sino de la promoción de la salud; o contrario sensu la posibilidad del trabajador de demostrar el daño antijurídico sobre el deber de seguridad. Cuando el trabajador sufre el ATEL no puede ser doblemente sancionado, primero pierde o se merma su capacidad laboral y segundo es despedido o desmejorado por perder las funciones, cuando por el daño antijurídico causado, sus funciones se vuelven imperfectas. Así lo establece la Corte Constitucional al indicar que al “(...) ser mermado en sus facultades sólo puede ejercer sus funciones imperfectamente” (Corte Constitucional, 1993a).

307

La garantía de la promoción de la salud no se puede agotar en el cumplimiento meramente formal o literal de la norma; antes bien, debe reunir todas las medidas, legales o no, para mantener y mejorar la vida saludable de los trabajadores. En este sentido, el cumplimiento de la obligación no puede seguir siendo valorado desde los documentos, sino desde la evidencia misma del resultado de los procesos realizados. El deber de la promoción de la salud no se agota en las gestiones individuales de sus componentes, verbigracia la charla sobre nutrición o el símbolo de prohibido fumar, insuficientes frente a los contextos sociales en que se mueven los trabajadores en Colombia. Esta no es una forma de realizar la promoción de la salud de modo integral, sino que se debe exigir al empleador una actitud

⁸⁸ El artículo 216 del CST indica: “**ARTICULO 216. CULPA DEL EMPLEADOR.** Cuando exista culpa suficiente comprobada del {empleador} en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este Capítulo” (Congreso de la República, 2016).

eficaz del cuidado de la salud en el trabajo, que trascienda las actividades impuestas legalmente y genere un estándar de conducta en su rol de responsabilidad y liderazgo, guiada por el máximo nivel de bienestar físico y emocional alcanzable.

3.3.2. La compleja valoración de la prevención del ATEL desde la legitimidad y eficacia del derecho laboral

De acuerdo con Yolanda Valdeolivas (2012, pág. 10), la exigencia de responsabilidad del empleador por los daños en la salud de los trabajadores en la empresa ha pasado por las siguientes etapas.

Primera: el empleador debía indemnizar al trabajador por el daño generado en la salud, siempre que se demostrara su culpa en el hecho dañoso. Teoría jurídica de la culpa.

Segunda: el empleador debía indemnizar al trabajador por el daño generado en la salud en el trabajo. Basta el daño para establecer la responsabilidad objetiva. Teoría jurídica de la objetivación de la culpa.

Tercera: el empleador es responsable de la promoción y prevención de la salud en el trabajo, de la vigilancia en la salud, de la información y formación del trabajador, y de la planificación de la actividad preventiva. La inexistencia de estas medidas mantiene la obligación de indemnizar al trabajador por el daño generado en la salud.

Cuando nos referimos a la prevención buscamos establecer el conjunto de actividades o medidas que debe adoptar el empleador en todos los procesos productivos y administrativos de la empresa para evitar o disminuir el riesgo derivado de la actividad que realizan los trabajadores, porque ocurrido el ATEL se evidencia la falta de prevención y lo que importa a partir de ese momento es la reparación del daño. En términos de los intereses del capitalismo, que busca generar el mayor margen de rentabilidad posible para el empleador, la prevención del ATEL disminuye los costos laborales e incentiva al trabajador a prestar el servicio de forma segura (Dueñas Herrero, 2014). Esta visión de la salud en el trabajo cambia el enfoque resolutivo del conflicto generado a partir de la ocurrencia del daño, por el enfoque

promocional y preventivo. Surge la cultura de la prevención que implica reducir los riesgos en el trabajo con la participación de las tres partes interesadas: empleador, trabajador y Estado (Rodríguez, Pedraza, & Martínez, 2017, pág. 122).

Siguiendo con los juristas españoles, Juan Diego Zamora (2011) señala que en la promoción y prevención parece encontrarse la herramienta necesaria para dar calidad de vida a los trabajadores y mejorar la productividad:

Se ha mostrado la relación positiva entre la salud de los trabajadores representada en una mejor calidad de vida laboral y la productividad, en donde el incremento de esta calidad de vida laboral tiene beneficios tangibles en las organizaciones en términos de satisfacción y motivación laboral, compromiso con el puesto, identificación con la organización, esfuerzo y ejecución. La calidad de vida laboral deberá de interpretarse como un conjunto de condiciones en el trabajo que afecta directa o indirectamente a los trabajadores, tal como lo son concebidas e interpretadas por éstos; por lo que en éste sentido las inversiones que se realicen en el campo de la salud serán consideradas como inversión en capital y por ende un factor importante en el crecimiento de un país. (Zamora Salas, 2011, pág. 23)

El paso de la etapa resarcitoria a la preventiva generó interés en las organizaciones internacionales por realizar acuerdos que permitieran visibilizar el problema de los trabajadores enfermos por el trabajo y el despido en estas condiciones. Se observó que este problema podría tener origen en la incapacidad de los Estados, los empleadores y los trabajadores de reconocer, evaluar y controlar los factores de riesgo que afectan la salud en los ambientes laborales. Todos estos actores tienen la obligación de cuidar la salud, lo que se cumple cuando se adoptan medidas sanitarias y sociales adecuadas; razón que llevó a la publicación de las siguientes normas.

El Convenio C-155 (OIT, 1981) sobre la seguridad y salud de los trabajadores, establece obligaciones para los Estados miembros referidas a la regulación, control y vigilancia de las normas internas orientadas a la promoción y prevención de la salud en el trabajo. Llama la atención el contenido del artículo 13, referido a la protección al trabajador frente a acciones injustificadas por parte del empleador –incluyendo el despido–, cuando se considere que las condiciones de trabajo son peligrosas y afectan su salud. La norma indica:

Artículo 13

De conformidad con la práctica y las condiciones nacionales, deberá protegerse de consecuencias injustificadas a todo trabajador que juzgue necesario interrumpir una situación de trabajo por creer, por motivos razonables, que ésta entraña un peligro inminente y grave para su vida o su salud. (OIT, 1981)

En el mismo Convenio C-155 describe, en el artículo 20, la obligación del empleador y el trabajador de cooperar para la implementación y ejecución de las medidas correctivas que permitan proteger la salud en el trabajo.

Artículo 20

La cooperación entre los empleadores y los trabajadores o sus representantes en la empresa deberá ser un elemento esencial de las medidas en materia de organización y de otro tipo que se adopten en aplicación de los artículos 16 a 19 del presente Convenio. (OIT, 1981)

El Convenio 187 (OIT, 2006) sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, comprende el compromiso de los Estados miembros de construir las respectivas políticas nacionales sobre seguridad y salud en el trabajo y el medio ambiente del trabajo, que se deben elaborar conforme los principios enunciados en el Convenio 155. El convenio indica, en los literales c) y d) del artículo 1, la prioridad que debe darse al principio de prevención:

(c) la expresión **programa nacional de seguridad y salud en el trabajo** o **programa nacional** se refiere a cualquier programa nacional que incluya objetivos que deban alcanzarse en un plazo determinado, así como las prioridades y medios de acción destinados a mejorar la seguridad y salud en el trabajo, y los medios para evaluar los progresos realizados, y

(d) la expresión **cultura nacional de prevención en materia de seguridad y salud** se refiere a una cultura en la que el derecho a un medio ambiente de trabajo seguro y saludable se respeta en todos los niveles, en la que el gobierno, los empleadores y los trabajadores participan activamente en iniciativas destinadas a asegurar un medio ambiente de trabajo seguro y saludable mediante un sistema de derechos, responsabilidades y deberes bien definidos, y en la que se concede la máxima prioridad al principio de prevención. (OIT, 2006)

Es oportuno resaltar que el Convenio 155 de la OIT no ha sido ratificado por Colombia. Los integrantes de la Escuela Nacional Sindical, indican que la falta de ratificación de este convenio ha permitido al Estado proferir las normas del Sistema de Riesgos Laborales sin la participación de las organizaciones sindicales, sin diálogo social, razón por la que las normas existentes no logran cubrir todas las esferas que requieren atención en las empresas para que el sistema tenga eficacia y evitar la ocurrencia de accidentes y enfermedades laborales. La

falta de participación en la construcción legislativa de los trabajadores y las organizaciones sindicales, así como la ineficacia de los medios de control, han permitido a las administradoras de riesgos laborales (ARL) generar acciones y políticas en beneficio del empleador, con rentabilidad financiera para sus propios intereses, alejándose de la verdadera razón del sistema: la promoción y prevención de la salud en el trabajo (Vásquez, 2013).

Dado que el Convenio 187 se fundamenta en el contenido del Convenio 155, el primero tampoco ha sido aprobado por Colombia, por falta de voluntad política y administrativa de los actores de la rama legislativa y ejecutiva, con el argumento de ser las normas internas suficientes para garantizar todos los procesos y procedimientos para la prevención de los accidentes y las enfermedades en el trabajo. Desde esta óptica, se plantea que son innecesarias las aprobaciones de dichos convenios (Ayala Cáceres, 2019), porque las normas internas van más allá de las disposiciones de la OIT a través de los convenios⁸⁹.

Este argumento institucional de las normas internas resulta ilegítimo, porque parece presentar normas perfectas para ciudadanos desobedientes e ignorantes, cuando el *modus operandi* de las instituciones mencionadas está dado históricamente en expedir normas sin el consenso de los interesados y en particular de los directamente afectados por su contenido: los trabajadores y sindicatos. Así mismo es ineficaz, porque las normas no han resuelto en la sociedad del trabajo colombiana el conflicto del despido de los trabajadores enfermos por el trabajo.

Conforme lo indica la Escuela Nacional Sindical, la construcción de las normas internas no ha sido tripartita, existen vacíos y no son suficientes para resolver los conflictos que se presentan por la ocurrencia del ATEL en la relación laboral. El Estado colombiano traslapa la falta de voluntad política para aprobar los convenios, con el argumento de corresponder su contenido a las normas internas; mientras en la realidad ocurre que estas normas no tienen

⁸⁹ Si bien el Ministerio de Trabajo no es la entidad que aprueba para el país los Convenios Internacionales de la OIT, el profesor Carlos Luis Ayala, nos comentó en entrevista que las normas existentes en Colombia sobre el cuidado de la salud en el trabajo existen pero los empleadores y trabajadores no las conocen, en unos y otros no existe la conciencia del autocuidado, por ello todos somos responsables del problema de los trabajadores enfermos en el trabajo. El Ministerio del Trabajo está promoviendo las campañas de aprendizaje del cuidado de la salud en el trabajo desde la escuela, para que los niños aprendan estos conceptos.

herramientas jurídicas claras para sancionar el incumplimiento de los procesos de promoción y prevención, como tampoco para resolver los conflictos y establecer las responsabilidades en la ocurrencia del ATEL, razón por la que nos encontramos desarrollando la presente investigación.

Así, la razón principal del creado sistema de seguridad y salud en el trabajo es la prevención de dos eventos generadores de daños en los trabajadores. Primero, el accidente ante los peligros y riesgos generados por la actividad económica. Segundo, las enfermedades que pueden surgir en virtud de la exposición a riesgos por las condiciones de trabajo y las enfermedades que, siendo de origen común, son crónicas y se agravan por el trabajo (Sirgo Granada, 2016v, pág. 183).

Las normas publicadas al finalizar la década de 1970 e inicios de la de 1980 parecen describir esta función a partir del denominado “Plan de Salud Ocupacional”, donde se destaca la presencia del elemento validez de las normas, recordando la ya mencionada influencia que para la época tenían los pensamientos positivistas en la construcción normativa de todas las esferas del derecho en Colombia. De tal suerte que las normas son válidas por el trámite, publicación y contenido durante su vigencia. Dentro de ellas se encuentran las siguientes.

312

El artículo 80 de la Ley 9 de 1979 (Congreso de la República, 1979):

Objeto. ARTICULO 80. para preservar, conservar y mejorar la salud de los individuos en sus ocupaciones la presente Ley establece normas tendientes a: a) Prevenir todo daño para la salud de las personas, derivado de las condiciones de trabajo; b) Proteger a la persona contra los riesgos relacionados con agentes físicos, químicos, biológicos, orgánicos, mecánicos y otros que pueden afectar la salud individual o colectiva en los lugares de trabajo; c) Eliminar o controlar los agentes nocivos para la salud en los lugares de trabajo; d) Proteger la salud de los trabajadores y de la población contra los riesgos causados por las radiaciones; e) Proteger a los trabajadores y a la población contra los riesgos para la salud provenientes de la producción, almacenamiento, transporte, expendio, uso o disposición de sustancias peligrosas para la salud pública. (Congreso de la República, 1979)

El artículo 10 de la Resolución 2413 de 1979 (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1979):

ARTÍCULO 10. ORGANIZACIÓN DEL PROGRAMA DE SALUD OCUPACIONAL. Todo patrono debe:

1. Cumplir y hacer cumplir las disposiciones de este Reglamento y las demás que en materia de Seguridad e Higiene del Trabajo, fueren de aplicación obligatoria en los lugares de trabajo o de la empresa por razón de las actividades laborales que en ella se realicen.
2. Organizar y ejecutar un programa permanente de Seguridad, Higiene y Medicina del Trabajo, destinado a la prevención de los riesgos profesionales que puedan afectar la vida, integridad y salud de los trabajadores a su servicio.
3. Instalar, operar y mantener en forma eficiente los sistemas y equipos de control necesarios para prevenir los riesgos profesionales y adoptar las medidas necesarias para la prevención y control de los riesgos profesionales. (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1979)

El artículo 10 de la Resolución 1016 de 1989 (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989):

ARTÍCULO DÉCIMO.- Los subprogramas de Medicina Preventiva y del Trabajo, tienen como finalidad principal la promoción, prevención y control de la salud del trabajador, protegiéndolo de los factores de riesgos ocupacionales; ubicándolo en un sitio de trabajo acorde con sus condiciones psicofisiológicas y manteniéndolo en aptitud de producción de trabajo. (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989)

Los artículos 1 y 2 del Decreto ley 1295 de 1994 (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994):

ARTICULO 1o. DEFINICION. El Sistema General de Riesgos Profesionales es el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencias del trabajo que desarrollan.

El Sistema General de Riesgos Profesionales establecido en este decreto forma parte del Sistema de Seguridad Social Integral, establecido por la Ley 100 de 1993.

Las disposiciones vigentes de salud ocupacional relacionadas con la prevención de los accidentes trabajo y enfermedades profesionales y el mejoramiento de las condiciones de trabajo, con las modificaciones previstas en este decreto, hacen parte integrante del Sistema General de Riesgos Profesionales.

ARTICULO 2o. OBJETIVOS DEL SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES. El Sistema General de Riesgos Profesionales tiene los siguientes objetivos:

- a. Establecer las actividades de promoción y prevención tendientes a mejorar las condiciones de trabajo y salud de la población trabajadora, protegiéndola contra los riesgos derivados de la organización del trabajo que puedan afectar la salud individual o colectiva en los lugares de trabajo tales como los físicos, químicos, biológicos, ergonómicos, psicosociales, de saneamiento y de seguridad. (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994)

El artículo 1 de la Ley 1562 de 2012 establece:

Artículo 1°. Definiciones:

Sistema General de Riesgos Laborales: Es el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan.

Las disposiciones vigentes de salud ocupacional relacionadas con la prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades laborales y el mejoramiento de las condiciones de trabajo, hacen parte integrante del Sistema General de Riesgos Laborales.

Salud Ocupacional: Se entenderá en adelante como Seguridad y Salud en el Trabajo, definida como aquella disciplina que trata de la prevención de las lesiones y enfermedades causadas por las condiciones de trabajo, y de la protección y promoción de la salud de los trabajadores. Tiene por objeto mejorar las condiciones y el medio ambiente de trabajo, así como la salud en el trabajo, que conlleva la promoción y el mantenimiento del bienestar físico, mental y social de los trabajadores en todas las ocupaciones. (Congreso de la República, 2012)

Ahora bien, siendo los elementos de valoración del derecho la validez, la legitimidad y la eficacia, está claro el elemento validez –como lo indicamos– por el proceso de elaboración, aprobación y publicación por parte de los órganos competentes para ello. Revisemos entonces la legitimidad desde los valores que se expresan en la conducta humana, que para Adam Smith se reflejan en la sensibilidad orientada al cuidado y para Alexy se encuentran en la posibilidad de corrección en caso de normas injustas, como ya lo hemos indicado. La legitimidad que se busca en las normas referidas a la salud en el trabajo debe permitir la participación de todos los que tienen derechos y obligaciones en la relación de trabajo. Aquí observamos que estos aspectos de la legitimidad no se producen, debido a que la dinámica de la normativa en las relaciones laborales es de fuerza entre sujetos activos –representados por el empleador, el legislador y el juez–, y sujetos pasivos –el trabajador, el sindicato y la familia–.

Esta función de la prevención del ATEL en el trabajo requiere entonces nutrirse de legitimidad del derecho, que se manifiesta en dos líneas. Por una parte, desde el actuar ético del empleador y el trabajador, quienes a través de sus actos autónomos y espontáneos asumen o rechazan las gestiones para prevenir los daños de la salud. Y por la otra, desde las instituciones jurídicas con funciones de reglamentación, vigilancia, control y finalmente de decisión judicial, que enrutan a las partes de la relación laboral aprobando o rechazando sus conductas. Siendo la legitimidad la oportunidad de corrección del derecho, la justicia en la

relación laboral depende de la adecuación o desaprobación de cada uno respecto del actuar del otro, por medio de la sensibilidad, que es el principio sobre el que se basa la naturaleza humana del autocontrol, para entender los sentimientos y sensaciones que mueven a las personas en todos los ámbitos de la vida. Así lo expresa Adam Smith cuando dice:

Nuestra sensibilidad con respecto a lo que sienten los demás, lejos de ser incompatible con la naturaleza humana del autocontrol, es el principio mismo sobre el que se basa dicha naturaleza. El mismo principio o instinto que ante el infortunio de nuestro prójimo nos lleva a compadecer su pesar, ante nuestra propia desgracia nos impulsa a restringir las abyectas y miserables lamentaciones por nuestros males. El mismo principio o instinto que en la prosperidad y la victoria nos anima a congratular su jovialidad, en nuestra prosperidad y éxito nos compele a restringir la ligereza e intemperancia de nuestro alborozo. En ambos casos, la corrección de nuestros sentimientos y sensaciones parece guardar una proporción exacta con la viveza y fuerza con la que asumimos y concebimos sus sentimientos y sensaciones. (Smith, 1997, pág. 281)

A este respecto, la sensibilidad será el mecanismo para soportar la legitimidad en el derecho laboral, esto es, para determinar el *por qué el cuidado de la salud debe ser justa*, siendo una posible respuesta: porque las personas reaccionamos de manera similar cuando la enfermedad o el accidente detienen o cambian abruptamente las actividades diarias y el proyecto de vida personal. En este sentido, serán empleador y trabajador, desde su ethos, quienes a través del contenido normativo básico del derecho laboral intervengan para prevenir y promover la salud en el trabajo, disminuyendo la actuación de los jueces ante la ocurrencia del ATEL.

El trasfondo del derecho laboral debe reconocerse en su dimensión social, perspectiva que incluye el aspecto económico y humano de la relación laboral. Desde las concepciones de Hume y Adam Smith hemos señalado la urgencia de una transformación de la visión del derecho en la sociedad, para que cada actor obtenga el beneficio que espera, verbigracia el empleador la rentabilidad del capital, el trabajador el bienestar propio y de la familia, y el Estado la productividad económica. Estas motivaciones hacen que el derecho laboral no pueda seguir el pensamiento científico del positivismo, con la lógica deductiva y procedimientos nonatos, sino que debe responder a las necesidades de la sociedad moderna, sin desconocer la naturaleza humana del trabajador.

Así, la Ley 9 de 1979 fue elaborada por funcionarios del Ministerio de Salud, como una colcha de retazos que constituye el articulado, utilizando normas descritas en legislaciones de contenido parecido en EEUU, Francia, España y Puerto Rico, sin la intervención de los trabajadores y con un alto interés político del Congreso de la República de no generar grandes debates en la aprobación del contenido de la norma, que iba dirigida a la garantía de la reproducción de la fuerza de trabajo para el desarrollo económico del país. El proceso de vigilancia y control fue delegado al Ministerio de Salud como autoridad sanitaria, asignando al empleador la responsabilidad de organizar y ejecutar el programa de salud ocupacional y la creación del comité de medicina, higiene y seguridad, según el tiempo y ritmo de la empresa (Arango Soler, 2020, pág. 292). En los estudios realizados por tratadistas de la Salud Pública en Colombia, mencionados por Arango Soler, desde la Ley 9 de 1979 los riesgos de la salud en el trabajo no fueron un elemento principal en las normas expedidas, aunque puede reconocerse en ellas el hito de la prevención que los países industrializados estaban desarrollando a través de la medicina del trabajo y la higiene industrial en las décadas anteriores (Arango Soler, 2020, pág. 293).

316

El contenido normativo tiene una historia de lucha entre los actores que hemos venido describiendo. El Estado, a través del Ministerio de Salud y el Ministerio del Trabajo, entró en un conflicto interno por la determinación de las competencias de cada entidad en los asuntos referidos a higiene y seguridad industrial de las empresas, porque el Ministerio de Salud redactó y logró la aprobación de la Ley 9 de 1979; en tanto la Resolución 2400 y 2413 de 1979 y la Resolución 1016 de 1989 fueron expedidas por el Ministerio del Trabajo, normas proferidas para el desarrollo de la Ley 9 de 1979. Se sumaron al conflicto las competencias del ya creado Instituto de Seguros Sociales, en el tratamiento del denominado accidente de trabajo y enfermedad profesional (ATEP) en el sector privado, y la Caja Nacional de Previsión en el sector público. Los empleadores quedaron en medio de esta controversia, debían presentar informes y someterse a procesos administrativos por parte de todas las entidades mencionadas en asuntos relativos al cuidado de la salud en el trabajo, tomando la decisión –como lo han hecho en la actualidad ante el conflicto del despido del trabajador

enfermo por el trabajo–, de acogerse al concepto de la entidad competente que resulte más favorable a sus intereses, y actuar con este criterio (Arango Soler, 2020, pág. 300).

Desde esta época los empleadores han utilizado su poder político y económico para impedir la aprobación de los Convenios 155 y 187 de la OIT, normas que describen el derecho de los trabajadores de suspender unilateralmente las actividades en la empresa en caso de riesgo inminente. Así, las normas que se han proyectado para incluir este derecho dentro de los reconocidos para los trabajadores en la relación laboral siguen archivadas, y como efecto de esta carencia se han cobrado –y se siguen cobrando– vidas de trabajadores sin acciones efectivas por parte de los actores de la relación laboral (Arango Soler, 2020, pág. 298). Las normas expedidas en la década de 1980 tuvieron por objeto “restarle alcance a la movilización de los trabajadores en torno a la protección de la salud y al logro de mayores niveles de participación” (Luna García J. E., 2002, pág. 48).

La prevención del ATEL en busca de eficacia

317

En tanto Estado y empleadores se ocuparon de la expedición de las normas referidas a la salud en el trabajo –con el enfoque de la salud pública y la asesoría de las compañías de seguros comerciales–, después de las catástrofes ocurridas que concluyeron en la pérdida de vida de compañeros⁹⁰ los trabajadores se unieron para la defensa de la salud en el trabajo, creando organizaciones dedicadas a la promoción de la educación e investigación en todas las regiones del país⁹¹. Sin embargo, las dificultades internas de estas organizaciones, referidas a los intereses personales de los líderes, la influencia de grupos políticos, la persecución a los líderes, el despido de los afiliados a sindicatos para desaparecer la

⁹⁰ Ver antecedentes del accidente de trabajo en el Cañón del Río Guavio donde murieron 200 trabajadores en <http://viva.org.co/cajavirtual/svc0457/articulo02.html>. Para el año 1991 por accidentes de trabajo perdieron la vida 433 personas y 5.742 quedaron heridas en Colombia ver <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-16420>

⁹¹ Entre las organizaciones de trabajadores en defensa de la salud en el trabajo se encuentran el Comité Local en Salud ocupacional (COLOSO) de Barranquilla; la Escuela Nacional Sindical (ENS) de Medellín; el Instituto Nacional Sindical (INS) de Bogotá; el comité de Salud Ocupacional (COAOCU) en Popayán, y el Grupo Asesor para los Sindicatos en Salud (GASSO) de Cali (Luna García, 2002, págs. 49-50).

organización en las empresas y el bajo nivel de educación de los trabajadores, generaron el debilitamiento de la participación de los trabajadores en la construcción de las normas (Luna García J. E., 2002, pág. 60).

Después de la publicación de la Constitución Política de 1991, mediante la Ley 100 de 1993, se reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en Salud para garantizar el nuevo derecho fundamental de los colombianos bajo el lema “seguridad social para todos”. Con esta norma se crea el subSistema de Riesgos Profesionales, pero por trámite de la ley se consideró delegar en el gobierno la reglamentación de este sistema. En el estudio histórico presentado por Juan Manuel Arango sobre la construcción de las normas del Sistema de Riesgos Laborales, se enlistan los integrantes del comité que redactó el contenido del Decreto 1295 de 1994, antes descrito, equipo dentro del cual figuran representantes del Estado a través de Ministerios, de las organizaciones de empleadores y de las compañías de seguros privados (Arango Soler, 2020, pág. 355). Resulta notoria la ausencia de los destinatarios de la norma que se publicaría, con beneficio de los empleadores, al eliminar de plano todo contenido que impusiera acreditar el cumplimiento de las obligaciones referidas a la prevención del ATEL y promoción de la salud en el trabajo.

A partir del Decreto 1295 de 1994 se permite la entrada de las compañías de seguros privados a la administración del Sistema General de Seguridad Social y el subSistema de Riesgos Laborales, retomando el enfoque reparador y no preventivo dentro del Sistema de Riesgos Profesionales. Se destaca como elemento positivo para los trabajadores la inclusión de la acción judicial, cuando dentro de las entidades administradoras del sistema no se resolviera en forma consensuada y justa el asunto materia de discusión por la ocurrencia del ATEL.

Siguiendo a Habermas, se ha indicado que la ilegitimidad de las normas se genera cuando no se permite ni se considera la inclusión de todos los interesados de la sociedad en el contenido de la norma para garantizar los derechos fundamentales y la soberanía popular (Mejía Quintana, 2013, pág. 370). En las normas descritas en este apartado se confirma la ilegitimidad de su contenido por no haberse permitido la participación de los trabajadores en su construcción, ausencia notoria cuando puede identificarse la exclusión de las cuatro quintas partes de la población trabajadora en el Sistema de Riesgos Laborales, conformada

por los trabajadores informales que representaban gastos sin ingresos para los administradores financieros del sistema⁹², pero que sí están expuestos a la ocurrencia del ATEL.

Esta exclusión de los trabajadores informales de las normas y programas destinados al cuidado de la salud en el trabajo ha sido mínimamente abordada por los legisladores y agentes del Estado, a pesar de representar la mayor proporción de trabajadores en los países latinoamericanos. La justicia social, como fin último del derecho laboral, solo se reconoce cuando se incluye la protección de la salud de la totalidad de las personas en los lugares de trabajo (Chaves Bazzani & Muñoz Sánchez, 2016, pág. 1917).

La prevención del ATEL, como derecho del trabajador y obligación del empleador, se ha visto desdibujada por la influencia de la teoría del aseguramiento que hace parte del derecho económico privado y alteró no solo la naturaleza bismarkiana del seguro social obligatorio, también parece haber generado para el empleador la falsa delegación en las Administradoras de Riesgos Laborales de la responsabilidad del cuidado de la salud en el trabajo, por haberle asignado la norma el pago del 100% de la cotización al sistema. La forma de traslapar el campo propio de la seguridad social –como sistema para proteger los derechos fundamentales–, con el sistema independiente de aseguramiento comercial, se presenta con la entrega de la administración de los recursos de origen público a las entidades del sector privado, que publicitan la afiliación al Sistema de Riesgos Laborales para los empleadores, como un producto del sistema financiero. Estas entidades utilizan términos propios del seguro privado como amparo y cobertura, asegurado, primas emitidas, tasa de retorno, beneficios de protección, costos de recaudo, tarifa del seguro y siniestro (FASECOLDA, s.f., pág. 26). Esta confusión entre las responsabilidades de promoción y prevención de la salud en el trabajo asignadas en los sistemas jurídico laboral, de la seguridad social y salud pública al empleador,

⁹²Al respecto ver apartado de la entrevista realizada al ingeniero Luis Ángel Hernández quien fue funcionario del Ministerio de Salud en la década de 1980 a 1990, realizada por Juan Manuel Arango (2020, pág. 360).

de un lado, y las obligaciones de las administradoras de riesgos laborales que pertenecen al sector financiero, del otro, es un elemento estructural del conflicto materia de investigación⁹³.

Los actores del Estado, con el contenido normativo de la prevención del ATEL socializan la responsabilidad del empleador en la socialización del aseguramiento. Destacan la legitimidad de las normas con el desarrollo de los principios de universalidad y solidaridad a través de la inclusión progresiva de otros sectores de la economía como los trabajadores independientes, las empleadas del servicio doméstico, los estudiantes con contratos de aprendizaje, los contratistas, los miembros del sistema de primera respuesta y las madres comunitarias. En nuestro criterio, esta ampliación de la cobertura no corresponde a la legitimidad de la norma sino al enfoque de la protección social, que busca el desarrollo de las políticas públicas para el bienestar social y la disminución de las inequidades en la sociedad (Luna García & Colmenares Mejía, 2015, pág. 28).

Dentro de los recursos de la cotización, el Sistema de Riesgos Laborales asigna el 5% para los programas de promoción de la salud y prevención del ATEL conforme lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto 1295 de 1994⁹⁴, que debe ser administrado y ejecutado por las Administradoras de Riesgos Laborales, con independencia de la responsabilidad legal que le asiste al empleador como generador del riesgo en su empresa. Estas administradoras

320

⁹³ Al respecto, para ilustrar la confusión descrita dentro del análisis de los casos referidos a las reclamaciones realizadas por los trabajadores y sus familias ante la ocurrencia del ATEL, encontramos la petición radicada en la Administradora de Riesgos Laborales SURA, por la hija de un trabajador que sufrió un accidente mortal solicitando “verificar la afiliación y cobertura de la póliza el día 11 de octubre de 2019”, recibiendo como respuesta de la ARL que “es importante aclarar que la afiliación a través de una Administradora de Riesgos Laborales como lo es ARL SURA no corresponde a una póliza, dicha afiliación implica que el sistema le permitirá al afiliado estar cubierto” (Administradora de Riesgos Laborales SURA, 2019).

⁹⁴ Decreto 1295 de 1994. “**ARTICULO 19. DISTRIBUCION DE LAS COTIZACIONES.** La cotización al Sistema General de Riesgos Profesionales se distribuirá de la siguiente manera:

- a. El 94% para la cobertura de las contingencias derivadas de los riesgos profesionales o para atender las prestaciones económicas y de salud previstas en este decreto, para el desarrollo de programas regulares de prevención y control de riesgos profesionales, de rehabilitación integral, y para la administración del sistema;
- b. El 5% administrados en forma autónoma por la entidad administradora de riesgos profesionales, para el desarrollo de programas, campañas y acciones de educación, prevención e investigación de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de los afiliados, que deben desarrollar, directamente o a través de contrato, las entidades administradoras de riesgos profesionales, y
- c. El 1% para el Fondo de Riesgos Profesionales de que trata el artículo 94 de este decreto” (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994).

funcionan sobre la teoría del aseguramiento, razón por la que invierten en promoción y prevención (PYP) en cada empresa según las “primas devengadas”, que corresponden a las cotizaciones devengadas⁹⁵. Esto contraria las disposiciones del Ministerio del Trabajo, que desde el año 2004 insiste en esta prohibición a las ARL de limitar los servicios de promoción y prevención de la salud a las preferencias o cuantías de las cotizaciones, esto es, la “tasa de retorno” para desarrollar actividades en las empresas afiliadas⁹⁶.

Los recursos económicos destinados a los procesos de prevención del ATEL, que deben gestionar las ARL en beneficio de los trabajadores dependientes e independientes afiliados al SGRL, se invierten en actividades de poco impacto y sin continuidad en las empresas. Para tener eficacia en la prevención del ATEL es necesario trabajar sobre procesos, pero estos no se planean ni desarrollan, entre otras razones por las confusas políticas contables que utilizan las diez (10) Administradoras de Riesgos Laborales existentes hasta el año 2015, que confunden los recursos del sistema destinados a los gastos de administración con los dineros que deben destinarse para la promoción de la salud y prevención del ATEL; y peor aún enmascaran estos dineros en la atención asistencial y económica del ATEL (Guerrero Chaparro, Rueda Delgado, Rojas Gómez, & Rodríguez, 2015, pág. 266).

321

En la Ley 1562 de 2012, se adiciona en el artículo 11 la descripción de actividades a cargo de las administradoras de riesgos laborales para prestar los servicios de promoción y prevención de la salud en el trabajo, con el 5% asignado de la cotización⁹⁷. El mismo artículo

⁹⁵ Frente a esta temática se sugiere revisar las publicaciones realizadas por FASECOLDA en las que se describen gráficamente las inversiones en promoción y prevención sobre primas devengadas año por año (FASECOLDA, 2015).

⁹⁶ El Ministerio del Trabajo, que para el año 2004 se fusionó con el Ministerio de Salud, profirió la denominada “Circular Unificada 2004” del 29 de abril, dirigida a Direcciones Territoriales, Juntas de Calificación de Invalidez, Entidades Administradoras de Riesgos Profesionales y Empleadores del Sector Público y Privado, en la que regula el comportamiento de las ARP y empleadores. Allí indicó: “Los servicios de prevención y promoción deben ser acorde a las disposiciones legales vigentes, a las necesidades de la empresa y a los servicios señalados en el formulario anexo a la afiliación, sin ninguna discriminación, preferencia o cuantía de las cotizaciones. Tal como lo establece el artículo 19 del Decreto-ley 1295 de 1994, las administradoras de riesgos profesionales deben invertir parte del 94% de las cotizaciones en acciones para ‘el desarrollo de programas regulares de prevención y control de riesgos profesionales’ (...)” (Ministerio de la Protección Social; Superintendencia de la Economía Solidaria, 2004).

⁹⁷ La Ley 1562 de 2012 establece: “**ARTÍCULO 11. SERVICIOS DE PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN.** Del total de la cotización las actividades mínimas de promoción y prevención en el Sistema

describe, en el numeral 2, la asignación del 10% del 92% restante del valor de la cotización para actividades de promoción y prevención de la salud por parte de las ARL⁹⁸. Así, las Administradoras de Riesgos Laborales, por disposición legal, deben desarrollar programas de promoción de la salud y prevención del ATEL, dentro del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, creado por la Ley 1562 de 2012, independientes de los procesos que debe desarrollar el empleador como generador del riesgo.

Siguiendo la estructura de todo sistema de gestión, el Ministerio de Trabajo expide los estándares mínimos que debe contener el sistema y define el lapso de tiempo entre la transición del “Plan de Salud Ocupacional” de las empresas al “Sistema de Gestión de

General de Riesgos Laborales por parte de las Entidades Administradoras de Riesgos Laborales serán las siguientes:

1. Actividades básicas programadas y evaluadas conforme a los indicadores de Riesgos Laborales para las empresas correspondiente al cinco por ciento (5%) del total de la cotización, como mínimo serán las siguientes:

a) Programas, campañas y acciones de educación y prevención dirigidas a garantizar que sus empresas afiliadas conozcan, cumplan las normas y reglamentos técnicos en salud ocupacional, expedidos por el Ministerio de Trabajo;

b) Programas, campañas y acciones de educación y prevención, dirigidas a garantizar que sus empresas afiliadas cumplan con el desarrollo del nivel básico del plan de trabajo anual de su Programa de Salud Ocupacional;

c) Asesoría técnica básica para el diseño del Programa de Salud Ocupacional y el plan de trabajo anual de todas las empresas;

d) Capacitación básica para el montaje de la brigada de emergencias, primeros auxilios y sistema de calidad en salud ocupacional;

e) Capacitación a los miembros del comité paritario de salud ocupacional en aquellas empresas con un número mayor de 10 trabajadores, o a los vigías ocupacionales, quienes cumplen las mismas funciones de salud ocupacional, en las empresas con un número menor de 10 trabajadores;

f) Fomento de estilos de trabajo y de vida saludables, de acuerdo con los perfiles epidemiológicos de las empresas;

g) Investigación de los accidentes de trabajo y enfermedades laborales que presenten los trabajadores de sus empresas afiliadas” (Congreso de la República, 2012).

⁹⁸ La Ley 1562 de 2012 establece: “**ARTÍCULO 11. SERVICIOS DE PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN.** Numeral 2. Del noventa y dos por ciento (92%) del total de la cotización, la Entidad Administradora de Riesgos Laborales destinará como mínimo el diez por ciento (10%) para lo siguiente:

a) Desarrollo de programas regulares de prevención y control de riesgos laborales y de rehabilitación integral en las empresas afiliadas;

b) Apoyo, asesoría y desarrollo de campañas en sus empresas afiliadas para el desarrollo de actividades para el control de los riesgos, el desarrollo de los sistemas de vigilancia epidemiológica y la evaluación y formulación de ajustes al plan de trabajo anual de las empresas. Los dos objetivos principales de esta obligación son: el monitoreo permanente de las condiciones de trabajo y salud, y el control efectivo del riesgo;

c) Las administradoras de riesgos laborales deben desarrollar programas, campañas, crear o implementar mecanismos y acciones para prevenir los daños secundarios y secuelas en caso de incapacidad permanente parcial e invalidez, para lograr la rehabilitación integral, procesos de readaptación y reubicación laboral” (Congreso de la República, 2012).

Seguridad y Salud en el Trabajo” (SGSST), mediante la Resolución 1111 de 2017⁹⁹. El efecto vinculante y sancionatorio de este acto cedió a las presiones de los empresarios dirigidas a buscar el aplazamiento de esta responsabilidad y con otra expresión de ilegitimidad en la ponderación de las obligaciones del empleador con el trabajador, el Ministerio de Trabajo derogó la Resolución 1111 de 2017 mediante la Resolución 0312 de 2019¹⁰⁰. Esta última resolución, en el artículo 25, describe por fases, actividades y tiempos, la transición y aplicación del SGSST, con estándares mínimos. Dependiendo del tamaño de las empresas los términos se extienden de junio de 2017 a noviembre de 2019, con aplicación de sanciones hasta el año 2020. Así, el gobierno y los empleadores aplazan la publicación de los incumplimientos a la promoción y prevención de la salud en el trabajo en las empresas.

La prevención del ATEL en el trabajo no muestra acciones eficaces con la Ley 1562 de 2012 y sus decretos reglamentarios. La perspectiva normativa incluyó las tendencias internacionales de mejorar la rentabilidad con la aceleración de la producción dentro de los conceptos de calidad del servicio que orientan las normas internacionales de sistemas de gestión de la calidad ISO 9001:2015. Para la salud en el trabajo, el sistema de normas internacionales ha creado el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo ISO 45001, cuyo enfoque es la incorporación de la gestión del riesgo para obtener resultados previstos en el sistema de gestión que se centran en la mejora continua del desempeño, el cumplimiento de los requisitos legales y el logro de los objetivos de la empresa¹⁰¹. Desde esta norma se entiende la eficacia como el grado en que se implementan las acciones que fueron planeadas y se consiguen los resultados esperados. Concepto desarrollado en las siguientes reglamentaciones emitidas por el Ministerio del Trabajo, entre ellas el Decreto 1443 de 2014, pero se hace necesario y urgente que las herramientas creadas en las normas

⁹⁹ Al respecto ver artículo 19 de la Resolución 1111 de 27 de marzo de 2017 que indica: “De la transición, actualización y ajustes a los Estándares Mínimos: La fase de adecuación y transición de los Estándares Mínimos e implementación del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo es de junio de 2017 a diciembre de 2019”.

¹⁰⁰ Ver la Resolución 0312 de 2019 “por la cual se definen los Estándares Mínimos del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo”.

¹⁰¹ Al respecto ver ISO 45001: 2018 Norma Internacional.

para garantizar el cumplimiento de la prevención no sigan entendidas como descripciones formales sin desarrollos reales en las empresas (Luna García & Colmenares Mejía, 2015).

El deber empresarial en la prevención del ATEL se circunscribe a capacitaciones o actividades independientes según los niveles de riesgo de clasificación de la empresa en asuntos como: manejo del tiempo, señales de tránsito, atención de emergencias, funciones del comité paritario de seguridad y salud en el trabajo COPASST, manejo de estrés, primeros auxilios, investigación de ATEL y acoso laboral, entre otros. La ausencia de procesos que puedan ser evaluados y medidos en su impacto en los trabajadores sobre los asuntos descritos, hace que la prevención del ATEL sea ineficaz.

La eficacia del derecho en la prevención del ATEL se refleja en la finalidad de su contenido, que no es otro que mantener informado y alerta al empleador y al trabajador de los riesgos que pueden afectar la salud para auto-gestionar los conflictos y no terminar en los estrados judiciales reclamando decisiones justas por la incapacidad propia de reconocer la responsabilidad individual. El mantener informado y alerta al trabajador incluye el despertar mayor conciencia en los trabajadores de los riesgos y peligros que existen en la empresa donde labora, así como la disposición del empleador en su calidad de titular de los poderes directivos, de organización y control de la actividad laboral, para que la formación del conocimiento se ofrezca en el lugar de trabajo con la identificación y aminoración de los efectos de los daños que no se puedan evitar. En efecto las Administradoras de Riesgos Laborales deben adoctrinar al empleador en sus responsabilidades por la generación del riesgo en las instalaciones de la empresa acompañado de los trabajadores, y no en salones de reuniones de los hoteles, que no permiten interiorizar la existencia de peligros.

Cuando el trabajador puede auto-gestionar la salud en el trabajo su accionar es eficaz en la decisión de los actos seguros. Así, se constituye en actor de la prevención del ATEL, tal como precisan docentes en el área de seguridad y salud en el trabajo:

(...) la formación en el lugar de trabajo para la toma de decisiones de actos seguros como una posibilidad para implementar la promoción de la seguridad y la salud en el trabajo; formación que estaría en función del desarrollo de capacidades para gestionar la seguridad y la salud por parte de los trabajadores y que además, sería un camino para la construcción de una cultura de la prevención en el trabajo que promueva la gestión del trabajador por su seguridad y su salud

o en otras palabras, que promueva una cultura del cuidado, donde se realice un análisis anticipado de las acciones a realizar. (Zapata Escobar & Grisales Franco, 2017, pág. 162)

Para que la estructura normativa del Sistema de Riesgos Laborales sea eficaz en la prevención del ATEL en el trabajo, se requiere garantizar la “democracia organizativa”, mencionada por Habermas, donde el sistema de producción en la empresa incluya la capacitación colaborativa para la prevención activa o política de prevención, mediante el establecimiento de los medios normativos y organizativos que logren la integración de la prevención en la actividad diaria de la empresa y se disminuyan los altos indicadores de accidentes de trabajo y enfermedades laborales en Colombia. Para 2019, según el Observatorio de la Seguridad y Salud en el Trabajo del Consejo Colombiano de Seguridad (ATEL Colombia, 2019), se presentaron cada día 1.696 accidentes de trabajo, 24 enfermedades laborales y, lo más preocupante, 1,3 muertos por el trabajo, destacándose que la disminución con relación a 2018 en accidentes de trabajo fue solo del 0,3%. Contrario sensu, los ingresos para los programas de PyP, como lo denominan las administradoras de riesgos laborales ARL, han venido incrementándose para estas entidades, que pasaron de recibir para 2005 la suma de 55.990,7 millones de pesos a recibir en el año 2015 la suma de 434.055,6 millones de pesos, con una tasa de crecimiento anual del 23,3%. Cifras que permiten concluir que las gestiones de prevención en el trabajo son ilegítimas e ineficaces en Colombia.

325

Tabla 1. Efectos económicos de la ausencia de prevención

Cifras en millones de pesos colombianos	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Egresos por programas regulares de promoción, prevención y control (PyP)	55.990,7	64.611,1	79.176,1	95.021,3	115.012,6	153.420,8	196.792,3	236.652,1	260.281,9	352.108,6	434.055,6
Tasa de crecimiento anual PyP		15,4%	22,5%	20,0%	21,0%	33,4%	28,3%	20,3%	10,0%	35,3%	23,3%
Egresos por administración del sistema (Admón. Sistema)	160.813,2	165.072,7	211.038,3	271.042,3	375.889,9	490.241,3	522.705,6	523.451,6	547.417,6	411.473,8	413.400,5
Tasa de crecimiento anual Admón. Sistema		2,6%	27,8%	28,4%	38,7%	30,4%	6,6%	0,1%	4,6%	-24,8%	0,5%

Fuente: Formato Estadístico 253 de la Superintendencia Financiera de Colombia, Cálculos Cámara Técnica de Riesgos Laborales Fasecolda.

Los accidentes de trabajo y las enfermedades laborales deben tener una clara diferenciación de los procesos de promoción y prevención de los riesgos comunes. Primero, porque

históricamente la protección de estos riesgos se ha diseñado bajo el esquema de la responsabilidad del empleador, por culpa y luego objetiva, como se señaló. El resultado de esta asignación no puede seguir siendo inocua para los actores de la relación laboral, ante las consecuencias en pérdida de calidad de vida y de la vida misma de los trabajadores. Segundo, porque la reiterada tendencia de extender la definición de accidente de trabajo y ampliar el listado de las enfermedades laborales –como se verá más adelante– por iniciativa legislativa y judicial, tiene la loable visión de protección al trabajador, pero oculta el costo social de la causación de los daños ocasionados por el trabajo y atenúa la exigencia real del cuidado de la salud en el trabajo por parte del empleador.

Los procesos de promoción de la salud deben incluir en esta noción situaciones ajenas a la empresa que impactan a la persona del trabajador y afectan el rendimiento y la calidad del servicio prestado. Los trabajadores no pueden dejar de ser personas cuando son trabajadores, y viceversa. Así mismo, los empresarios no pueden seguir ocultando su responsabilidad social de mejorar la salud de los trabajadores en los costos de afiliación al Sistema de Riesgos Laborales ni en las actividades sin continuidad y eficacia que les ofrecen las Administradoras de Riesgos Laborales.

Dicho lo anterior, es claro que la legitimidad y eficacia de las normas que regulan el llamado “Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo”, creado por la Ley 1562 de 2012, tienen relación directa con los procesos de promoción de la salud y prevención del ATEL, como elementos estructurales para colaborar en la tutela de la estabilidad laboral que surge de la relación de trabajo. La exigencia que a partir del año 2020 tienen las empresas en el reporte de los avances de los procesos referidos a la salud en el trabajo, tiene elementos incentivos para empleadores y trabajadores orientados a mejorar las condiciones de trabajo, y con ello se busca disminuir las condiciones que generan la estabilidad laboral reforzada.

3.3.3. Los intentos fallidos del Estado para equilibrar la estabilidad laboral reforzada en la relación laboral.

El diseño de las responsabilidades del empleador en cuanto titular de las obligaciones de promoción de la salud en el trabajo y de la prevención del ATEL, le corresponde al Estado a través de las normas que crea dentro de la estructura de Estado Social de Derecho. El sistema jurídico laboral es complejo pues, siguiendo a Luhmann (1974), debe ser capaz de auto-referenciarse y, con ello, auto-organizarse. Auto-referenciarse implica buscar la adaptación a las complejas relaciones que se generan en el trabajo por medio de regulaciones propias. Auto-organizarse involucra la aceptación de los procesos cambiantes por parte de todos los actores de la relación laboral, para optimizar las funciones de cada uno de ellos dentro de la sociedad. Así, cuando surge un problema complejo –como el despido–, el sistema jurídico puede aplicar su función límite. Esta función estabiliza el desnivel entre los causantes del conflicto y evita la intervención de otros sistemas normativos o sociales que eliminan el diálogo entre sí y la posibilidad de solución del conflicto. En este sentido, el sistema jurídico laboral debe ser cerrado y auto-referente. El entorno y los conflictos de la relación laboral pertenecen al sistema y tienen que ser asumidos por los actores dentro de este, y no buscar en los otros sistemas sociales soluciones de mayor complejidad, que llevan a finalizar la relación laboral.

La relación de los elementos tríadicos del derecho –validez, legitimidad y eficacia– permite la interacción con los problemas sociales en general y con los problemas de la relación laboral en particular. Las acciones de los actores se miden en esta relación por sus interpretaciones e intereses propios, que los llevan a buscar “afuera” la solución del conflicto generado “adentro”. Según Luhmann, la teoría positivista del derecho subvalora el problema de la complejidad de las relaciones sociales y los sistemas jurídicos. El positivismo comprende el derecho desde la legislación, donde la *validez* determina la libertad de la sociedad y controla el comportamiento de los actores, y su contenido formal solo puede ser cambiado por las instituciones competentes. Esta dimensión no permite que los desacuerdos atiendan las emociones de las personas e ignora las peticiones de cambios en la norma. La comunicación en esta esfera dentro del derecho laboral en Colombia no es consensual, pues quienes ostentan el poder político deciden en nombre de todos, lo cual genera incongruencias entre el

contenido de las normas y las necesidades de los ciudadanos (Mejía Quintana, 2013, pág. 326).

Las controversias entre empleadores y trabajadores por el despido del trabajador enfermo por el trabajo y la extensión de la estabilidad laboral reforzada a trabajadores en condición de debilidad manifiesta, han dado lugar a productos jurídico-normativos incongruentes generados por los representantes de los poderes públicos. La separación doctrinaria de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial es un medio efectivo para estabilizar las relaciones sociales, pero sus actuaciones son regidas por la *validez formal* en las decisiones que revisaremos, con lo cual no logran reestablecer el equilibrio que deriva de la estabilidad laboral como principio.

Actuaciones del Poder Ejecutivo: cerca de la validez y lejos de la legitimidad y la eficacia

En 2012 el Ministerio del Trabajo acompañó la expedición del Decreto ley 019 del 10 de enero de ese año que buscaba dentro de sus motivos generar una relación más amable del Estado con los ciudadanos como usuarios y destinatarios de sus servicios (Presidencia de la República, 2012). También planteaba generar compromisos de las instituciones para ser más eficientes y eficaces, suprimiendo o reformando trámites, procedimientos y regulaciones innecesarios, que estaban vigentes hasta ese momento en las entidades administrativas.

En el decreto anti trámites, según la denominación popular que se le dio al Decreto ley 019 de 2012, se incluyó en el artículo 137 la reforma al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, eliminando el trámite administrativo ante el Ministerio del Trabajo cuando el despido del “trabajador limitado” se derive de una justa causa descrita en el Código Sustantivo del Trabajo. La norma se publicó así:

ARTÍCULO 137. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, quedará así:

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 del Ministerio del Trabajo. Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, no se requerirá de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador limitado incurra en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato. Siempre se garantizará el derecho al debido proceso.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso primero del presente artículo, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) 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. (Presidencia de la República, 2012)

El artículo fue demandado ante la Corte Constitucional por dos ciudadanos que consideraron el contenido contrario a la Constitución Política de Colombia, y porque suprimir el trámite ante el inspector de trabajo implicaba un acto discriminatorio y contrario al derecho a la igualdad. El argumento principal de la demanda se soportó en la existencia de la estabilidad laboral reforzada de las personas con algún tipo de discapacidad, que no podían ser despedidas sin autorización administrativa. La Corte Constitucional adelantó el proceso judicial con los radicados D-8982 y D-8989, que termina con la expedición de la sentencia C-744 de 2012 (Corte Constitucional, 2012), mediante la cual se declara *inexequible* el contenido del artículo por el cargo de exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República por el legislador. Para la Corte Constitucional la reforma del artículo de la Ley 361 de 1997 no correspondía al eje temático del Decreto ley 019 de 2012:

(i) No estaba facultado para regular, dentro de una norma antitrámites, lo relacionado con la no discriminación a las personas en situación de discapacidad, que no corresponde al eje temático para el cual se le dotó de las facultades en cuestión, notándose que el artículo 137 del Decreto 19 de 2012 reiteró, con la adición reprochada, el contenido normativo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, mediante la cual el legislador estableció mecanismos de integración social de las personas con limitación. (Corte Constitucional, 2012)

Así como destaca que corresponde al legislador y no al ejecutivo, bajo el escrutinio de los grupos interesados, discutir si el permiso ante el Ministerio de Trabajo es una carga excesiva para los ciudadanos:

(ii) No le corresponde al Presidente, sino al legislador, bajo el escrutinio de los diferentes grupos interesados (gremios de empresarios, agrupaciones que velan por los derechos de los discapacitados, etc.) [...], *determinar si exigir la autorización previa del Ministerio del Trabajo para poder despedir o dar por terminado el contrato de trabajo con un empleado en situación de discapacidad, cuando se discuta la existencia o no de una justa causa para ello, resulta ser un trámite innecesario o una carga excesiva para los ciudadanos.* (Corte Constitucional, 2012)

El artículo 137 del Decreto ley 019 de 2012 parecía investido de validez en el camino para resolver el conflicto del despido del trabajador enfermo. Según Luhmann, el derecho debe auto-legitimarse por los procedimientos que él mismo establece y para reducir la complejidad de las relaciones sociales. La validez debe atender *la cuestión básica de la legitimidad del derecho, que se centra en el procedimiento* (Luhmann, 1994). La capacidad de resonancia externa depende de la estructura interna, de modo que la configuración interna debe permitir reducir la complejidad externa. En otras palabras, el derecho deriva su validez de los procedimientos previamente establecidos, pero debe extraer la información del exterior para resolver los problemas en su interior, y componerse de la comunicación entre los interesados. En el trámite del artículo mencionado no se generó esta comunicación.

330

Aquí es necesario insistir en que la legalidad es fuente de legitimidad. El cambio de normas solo puede hacerse por las mismas normas, así la validez es social cuando institucionaliza los procesos para darle solución al conflicto y es analítica cuando toca las vivencias y las responsabilidades de los actores. Las normas positivas suponen la posibilidad de crear procedimientos para cambiar en el tiempo según las necesidades sociales y desarrollar las mismas normas de forma que permitan la movilidad sin afectar la seguridad jurídica. Este postulado no se cumplió en el procedimiento utilizado para expedir el artículo 137 del Decreto ley 019 de 2012, y el poder judicial garantizó la estabilidad del sistema jurídico laboral declarando inexecutable la norma proferida por el ejecutivo. Con esto desaparece la esfera de la validez y con ella la legitimidad y eficacia de la norma.

Posteriormente, el Ministerio de Trabajo expide la Circular Interna 049 de 1 de agosto de 2019¹⁰², mediante la cual expone los criterios para autorizar la terminación de la relación

¹⁰² La Circular Interna 049 de 2019, suscrita por la Ministra del Trabajo Alicia Victoria Arango Olmos, se dirige a las Direcciones Territoriales, oficinas especiales, coordinadores e inspectores de trabajo y seguridad social.

laboral de trabajadores que se encuentran en condición de discapacidad o de debilidad manifiesta por razones de salud. El acto administrativo soporta su contenido en el marco normativo descrito en los artículos 47, 53 y 54 de la Constitución Política, en los convenios internacionales sobre derechos humanos y en la necesidad de cumplir con las solicitudes de la Corte Constitucional al Ejecutivo mediante sentencias de constitucionalidad y de tutela, que determinan la adopción de medidas para la protección de las personas en situación de discapacidad o debilidad manifiesta. La Circular 049 describe el debido proceso que debe seguir el inspector de trabajo para autorizar el despido del trabajador con estabilidad laboral reforzada. En este contexto, describe las situaciones que debe citar y probar el empleador: cuando existe justa causa de despido; cuando exista una causal objetiva para terminar el contrato de trabajo; cuando la discapacidad o situación de salud del trabajador sea incompatible e insuperable con el cargo de desempeño; cuando el empleador requiere terminar el contrato de trabajo sin alegar justa causa de despido o causal objetiva; y cuando no se acredita el proceso de reincorporación del trabajador en situación de discapacidad.

La Circular 049 de 2019 fue objeto de análisis por parte de académicos del derecho laboral y la salud en el trabajo (Torres Tovar, Ortega Suescún, & Luna García, 2019), quienes señalaron en su momento que el contenido del acto administrativo generaba más incertidumbre por el desplazamiento de la “estabilidad laboral reforzada del trabajador” a la “estabilidad económica del empleador”; y la acción del inspector de trabajo era de tramitador del empleador perdiendo la legitimidad de sus actuaciones como autoridad administrativa.

Por su parte, la Escuela Nacional Sindical califica el contenido de la Circular 049 de 2019 como otra forma de pauperizar las conquistas históricas obtenidas por los trabajadores y trabajadoras en Colombia. El despido autorizado por el inspector de trabajo se limitaba a la verificación de los documentos que aportara el empleador para probar la existencia de la justa causa objetiva, sin competencia para el análisis de la misma (Escuela Nacional Sindical, 2019).

En este contexto jurídico, la esfera de la validez se encuentra en la Circular 049 de 2019, en tanto fue emitida bajo las competencias del Ministerio de Trabajo, publicada y acatada por los interesados en su contenido. En la clave descrita para la legitimidad, los trabajadores y

organizaciones sindicales se agruparon frente a las sedes del Ministerio de Trabajo en las principales ciudades del país para protestar por el contenido del acto administrativo, que fue expedido sin la consulta ni participación de los representantes de los trabajadores (Perilla Suárez, Jairo, 2019). Los inspectores de trabajo –consultados en Bogotá–, indicaron que al tramitar los permisos radicados por los empleadores se generalizó el acuerdo tácito de no autorizar el despido de los trabajadores con estabilidad laboral reforzada, aun siguiendo el procedimiento establecido en la Circular 049, puesto que los trabajadores estaban consiguiendo el reintegro a sus trabajos mediante el ejercicio de la acción de tutela. Los jueces dejaron sin efecto las autorizaciones de los inspectores de trabajo y la carga laboral para estos servidores aumentó, al tener que asumir la defensa del Ministerio de Trabajo vinculado a los procesos judiciales adelantados en las acciones de tutela. Así, para los empleadores e inspectores de trabajo la Circular 049 de 2019, perdió la eficacia que se esperaba con su publicación¹⁰³.

El objetivo del sistema jurídico laboral es proveer congruencia a la relación de trabajo, siendo las normas las mediadoras entre el sistema social y los actores, con el fin de disminuir la complejidad. La legitimidad de las normas laborales se verifica desde la prolongación de su validez. Los actores deben sentirse identificados con el contenido y creer en ellas, caso contrario estarán en la búsqueda constante del cambio de contenido con mayor o menor restricción a sus intereses. Creer y obedecer las normas depende del nivel de los valores que la constitucionalización del derecho busca, algo que la sociedad colombiana del trabajo no ha encontrado (Zagrebelsky, 1995).

Finalmente, dentro de los intentos fallidos del Ejecutivo por resolver el conflicto generado por la estabilidad laboral reforzada de creación judicial, en el proyecto del Plan Nacional de

¹⁰³ Al respecto en las entrevistas realizadas a los inspectores de trabajo en Bogotá, ciudad escogida por ser el domicilio del mayor número de empresas, encontramos que estos funcionarios respondieron a las preguntas planteadas con la condición de no ser publicados sus nombres, en tanto algunos ejercían el cargo sin estabilidad laboral. Se les planteó la pregunta “¿cuál cree es el efecto que ha tenido la aplicación de la Circular 049 de 2019 en el conflicto del despido de los trabajadores con estabilidad laboral reforzada?” Su respuesta coincidió en haber aumentado el trabajo de los inspectores sin solución para los empleadores, porque todos los procesos de autorización de despido que se adelantaron en las inspecciones hasta el 15 de octubre de 2019, fecha de la entrevista, fueron revocados por sentencias de tutela y los trabajadores regresaron a las empresas.

Desarrollo 2018-2022 el gobierno incluyó –dentro del articulado para la aprobación del Congreso de la República–, el artículo 118 mediante el cual se pretendió describir el proceso para la suspensión del pago a los trabajadores de las incapacidades médicas superiores a 630 días con cargo a los recursos del Sistema de Seguridad Social y, en consecuencia, la posibilidad de retiro del trabajador de la empresa y que entrara a hacer parte de una bolsa de empleo creada por el Ministerio del Trabajo. El contenido de la norma fue objeto de revisión en las plenarias de las dos cámaras del Congreso, centrando el debate en la afectación de la estabilidad laboral reforzada reconocida por la Corte Constitucional a los trabajadores en estado de debilidad manifiesta. En tres proyectos de ley el contenido del artículo se mantuvo con algunas modificaciones, perdiendo la batalla el gobierno con la decisión –en la plenaria del 7 de mayo de 2019–, de eliminar todo el contenido del artículo¹⁰⁴ que era el siguiente:

ARTICULO 118°. PAGO DE INCAPACIDADES DE ORIGEN COMUN SUPERIORIES A 180 DIAS. Las prestaciones económicas como consecuencia de incapacidades prolongadas y continuas por enfermedades o accidentes de origen común a cargo de las entidades que hacen parte del Sistema de Seguridad Social Integral son de carácter temporal y su finalidad es proveer parcialmente de ingresos a las personas que se encuentran en estado de incapacidad, sin tener como propósito suplir de manera indefinida los ingresos de un trabajador.

La ADRES efectuará el reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por concepto de incapacidades por enfermedad o accidente de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos o discontinuos y hasta un máximo de 630 días, de conformidad con lo señalado a continuación:

1. Cuando un trabajador se encuentre incapacitado por enfermedad o accidente de origen común y no tenga concepto favorable de rehabilitación y dicha incapacidad supere los 180 días continuos, deberá ser sujeto obligatorio de calificación de pérdida de capacidad laboral, por parte COLPENSIONES o las Compañías de Seguros que asuman los riesgos de invalidez y muerte. Estas entidades, dentro de los 30 días hábiles siguientes a que hayan recibido el concepto desfavorable de recuperación deberán surtir el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral y notificar su resultado a la EPS.

Si como resultado de la calificación se establece una pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, finalizará el pago de prestaciones económicas por parte del Sistema de Seguridad Social integral y el trabajador tendrá derecho a la reincorporación o reubicación laboral. De no ser posible la reubicación laboral en la empresa en donde trabaja, el Ministerio de Trabajo

¹⁰⁴ Sobre los debates generados en la Cámara de Representantes y el Senado de la República referidos al contenido del artículo 118 “PAGO DE INCAPACIDADES DE ORIGEN COMUN SUPERIORIES A 180 DIAS”, en el Plan de desarrollo 2018-2022. Ver: Gaceta del Congreso 135 del 20 de marzo de 2019, artículo 113; Gaceta 272 del 26 de abril de 2019, artículo 203; y Gaceta 315 del 7 de mayo de 2019, artículo 203.

coordinará a nivel nacional una bolsa de empleo con el propósito de lograr su reincorporación a la vida laboral.

2. Cuando un trabajador se encuentre incapacitado por enfermedad o accidente de origen común y tenga concepto favorable de rehabilitación, al día 510 de incapacidad la Administradora de fondo de Pensiones o COLPENSIONES dará aviso a la EPS, de que no ha sido posible realizar la calificación en virtud del concepto favorable y que realizará el pago del subsidio de incapacidad hasta el día 540.

A partir del día 541 la EPS podrá prorrogar el pago de incapacidades hasta por 90 días adicionales (desde el día 541 al 630) con cargo al sistema de la salud, en los siguientes casos:

a. Cuando en el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad temporal, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante, el paciente no haya tenido recuperación.

b. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones, que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

Llegado el día 630 de incapacidad no se continuará el pago de ninguna prestación económica por parte del Sistema de Seguridad Social Integral, sin perjuicio de las prestaciones asistenciales necesarias para la rehabilitación del afiliado. Igualmente, el trabajador tendrá derecho a las medidas de reincorporación y reubicación laboral establecidas en la presente disposición.

PARÁGRAFO 1°. El auxilio de incapacidades o el subsidio equivalente será suspendido en los casos de fraude o abuso del derecho de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno

Nacional PARÁGRAFO 2°. En ningún caso el sistema de salud asumirá incapacidades superiores a 540 días de personas que no se encuentran afiliadas al Sistema General de Pensiones.

PARÁGRAFO 3°. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte del cualquier actor del Sistema General de Seguridad Social, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.

PARÁGRAFO 4°. Las entidades del Sistema de Seguridad Social integral, que tengan a su cargo el reconocimiento de las prestaciones económicas por incapacidad, el proceso de calificación de invalidez o el reconocimiento de pensiones de invalidez, podrán acceder a la historia clínica de los afiliados con el fin de cumplir de manera eficiente sus funciones misionales como entes de la seguridad social, de acuerdo con la reglamentación que al respecto expida el Gobierno Nacional. (Congreso de la República, 2019a, pág. 183)

A la vista de cuanto antecede, resulta de particular interés el seguimiento a las propuestas del Ejecutivo, que ha buscado medidas orientadas a incentivar el despido de los trabajadores con estabilidad laboral reforzada por razones de salud. Se hace necesario ponderar los tres elementos triádicos del derecho en los intentos jurídicos presentados, que han resultado fallidos desde la validez, precisamente por la dificultad de articular la legitimidad y la eficacia. En todo caso, no puede negarse la existencia del conflicto jurídico y la falta de

solución al mismo, lo que permite tener certeza de la necesidad de identificar los elementos estructurales para tener la esperanza de seguir el camino correcto a la solución.

Actuaciones del Poder Legislativo: cerca de la legitimidad y lejos de la validez y la eficacia

El Congreso de la República, en ejercicio de la función legislativa que le corresponde como representante de los ciudadanos a través de Senadores y Representantes a la Cámara, ha tramitado proyectos de ley orientados a crear, mejorar o terminar figuras jurídicas relacionadas con la estabilidad laboral de los trabajadores, la garantía del derecho a la salud y la prevención de los riesgos laborales. En la creación de las normas sociales Dworkin describe los principios que deben regir el sistema jurídico. Con su aplicación, los jueces puedan tomar decisiones legítimas que generen el más alto nivel de respeto y tolerancia hacia el sistema legal.

El primer principio indica que *toda decisión política debe tratar a todos los ciudadanos como iguales, con igual preocupación y respeto*. Si en la creación de la norma se cumple este principio, se legitima la decisión judicial. Siguiendo a Dworkin, un segundo principio para el legislador establece que “la decisión política tomada y anunciada respetando la equidad, hace que el cumplimiento posterior no se tome como decisión política sino jurídica que permite reducir la complejidad del conflicto que regula” (Dworkin, 1989).

La creación de leyes separadas y desconectadas de la realidad hace que los ciudadanos reciban un trato desigual e irrespetuoso, contrario a los principios descritos. El legislador colombiano no tiene comunicación congruente con la sociedad, generando inequidad en los procedimientos establecidos para la creación de las normas, se pierde la oportunidad de la corrección moral que se promulga en el elemento legitimidad y las leyes fracasan porque no tienen sentido social de justicia.

Entre los intentos de creación legal para resolver el conflicto respecto de la estabilidad laboral reforzada por el legislador tenemos que, con fecha 27 de julio de 2015, fue presentado el Proyecto de ley 018 en el Congreso de la República, “Por la cual se promueve el acceso al

trabajo para personas con discapacidad y se dictan otras disposiciones” (Congreso de la República, 2015). En la exposición de motivos de este proyecto de ley se presentó la intención de la Ley 361 de 1997 de garantizar el principio de estabilidad laboral, contenido en el artículo 53 de la Constitución Política para las personas con discapacidad, destacando que hay evidencia empírica que la norma genera rigidez en la legislación laboral, pues llevó al 78% de los empleadores a abstenerse de contratar personas con discapacidad.

El Proyecto de ley 018 de 2015 indica que las organizaciones de personas con discapacidad están de acuerdo con los empleadores. Para remover los obstáculos que impiden la inclusión laboral de personas con discapacidad, como obligación para combatir la discriminación,¹⁰⁵ el proyecto proponía derogar el contenido del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 e incluir un capítulo nuevo en el Código Sustantivo del Trabajo. El proyecto de ley presentado tenía el siguiente contenido normativo:

ARTÍCULO PRIMERO. OBJETO. El objeto de esta ley es establecer medidas de protección laboral en favor de las personas que padecen algún tipo de discapacidad física.

ARTÍCULO SEGUNDO. Adiciónese al TÍTULO III ‘CONTRATO DE TRABAJO CON DETERMINADOS TRABAJADORES’, de la PARTE PRIMERA del CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO, un Capítulo VII, integrado por cuatro artículos, con el siguiente contenido:

CAPÍTULO VII

PERSONAS CON DISCAPACIDAD

ARTÍCULO TERCERO. Adiciónese al Código Sustantivo del trabajo lo siguiente: **Artículo 103A. Protección especial al trabajador con discapacidad.** En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar.

ARTÍCULO CUARTO. Adiciónese al Código Sustantivo del trabajo lo siguiente: **Artículo 103B. Terminación del contrato de trabajador con discapacidad.** Los contratos de trabajo se rigen por las normas del presente Código y las que lo adicionan y modifican. Para la terminación del contrato de un trabajador con discapacidad, se adicionan las siguientes reglas:

¹⁰⁵ La exposición de motivos del Proyecto de ley 018 de 2015, explica las razones jurídicas por las cuales es necesario no solo modificar la Ley 361 de 1997 sino, además, modificar artículos del Código Sustantivo del Trabajo adicionando el Capítulo VII dentro del Título III –referido a los contratos de trabajo con determinados trabajadores–, con el objeto de conciliar los intereses de los empleadores y las personas en condición de discapacidad para el acceso y permanencia en el empleo.

1. Ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

2. Sin perjuicio de lo establecido en el numeral anterior, no se requerirá de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador con discapacidad incurra en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato.

3. Para la terminación del contrato de trabajador con discapacidad siempre se garantizará el derecho al debido proceso, teniendo en todo momento en cuenta la discapacidad de trabajador.

ARTICULO QUINTO. Adiciónese al Código Sustantivo del trabajo lo siguiente: **Artículo 103C. Protección de personas con discapacidad en casos de despidos colectivos de trabajadores.** Cuando el empleador considere que necesita hacer despidos colectivos de trabajadores, o terminar labores, parcial o totalmente, por causas distintas a las previstas en el artículo 61, numeral 1o, literal d) de éste Código, los trabajadores con discapacidad no serán despedidos a menos que la discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en cualquier otro puesto a cargo del empleador.

Parágrafo. El Ministerio del Trabajo, en el marco del procedimiento de autorización de despidos colectivos, verificará el cumplimiento de este artículo.

ARTÍCULO SEXTO. Adiciónese al Código Sustantivo del trabajo lo siguiente: **Artículo 103D. Ajustes razonables.** El empleador procurará realizar los ajustes razonables en el lugar trabajo con el fin de que los trabajadores con discapacidad puedan acceder y mantener su trabajo. Los empleadores que lleven a cabo ajustes razonables podrán descontar hasta un 150% del costo de los ajustes razonables del impuesto de renta del año gravable en el cual se llevó a cabo el ajuste razonable. El Gobierno Nacional reglamentará.

ARTICULO SEPTIMO. Modifíquese el artículo 31 de la Ley 361 de 1997, el cual quedará así:

Artículo 31°.- Los empleadores que ocupen trabajadores con discapacidad certificada y que estén obligados a presentar declaración de renta y complementario, tienen derecho a deducir de la renta el 200% del valor de los salarios y prestaciones sociales pagados durante el año o período gravable a los trabajadores con discapacidad, mientras esta subsista.

Parágrafo.- La cuota de aprendices que está obligado a contratar el empleador se disminuirá en un 50%, si los contratados por éste último son personas con discapacidad comprobada.

ARTÍCULO OCTAVO. VIGENCIA Y DEROGATORIA. Derógase el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y las demás disposiciones que le sean contrarias. La presente ley rige a partir de su sanción y promulgación y modifica el Código Sustantivo del Trabajo. (Congreso de la República, 2015)

En la primera legislatura del año 2016, la Escuela Nacional Sindical celebra el archivo del Proyecto de ley 018 de 2015. Destacan la falta de participación de las organizaciones sociales y sindicales que no buscan impunidad en la decisión del empleador ante el despido sino una revisión previa de la misma por parte del inspector de trabajo. La controversia se presenta por la interpretación positivista del contenido del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que para los empresarios y algunas organizaciones de personas en condición de discapacidad es norma

generadora de desempleo. Por el contrario, para las organizaciones sindicales de trabajadores enfermos, el origen del desempleo de las personas con alguna afectación en la salud no se presenta por el contenido de la norma, sino por la ausencia de medidas de inclusión y ajustes locativos al interior de las empresas (Agencia de Información Nacional-ENS, 2016). Estos ajustes hacen parte de los programas de promoción de la salud y prevención del ATEL en el trabajo, ignorados por los empleadores. El proyecto fue retirado del trámite legislativo, pues contó con una mediana legitimidad por parte de las organizaciones de personas en condición de discapacidad, los empresarios y el Ministerio del Trabajo, pero no tuvo apoyo dentro de los congresistas para alcanzar la votación requerida que le permitiera la validez y continuar el proceso para convertirse en ley. Los ponentes dejaron clara la intención de volver a presentarlo, con la inclusión de los aspectos inexistentes que llevaron a su archivo.

En el año 2016 se presentó el Proyecto de ley 95 de 2016 “Por medio de la cual se establece la estabilidad laboral reforzada en favor de la mujer vinculada mediante contrato de prestación de servicios cuando sobrevenga el embarazo o la lactancia y se dictan otras disposiciones” (Congreso de la República, 2017a). El proyecto fue objeto de revisión de diversas entidades estatales y la empresa privada, que coincidieron en dar prioridad al derecho sustantivo que regula el contrato de prestación de servicios sobre el derecho a la seguridad social de la mujer embarazada” (Congreso de la República, 2017b, pág. 2). Llama la atención la intervención del Ministerio de Hacienda para indicar que el contenido del proyecto de ley “podría implicar erogaciones adicionales a la Nación y a las Entidades Territoriales como contratantes permanentes de personas naturales en la medida que dicha presunción puede acarrear sanciones pecuniarias” (Congreso de la República, 2017b, pág. 2). La presunción mencionada refiere a la terminación del contrato de prestación de servicios por el estado de embarazo.

No siendo objeto de esta investigación, vale la pena referirse a la mención que realiza la entidad, porque el Estado colombiano es el mayor generador de contratos de prestación de servicios con personas naturales, conocidos en el mundo del trabajo como actos de vulneración al “principio de la primacía de la realidad sobre las formas” que rige el derecho laboral, y que ha sido el soporte para la reclamación a las entidades públicas de los derechos

laborales desconocidos a las personas vinculadas con este tipo de contratos regidos por las normas civiles y comerciales.

La Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), se pronunció sobre el contenido del proyecto de ley indicando que garantizar la estabilidad laboral reforzada a la mujer embarazada vinculada con contrato de prestación de servicios “perjudica la distinción necesaria entre el mundo laboral y el mundo comercial, extendiendo características exclusivas de los contratos laborales a los contratos de prestación de servicios y que por tanto debe ser archivado” (Congreso de la República, 2017b, pág. 2) .

El proyecto de ley fue archivado en el Congreso de la República, contando con la exposición de motivos legítima para la protección de la mujer trabajadora, pero sin la validez que le permitiera resolver los conflictos del derecho sustantivo, perdiendo la eficacia que se esperaba en la sociedad del trabajo.

En el año 2017 se presentó el Proyecto de ley 003 de 2017 de la Cámara de Representantes, “Por medio de la cual se implementa un servicio de guarderías en las grandes y medianas empresas para los hijos menores de los trabajadores y se dictan otras disposiciones” (Congreso de la República, 2017c), que fue retirado por la autora del proyecto, impidiendo el trámite legislativo. Este proyecto establecía dentro de su contenido la creación de guarderías para las mujeres que terminan la licencia de maternidad y deben regresar al lugar de trabajo, permitiendo llevar los niños a las guarderías creadas por la empresa, hasta los 3 años de edad. Dentro de la exposición de motivos de la norma se expuso:

La conciliación trabajo-familia es uno de los grandes retos de la sociedad actual. Cada vez son más las empresas que buscan convertirse en Empresas Familiarmente Responsables (EFR) y desarrollan políticas para lograr compatibilizar vida laboral, familiar y personal. En el ámbito de la empresa familiar, la conciliación presenta una dificultad añadida, en especial para los miembros de la familia propietaria. (Restrepo Arango, 2017)

La Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI) se opone a la aprobación del proyecto, argumentando que su contenido busca imponer a las empresas una carga que no le es propia a los empleadores y que es inconveniente por las cargas tributarias asignadas para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por la creación de la jornada semestral para

la familia y de las salas amigas de la familia lactante en el entorno laboral, que se registran como costos indirectos a la nómina (ANDI, 2017b).

Este proyecto de ley reflejaba legitimidad en su contenido y podría tener, como lo indicamos en el apartado referido a la promoción de la salud en el trabajo, un impacto positivo, pero se quedó sin validez, perdiendo nuevamente la sociedad otra efectiva acción para la promoción de la salud en el trabajo.

Los servidores públicos, siendo trabajadores vinculados de forma legal o reglamentaria con las entidades del Estado, son sujetos de protección de la salud en el trabajo. En la Cámara de Representantes se presentó, para la segunda legislatura del año 2018, el Proyecto de ley 156 de 2018 que estaba orientado a garantizar la estabilidad laboral reforzada de los miembros de la fuerza pública con disminución de la capacidad psicofísica, generada en el servicio, en porcentaje inferior al establecido legalmente para acceder a la pensión de invalidez, con el siguiente contenido¹⁰⁶:

Artículo 1°. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto garantizar la estabilidad laboral reforzada de los miembros de la Fuerza Pública que han sufrido disminución de su capacidad psicofísica, a causa de lesiones o afecciones adquiridas en el servicio, por causa y razón del mismo, así como por acción directa del enemigo, en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto armado internacional.

Parágrafo 1°. La garantía de que trata la presente ley beneficiará al personal activo de la Fuerza Pública en los eventos en los que el porcentaje de disminución de la capacidad psicofísica que se le dictamine sea inferior al fijado por la ley para acceder a la pensión de invalidez.

Parágrafo 2°. La continuidad en el servicio de los miembros de la Fuerza Pública con derecho a acceder a la pensión de invalidez quedará sujeta a la evaluación de su capacidad profesional y las necesidades del servicio, determinadas por la correspondiente Junta Asesora.

Parágrafo 3°. Lo dispuesto en la presente ley no supone una modificación a las condiciones legales previstas para el reconocimiento de la pensión de invalidez en los eventos indicados en este artículo.

Artículo 2°. Estabilidad laboral reforzada. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, los miembros de la Fuerza Pública que presenten las condiciones descritas en el artículo

¹⁰⁶ El contenido del proyecto de ley 156 de 2018 fue presentado por Representantes a la Cámara, con extensión de 8 artículos, en los cuales se describían aspectos como las capacidades psicofísicas remanentes, las aptitudes psicofísicas para permanecer en el servicio, el concepto de ineptitud física, la promoción profesional, deber de capacitación. Aspectos que hacen parte de la promoción de la salud (Congreso de la República, 2018).

anterior no podrán ser retirados del servicio a consecuencia de ello, salvo que su permanencia en el mismo suponga un riesgo real y grave a su integridad y el de su entorno, conforme el dictamen de las autoridades médico-laborales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional y lo dispuesto en los artículos 4° y 5° subsiguientes. (Congreso de la República, 2018)

El proyecto solo contempló, dentro del proceso de validez, la emisión de comunicaciones dirigidas a los interesados en su contenido, dentro de ellos al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual se pronunció indicando requerir revisión del impacto fiscal de las propuestas contenidas (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2018); y el Ministerio de Defensa Nacional, que aporta estadísticas entre los años 2004 y 2014, sobre la dimensión del problema para asegurar los mecanismos de protección a militares y policías que sufren lesiones o afecciones durante el servicio. El Proyecto de ley 156 de 2018 fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 732 de 2018, donde se describe que el proyecto ha tenido anteriores trámites legislativos presentados desde el año 2016, pero cumplidos los trámites legales no se surtió el último debate antes de expirar la segunda legislatura del año 2018, razón por la que el proyecto fue archivado de manera automática (Congreso de la República, 2018, pág. 8). Este proyecto fue archivado por falta de voluntad política del legislador para convertirlo en ley. En efecto, esta iniciativa se ha quedado sin validez, contando con legitimidad en su contenido, y una eficacia inexistente en el trato digno de los servidores de la fuerza pública en Colombia, lesionados en el servicio.

El Senado de la República radicó el Proyecto de ley 62 de 2018, “por medio de la cual se establecen lineamientos para la estabilidad laboral de mujeres embarazadas y se dictan otras disposiciones”. En primer debate se presentaron las motivaciones del proyecto centradas en ampliar la licencia de maternidad hasta por 52 semanas en caso de enfermedad del recién nacido que requiere la observación médica las 24 horas, advirtiendo que la especificidad de la condición planteada, en tanto ampliar la estabilidad laboral reforzada para la mujer, puede desincentivar la contratación de las mujeres por parte de los empresarios (Congreso de la República, 2018, pág. 25). El proyecto se encuentra publicado en la página del Congreso de la República de Colombia en proyectos de ley de 2018, sin mayor información sobre los avances en el trámite para convertirse en ley.

En el año 2019 la Cámara de Representantes presenta nuevamente el Proyecto de ley 162 denominado “Por medio del cual se fortalece la estabilidad laboral de las mujeres embarazadas en las diferentes modalidades de contratación”, en el que se expuso:

La estabilidad laboral reforzada por maternidad es un derecho de rango constitucional reconocido expresamente en el artículo 43 de la Constitución Política y desarrollado ampliamente por la jurisprudencia. Sin embargo, desde la jurisdicción laboral y desde la Corte Constitucional se ha señalado que existe un vacío de rango legal respecto de la protección a la mujer embarazada en las diversas formas de contratación y vinculación.

Así, ni el Código Sustantivo del Trabajo, expedido en el año 1961, ni ninguna otra ley posterior, ha establecido las reglas que deben seguir los jueces para proteger la estabilidad laboral de la mujer embarazada en casos distintos al contrato de trabajo a término indefinido. Por esta razón los jueces de la República han debido aplicar directamente la Constitución Política y los principios generales del Derecho, para así resolver las lagunas normativas frente a casos como el de las mujeres vinculadas mediante contratos de prestación de servicios, empresas temporales, o incluso en casos de contrato de obra o a término fijo, o en los de vinculaciones de servidores públicos. (Congreso de la República, 2019b)

El autor del proyecto logró la aprobación en segundo debate por la Cámara de Representantes del contenido, estando pendiente las siguientes etapas del proceso legislativo ante el Senado de la República para que se expida la ley con validez y eficacia (Senado de la República, 2020).

Finalmente se encuentra en trámite el Proyecto de ley 241 de 2020 “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”, presentado por iniciativa del Senado de las República con fecha 25 de agosto de 2020, con la intención de emplear “medidas que responden a la actualidad del mercado laboral y a las exigencias constitucionales del ordenamiento jurídico colombiano” (Congreso de la República, 2020), con la terminología que concrete los desarrollos jurisprudenciales que los tribunales de cierre han decantado para que empleadores y trabajadores concilien los principios de estabilidad en el empleo y sostenibilidad empresarial.

El contenido del proyecto modifica el contenido del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, adicionando 5 literales del 26A al 26F, destacando contenidos como:

1. Descripción taxativa de las situaciones consideradas debilidad manifiesta para el trabajador.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias de salud para un empleo determinado no serán consideradas discriminatorias.
3. Justas causas para el despido del trabajador en situación de discapacidad o debilidad manifiesta.
4. Términos expeditos para que el inspector de trabajo emita la autorización del despido del trabajador
5. Estimación del incumplimiento de los términos por el inspector de trabajo como causal de silencio positivo.
6. Posibilidad de redefinir el salario del trabajador según el nuevo cargo.
7. Causal de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad médica superior a 180 días. (Congreso de la República, 2020)

El Proyecto de ley 241 de 2020, que se encuentra en trámite legislativo, por su contenido parece dar prioridad a la “estabilidad económica del empleador”. Las justificaciones se sustentan en las estadísticas referidas al desempleo publicadas por el DANE en el año 2020, los estudios realizados por la ANDI en el año 2018 y las sentencias proferidas por los tribunales de cierre. No se encontró mención alguna en el proyecto sobre la consulta o participación del contenido a las organizaciones de los trabajadores enfermos por el trabajo o las organizaciones de los trabajadores en condición de discapacidad, ni diferencia entre origen común y origen laboral, ni consulta o participación de las Administradoras de Riesgos Laborales, ni de las Juntas de Calificación de Invalidez, ni de las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud, siendo pertinente preguntarse: *¿Están dados los elementos de legitimidad y eficacia del derecho en el proyecto de ley presentado para que resuelva el conflicto del despido de los trabajadores enfermos por el trabajo con su aprobación?*

En efecto, la intención del legislador de reglamentar en una ley de la república las condiciones de reconocimiento de la “estabilidad laboral reforzada”, creada por la Corte Constitucional, más que la consecución del equilibrio entre las partes de la relación laboral, se han caracterizado por privilegiar el equilibrio económico-financiero de los empresarios y el Sistema de Seguridad Social, dando la espalda a la estabilidad laboral como principio de la relación laboral que requiere reconocimiento para la eficacia del derecho en esta materia. El legislador no asume la diferencia entre principios y normas ya descritas por Dworkin (1989), razón por la que ha fracasado en los intentos de garantizar la justicia y la equidad en las relaciones laborales.

El poder ejecutivo y el legislador, desde la publicación del Código Sustantivo del Trabajo, han entrado en la procrastinación de su deber social de expedir normas del derecho laboral, conforme los principios requeridos para la garantía de la coordinación económica y el equilibrio social en las relaciones laborales concebidas desde 1950.

Nótese que los proyectos de actos administrativos y proyectos de ley presentados, soportan su contenido en las sentencias que la Corte Constitucional ha proferido desde 1997, recordando al ejecutivo los límites de sus funciones y al legislador el deber de reglamentar. Con el afán de mantener el equilibrio de poderes, se limitan a reglamentar lo superficial y no presentan soluciones de fondo al conflicto que está dejando pérdida de vidas humanas y familias en la pobreza.

Actuaciones del Poder Judicial: cerca de la eficacia y lejos de la validez y la legitimidad

Retomando las consideraciones teóricas que permiten diferenciar los principios de las normas, hemos dicho que el reconocimiento de los principios en el derecho es una labor del juez. Según Dworkin, este no se dejará utilizar como instrumento de desigualdad e injusticia ante los abusos de quien tiene un poder dominante, por su posición social o económica, ante el más débil. Las decisiones judiciales referidas a la “estabilidad laboral” –como principio– y la “estabilidad laboral reforzada” –como institución creada–, han fallado en la búsqueda de la función tríadica del derecho.

Las decisiones judiciales, proferidas por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, parecen haber resuelto la dificultad del despido del trabajador enfermo o en condiciones de debilidad manifiesta, pero estas soluciones han sido temporales y con efectos inter-partes, dejando incólume el problema social de fondo que aqueja las relaciones laborales.

Estos cuerpos judiciales instan a la sociedad a cumplir con los deberes constitucionales de garantizar el derecho al trabajo, a la salud en condiciones dignas, de solidaridad e igualdad. Pero así mismo confunden a la sociedad cuando describen la estabilidad laboral como forma de protección del derecho a la igualdad real y material de las personas en estado de debilidad

manifiesta en tanto derecho, como figura jurídica relativa y sin reconocer que constituye un principio.

Las variadas denominaciones dadas al principio de estabilidad laboral hacen que este ceda ante los otros principios del derecho común que sí mantienen el mayor peso sobre las otras manifestaciones jurídicas, entre ellos el principio de la sostenibilidad financiera.

El conflicto del despido del trabajador con afectaciones en su salud, llega a los despachos judiciales en vía de acción de tutela. La Corte Constitucional por competencia asignada en sede de revisión ha consolidado jurisprudencia sobre la estabilidad laboral. En análisis realizado de las sentencias proferidas en la década de 1990, se establece que los primeros en buscar protección judicial ante el despido fueron trabajadores en estado de debilidad manifiesta por condiciones de salud¹⁰⁷.

En sentencia T-427 de 1992, la Corte Constitucional confirma la decisión del juez de primera instancia, al considerar que no se vulneraron los derechos del trabajador demandante que fue declarado insubsistente después del diagnóstico de una enfermedad común. La decisión se toma al establecer que la desvinculación de la entidad no se debió a su estado de salud. Llama la atención esta sentencia porque desde su expedición la jurisprudencia empieza el desarrollo de los argumentos sobre la inexistencia de derechos absolutos o a perpetuidad para las personas minusválidas. Estos terminan como la estabilidad laboral por considerarla derecho y no principio. La sentencia indicó:

10. La legislación en favor de los minusválidos 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. (Corte Constitucional, 1992c, pág. 7)

¹⁰⁷ En la identificación de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional desde el año 1992 al año 2019, sobre la “Estabilidad laboral reforzada” por el ATEL, se encontró que el mayor número de los procesos corresponden a acciones de tutela presentadas contra el Ejército Nacional de Colombia y la Policía Nacional por soldados y agentes heridos en servicios dentro del conflicto armado, que eran retirados de su cargo por haber perdido las capacidades físicas y mentales necesarias para seguir perteneciendo a estas entidades. Así como contra empresas públicas y privadas que retiraban a los trabajadores y trabajadoras por ser portadores de VIH o por estado de embarazo.

En sentencia SU-256 de 1996 (Corte Constitucional, 1996b), se revisa la decisión judicial proferida a un trabajador portador de VIH que fue despedido por la empresa con fundamento en el numeral 15 del artículo 7 del Código Sustantivo del Trabajo, que refiere a la justa causa de terminación del contrato de trabajo por enfermedad contagiosa del trabajador. La empresa justificó el despido en el cuidado de la salud de los otros trabajadores que podían contagiarse con el contacto y por el riesgo de las heridas que el trabajo en la cocina tenía para el trabajador. La decisión es tutelar los derechos a la igualdad, dignidad, trabajo, salud y seguridad social del trabajador. El argumento principal se sustenta en el principio de solidaridad humana del empleador y los derechos fundamentales del trabajador. Estos argumentos tienen la esfera de la validez pero es notoria la ausencia de la legitimidad, en tanto se ignora el acuerdo de los procesos y procedimientos legalmente institucionalizados para el cuidado de la salud en el trabajo, verbigracia el contenido de la Ley 9 de 1979 y el decreto 1295 de 1994¹⁰⁸.

El concepto de trabajador en estado de debilidad manifiesta se desarrolla en las sentencias donde se discute el despido de los trabajadores enfermos o con dificultades económicas y personales. El juez de tutela menciona el principio de la estabilidad laboral para las personas que hacen parte de grupos de especial protección conforme los artículos 13 y 47 de la Constitución Política¹⁰⁹. Es decir, judicialmente la estabilidad laboral se empieza a describir

¹⁰⁸ En las consideraciones de la Corte dentro de la sentencia se puede leer el siguiente texto, que a nuestro juicio, traslapa las obligaciones del empleador por el cuidado de la salud de los trabajadores, con argumentos religiosos y de filantropía. La Corte indica: “La construcción de la solidaridad humana y no la competencia mal entendida por sobrevivir, es el principio de razón suficiente del artículo 95 de la Carta Política y por ello, en lugar de rechazar a quien está en situación ostensible de debilidad, es deber positivo de todo ciudadano -impuesto categóricamente por la Constitución- el de socorrer a quien padece la necesidad, con medidas humanitarias. La acción humanitaria es aquella que desde tiempos antiquísimos inspiraba a las religiones y a las sociedades filantrópicas hacia la compasión y se traducía en medidas efectivas de socorro, que hoy recoge el derecho internacional humanitario. En el caso sub-judice, lo solidario, lo humanitario, lo respetuoso de los derechos fundamentales implicados era, se insiste, mantener al trabajador en su cargo o trasladarlo a otro similar que implicara menos riesgo hipotético” (Corte Constitucional, 1996c).

¹⁰⁹ Los artículos señalados de la Constitución Política indican: “ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. (...)”

como principio de prevalencia para la seguridad del trabajo, predicable a grupos de personas expuestas socialmente a discriminación, cuando se indica:

Para la consecución de esos fines, la efectividad del ejercicio del derecho al trabajo, como ocurre para cualquier otro trabajador, está sometida a la vigencia directa en las relaciones laborales de unos principios mínimos fundamentales establecidos en el artículo 53 de la Carta Política. Cuando la parte trabajadora de dicha relación está conformada por un discapacitado, uno de ellos adquiere principal prevalencia, como es el principio a la estabilidad en el empleo, es decir a permanecer en él y de gozar de cierta seguridad en la continuidad del vínculo laboral contraído, mientras no exista una causal justificativa del despido, como consecuencia de la protección especial laboral de la cual se viene hablando con respecto a este grupo de personas. (Corte Constitucional, 2000a)

Se consolida así en la sociedad la idea del “principio de estabilidad laboral reforzada” para personas en condiciones de especial protección. Seguidamente el juez constitucional empieza a reconocer la estabilidad laboral como una *categoría de protección especial* a trabajadores que, sin pertenecer a los grupos de protección señalados en los artículos 13 y 47, se consideran judicialmente en situación de debilidad manifiesta. Así lo señaló en sentencia T-1040 de 2001:

Estos sujetos de protección especial a los que se refiere el artículo 13 de la Constitución, que por su condición física estén en situación de debilidad manifiesta, no son sólo los discapacitados calificados como tales conforme a las normas legales. Tal categoría se extiende a todas aquellas personas que, por condiciones físicas de diversa índole, o por la concurrencia de condiciones físicas, mentales y/o económicas, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta. Así mismo, el alcance y los mecanismos legales de protección pueden ser diferentes a los que se brindan a través de la aplicación inmediata de la Constitución. (...)

En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados. (Corte Constitucional, 2001)

ARTICULO 47. El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran” (CP, 1991).

En sentencia T-519 de 2003 la Corte Constitucional se pronuncia sobre el despido sin justa causa de un trabajador dos meses después de informar al empleador estar sufriendo de una enfermedad denominada carcinoma basocelular. El empleador fundamenta su defensa en el uso de la de la facultad que le confiere la ley para terminar el contrato de trabajo. El juez expone en las consideraciones que *no existe un derecho a la estabilidad laboral, pero sí una estabilidad laboral reforzada* por la especial condición física o laboral del trabajador:

2.9. En conclusión se puede afirmar que (i) en principio no existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral; sin embargo, (ii) frente a ciertas personas se presenta una estabilidad laboral reforzada en virtud de su especial condición física o laboral. No obstante, (iii) si se ha presentado una desvinculación laboral de una persona que reúna las calidades de especial protección la tutela no prosperará por la simple presencia de esta característica, sino que (iv) será necesario probar la conexidad entre la condición de debilidad manifiesta y la desvinculación laboral, constitutiva de un acto discriminatorio y un abuso del derecho. Por último, (v) la tutela sí puede ser mecanismo para el reintegro laboral de las personas que por su estado de salud ameriten la protección laboral reforzada, no olvidando que de presentarse una justa causa podrán desvincularse, con el respeto del debido proceso correspondiente. (Corte Constitucional, 2003b, pág. 13)

Esta expresión judicial, en la forma, parece proteger al trabajador; pero en el fondo es generadora del conflicto en estudio. El juez constitucional desconoce la categoría de principio de la estabilidad laboral determinándola como derecho. Además no la considera inherente a la relación de trabajo sino dependiente de las condiciones especialísimas del trabajador.

El juez ordena el reintegro del trabajador siguiendo las indicaciones médicas para la protección de la salud, soportando la decisión en la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador, pero advierte que no existe protección reforzada por causas laborales:

La Sala considera necesario indicar que independientemente la naturaleza de la enfermedad – laboral o común- la empresa ha debido brindar especial protección al accionante por su estado de debilidad manifiesta. Ni en la Constitución, ni en la jurisprudencia de esta Corporación, ni en ninguna norma de protección a los disminuidos físicos se ha fijado que la protección reforzada en el campo laboral se deba brindar únicamente cuando por causa del trabajo se empiece a padecer la dolencia. (Corte Constitucional, 2003b, pág. 14)

No siendo responsable el trabajador de los riesgos y peligros que genera el trabajo asignado, las afectaciones en la salud por causas laborales deben diferenciarse en positivo para el

trabajador de las causas comunes. Esta mención es otro elemento considerado estructural del conflicto. Existiendo obligaciones morales, sociales y legales para el empleador de realizar procesos encaminados a la promoción de la salud y la prevención del ATEL, ninguno de los poderes del Estado impone límites o sanciones eficaces al empleador por sus omisiones a las responsabilidades descritas en las normas vigentes sobre el cuidado de la salud en el trabajo.

En la acción de tutela el juez se limita a la protección de los derechos fundamentales superpuestos al principio de estabilidad laboral. Las sentencias parecen eficaces por el contenido resolutivo. Pero en las consideraciones el hilo conductor que pretende dar coherencia a la decisión invierte tácitamente los principios básicos del derecho como valores sociales requeridos en la relación laboral. En efecto los jueces no indican al empleador el incumplimiento de las obligaciones de promoción de la salud y prevención del ATEL que generaron en el trabajador la afectación en la salud, entonces “la ignorancia de la ley sirve de excusa”. El empleador alega que el despido no ocurrió por la condición de salud sino por justa causa comprobada al trabajador, de modo que le es posible “alegar a su favor su propia culpa”. Debe existir una condición de debilidad manifiesta en la persona, y no del trabajador, que lleve al juez a otorgar la protección judicial de “estabilidad laboral reforzada”, así “todas las personas son iguales ante la ley”.

Las sentencias proferidas en adelante siguen la misma línea de argumentos presentada, e incluyen los analizados en esta investigación respecto de la clasificación de la estabilidad laboral en relativa (Corte Constitucional, 2007a), la protección laboral reforzada positiva y negativa (Corte Constitucional, 2007b) y el debido proceso ante el inspector de trabajo (Corte Constitucional, 2010a). Definiciones judiciales que generan un círculo vicioso entre el derecho al trabajo con salud y el derecho a la rentabilidad económica.

Los conflictos jurídicos propios de la relación de trabajo son competencia del juez ordinario laboral¹¹⁰, razón que obliga la presentación de demandas laborales por parte de los

¹¹⁰ El artículo 2 del Código Procesal Laboral Colombiano indica: “ARTICULO 2o. COMPETENCIA GENERAL. La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: 1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo” (Presidencia de la República, 1948).

trabajadores con el objeto de discutir las causas del despido y los daños en la salud. La Corte Suprema de Justicia es el órgano de cierre de esta justicia y se ha pronunciado sobre la estabilidad laboral y la estabilidad laboral reforzada en mención. A la luz del aparato crítico que hemos utilizado para identificar los elementos estructurales del conflicto, es pertinente indicar que este cuerpo judicial, bajo la influencia del positivismo clásico, ha emitido decisiones contrarias a la Corte Constitucional, prolongado la inestabilidad jurídica de las relaciones laborales.

Las diferencias conceptuales de la Corte Suprema de Justicia con la Corte Constitucional, sobre el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada a los trabajadores, se concretan en establecer que la Ley 361 de 1997 fue expedida para garantizar la asistencia y protección necesaria de las personas con una minusvalía significativa dada por las limitaciones severas y profundas, para lograr su integración en todos los ámbitos de la vida en comunidad. Las personas con limitaciones menores o inexistentes no son beneficiarias del contenido normativo (Corte Suprema de Justicia, 2008) .

350

Este criterio judicial fijó, además, el alcance de la Ley 361 de 1997 para las personas que probaran encontrarse en los porcentajes de pérdida de capacidad laboral comprendidos entre 15% e inferiores al 50% al momento del despido, caso contrario no podían ser beneficiados con la estabilidad laboral reforzada¹¹¹, en tanto esta protección es de carácter legal y el juez

¹¹¹ En las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia objeto de estudio desde el año 2008 hasta 2019, se reitera que los grados de pérdida de capacidad laboral se determinan como a) “moderada”, pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y 25%; b) “severa” mayor al 25% pero inferior al 50%; o c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%, todo de conformidad con el Decreto 2463 de 2001 y la Ley 361 de 1997. Ver sentencias Sentencia 35606 de 2009 Mag Ponente: Dra. Isaura Vargas Díaz, Bogotá, D.C., Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil nueve (2009). Sentencia 35421 de 2009 Mag Ponente: Dr. Camilo Tarquino Gallego, Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil nueve (2009). Sentencia 39207 de 2012. Mag Ponente: Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, Bogotá D.C., 28 de agosto del año 2012.

tiene el deber de obedecer la norma con fundamento en la teoría del imperio de la ley que desarrolla el artículo 230 de la Constitución Política (Ortega Suescún, 2019).

Ahora bien, para 2018 esta Corte modula el criterio de las sentencias anteriores, indicando que abandona la presunción legal que mantuvo sobre la estabilidad laboral reforzada y comparte con la Corte Constitucional el postulado de presumir el despido de un trabajador en estado de discapacidad discriminatorio, siempre que el empleador no demuestre la justa causa del despido (Corte Suprema de Justicia, 2018a). Esta postura sigue siendo compleja tanto por las tensiones entre la validez y la eficacia de la decisión judicial, como por la confusión entre principio, derecho y protección, que ninguna de las dos instituciones diferencia.

Para concluir sobre las acciones del Estado frente al conflicto no resuelto, podemos recordar a Habermas quien indicó que en el poder ejecutivo las decisiones se toman bajo la premisa “lo que es útil para todos”, en el poder legislativo sobre “lo que es bueno para nosotros” y le corresponde al poder judicial tomar la decisión “justa para todos”. En sociedades pluralistas, con problemas de equidad y pensamientos individualistas, como la nuestra, es el juez quien debe resolver el conflicto utilizando la “razón jurídica” que genere mayor grado de legitimidad y eficacia social. Después de analizar las decisiones judiciales no es posible dar cuenta de la premisa asignada al juez. En Colombia los tres poderes deciden sobre la marcha del conflicto. Por la combinación socio-jurídica de la Constitución Política entre el contenido socialdemócrata, neoliberal y multicultural (Mejía Quintana, 2012a), los problemas sociales se agudizan y se potencian los conflictos laborales. Existe la necesidad que el juez asuma el papel protagónico para generar los consensos sociales que culminen con decisiones justas para todos (Vela Orbegozo, 2015, pág. 64).

4. La discapacidad, la incapacidad y la enfermedad del trabajador.

Delimitación negativa del ámbito material de la revisión

Junto a la situación descrita, donde detectamos las dificultades de orden filosófico para entender, interpretar y aplicar en casos concretos el principio de la estabilidad laboral, pasamos a detectar los problemas de orden médico-jurídico que se vislumbran en la atención secundaria por parte de las entidades administradoras del Sistema de Seguridad Social y las Juntas de Calificación de la Invalidez. Cuando el trabajador deviene incapaz de continuar desempeñando su trabajo como consecuencia de la ocurrencia del accidente de trabajo y la enfermedad laboral (ATEL), requiere la definición de sus condiciones de salud y el empleador espera que el sistema se haga cargo de las consecuencias hasta validar la decisión de terminar la relación laboral por causas objetivas, aunque no justas, desde los elementos validez, legitimidad y eficacia de la norma laboral.

El trabajador pasa por diversos estados, pues requiere de declaraciones médicas que las normas tratan de compatibilizar con reconocimientos económicos. Estos son diversos, se manifiestan desde la declaración del estado de *incapacidad temporal* (IT) con duda sobre el origen del evento que afectó la salud del trabajador; pasando por la incierta determinación del tiempo para los procesos de *rehabilitación, reincorporación, reintegro y readaptación*; hasta llegar a la calificación de la pérdida de capacidad laboral (PCL) en primera oportunidad y de ser necesario acudir al proceso de la primera y segunda instancia, para la definición del estado de *incapacidad permanente parcial* o la invalidez.

Cada situación genera inseguridad jurídica, que conlleva a la confusión de los principios y normas que regulan las relaciones laborales derivadas del contrato de trabajo o del contrato de prestación de servicios personales. Con las reformas normativas realizadas al Sistema de Riesgos Laborales a partir de la creación del Sistema de Seguridad Social, se eliminaron prestaciones económicas en favor del trabajador que, además de solventar situaciones de los trabajadores derivadas de las contingencias del trabajo, permitían al empleador tener mayor

margen de acción/decisión sobre los puestos de trabajo sin aumentar los costes que hoy son causas de los despidos y acciones judiciales.

Son varios los componentes médicos que se abordan en este capítulo y que pese a situarse en planos distintos, están relacionados entre sí. Al respecto, en Sentencia SL-2841 de 2020 (Corte Suprema de Justicia, 2020a) la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia resolvió en recurso de casación el proceso judicial iniciado por un trabajador que solicitó al juez la declaratoria de existencia del contrato de trabajo, el despido sin justa causa después de ocurrido un accidente de trabajo que le generó el 24.89% de PCL y el reconocimiento de la garantía judicial por “estabilidad laboral reforzada”. En la sentencia de primera instancia el juez negó la garantía por dos razones: i) desconocimiento del empleador sobre el porcentaje de calificación de pérdida de capacidad laboral del trabajador y ii) la calificación de PCL no superó el 25% para determinar un grado severo del daño.

El Tribunal Superior competente revocó la decisión y concedió al trabajador la garantía. Aunque la Corte Suprema de Justicia confirma la decisión en favor del trabajador, se nota que los jueces laborales en todos los niveles de la administración de justicia siguen profiriendo decisiones problemáticas para la estabilidad laboral y crean condiciones de discapacidad que no existen en el mundo médico. De esta manera participan del distanciamiento entre las personas en condiciones de discapacidad por causas comunes de quienes la adquieren por causas laborales y generan mayor incertidumbre a la sociedad del trabajo.

Con esta sentencia la Corte inicia el uso del concepto “discapacidad relevante” para diferenciar una discapacidad en grado significativo, según la clasificación porcentual que el Decreto 2463 de 2001 estableció para la pérdida de capacidad laboral. La Sala Laboral está conformada por siete magistrados, dos de los cuales se pronunciaron salvando el voto por no estar de acuerdo con la decisión y dos aclararon el voto para significar que, estando de acuerdo con la decisión final, no lo estaban con los argumentos para llegar a ella. Las cuatro razones dadas por los magistrados del área laboral se refirieron a los componentes del presente capítulo, adaptados al caso concreto con efectos jurídicos confusos. En las proposiciones finales se reflexionará sobre esta decisión judicial.

Cada togado expuso los argumentos para soportar su posición. En contra de la decisión se argumentó que el empleador, aunque no tenía justa causa para terminar el contrato de trabajo, tenía las siguientes causas objetivas para la terminación entre ellas: a) todos los actos realizados por el trabajador en procesos de *incapacidad temporal, rehabilitación o reincorporación* no podían afectar la decisión de terminar la relación laboral; b) la estabilidad laboral reforzada no podía reconocerse ante la prevalencia de la temporalidad del contrato, pues el tiempo pactado para la prestación del servicio se cumplió y el empleador no tenía que mantener en actividad inexistente al trabajador, configurándose así una causa objetiva para el despido¹¹².

Otra de las razones para contradecir la decisión, se funda en no cumplir el trabajador los parámetros de *calificación de la discapacidad establecidos por la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)*, instrumento internacional acogido por Colombia en las normas que regulan la discapacidad¹¹³. Los magistrados que aprobaron la decisión pero no los argumentos de la sentencia, indicaron que para el momento en que se presentó la demanda no se encontraba vigente la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; y frente a la Ley 1618 de 2013 (Congreso de la República, 2013), que esta norma no podía aplicarse para el caso¹¹⁴. Y también, que la Sala confundió los conceptos del *modelo rehabilitador con el modelo social* para establecer las *condiciones de discapacidad* de los trabajadores y así reconocer la garantía de estabilidad laboral reforzada al demandante¹¹⁵.

354

Bajo el mandato de decisiones judiciales como la mencionada, las Administradoras de Riesgos Laborales, los abogados, los empresarios y los trabajadores acuden a todos los criterios expuestos para dar validez jurídica a sus actos y con ello hacer más profundas las diferencias, aunque no exista legitimidad ni eficacia en la decisión administrativa o judicial

¹¹² Ver en Sentencia SL-2841 de 2020. Salvamento de voto Mg. Jorge Luis Quiroz Alemán. Pág. 100.

¹¹³ Ver en Sentencia SL-2841 de 2020. Salvamento de voto Mg. Fernando Castillo Cadena Pág. 103.

¹¹⁴ Ver en Sentencia SL-2841 de 2020. Aclaración de voto Mg. Ivan Mauricio Lenis Gómez. Pág. 71.

¹¹⁵ Ver en Sentencia SL-2841 de 2020. Aclaración del voto Mg. Clara Cecilia Dueñas Cadena Pág. 73.

que se tome para poner fin al conflicto. Pues bien, teniendo estas consideraciones como fondo, los conceptos que se pasan a desarrollar, inician con la definición de discapacidad y los perfeccionamientos médicos y jurídicos que esta institución ha tenido, para llegar al modelo social de calificación de la pérdida de capacidad laboral, donde se incluyen condiciones que afectan la vida de las personas por causas del trabajo y requieren ser visibilizadas e incluidas en el actual Sistema de Riesgos Laborales.

Dentro del análisis de la discapacidad, parece que el legislador vuelve del Derecho Laboral los conceptos de la Seguridad Social, para adecuar su tratamiento en las actuales relaciones laborales. La determinación de cuándo y en qué medida se puede establecer una condición de discapacidad que impida realizar el trabajo habitual o un trabajo que genere ganancias, son problemas de difícil solución para el Derecho Laboral, porque se deben combinar los conceptos médicos-terapéuticos y psicológicos que definen las personas desde el ámbito del trabajo. Entender las condiciones de discapacidad para el trabajo no es fácil. La visión médica y social ha avanzado a pasos agigantados con desarrollos de organizaciones internacionales que superaron el modelo de rehabilitación y se encuentran promoviendo el modelo social. Pero en el derecho y la justicia, los enfoques, modelos y baremos de calificación de PCL se confunden entre las reformas legales y decisiones judiciales, con argumentos disímiles.

Dado que en un primer momento las condiciones del trabajador se afectan por la ocurrencia del ATEL, es el estado de incapacidad temporal la primera declaración médica que se obtiene. Existiendo norma válida para determinar los tiempos máximos en esta condición, los actores médicos del sistema no cumplen dichos términos por causas que se describirán, generando en todo caso el comienzo del conflicto en estudio y la delimitación negativa del proceso de revisión en la sociedad.

Cuando los servicios de salud no son eficientes en el diagnóstico desde la atención secundaria, no definen el origen del evento, dilatan las decisiones, los procesos y procedimientos, y remiten las aprobaciones a otras instancias. En este largo íterin que somete a las partes a esperas indefinidas se presentan las *enfermedades de larga duración*, cuyo diagnóstico, paradójicamente, puede no coincidir con las definiciones jurídicas descritas para accidente de trabajo o enfermedad laboral. En este momento el trabajador

inicia acciones y procedimientos con miras a lograr la calificación del origen laboral, resaltando que existe la posibilidad de tener *una enfermedad común agravada por el trabajo*, concepto reconocido en España desde la definición de accidente de trabajo pero problemático en Colombia, por la obligación jurídica de establecer el nexo causal.

Definido el origen laboral (puede ocurrir que el origen sea común, este análisis no se incluye), cumplidos los tiempos para la IT, es obligación de las Administradoras de Riesgos Laborales y del empleador realizar los procesos y procedimientos establecidos para la *rehabilitación, el reintegro, la readaptación y la reubicación* del trabajador en el trabajo. Cada estado tiene manuales con actividades y seguimientos diferenciados que los responsables omiten, en ocasiones por desconocimiento, en otras por ahorrar costos. El incumplimiento de los procesos mencionados, sumados a la falta de promoción de la salud y prevención del ATEL expuestos en el capítulo anterior, son causa de la ocurrencia del *absentismo* y el *presentismo laboral*, fenómenos que se presentan en las empresas sin definir responsabilidades precisas.

Por último, hacen parte del proceso de atención del trabajador afectado en la salud, las acciones de las Juntas de Calificación de la Invalidez Regionales y Nacional, quienes resuelven en primera y segunda instancia la calificación de la pérdida de capacidad laboral para definir la condición laboral del trabajador y las *prestaciones económicas* a que tiene derecho según las normas vigentes. Aunque entidades y normas parecen claras en su contenido y competencias, se describen las dificultades que todo el proceso de calificación de PCL presenta para los actores, ante los variados modelos y enfoques que se siguen utilizando. Finalmente se develan los elementos estructurales del conflicto por el reconocimiento de la garantía de la “estabilidad laboral reforzada” no reconocidos en la relación laboral y generadores de los pronunciamientos administrativos y judiciales diversos y erráticos que se conocen.

356

4.1. La discapacidad provocada por el trabajo. Un daño oculto entre las personas en condición de discapacidad por origen común

En el apartado “La estabilidad laboral reforzada enfrentada con las condiciones de discapacidad” de esta investigación, se establece la relación entre la discapacidad y el trabajo, desde el reconocimiento de protección especial con enfoque rehabilitador por organismos internacionales en 1971, hasta el actual enfoque funcional. El proceso de inclusión histórica de las personas en condición de discapacidad en Colombia ha estado sometido a dos influencias que se implican mutuamente. El primero es un proceso externo que impulsa al Estado Social de Derecho a establecer mecanismos de integración e inclusión de las personas en situación de discapacidad con la expedición de normas que aprueban acuerdos internacionales que van cambiando las expresiones lingüísticas, los modelos sociales de atención y los enfoques de participación, con el respaldo de su contenido en las decisiones judiciales. El segundo es un proceso interno, que expone la dinámica en que se mueve el trabajo entre derecho fundamental y política pública de empleo, creando dificultades para la integración social de este grupo de personas, a causa del modelo de desarrollo económico fundado en la producción en masa, en la eliminación de la estabilidad laboral y en la flexibilidad laboral.

357

En la historicidad de la discapacidad encontramos que esta tuvo una visión de tragedia personal. Las personas con discapacidad eran pobres en extremo, no podían casarse, ni tener familia, ni trabajo, ni ser autónomos. Estaba ligada a sentimientos de sufrimiento, tristeza y pena. Con relación al trabajo, estas personas eran inútiles e improductivas para la sociedad, y tal vez en la actual sociedad del trabajo sigue esta visión. Las políticas y acciones están construidas para hacer que las personas trabajen para demostrar que tienen un valor, como indica Luis Miguel del Águila al afirmar que “El perjuicio real radica en querer obligar a las personas con discapacidad a realizar trabajos productivos, para que ellas puedan ser aceptadas” (Del Águila Umeres, 2007, pág. 54).

La palabra discapacidad se importó del idioma inglés “disability”, que a su vez tiene dos derivaciones, proviene del término griego “dys”, que significa mal, dificultad, anomalía; y “ability” que significa habilidad o capacidad que dispone alguna persona para el buen ejercicio de algo. En el idioma castellano, discapacidad se define como una cualidad del discapacitado, de persona que tiene alterada sus funciones intelectuales o físicas. Esta

expresión fue utilizada como término técnico en la publicación denominada Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM), realizada para la Organización Mundial de la Salud en 1981 (Del Águila Umeres, 2007, pág. 35).

Sin embargo, el manejo social de la discapacidad fue incluido dentro de las políticas públicas que pasaron de la previsión social a la seguridad social, porque esta institución fue entendida como un riesgo adicional a la pobreza que el Estado atendería siempre que se demostrara que la persona era “lo suficientemente pobre y lo suficientemente inválida para poder beneficiarse” de los servicios públicos de salud (Moreno Angarita, Rubio, & Angarita, 2011, pág. 48). La inclusión de la discapacidad dentro de las políticas públicas de previsión social obedeció a la influencia de organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Interamericano de Desarrollo en los gobiernos de países en desarrollo incluido el Estado Colombiano. Con esto se buscaba prevenir y mitigar los riesgos generados por los cambios de las políticas económicas, atendiendo al enfoque del Manejo Social del Riesgo, que desde 1991 se ha implementado por la influencia de dichos entes internacionales.

En consecuencia, el dogma de la normalidad ha llevado a percibir a las personas con discapacidad como “anormales” con problemas de salud. En esta concepción, se hace énfasis en su imposibilidad de hacer las cosas que hacen las personas normales. Así, los modelos de atención de la discapacidad se basan en el estado de salud, acompañados de juicios de valor que diferencian los términos *personas discapacitadas* y *personas con discapacidades*. El primero hace de la discapacidad la característica que identifica al individuo, en tanto el segundo entiende a la persona dentro de la normalidad y no como una desviación de esta. Se la reconoce como una persona dentro de la diversidad social, concepto adoptado desde 1995 en la Cumbre Mundial de la ONU sobre desarrollo social (Momm & Ransom, 1998, pág. 17.3).

Es difícil, desde todas las esferas del conocimiento, unificar la definición de “discapacidad”. Para la comunidad médica tiene que ver con el estado de salud, en la comunidad jurídica tiene que ver con el ejercicio o limitación de derechos, y en la comunidad del trabajo con la capacidad de realizar o no los trabajos que las empresas requieren. Por esta razón las

estadísticas sobre discapacidad en los Estados dependen de los sistemas de protección social y de las políticas alrededor de los métodos de tratamiento de la discapacidad, la prescindencia, la rehabilitación y el funcionalismo (Momm & Ransom, 1998, pág. 17.4).

En este punto la definición de discapacidad de mayor utilización se da en el Convenio 159 de la OIT, centrada en el contexto laboral y las posibilidades de permanecer en él, asociada con el concepto de invalidez. El artículo 1 indica:

Artículo 1

1. A los efectos del presente Convenio, se entiende por *persona inválida* toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida. (OIT, 1983).

Desde 1980, en la Organización Mundial de la Salud se establece por la mencionada Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM), la definición que comprende la secuencia creada desde la etiología, a la patología, a la manifestación que trae consecuencias. Va de enfermedad a deficiencia –discapacidad–, a minusvalía:

Deficiencia: dentro de la experiencia de la salud se define como toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica. Puede ser temporal o permanente y en principio solo afecta al órgano. Que según esta clasificación podrán ser: intelectuales, psicológicas, del lenguaje, del órgano de la audición, del órgano de la visión, viscerales, músculo esqueléticas, desfiguradoras, generalizadas, sensitivas y otras, y otras deficiencias.

Discapacidad: es toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para cualquier ser humano. Se caracteriza por insuficiencias o excesos en el desempeño y comportamiento en una actividad rutinaria, que pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles y progresivos o regresivos. Se clasifican en nueve grupos: de la conducta, de la comunicación, del cuidado personal, de la locomoción, de la disposición del cuerpo, de la destreza, de situación, de una determinada aptitud y otras restricciones de la actividad.

Minusvalía: viene definida como toda situación desventajosa para una persona concreta, producto de una deficiencia o de una discapacidad, que supone una limitación o un impedimento en el desempeño de un determinado rol en función de su edad, sexo y factores sociales y culturales. Se caracteriza por la discordancia entre el rendimiento o estatus de la persona en relación con sus propias expectativas o las del grupo al que pertenece, representa la socialización de una deficiencia o discapacidad. La desventaja surge del fracaso o incapacidad para satisfacer las expectativas del universo del individuo. Las minusvalías se clasifican de acuerdo a seis grandes dimensiones en las que se espera demostrar la competencia de la persona

y que se denominan roles de supervivencia, por lo que las minusvalías podrán ser: de orientación, de independencia física, de la movilidad, ocupacional, de integración social, de autosuficiencia económica y otras. (Cáceres Rodríguez, 2004, pág. 74)

Esta definición incluye como elemento innovador la minusvalía –que determina la relación directa entre las condiciones de la persona que tiene una deficiencia–, y discapacidad, con el entorno donde se desarrolla o permanece, que lo lleva a una situación de desventaja en relación con los demás. Quien tiene discapacidad se enfrenta a la interacción con las personas normales, en el medio ambiente normal. Consideración que tiene objeciones en el diagnóstico de una persona con discapacidad y las consecuencias de la minusvalía en determinados contextos, incluido el trabajo. Indica la profesora Celsa Cáceres Rodríguez que en ocasiones la deficiencia puede no causar discapacidad pero sí minusvalía, por ejemplo el caso de una desfiguración facial, que puede no producir dificultad en la capacidad para laborar, pero sí crea desventaja o minusvalía para relacionarse con los demás (Cáceres Rodríguez, 2004, pág. 75).

El modelo de tratamiento de la discapacidad de la CIDDM predominó hasta mediados del siglo XX. La discapacidad se aprecia desde el binomio salud-enfermedad. La persona con deficiencia debía –por medios médicos, terapéuticos o rehabilitadores–, atender su enfermedad, trauma o condición de salud, para poder adaptarse a la sociedad. Es un modelo individual de atención a la discapacidad (Moreno Angarita, Rubio, & Angarita, 2011, pág. 276). Las consideraciones de la CIDDM son controvertidas por la diversidad de definiciones legales sobre discapacidad asumidas por los Estados. En términos generales estas definiciones han servido para fines burocráticos y administrativos, que han llevado a las personas con discapacidad a aceptar situaciones que se ajustan a las normas, pero no a sus condiciones y posibilidades de desarrollo. En el modelo de rehabilitación, la CIDDM trata de atender los elementos evitables y corregibles de la discapacidad, para que las personas puedan adaptarse a los trabajos.

La CIDDM asumió la discapacidad desde el “modelo médico”, que se ocupa de la persona con un problema de enfermedad, trauma o condición de salud; y que requiere tratamientos y cuidados profesionales para curarse, adaptarse o cambiar la conducta. Este modelo necesita del sistema de salud. En las relaciones de trabajo el sistema de salud recibe los aportes del

trabajador y del empleador. Cuando el trabajador tiene una condición de discapacidad, el empleador considera problemático la asistencia permanente o transitoria del trabajador a los controles médicos, terapias y, en el peor de los casos, los estados de incapacidad temporal derivados de la condición, situaciones que no suspenden los pagos de aportes al sistema de salud.

Cuando la adaptación no es posible se presentan ayudas desde la previsión social, a partir de contribuciones económicas, hasta procesos de rehabilitación para nuevas actividades profesionales u ocupaciones a cargo de entidades públicas o mediante reglamentaciones dirigidas a las empresas privadas. Los Estados ofrecen beneficios tributarios para quienes empleen personas en condición de discapacidad, buscando la participación en igualdad de condiciones entre los trabajadores sin discapacidad y los que las presentan. En Colombia la Ley 361 de 1997 se expidió con este fin pero, como hemos expuesto, su contenido no fue atractivo para los empleadores, por la relación para ellos insegura entre los beneficios tributarios vs. la imposibilidad del despido de las personas en condición de discapacidad.

Por otra parte, la definición de salud ha tenido influencia en las formas de asumir el concepto de discapacidad. En 1948 la Organización Mundial de la Salud (OMS) define: “La salud es un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (OMS, 2006, pág. 1). A partir de esta definición se establece la Clasificación Internacional de las Enfermedades (CIE), publicada en 1993, que sugiere una actualización periódica. Esta definición de salud –y la tabla de enfermedades–, acompaña el problema epistemológico sobre el significado de salud y bienestar, creando extensos debates entre los seguidores del positivismo clásico, que la defienden desde la científicidad que legitima la organización para aproximarse a la realidad y crear el conocimiento. Del otro lado, los estructuralistas y los teóricos críticos de la Escuela de Frankfurt la consideraron alejada de la realidad biológico-ecológica y social variable, donde viven las personas (Alcántara Moreno, 2008, pág. 98). Esta definición desconoce las variaciones que la especie humana puede tener, regresando al concepto de normalidad que líneas atrás hemos mencionado, donde cabe la homosexualidad, el portador de VIH y la discapacidad, que no se entiende como un estado anormal del ser humano, ni como enfermedad. Así, el concepto de

salud trasciende la esfera médica, no puede quedarse en la rehabilitación y requiere de la intervención de otras disciplinas como la sociología, el derecho y la ergonomía.

En virtud de las controversias suscitadas por el contenido de la CIDDM, la salud deja de ser un fenómeno de estudio exclusivo de la medicina y se abre al diálogo interdisciplinario que da origen a las ciencias de la salud (Alcántara Moreno, 2008, pág. 102). El 22 de mayo de 2001 se aprobó la Clasificación Internacional del Funcionamiento de Discapacidad y Salud conocida como CIF, que permite el cambio a los conceptos de la CIDDM con la inclusión de las dimensiones del funcionamiento, atendiendo a las funciones y estructuras corporales según la actividad, y los factores ambientales y personales. Concepto que buscó ajustarse a los cambios teóricos dados a la salud en la OMS, que incluye el bienestar, clasificando los dominios en “dominios de la salud” y “dominios relacionados con la salud”, que se determinan según las funciones, estructuras corporales, actividades y participación, que reemplazan las denominaciones de “deficiencia”, “discapacidad” y “ minusvalía” (Cáceres Rodríguez, 2004, pág. 75). Esta nueva versión se denominó CIDDM-2, con el título “Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud”.

362

En esta nueva concepción de la discapacidad, con la CIF se estudia desde el “modelo social”, que parte de identificar los problemas que origina la sociedad para la integración de las personas que tienen condiciones diferentes y no les permiten desarrollarse plenamente por las limitaciones que el entorno social les impone. Es responsabilidad de la sociedad hacer todas las modificaciones físicas, ambientales y actitudinales necesarias para que las personas con discapacidad puedan vincularse a la sociedad. Es la discapacidad un problema ideológico que requiere cambios en las políticas del Estado para garantizar el trato igual dentro de los derechos humanos (Cáceres Rodríguez, 2004, pág. 77). Este enfoque neutral permite asumir que una persona puede dejar de asistir al trabajo por un resfriado o por una depresión, así los trastornos mentales se sitúan al nivel de las enfermedades físicas. Los trastornos depresivos son la causa principal de pérdida de años de vida por discapacidad en el mundo (Jiménez Buñuales, González Diego, & Martín Moreno, 2002, pág. 276).

En Colombia se aprueba el Convenio 159 de la OIT por medio de la Ley 82 de 1988. Asimismo, la participación del país en la OMS le permite al Consejo Nacional de Política

Económica y Social –organismo asesor del gobierno creado en 1974 para las políticas de manejo económico y social–, publicar en 2004 el documento CONPES denominado CONPES SOCIAL 80 “Política Pública Nacional de Discapacidad” (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2004). Allí se establecen dos estrategias básicas para reducir la vulnerabilidad a la discapacidad: 1. La promoción de la discapacidad, inclusión e integración social en el marco de los derechos humanos. 2. Participación de la comunidad en la prevención, mitigación y superación, habilitación y rehabilitación integral de la situación de discapacidad.

Este documento, soportado en el manejo social del riesgo, hace responsables a las personas de la administración de sus propios riesgos, esto es la pobreza y la discapacidad, es decir, empoderarse de su situación para que asuman así mismo las consecuencias de sus actos, como seres libres. Desde esta perspectiva del riesgo, Marisol Moreno coincide con el desarrollo que hemos presentado alrededor del trabajo, al indicar:

(...) el reto ahora es hacer frente a los desafíos derivados de la extensión informal de la economía, la flexibilización del trabajo, la desregulación legal tanto de grandes sectores de la economía como de las relaciones laborales, la pérdida de legitimidad del Estado, la agudización de la pobreza, entre otros. (Moreno Angarita, Rubio, & Angarita, 2011, pág. 57)

363

Con la participación de los académicos de la Universidad Nacional de Colombia, el Ministerio del Trabajo, en línea de las orientaciones del CONPES, ha publicado las normas y manuales internos para la calificación de la pérdida de capacidad laboral, soportados en las definiciones y metodologías de la CIDDM y la CIDDM-2, documentos que analizaremos más adelante.

En el Sistema de Salud y Riesgos Laborales creado con la Ley 100 de 1993, administrado por las Empresas Promotoras de Salud (EPS), las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) y las Administradoras de Riesgos Laborales (ARL), laboran profesionales de la salud que desconocen los cambios conceptuales que hemos desarrollado referentes a la discapacidad, a la rehabilitación y al tratamiento de las enfermedades en los trabajadores. Esto lleva a la expedición de incapacidades médicas sin control del estado de salud del paciente, sin atención a los adecuados procesos de rehabilitación y adaptación a los puestos de trabajo, desestimulando los procesos de reintegro laboral –entre otras causas que revisaremos en los

apartados siguientes—, porque los médicos tratantes dan prevalencia a la rehabilitación funcional desde el enfoque médico y no atienden la rehabilitación profesional desde el enfoque social (Cuervo Díaz, 2016, pág. 5).

Este tratamiento, que asigna la responsabilidad personal al trabajador por las incapacidades médicas temporales, parece librar al empleador de compromiso en las causas de la incapacidad, en tanto las recomendaciones médicas no tengan relación con el trabajo pero sí con el estilo de vida del trabajador. Situación que se presenta por el mencionado conflicto de no gestionar la promoción de la salud en el trabajo. Esta es la discapacidad generada por el trabajo que se oculta, por una parte, en las causas comunes de las enfermedades que atiende el Sistema General de Salud y, por la otra, en las de origen laboral que generan incapacidad permanente parcial. La diferencia entre estos dos tipos de enfermedades está dada en el pago de un valor económico a título de indemnización en las segundas, pero en ambos casos los procesos de acompañamiento y seguimiento para la mejora continua son precarios o inexistentes, dejando al trabajador y al empleador enfrentados.

364

Desde esta problemática se encuentran estudios como el de Cuervo Díaz (2016), que han expuesto las preocupaciones de los empresarios por recibir asesoría de las ARL para el tratamiento de las discapacidades crónicas de origen laboral, no así las de origen común. La acción de la justicia se activa en estos casos por petición del trabajador cuando el empleador, por desconocimiento o con intención, termina el contrato de trabajo al trabajador incapacitado o que presenta dificultades de salud para prestar el servicio contratado. La decisión judicial se emite en dos vías —como lo describimos en el apartado “La estabilidad laboral reforzada: entre el principio de igualdad y el principio de solidaridad”—, que puede, o bien otorgar la estabilidad laboral reforzada por encontrarse en estado de debilidad manifiesta soportado en el principio de igualdad de trato a los trabajadores y de solidaridad del empleador, o bien negar el amparo por no acreditarse las condiciones de discapacidad o debilidad manifiesta descritas en la Ley 361 de 1997.

Se destaca que, en las dos posiciones mencionadas, no se atienden los elementos técnicos ni científicos que llevaron al trabajador a la condición problemática de salud y —como elemento estructural del conflicto según esta investigación—, la justicia constitucional con la intención

altruista de dar un trato igual a las personas, no diferencia el origen común del laboral que llevó al trabajador a incapacitarse, validando con esta posición la negación del empleador de gestionar la promoción de la salud y la prevención del ATEL. Y la justicia ordinaria sigue considerando la discapacidad desde el modelo rehabilitador al indicar que:

No se trató entonces de una previsión caprichosa del legislador al aludir, en esta disposición, a los distintos grados de minusvalía que pueden afectar a las personas según la limitación que padezcan, por el contrario, la razón está de parte de aquellas que padecen mayores grados de limitación, naturalmente con el propósito de lograr su integración social en todos los ámbitos de la vida en comunidad en que se desenvuelven los seres humanos. Obviamente que el amparo es menor o inexistente para las personas con limitaciones de menor intensidad que no se les dificulta su inserción en el sistema competitivo laboral. (Corte Suprema de Justicia, 2008)

La falta de atención desde el enfoque social a las personas con discapacidad –que no pueden ser pensionadas por falta de requisitos y tampoco pueden reincorporarse al trabajo debido a la severidad de las condiciones de salud, a la incapacidad de larga duración, que transitan entre el ser apto pero inepto–, se relaciona con los vacíos médicos, legales y judiciales respecto del papel de cada uno de los actores que intervienen en el conflicto del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada por ATEL. Considerando entre estos actores el empleador, el trabajador, las ARL, las Juntas de Calificación de Invalidez, el Estado y los jueces. Estos vacíos los denominamos elementos estructurales del conflicto y a partir de su identificación se expondrán sus aspectos claves, para orientar los ajustes conceptuales, legales, judiciales y sociales que mejoren las relaciones laborales y permitan que el principio de estabilidad laboral retorne del olvido jurídico.

365

4.1.1. La inestabilidad laboral por el estado de incapacidad médica temporal y enfermedad de larga duración

En el transcurso de la vida laboral de todas las personas, ocasionalmente y de forma temporal no pueden prestar sus servicios personales por afectaciones en la salud, por causa de enfermedades y accidentes comunes o laborales. Estas condiciones generan la baja o incapacidad médica temporal –en adelante IT–.

La atención de la IT por parte del Estado ha cambiado según los momentos históricos. En la previsión social se reconoce a través de la ayuda prestada por la familia. Luego, mediante la asistencia cristiana con la caridad, surgen los hospitales de dos categorías, para asistir los trabajadores enfermos y sus familias denominados “hospitales públicos” y los de asistencia a los vagabundos e indigentes llamados “hospitales de buena voluntad” (López Insua, 2012, pág. 19). La asistencia pública se mantuvo hasta el siglo XX con pocas modificaciones, cuando cambió con la consolidación de la Seguridad Social. Las enfermedades en la población perturbaron las condiciones económicas de las naciones. Estas afectaciones a la salud se hacían más visibles en las grandes industrias por la inexperiencia de los trabajadores en el uso de las máquinas y el agotamiento por largos periodos de trabajo sin descansos, dando lugar al reconocimiento de las instituciones jurídicas denominadas accidentes de trabajo y enfermedades laborales, que inician su presencia en las relaciones de trabajo con la IT para trabajar.

Indica el profesor Mario de la Cueva que el origen de esta expresión de IT pertenece a Francia, donde se define como “la disminución o pérdida de la aptitud del trabajo” y que la medicina del trabajo la define como “la disminución o pérdida de la aptitud para el trabajo, como consecuencia de una alteración anatómica o funcional del cuerpo humano” (De la Cueva, 1997, pág. 162). El reconocimiento de la IT es la clave para el cumplimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuando indica en el artículo 25.1 que “toda persona tiene derecho a la salud, a la asistencia médica y a los seguros en caso de enfermedad” (Asamblea General de la ONU, 1948). Cuando el trabajador se encuentra en estado de IT es habitual que a través de la oportuna atención médica, recupere su salud y regrese a la actividad productiva. El reconocimiento económico de la IT no surge para precaver las necesidades de las personas, se otorga para prevenir los problemas derivados del trabajo, para solucionar la ausencia del trabajador, no del individuo. En el sistema capitalista se atienden las disfunciones del mercado, donde se encuentra la baja de la mano de obra que afecta los intereses económicos (Castillo & Ruzafa, 2009, pág. 45).

En la legislación colombiana la IT se incorpora como institución jurídica con el artículo 5 de la Ley 57 de 1915¹¹⁶ que la definió como una consecuencia de la lesión o perturbación pasajera que termina con la curación completa. En el artículo 6¹¹⁷ de la misma norma se reconoce, a título de indemnización para el trabajador, el pago por IT de las dos terceras partes del jornal.

Posteriormente en el artículo 203 del Código Sustantivo del Trabajo, la IT se describió como una prestación a cargo del empleador como consecuencia del ATEL, definiéndola como “el momento en que el trabajador no puede desempeñar su trabajo por algún tiempo” (Congreso de la República, 2016). En el artículo 227 de la misma norma se define la IT por causas comunes como la “incapacidad comprobada para desempeñar las labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el empleador le pague un auxilio monetario” (Congreso de la República, 2016). Nótese que las dos definiciones coinciden en establecer el estado de imposibilidad para desempeñar el trabajo y tienen reconocimiento económico. La definición que interesa destacar en esta investigación es la derivada del ATEL. Para 1961 después de creado el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, se discute y aprueba el Reglamento General de los Riesgos Profesionales, para velar por el porvenir del trabajador accidentado y superar la simple indemnización del daño como lo describía el Código Laboral. Se expide así el seguro ATEP con el Acuerdo No 186 de 1985 que modificó la cuantía del subsidio por incapacidad en caso de accidente de trabajo o

¹¹⁶ El artículo 5 de la Ley 57 de 1915 describía cuatro consecuencias del AT así: “a) Incapacidad temporal, cuando la lesión o perturbación es pasajera y se termina por la curación completa. b) Incapacidad permanente parcial, cuando la víctima queda con una disminución definitiva de la capacidad obrera que no tenía al tiempo del accidente. Se clasifica en este grupo, por ejemplo, la pérdida anatómica de un miembro o de un segmento de miembro; la pérdida funcional (por lesión orgánica) o la disminución de validez (funcional) de un miembro o de un segmento de miembro; la pérdida de un ojo; la pérdida de la audición, bien sea completa o incompleta; una enfermedad traumática que no condene a la inacción total, etc. etc. c) Incapacidad permanente total, cuando la invalidez deja al obrero definitivamente impotente para todo trabajo industrial útil. Se consideran de esta clase, como ejemplos, las perturbaciones mentales incurables la pérdida de dos miembros por parálisis o amputaciones; la pérdida de ambos ojos, de ambas manos o de ambos pies; las enfermedades traumáticas graves de las vísceras abdominales o torácicas. d) Muerte del Trabajador” (Congreso de la República, 1915).

¹¹⁷ El artículo 6 de la Ley 57 de 1915 señalaba: “Las indemnizaciones respectivas en los casos anteriores, serán: a) Se pagará al lesionado durante el tiempo de la incapacidad para trabajar la asistencia médica necesaria y las dos terceras partes del jornal que ganaba al tiempo del accidente” (Congreso de la República, 1915).

enfermedad profesional en el 100% del salario base del trabajador, superando las dos terceras partes señaladas en el código para accidentes y enfermedades comunes (Rodríguez Salazar, 1991, pág. 299).

Hasta 1994, los artículos 199 a 226 del Capítulo II del Título VIII del Código Sustantivo del Trabajo regulaban los derechos, deberes y obligaciones del empleador por la ocurrencia de ATEL en concordancia con las normas expedidas por el ICSS en lo referente al seguro ATEP. Creado el Sistema de Seguridad Social en Colombia con la Ley 100 de 1993 y publicado el Decreto ley 1295 de 1994, algunas de estas normas fueron derogadas, entre ellas los mencionados artículos 203 y el artículo 204. Pero cuando el empleador omite la afiliación al Sistema General de Seguridad Social del trabajador las obligaciones asistenciales y económicas descritas en las normas del sistema siguen a su cargo, así como el tiempo para reconocerlas.

En el Sistema de Seguridad Social, según la afectación de la salud, la IT es asumida por el Sistema General de Salud en caso de enfermedad o accidente común, o por el Sistema General de Riesgos Laborales en caso de enfermedad o accidente laboral. Desde 1950 hasta la actual Ley 1562 de 2012, el valor de la IT por ATEL corresponde al 100% del salario ordinario devengado por el trabajador afectado, pago a cargo de la Administradora de Riesgos Laborales¹¹⁸. El valor de la prestación, no será objeto de estudio en este apartado.

La IT por ATEL inicia desde el día 1 siguiente del ATEL¹¹⁹ hasta el día 180, momento en el cual la ARL debe emitir el concepto favorable de recuperación o desfavorable bajo la determinación médica de las condiciones de salud del trabajador, que constituye el pronóstico sobre el posible restablecimiento de la capacidad laboral. Con el concepto se asegura que el proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral, en adelante PCL, se realice solo cuando el tratamiento y la rehabilitación integral se hayan cumplido¹²⁰. El período de los 180 días tiene como objetivo equilibrar los derechos del trabajador afectado y la sostenibilidad

¹¹⁸ Ver artículo 1 de la Ley 776 de 2002 (Congreso de la República, 2002).

¹¹⁹ Ver Parágrafo 1 del artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016 (Presidencia de la República, 2016).

¹²⁰ Ver artículo 142 del Decreto 019 de 2012 (Presidencia de la República, 2012).

financiera del sistema que asume el pago de la incapacidad temporal por ATEL. El período del proceso de rehabilitación puede, según la norma, ampliarse por 360 días más.

Iniciada la IT, dentro de los primeros 180 días es posible que el concepto de rehabilitación sea desfavorable, momento en el que debe iniciar el proceso de calificación de la PCL de forma clara, diáfana y expedita, para que trabajador y empleador puedan considerar el destino de la relación laboral en forma legal. En todo caso, como se indicó, este proceso debe definirse dentro de los 540 días que la norma dispone para concretar la situación de salud del trabajador. En el proceso de calificación de PCL por origen laboral se puede considerar que el trabajador perdió el 50% o más de su capacidad, decisión que le permite acceder a la pensión de invalidez reconocida por el SGRL y el empleador puede dar por terminado el contrato de trabajo.

Pero sucede que, como resultado de la calificación de la PCL, puede determinarse una disminución ocupacional parcial inferior al 50%, momento en que el empleador debe reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otro acorde con su nueva situación de salud y sea apto para el trabajo asignado, siguiendo las recomendaciones médicas.

El estado de IT del trabajador genera, por un lado, el cese de la obligación de trabajar; por otro, el cese de la obligación de abonar salarios. En este contexto es oportuno recordar que el trabajador como parte del contrato se encuentra “imposibilitado” temporalmente para trabajar, situación que no resulta procedente considerar como un “incumplimiento” del contrato. En consecuencia, en los términos del derecho civil desaparece la eventual responsabilidad de la parte, dado que la imposibilidad es temporal. No puede el empleador recurrir a la terminación del contrato, afectando los dos principios que regulan el contrato de trabajo: la estabilidad laboral y la seguridad del negocio jurídico (Goerlich Peset & Nores Torres, 2018, pág. 15).

Siendo la IT una categoría de imposibilidad temporal para dar continuidad al contrato por el trabajador, se toma según los profesores José María Goerlich y Luis Enrique Nores el concepto de “inimputabilidad”, como la institución dogmática del derecho que imposibilita

a una parte en la responsabilidad cuando haya sido diligente o no dependiera de su actuar el resultado del hecho dañoso. La existencia de la culpa o el dolo son incompatibles con las dos situaciones anteriores, y si se presentan hacen en este caso al trabajador responsable de incumplimiento contractual. Los antecedentes normativos de las definiciones del ATEL permiten establecer las diferencias de responsabilidad aquí descritas, para las partes de la relación laboral.

El estado de IT de los trabajadores en Colombia está superando el tiempo máximo de 540 días, establecido en las normas, sin la finalización del proceso de calificación de la PCL. Esto genera en el Sistema de Seguridad Social entre 2009 y 2017 la expedición de 2.651.595 incapacidades, con un promedio de 1 a 10 días de incapacidad por persona, según información publicada por FASECOLDA (Morales Manchego, 2019). La Ministra del Trabajo informó que para el año 2016 se generaron 11.000 órdenes diarias de incapacidad que representaron 26 millones de días de IT en el país. Y según hallazgos realizados por la firma Manpower Group Colombia, en 2019 se reportaron irregularidades en la expedición de las incapacidades temporales a los trabajadores, que generaron que el 87% de las empresas tuvieran casos de estabilidad ocupacional reforzada y que el 52% de las empresas detectaran el uso de documentos falsos y exageración en los síntomas o manipulación de la estabilidad laboral reforzada (Morales Manchego, 2019). Lo anterior llevó al Ministerio a expedir el Decreto 1333 de 2018 “por el cual se sustituye el Título 3 de la parte 2 del Libro 2 del decreto 780 de 2016, se reglamenta las incapacidades superiores a 540 días y se dictan otras disposiciones” (Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, 2018) .

Esta norma –el Decreto 780 de 2016– se fundamenta, según la Ministra del Trabajo del momento, en la afectación que las incapacidades médicas generan a la productividad laboral del país y la sostenibilidad de las empresas. En este punto del análisis de la duración, número y valores que se reconocen por IT a los trabajadores que parecen preocupar al Estado en defensa de las empresas, se pregunta sobre la legitimidad de los estudios en que se soporta este órgano administrativo, en tanto la firma que los realiza tiene un número importante de demandas ante la justicia laboral ordinaria entre otras causas por tercerizar actividades misionales de las empresas públicas y privadas, superar los tiempos de contratación con

empresas usuarias, pagar menores valores salariales a los pactados con las empresas usuarias, y desconocer el principio laboral de la “primacía de la realidad sobre las formas”, todas acciones que vulneran los derechos laborales de los trabajadores en Colombia¹²¹. La firma ha sido condenada, pero continua desarrollando las actividades declaradas ilegales por los jueces en todo el territorio nacional.

A partir de la cuestionada legitimidad del Decreto 1333 de 2018, este describe el Capítulo IV denominado “Situaciones de abuso del derecho”, que señalan las conductas del afiliado al Sistema de Seguridad Social que pueden calificarse como abusivas, siendo de nuestro interés la descrita en el numeral 8:

8. Cuando se detecte durante el tiempo de incapacidad que el cotizante se encuentra emprendiendo una actividad alterna que le impide su recuperación y de la cual deriva ingresos. (Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, 2018)

Esta causal, permite al empleador informar a las entidades de la seguridad social, la conducta que considera ajustada a la norma, para que le suspendan el pago de la prestación al trabajador. Siendo una norma expedida dentro del Sistema de Seguridad Social, consideramos que no tiene legitimidad en cuanto su contenido general, y la norma en particular, se inclina hacia la protección económica del sistema y de los empleadores, sin atender las condiciones relacionadas con la salud que pueden estar afectando a los trabajadores. En el mismo sentido crítico del contenido normativo, no es posible determinar qué se define como “actividad alterna que le impide recuperación”, ni la relación que pueda tener con la salud del afiliado que de esta actividad se “derive ingresos”.

Al respecto de esta causal, se retoma el estudio realizado por los catedráticos del Derecho Laboral y la Seguridad Social en España, José María Goerlich y Luis Enrique Nores, para resaltar que la inimputabilidad del trabajador se genera en dos momentos: el primero desde antes de la perturbación de la salud, conocido como la inimputabilidad originaria; y el

¹²¹Al respecto en <https://consultaprocesos.ramajudicial.gov.co/Procesos/NombreRazonSocial>, se encontraron 36 procesos laborales iniciados y en trámite en contra de Manpower Group en los departamentos de Antioquia, Atlántico, Bogotá DC, Bolívar, Cesar, Guajira, Nariño, Norte de Santander, Valle del Cauca. Tomado el 18/03/2021

segundo durante el tiempo que dure la incapacidad, conocido como la inimputabilidad sobrevenida.

La inimputabilidad originaria ha desaparecido de la regulación normativa, pues implicaba la obligación contractual al trabajador de estar siempre sano y asumir la responsabilidad del accidente o la enfermedad. Se mantiene un cierto grado residual para los casos donde se comprueba la responsabilidad del trabajador en la afectación a su salud o cuando hay simulación. Nos centraremos en la imputabilidad sobrevenida que se advierte cuando el tratamiento médico no responde en la recuperación del trabajador o se perjudica su recuperación.

Se debe trazar la línea media entre las conductas susceptibles de valorarse como fraudulentas para continuar en situación de IT que legitiman la terminación del contrato de trabajo o la relación contractual vigente, de aquellas que en apariencia son incompatibles con la IT y se mueven entre los prejuicios sociales, dentro de ellas se tienen:

- a) No realizar actividades durante la incapacidad temporal y permanecer en completo reposo en el domicilio. b) Estar impedido para el trabajo también lo mantiene vedado para cualquier actividad propia o ajena. c) Estar confinado en el domicilio. (Goerlich Peset & Nores Torres, 2018, pág. 8)

Permanecer en estas condiciones confirma los prejuicios sociales, según los cuales el trabajador está impedido para el trabajo y bajo el principio de buena fe está impedido para realizar otra actividad, pues hacerlo configura incumplimiento contractual y justa causa para el despido. Desde esta perspectiva, el tratamiento de todas las enfermedades y accidentes requiere reposo para ayudar en la recuperación del trabajador, y en caso de realizar otra actividad debe tener autorización del empleador. Todo lo que haga el trabajador no aceptado por el empleador en periodo de IT, según lo dispuesto por el Decreto 1333 de 2018, puede ajustarse al numeral 8 y afectar no solo el reconocimiento económico de la IT sino la continuidad del contrato de trabajo. Así, actividades lucrativas y privadas, actividades que impliquen un esfuerzo físico o aunque no sea tan grande, como caminar por el parque, son actividades que indican una vida normal y contrarían la obligación de reposo. La concepción normativa tiene validez pero no legitimidad ni eficacia, en tanto no se atiende el modelo

funcionalista de la gestión médica, donde no todas las dolencias son iguales y no todas ameritan reposo absoluto para su recuperación.

En las decisiones judiciales proferidas por la Corte Constitucional ante el despido de los trabajadores en estado de IT¹²², se ha considerado la obligación del empleador de realizar el trámite administrativo ante el Ministerio de Trabajo demostrando la justa causa y la inexistente relación entre el despido y las condiciones de salud para eliminar la presunción de discriminación en estado de debilidad manifiesta. Aunque la Corte Suprema de Justicia ha modulado su línea jurisprudencial con la Corte Constitucional, mantiene el criterio del reconocimiento de la estabilidad laboral conforme la Ley 361 de 1997 cuando el trabajador se encuentre en estado de discapacidad, no de IT. Procede el despido cuando el trabajador no se encuentre en las disposiciones literales de la norma y alegue el empleador una justa causa para terminar el vínculo laboral¹²³.

Se ha considerado que el permiso ante el Ministerio del Trabajo se debe tramitar cuando el trabajador tiene una desmejora de la salud y que exista nexo causal entre las condiciones deplorables de salud y la causa de terminación, en los casos donde el empleador considere que los actos del trabajador son justa causa, y no se requiere el trámite administrativo¹²⁴. Estas consideraciones judiciales pueden contrastarse con decisiones proferidas por el Tribunal Supremo de España, que además de seguir el criterio de protección de los trabajadores en estado de IT, ha dado un giro a la interpretación de la justa causa para establecer la licitud de las actividades realizadas por el trabajador en estado de IT que califican el despido como ilegal. Entre los criterios del Tribunal Supremo de España se tiene:

1. La frecuencia e intensidad de la actividad. Las que puedan establecerse como reiteradas, continuas e intensas deben diferenciarse de las pequeñas, ocasionales y esporádicas. Las primeras pueden configurar el despido, las segundas no¹²⁵.

¹²² Ver Corte Constitucional (2011b).

¹²³ Ver Corte Suprema de Justicia (2018b).

¹²⁴ Ver Corte Suprema de Justicia (2020c).

¹²⁵ STSJ Cataluña de 3 de diciembre de 1999 (AS 2000, 400), st. 8794/1999, colaborar como monitor de taichí estando de baja por depresión; STSJ Cataluña de 22 de mayo de 2001 (AS 2001, 2700), st. 4377/2001, colaborar un día en el traslado familiar; STSJ Asturias de 13 de junio de 2003 (AS2003, 3718), st. 1898/2003, colaborar

2. Las actividades laborales habituales por las cuales se incapacita el trabajador que generan afectación psicológica por el ambiente laboral, si se realizan en menor esfuerzo, no califican el despido.¹²⁶
3. Las actividades realizadas durante días cercanos a la terminación de la incapacidad por la mejora paulatina en la salud del trabajador.¹²⁷
4. Las recomendaciones médicas incluyen actividades para superar patologías como la ansiedad y la depresión, que no tienen una misma carga que el trabajo que la generó¹²⁸.
5. Las dolencias traumáticas que requieren de ejercicios físicos para la rehabilitación¹²⁹.
6. La autorización del médico tratante para realizar alguna actividad que pueda ser considerada por el empleador disciplinable, tiene validez por encima del poder subordinante.¹³⁰

En términos de eficacia, las normas y decisiones judiciales deberían atender los cambios del enfoque rehabilitador al enfoque funcional para dar legitimidad a las actividades propias de la vida diaria que, realizadas dentro de los límites admisibles, permiten la recuperación de la salud del trabajador sin afectar los intereses del empleador. El despido debe ser legal cuando pueda determinarse que no existe enfermedad o la actividad realizada afecta directamente la recuperación, posición que flexibiliza la visión negativa del empleador sobre actividades lucrativas del trabajador. Respecto de las actividades que generan ingresos para el trabajador

374

tres días en un bar de su pareja y en momentos muy puntuales, preparando algún bocadillo o bebida; STSJ Madrid de 16 de noviembre de 2005 (AS 2005, 3546), st. 939/2005, labores de ayuda en un bar que no fueron continuas ni estresantes; STSJ Cataluña de 26 de enero de 2006 (AS 2006, 642), st. 763/2006.

¹²⁶ STSJ Andalucía, Sevilla, de 29 de abril de 2008 (JUR 2009, 149317), st. 1469/2008, una peluquera de baja por depresión que seguía unos estudios iniciados antes de la baja en una academia de peluquería.

¹²⁷ STSJ Andalucía, Granada, de 27 de octubre de 1992 (AS 1992, 5017), sobre cajero de banca de baja por depresión que colabora gratuitamente en un programa de radio semanal.

¹²⁸ STSJ de Cataluña de 8 de octubre de 2002 (AS 2002, 3568), st. 6333/2002, trabajador de baja por depresión con recomendación de distraerse que participa en las fiestas mayores y ayuda a montar equipo de música.

¹²⁹ STSJ Cantabria de 6 de octubre de 2004 (AS 2004, 2942), st. 1095/2004, donde estando aquejado de ciertas dolencias físicas, el trabajador arbitra cuatro partidos, existiendo una recomendación de vida activa progresiva; STSJ Andalucía, Granada, de 5 de diciembre de 2016 (JUR 2017, 70879), st. 2756/2016, realizar actividades agropecuarias sencillas no contrarias al informe del facultativo.

¹³⁰ STSJ Cantabria de 29 de junio de 2007 (AS 2007, 2700), st. 624/2007, improcedencia del despido de quien viaja a Egipto contando con la autorización de la inspección; lo llamativo es que había pedido las vacaciones para esa fecha y justo cuando se le deniegan aparece la baja.

estando en IT, el Decreto 1333 de 2018 las cataloga como “abuso del derecho”, pues en la justicia española el criterio está cambiando en armonía con la realidad financiera de los trabajadores y la inexistencia de perjuicio para el empleador.

Entre las consideraciones legítimas se tiene la participación en ritos religiosos derivados de las creencias personales¹³¹; la participación en actividades deportivas¹³² y académicas¹³³, realizar actividades por dolencias nimias¹³⁴, actividades ligeras que no son un verdadero trabajo y ayudan a la familia¹³⁵. En las decisiones de la justicia de España, como en la justicia de Colombia, se destaca la orientación de la decisión al principio de buena fe contractual con la carga ética que representa la consideración de este principio en las actuales relaciones laborales permeadas por la relación económica del gana-pierde, y no por el carácter médico que determine si la conducta del trabajador afecta o no su condición de IT. Con la buena fe en medio del conflicto es “difícil eludir las valoraciones morales” (Goerlich Peset & Nores Torres, 2018, pág. 13).

Esta idea –de la inclusión de la buena fe– está detrás del análisis económico que sobrepasa la relación laboral y las prestaciones del Sistema de Seguridad Social. Las “actividades lucrativas” que puede realizar el trabajador en estado de IT, se inscriben en la categoría de “abuso del derecho”, por la visión asegurativa del sistema y no por la recuperación de la salud del trabajador. La legitimidad en el despido para el empresario debe orientarse en establecer si la actividad que desarrolla el trabajador en IT contribuye a su recuperación o por el contrario la problematiza, máxime cuando las condiciones laborales actuales ofrecen bajos ingresos, las prestaciones económicas de la seguridad social son mínimas y los trabajadores están expuestos al pluriempleo para obtener mayores ingresos. En este sentido, los juristas y

¹³¹ STSJ Cataluña de 14 de septiembre de 1998 (AS 1998, 3645), st. 6010/1998, realiza sanaciones por imposición de manos.

¹³² STSJ Cataluña de 11 de enero de 2005 (AS 2005, 635), st. 139/2005, arbitrar un partido de fútbol;

¹³³ STSJ Madrid de 27 de junio de 2006 (AS 2006, 3321), st. 549/2006, directora de marketing de baja por depresión que da unas conferencias.

¹³⁴ STS de 26 de febrero de 1985 (RJ 1985, 705), relativa a un abogado que tenía un dedo inutilizado.

¹³⁵ STSJ Castilla-La Mancha de 20 de noviembre de 2006 (AS 2007, 495), st. 1844/2006, colaborar en el negocio de la esposa. STSJ Murcia de 28 de junio de 2010 (AS 2010, 2175), st. 475/2010, acudir al restaurante familiar del que es socio.

los administradores de justicia parecen inclinarse a la prohibición absoluta de cualquiera de las actividades descritas¹³⁶, pero se abre el camino para replantear las decisiones y conciliar los intereses de las dos partes desde el principio de estabilidad laboral y la determinación de las responsabilidades por la IT de larga duración y la enfermedad de larga duración declaradas al trabajador.

La incapacidad temporal de larga duración: entre la protección a la discapacidad y el abuso del derecho

Ahora bien, como se indicó, el estado de incapacidad temporal tiene como término máximo 540 días de permanencia para el trabajador, pero este patrón de tiempo puede incumplirse por el diagnóstico o por el curso de la afectación. Nos encontramos que la IT incluye las valoraciones psicofísicas del trabajador y las características del trabajado que desarrolla, análisis que no es discutido ni entendido en la práctica clínica de los médicos tratantes que parecen no comprender las consecuencias para la relación laboral del estado de IT (Echevarría Zuno, 2009). La decisión de otorgar la IT para el trabajo corresponde al médico y es la justificación legal para que el trabajador se ausente del trabajo. Es necesario, para el médico tratante, conocer la actividad laboral del paciente y las formas en que puede afectar la salud del trabajador, para determinar si la afectación que se presenta puede ser causada o agravada por el trabajo, información que le permite decidir cuánto tiempo real se requiere para regresar al trabajo. Por ello la historia clínica debe incluir la historia ocupacional, donde sea clara la relación con los riesgos laborales.

376

La formación profesional de los médicos en medicina del trabajo en Colombia y América Latina es incipiente. En 2018 se determinó que la formación en esta área en las facultades de

¹³⁶ En conversatorios realizados con la participación de magistrados auxiliares de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y abogados laboralistas se expone la posición de los juristas y administradores de justicia de considerar la estabilidad laboral reforzada como un derecho limitado a personas con discapacidad relevante y de tener la condición de “abuso del derecho” por parte de los trabajadores la permanencia en estado de IT afectando los intereses de los empleadores. Ver Departamento de Derecho Laboral, Universidad Externado de Colombia (2021).

medicina es escasa. Los programas académicos enseñan la medicina del trabajo en lecturas sin profundidad. La OIT y la OMS detectaron en los países latinoamericanos la necesidad de la formación de los médicos en salud del trabajo. En Colombia la enseñanza de la medicina del trabajo es interdisciplinaria, se ofrece en programas de facultades de enfermería, psicología, derecho e ingenierías, que solo dedican algunas materias al proceso médico, ignorando que requiere de mayor profundización y dedicación para superar las falencias que se presentan en el diagnóstico y tratamiento de las afectaciones de la salud en los trabajadores por causas laborales o por la agravación de las enfermedades comunes por el trabajo (González Baltazar, León Coryés, Contreras Estrada, & Hidalgo González, 2018, pág. 2).

Hechas estas reflexiones, se puede inferir que el servicio de medicina del trabajo en Colombia presenta deficiencias que se reflejan en la falta de decisiones oportunas dentro del proceso de calificación de PCL de los trabajadores. Dentro del programa de medicina preventiva y del trabajo, que deben implementar los empleadores por disposición legal para garantizar la promoción de la salud y la prevención del ATEL, se incluyen actividades de orden médico-sanitario que deben contratar con las instituciones prestadoras de servicios de salud ocupacional (IPSSO).

La normativa actual permite la contratación de servicios sin que esto implique la delegación de la responsabilidad del empleador. El registro y control del funcionamiento de las IPSSO está delegado a las secretarías de salud en cada ciudad. Para el año 2012, en la caracterización de los servicios que ofrecen estas entidades en 15 ciudades del país, se identificó que los profesionales de medicina, que laboran en estas entidades al servicio de los empleadores, no conocen ni aplican los protocolos establecidos para el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de los trabajadores-pacientes a su cargo; y tampoco cuentan con los servicios habilitados ni con los equipos y mantenimiento preventivo de calibración, afectando con esto los resultados de las pruebas diagnósticas que se practican (Torres Rey, y otros, 2012). Estas condiciones de prestación de servicios de salud a los trabajadores que se encuentran en IT afectan el proceso médico de recuperación de la salud y, en consecuencia, la relación laboral con el empleador.

En el estado de IT intervienen múltiples sujetos y todos ellos con intereses diferentes que hacen más conflictivo el proceso: la ARL a través de los servicios médicos a su cargo; la EPS cuando el origen del evento no se define desde el inicio de la IT; la IPSSO desde los servicios ocupacionales que presta a la empresa; la empresa, que requiere la prestación del servicio; y el trabajador, que teme el despido. Una gestión eficaz no resulta fácil con tanto sujeto gestor. Los poderes de cada uno parecen no corresponder a las responsabilidades legales asignadas. La ARL –que por ser el pagador de las prestaciones, ejerce un poder superior al de la EPS–, desconoce sus calificaciones de origen laboral, obligando al sistema de salud a asumir los costos hasta lograr la determinación del origen en las Juntas de Calificación de Invalidez. Los acuerdos de afiliación con el empleador¹³⁷ le hacen más difícil el reconocimiento del origen laboral al trabajador, que debe actuar en los procesos de conflicto que se suscitan entre la EPS y la ARL, para que se defina el origen de la afectación y, en consecuencia, las prestaciones asistenciales y económicas necesarias para la recuperación de la salud del trabajador.

Las EPS y las Administradoras de Fondos de Pensiones, ante los conflictos de definición del origen del evento que afectó la salud del trabajador o por la agravación de las enfermedades comunes por causa del trabajo, deben reconocer el pago de la IT más allá de los 540 días establecidos para el proceso de calificación¹³⁸. Si bien la cobertura de la prestación económica está definida para proteger los ingresos del trabajador y no afectar su mínimo vital, los conflictos entre las entidades de la Seguridad Social mencionados afectan el principio de estabilidad laboral, en tanto mantener al trabajador en IT hace que el empleador deba conciliar por tiempo indefinido la intimidad del trabajador, la facultad de subordinación

¹³⁷ EL Sistema de Riesgos Laborales establece que el empleador es quien escoge la ARL para afiliar a los trabajadores y puede cambiar de administradora cada año, conforme lo establece el artículo 21 de la Ley 776 de 2002. Condición que genera propuestas de servicios y beneficios por parte de las ARL a las empresas para conservar su afiliación.

¹³⁸ En Sentencia T-401 del 23 de junio de 2017, la Corte Constitucional indicó que corresponde a la EPS asumir el pago del subsidio por la IT mas allá de los 540 días hasta el momento en que la trabajadora se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine la PCL superior al 50% (Corte Constitucional, 2017c, pág. 27).

y las condiciones de salud en el trabajo. Todas ellas, siendo legales, parecen de difícil acuerdo.

La IT inicia con la declaración médica de atención primaria, con un diagnóstico que en muchas ocasiones no es exacto. Esta inexactitud da lugar a la IT en tanto se avanza con los diagnósticos del protocolo establecido en las entidades de salud. Es un momento del proceso que, de contar con los medios precisos para un diagnóstico adecuado, podría reducir en gran medida el tiempo de IT. Pero no ocurre así, pues la IT carece de control eficaz para definir las situaciones de salud de los trabajadores, debiendo acudir a las acciones judiciales para garantizar los procedimientos médicos necesarios o los pagos económicos. Estas acciones pueden calificarse, como lo indican los profesores José Monereo y Guillermo Rodríguez, en un “plan de peonadas para bajar el porcentaje de bajas por IT y tengamos que afrontar las consecuencias negativas de un deficiente modelo legal de regulación, gestión y sistema de control” (Monereo Pérez & Rodríguez Iniesta, 2018, pág. 30).

La Corte Constitucional ha construido línea jurisprudencial respecto a la IT, para la protección de derechos de los afiliados al Sistema de Salud y de Riesgos Laborales, porque el reconocimiento de esta institución médico-jurídica desde la base no está funcionando. Cabe preguntarse ¿deberían revisarse los protocolos para los médicos de atención primaria que pueden estar distorsionando la expedición de la IT? ¿Son eficaces las comunicaciones entre los médicos de atención primaria y los especialistas para definir los diagnósticos y tratamientos oportunos?

Estos interrogantes surgen ante las declaraciones de la Ministra del Trabajo y de los empleadores, que señalan a los trabajadores de usar documentación falsa y exagerar síntomas; y a los médicos de realizar negocios con la expedición de la IT¹³⁹, razones que llevan a expedir normas como el mencionado Decreto 1333 de 2018. Llama la atención que el análisis médico y económico de la IT se centra en los comportamientos del trabajador,

¹³⁹ En entrevista realizada a la Ministra del Trabajo en junio de 2019 indicó que algo está fallando en la expedición de incapacidades, cuando el 45% de quienes se enferman son hombres de 20 a 29 años, de lunes a viernes, en julio y diciembre (Morales Manchego, 2019).

pero insistimos en que nada se dice con relación a los actos u omisiones del empleador que llevó al trabajador al estado de IT.

Encontrarse en IT por largos periodos sin la definición en el tiempo de mejora, al margen de cualquier consideración que permita para el empleador alegar que dicha situación hace incompetente al trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato, es determinar una nueva categoría de “discapacidad”, que permite calificar el despido como discriminatorio. En el desarrollo realizado en precedencia sobre la discapacidad se establece que las personas en condiciones de discapacidad no son personas enfermas, en tanto estos dos conceptos no son equiparables. Las enfermedades o afectaciones en la salud que impiden la prestación del servicio personal del trabajador y lo mantienen en IT, son consideradas por la Corte Constitucional “estado de debilidad manifiesta”, y merecen protección contra el despido, siendo esta condición diferente a la discapacidad.

La Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL-12998 de 2017 indica que el empleador puede alegar como justa causa el numeral 15 literal A) del artículo 62 del CST, que permite dar por terminado el contrato de trabajo por incapacidad médica del trabajador mayor de 180 días, realizando el trámite administrativo ante el Ministerio del Trabajo, establecido en la Ley 361 de 1997, para determinar si el trabajador tiene o no posibilidades de reincorporarse al trabajo. En caso de acreditar el empleador que la razón del despido no corresponde al estado de salud y existe justa causa, el despido es eficaz y no requiere del trámite señalado (Corte Suprema de Justicia, 2017).

Más allá de los debates internos que se han suscitado por las decisiones de las dos Cortes en Colombia, se pueden contrastar estas decisiones con los planteamientos realizados en los estrados judiciales en España, que desde el año 2013 han revolucionado los conceptos de incapacidad de larga duración y enfermedad de larga duración como categorías de “discapacidad”, que requieren de tutela judicial, por los actos calificados como discriminatorios por los empleadores.

Al respecto, se encuentra que el Juzgado de lo Social No 33 de Barcelona solicitó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se pronunciara sobre calificar como discriminatoria por

discapacidad, la decisión de la empresa de despedir a un trabajador, que se encontraba en IT de larga duración por un AT cuya duración era incierta, con el efecto de declarar nulo el despido y ordenar el reintegro laboral con el reconocimiento retroactivo de todos los derechos laborales afectados. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se pronuncia en sentencia del 1 de diciembre de 2016 caso Daouidi C-395/15 indicando que existe en Europa la norma conocida como Directiva 2000/78¹⁴⁰ acorde con el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU¹⁴¹.

Es indiferente que la causa de la incapacidad sea un accidente o una enfermedad, lo relevante es la limitación a largo plazo de la participación plena de la persona en la vida profesional, que puede prolongarse significativamente, de forma duradera, y por esta razón resulta asimilable a la discapacidad. Bajo estas consideraciones, el Juzgado de Barcelona en sentencia núm 472/2016 de 23 de diciembre, decide considerar el despido “nulo”, por entender que la IT de larga duración derivada del AT era una “limitación duradera” para el trabajador, siendo esta una situación de “discapacidad” por tener la empresa conocimiento de que no era probable una recuperación a corto plazo¹⁴².

381

Las ideas desarrolladas por los tribunales europeos se orientan a evitar que la situación de IT en la que se encuentre el trabajador produzca efectos negativos en la relación laboral. El ordenamiento jurídico debe reaccionar protegiendo la estabilidad laboral como principio, la

¹⁴⁰ La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, establece en el artículo 1: “Objeto. La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”.

¹⁴¹ “Artículo 1. Propósito: El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

¹⁴² La sentencia del Juzgado 33 de Barcelona fue revocada en suplicación por la STSJ de Cataluña el 12 de junio de 2017, que calificó el despido como improcedente y no nulo. Esta diferencia está centrada en que la improcedencia se presenta por la inexistencia de justa causa para el despido y da lugar al pago de indemnización, en tanto la nulidad se presenta por causa de segregación, vulneración al derecho a la integridad física o fraude a la ley, dando lugar a la reinstalación en el trabajo.

justicia debe pronunciarse sobre la causa impeditiva de terminar el contrato, salvo que se trate de infracción del deber de buena fe contractual, circunstancia que tiene especial trascendencia en el despido. Ahora revisaremos la enfermedad de larga duración que tiene elementos de especial interés y escaso desarrollo dentro de la problemática que hemos estado tratando.

La enfermedad de larga duración: entre la enfermedad común con recuperación incierta y la enfermedad laboral

Los actuales factores de riesgo generados por las empresas mediante el uso de tecnologías, modelos de producción y causas exógenas hacen que las enfermedades comunes, que no corresponden a la atención directa en actividades de prevención del ATEL por la empresa, se desarrollen o agraven por el trabajo, generando mayores dificultades para la recuperación de la salud y el regreso al trabajo. Existen enfermedades comunes agravadas por el trabajo que en el Sistema de Seguridad Social no se reconocen como tal por la cerrada lista normativa de las enfermedades laborales. En los análisis de las revisiones sistemáticas de la literatura científica que analiza el problema de las IT por enfermedades comunes agravadas por el trabajo, se establecen como elementos problematizadores:

1. La falta de innovación tecnológica en el registro de la información de estados de salud e incapacidad médica, para establecer indicadores epidemiológicos que permitan proponer políticas de promoción de la salud en el trabajo.
2. Los trabajadores con menos ingresos tienen a incapacitarse con mayor frecuencia, generan mayor pérdida de productividad y mueren de forma prematura, generando mayores costos de atención al sistema de salud.
3. En las enfermedades laborales y accidentes de trabajo, el trabajador debe permanecer en IT porque las condiciones del trabajo pueden empeorar sus condiciones por la falta de prevención del ATEL en las empresas. La permanencia en IT por enfermedades comunes tiende a mayor duración por las mismas razones, en tanto estas enfermedades se agravan por el trabajo.
4. La separación normativa del sistema de salud y riesgos laborales para la atención de la IT hace que sea difícil la integralidad en la atención del trabajador, entre las EPS y las ARL se privilegia el factor económico por efecto del aseguramiento sobre la recuperación de la salud para el afiliado al sistema.

5. El requisito de causalidad entre el trabajo y la enfermedad para determinar el origen laboral de las enfermedades, ha generado subregistro de enfermedades potencialmente laborales que no se califican como tales.
6. La falta de promoción de la salud en el trabajo por parte del empleador es un factor que agrava la salud de los trabajadores y extiende la duración de la IT. (Valero Pacheco, 2020, pág. 17)

Hasta el momento, la interpretación de la Corte Constitucional constituye línea de protección contra el despido del trabajador enfermo, aunque imperfecta y parcial. El problema está en la calificación del origen de la enfermedad. En efecto, como se indicó, en las definiciones de AT en Colombia y España existen diferencias que, de ser atendidas por el legislador en Colombia, podrían contribuir a la integración de varios derechos constitucionales: el derecho al trabajo, el derecho a la igualdad y el derecho a la salud.

En relación con la definición de accidente de trabajo en España, el artículo 115 del LGSS reconoce las enfermedades o defectos padecidos por el trabajador con anterioridad a la relación laboral que se agravan por la ocurrencia del accidente de trabajo dentro de la relación contractual (Ministerio de Empleo y Seguridad Social de España, 2015). Así mismo, incluye dentro del Sistema de Riesgos Laborales las enfermedades intercurrentes que generan complicaciones después del accidente de trabajo o se hayan adquirido en el nuevo medio en que se ubicó al trabajador en la empresa.

A diferencia de los accidentes, las enfermedades tienen barreras de reconocimiento por los efectos diferidos en el tiempo o derivados de la acumulación de traumas que tienen consideraciones multicausales, de interurrencia etiológica que hacen largo el camino de la atención por el Sistema de Riesgos Laborales. En este sentido, se internalizan los riesgos para los trabajadores, y se invisibilizan para el empleador y el sistema. El avance que ha tenido este concepto se identifica en la sentencia C-425 de 2005 mediante la cual se declara inexecutable el contenido del párrafo 1 del artículo 1 de la Ley 776 de 2002, que indicaba “La existencia de patologías anteriores no es causa para aumentar el grado de incapacidad, ni las prestaciones que corresponden al trabajador” (Corte Constitucional, 2005b). Esta declaración de inexecutable se establece por ser contraria al principio de primacía de la realidad sobre las formas, en tanto la aplicación de la norma establecía que un individuo, por no encontrarse en IT o por estar afectado por patologías anteriores o de origen común, podía

estar formalmente inválido sin garantías legales del Sistema de Riesgos Laborales, pero a su vez estar materialmente inválido por las condiciones físicas reales y la pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%. De esta sentencia se deriva la expresión “calificación integral” del trabajador.

A partir de esta sentencia, la línea jurisprudencial ha establecido que, dependiendo del origen de la patología que lleve al trabajador al estado de invalidez, es la entidad del Sistema de Seguridad Social la encargada del reconocimiento de las prestaciones asistenciales y económicas. La patología de origen común es asumida por la Administradora de Fondos de Pensiones, contrario sensu la de origen laboral, que será asumida por la Administradora de Riesgos Laborales¹⁴³.

Estas decisiones parecen desequilibrar el sistema, que asume el pago de prestaciones sobre un riesgo que ni legal ni contractualmente estaba asignado. Esta posición de la justicia es axiológica y no jurídica, pues otorga un valor superior a la noción de integralidad sobre la legalidad. En sentencia T-058 de 2014, la Corte Constitucional concede el amparo al debido proceso, vida digna y mínimo vital, y se privilegian los principios constitucionales sobre los acuerdos contractuales a una ciudadana que había adquirido con una entidad financiera un seguro de garantía de las obligaciones bancarias en caso de muerte o enfermedad sobrevenida incapacitante. Con posterioridad, se le diagnóstica “síndrome de Sjögren”, siendo docente con diagnóstico de años atrás de disfonía crónica, artritis reumatoide y fibromialgia, que le generan un PCL del 96% y la entidad niega la cobertura por ser una enfermedad preexistente. La Corte indica:

Es conveniente reiterar lo expuesto en el ya citado fallo T-490 de 2009, acorde con el cual la autonomía contractual no es absoluta y debe desarrollarse acatando los principios y valores constitucionales, cuyo desconocimiento ‘supone la inobservancia del marco legal en el que las referidas condiciones contractuales pueden hacerse efectivas y trae como consecuencia privilegiar en su aplicación tales acuerdos de voluntades frente a los principios constitucionales, aún a costa de las garantías y respeto de los derechos fundamentales que

¹⁴³ Al respecto ver Sentencia T-518 de 2011 que ordena realizar una nueva calificación de PCL a una trabajadora discriminando los factores de discapacidad de todas las patologías diagnosticadas explicando en detalle el origen de las mismas, garantizando la calificación integral. En el mismo sentido se pueden revisar las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL-37892 (2012a) y Sentencia SL-38614 (2012b).

puedan verse comprometidos. Esa situación a la luz de la Constitución resulta impropia, ya que el Estado debe proteger los derechos básicos de los individuos que conforman su conglomerado social'. (Corte Constitucional, 2014a, pág. 12)

Nos encontramos de acuerdo respecto a estas bases axiológicas, pero se requiere de un mayor desarrollo y aplicación en las relaciones de trabajo y los acuerdos contractuales. En este punto, las enfermedades comunes que no se encuentran registradas en la tabla de enfermedades laborales no pueden ser condición incapacitante por el trabajo, por la falta de criterios que determinen la relación causa-efecto-exposición. Si se compara con la tabla de enfermedades de España¹⁴⁴, Decreto Real 257 de 4 de mayo de 2018, esta norma determina cerca de 1600 descripciones para el diagnóstico de la enfermedad, mientras la tabla en Colombia es reducida y excluyente. Esto deja en cabeza del trabajador la obligación legal de demostrar la causalidad entre la enfermedad y el trabajo, que en la mayoría de casos es imposible probar, como lo es para quien teniendo la patología descrita en la tabla, también debe probar la causalidad. La ARL se dedica a escudriñar en la vida del trabajador las actividades diarias que realiza para establecer el vínculo de estas con la enfermedad y desvirtuar la relación causal con el trabajo, determinando que la enfermedad es sistémica, hereditaria o por la edad, es decir, que no tiene relación con el trabajo (González Rodríguez J. L., 2009, pág. 179). Estas enfermedades para el empleador y las ARL no presuponen imposibilidad de satisfacer las demandas laborales y los trabajadores asumen el riesgo de trabajar con las dolencias que generan enfermedades, como la fibromialgia, las dolencias lumbares, afectaciones de extremidades superiores e inferiores, la endometriosis, el cáncer y la diabetes, que para el Sistema de Seguridad Social son enfermedades comunes (Polo Rojas, 2017).

385

En las entidades de la Seguridad Social, las disposiciones de la sentencia C-425 de 2005 se acogen cuando el trabajador está en los límites de la invalidez y puede determinarse el reconocimiento de la pensión por esta contingencia, no cuando el trabajador se encuentra en

¹⁴⁴ El criterio de comparación no se orienta a considerar que España tiene mejores condiciones, porque son numerosos los procesos judiciales que al respecto conoce la justicia de lo social para definir el origen de las enfermedades o los derechos prestacionales de los trabajadores ante el Sistema Nacional de Salud o la Mutuas de accidente de trabajo.

estado de IT por enfermedades comunes y laborales sin que pueda establecerse el momento de terminación de la rehabilitación y, menos aún, si está cerca del 50% de PCL. El diagnóstico de las enfermedades en Colombia no sigue, según el profesor Javier Leonardo González Rodríguez¹⁴⁵, ninguna metodología que permita establecer con precisión y elementos de juicio los diagnósticos realizados por los médicos de las entidades del sistema, que dilatan los procesos mediante la permanencia del trabajador en IT por enfermedad de larga duración.

Desafortunadamente los estudios y análisis realizados por los expertos en los temas médicos no han sido atendidos por los poderes del Estado, quienes en la mayoría de pronunciamientos han considerado que las enfermedades comunes deben seguir exhaustivamente los procedimientos del sistema de salud y de pensiones para el reconocimiento de prestaciones económicas, sin que exista nexo causal entre estas enfermedades y el trabajo. Y las enfermedades laborales deben limitarse a las reconocidas como tal en las normas, siempre que se pruebe el nexo causal. En las dos posiciones, la corresponsabilidad del empleador por la inexistente promoción de la salud y la precaria prevención del ATEL es nula, frente a la generación de la enfermedad laboral o la agravación de la enfermedad común por el trabajo en la persona del trabajador.

386

4.1.2. Los procesos de rehabilitación, reincorporación, reintegro y readaptación después de la Incapacidad Temporal con validez para el trabajador sin eficacia por el empleador

Hemos indicado que la incapacidad temporal (IT), conforme el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, tiene una duración inicial de 180 días y que puede prorrogarse por un término máximo de 360 días calendario adicionales, cuando se presuma que durante ellos puede el

¹⁴⁵ Los estudios del profesor Javier Leonardo González Rodríguez (2009), se han orientado al análisis de las metodologías que se utilizan para el diagnóstico de enfermedades. Dentro de ellas, el modelo de Logit que utiliza el análisis de regresión logística derivado de la estadística tradicional, el modelo causal o diagrama de influencias tomado de la dinámica de sistemas y el modelo de MIC MAC, con la metodología de GODET.

trabajador recibir el alta médica. Pero se presentan eventos donde la necesidad de seguir tratamiento por la expectativa de mejora o la demora en la calificación de PCL hacen que la IT tenga una duración mayor.

El estado de IT de larga duración ocasiona problemas para la reincorporación laboral. El trabajador que regresa de la IT al trabajo puede encontrarse con dolencias en espera de mejora con tratamiento, con limitaciones que le impiden trabajar o realizar trabajos contraindicados a su nuevo estado de salud, con limitaciones que lo hacen inepto para el trabajo inicial. Todas estas situaciones originan los problemas con el empleador que busca el retorno al trabajo para la obtención del beneficio contratado.

Tanto la inactividad prolongada del trabajador, como la suspensión por largos periodos de la actividad laboral inicialmente contratada, pueden ser elementos adicionales en la afectación de la salud del trabajador enfermo. El trabajo es medio para la relación social de las personas, siguiendo la definición de salud, trabajar beneficia el estado mental y social y, por ende, apartarse por largos periodos genera dificultades (Pardo, 2016, pág. 51). Las IT de larga duración y las enfermedades de larga duración crean mayores tropiezos frente a la reincorporación laboral, por esta razón se insiste en que la IT debe tener el tiempo óptimo para conseguir la recuperación de las capacidades perdidas, evitando el aislamiento del trabajo con el mínimo de demora en la asistencia sanitaria.

Los trabajadores, al regreso de la IT, deben estar aptos para desarrollar la actividad asignada, garantizando el rendimiento y eficacia en la jornada laboral sin riesgos para la salud propia y de los demás compañeros. Pero los médicos que mantuvieron al trabajador en IT desconocen la realidad del trabajo del paciente por ausencia de comunicación, coordinación y cooperación entre los galenos de la ARL y los de la IPSS. En este punto se abre camino a la inadecuada toma de decisiones tanto para el trabajador como para el empleador, quienes no conocen los cambios que deben realizar en el puesto de trabajo que generó las afectaciones de salud. Está claro, en la medicina del trabajo, que entre más largo el período de IT la posibilidad de reincorporación al trabajo disminuye (Pardo, 2016, pág. 61), haciendo complicada la actitud frente al regreso al trabajo para las dos partes del contrato.

El debate sobre la tensa relación que existe entre empleador y trabajador se desarrolla entre las concepciones del trabajador: ¿Podré trabajar? ¿Si no puedo me despiden? ¿Mejor sigo en IT? ¿Se burlarán de mí? ¿Tengo que aceptar otro puesto? Y las del empleador: ¿Podrá trabajar? ¿Podré dejarlo en el mismo puesto de trabajo? ¿No puedo crear otro cargo? ¿Podré despedirlo en cuanto regrese?

La reincorporación al trabajo supera los interrogantes de las partes de la relación laboral y no se limita a los costes para la empresa, es un asunto de salud pública, que afecta todo el sistema económico y productivo del país. En este punto se hace necesario determinar las condiciones que deben seguirse para la rehabilitación, el reintegro y la readaptación del trabajador después de la IT.

La rehabilitación del trabajador como parte fundamental para el regreso al trabajo

Hemos acogido el desarrollo que los tribunales europeos han dado a los trabajadores que se encuentran en estado de IT de larga duración, de enfermedad de larga duración y quienes han perdido capacidad laboral sin llegar al estado de invalidez, como sujetos que conforman un grupo dentro del gran concepto de “discapacidad”, que son objeto de protección especial contra la discriminación y segregación social.

Desde este enfoque de la discapacidad, el regreso al trabajo después de largos periodos de IT presenta una aptitud subjetiva de la persona ante la necesidad de regresar a trabajar. La capacidad de trabajo se enfrenta a la realidad de los problemas directos e indirectos que surgen con el trabajo que realizaba y el nuevo, que se asigna según la posición del empleador. El paradigma médico referido a la discapacidad y las concepciones de la rehabilitación no han permitido la conciliación tranquila entre los contextos médicos y laborales, a pesar de las normas y procedimientos existentes en la legislación laboral y del Sistema de Riesgos Laborales, que no reflejan la eficacia en la sociedad por la falta de reconocimiento de su legitimidad en los actores de la relación laboral.

El regreso al trabajo requiere de labores coordinadas y armónicas entre el equipo asesor del empleador y los médicos tratantes para valorar la funcionabilidad y niveles de exigencia

física y psicológica. En este punto las gestiones efectivas de promoción de la salud dentro del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo (SGSYST) de la empresa resultan determinantes. Considerar las condiciones actuales frente a la exposición a riesgos de la empresa, así como el estilo de vida más saludable del trabajador dentro y fuera del ámbito laboral, serán concluyentes para la rehabilitación (Uclés Villalobos & Espinoza Reyes, 2018, pág. 13).

La salud en el trabajo requiere valorar la actividad laboral como factor rehabilitador, valorar el nivel de seguridad ante las capacidades laborales y valorar la carga del puesto de trabajo. A causa de las cargas de exigencia, los puestos de trabajo generan deterioro físico, mental y emocional, dependiendo de los riesgos y horarios de trabajo. La mayoría de los problemas patológicos inciden en la capacidad laboral, por lo cual se requiere determinar con exactitud las características específicas del puesto de trabajo en términos ergonómicos, psicofísicos y circunstancias ambientales, para establecer el uso óptimo de la capacidad laboral residual del trabajador (Uclés Villalobos & Espinoza Reyes, 2018, pág. 17).

Por estas razones, la rehabilitación para el regreso al trabajo ha sido asunto de interés para las organizaciones internacionales. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) a través del “Programa de Acción Mundial para los impedidos”, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) con el “Plan de Acción sobre discapacidad y rehabilitación” y la Organización Internacional del Trabajo con el Convenio 159, son organizaciones que han emitido decisiones al respecto de las obligaciones de los Estados de legislar en favor de la igualdad de oportunidades para las personas en condición de discapacidad, desde los procesos de rehabilitación al trabajo por medio de los Sistemas de Seguridad Social. En Colombia, la Ley 100 de 1993, en el artículo 162, describe el Plan Obligatorio de Salud que incluye el tratamiento y la rehabilitación de todas las patologías. Esta norma se concibe desde el ya mencionado modelo médico de atención a la discapacidad y no desde el modelo social, asimilando de forma equivocada la discapacidad con la enfermedad. Esto induce a las entidades de la Seguridad Social y a los empleadores a gestionar procesos de rehabilitación funcional de las personas con afectaciones en la salud, sin atender la rehabilitación social y profesional que requieren.

Consecuencia de esta pervivencia del modelo médico, los procesos de rehabilitación del trabajador que es dado de alta o que tiene una IT de larga duración o una enfermedad de larga duración, funcionan de manera desarticulada respecto a los programas que deben tener las empresas para la rehabilitación y reincorporación del trabajador. Las entidades de la Seguridad Social que prestan servicios sanitarios –EPS y ARL– destinan sus esfuerzos hacia terapias ocupacionales y fisioterapias para la recuperación funcional del paciente, basados en diagnósticos clínicos que no describen –como lo indicamos en el apartado anterior– la relación de las afecciones con la historia ocupacional (Boada Mojica & Moreno Angarita, 2013, pág. 21).

Hecha esta consideración, se puede decir que la legitimidad de los procesos de rehabilitación se deriva del contenido de las normas expedidas para tal fin desde el enfoque médico en la década de 1990. El Decreto Ley 1295 de 1994 describe la rehabilitación en el artículo 5, dentro de las prestaciones asistenciales¹⁴⁶. Por su parte, en la Ley 361 de 1997, el capítulo III del título II describe la rehabilitación como el proceso requerido para alcanzar los óptimos niveles de funcionamiento psíquico, físico, ocupacional y social, contando con programas y servicios de rehabilitación integral para autorrealizarse, mejorar la calidad de vida e intervenir en la sociedad, incluyendo las discapacidades generadas por el ATEL.

No obstante, se presenta la reflexión sobre el cambio de modelo del binomio salud-enfermedad en la atención de la discapacidad, por la inclusión del modelo social en las dimensiones del funcionamiento según la actividad y factores ambientales, establecido por la Clasificación Internacional de Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIDMM-2) en el año 2001. Siguiendo esta línea, la rehabilitación debe ser integral para desarrollar el

¹⁴⁶ El artículo 5 del Decreto ley 1295 de 1994 señala: “**ARTICULO 5o. PRESTACIONES ASISTENCIALES.** Todo trabajador que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional tendrá derecho, según sea el caso, a (...) f. Prótesis y órtesis, su reparación, y su reposición solo en casos de deterioro o desadaptación, cuando a criterio de rehabilitación se recomienda. g. Rehabilitaciones física y profesional(...) Los servicios de salud que demande el afiliado, derivados del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, serán prestados a través de la Entidad Promotora de Salud a la cual se encuentra afiliado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, salvo los tratamientos de rehabilitación profesional y los servicios de medicina ocupacional que podrán ser prestados por las entidades administradoras de riesgos profesionales” (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994).

potencial biológico, psicológico y social de la persona con limitaciones, así como la sociedad y la empresa reducir o eliminar las barreras que limiten este desarrollo.

El Ministerio del Trabajo, desde la Dirección General de Riesgos Laborales, expidió en el año 2002 el “Manual Guía sobre procedimientos sobre rehabilitación y reincorporación ocupacional de los trabajadores en el Sistema General de Riesgos Profesionales”, y ha realizado versiones durante los años 2004, 2009 y 2010 (Ministerio de la Protección Social, 2010). Se encuentra en la página web del Ministerio un proyecto de acto administrativo que establece el Programa de rehabilitación integral y reincorporación ocupacional y laboral en el SGRL, generado en el año 2018, que hasta el momento no se ha aprobado y publicado como norma legal para el sistema (Ministerio del Trabajo, 2018). Las políticas públicas y normas deben conducir al trabajador después de la IT al reintegro socio-laboral, pero los esfuerzos se siguen orientando a la rehabilitación funcional distante de la rehabilitación laboral. Se critica el uso de los recursos sin optimización para este objetivo, por los resultados de exclusión progresiva de los lugares de trabajo que han tenido los trabajadores después de sufrir un ATEL (Boada Mojica & Moreno Angarita, 2013, pág. 24).

391

En el mencionado manual de 2009 se continua orientando la discapacidad como una condición de la persona que debe hacer todo lo posible por integrarse a la sociedad, y la decisión es concebida como un asunto individual, que depende del compromiso y deseo de la persona. En este sentido se define la readaptación profesional como:

El conjunto de procesos que van desde la evaluación, orientación, hasta la rehabilitación profesional propiamente dicha, que comprende todas las intervenciones de orden científico, técnico, educativo-formativo, y sociales que conduzcan a la persona con discapacidad a la obtención y conservación de un trabajo concordante y acorde con sus capacidades residuales. Esto implica una prestación oportuna de servicios en la llamada Rehabilitación Funcional, que se inicie inmediatamente se haya solucionado la urgencia en caso de Accidente de Trabajo o se diagnostique la Enfermedad Profesional. (Ministerio de la Protección Social, 2009, pág. 17)

Insistimos en destacar la *legitimidad*, siguiendo a Luhmann, dentro del proceso de seguridad jurídica y judicial, que permite la participación de todos los interesados en el contenido normativo y no solo de los sujetos económicos y políticos que utilizan el Estado para sus intereses. En la construcción del manual se reconoce la participación de representantes de las

ARL, las IPSS, los académicos en disciplinas de la medicina y fisioterapia y los empleadores. Pero en las dos versiones del manual están ausente los trabajadores, las organizaciones sindicales, empresariales y de los trabajadores enfermos por el trabajo. Sigue el Estado legitimando el monopolio de la administración del Sistema de Riesgos Laborales, expidiendo manuales que se deben aplicar a los trabajadores enfermos por el trabajo, sin que ellos conozcan los elementos de su construcción y menos los efectos de su aplicación.

En consecuencia, el elemento *eficacia* no se advierte en el manual. Las ARL no reportan información real de los programas de rehabilitación, no gestionan objetivamente los procesos, no evalúan los resultados y no hacen seguimiento de corto y largo plazo, a pesar de la vigencia de normas de control y evaluación de calidad en la prestación del servicio de rehabilitación (Boada Mojica & Moreno Angarita, 2013, pág. 26). Los trabajadores no conocen los procesos que se les sigue de rehabilitación, no participan ni opinan sobre los resultados. Los empleadores delegan la responsabilidad en las ARL y en las IPSS, hasta considerar estrategias jurídicas para el despido o adelantar los procedimientos establecidos en las circulares o decretos administrativos con miras al despido con justa causa de los trabajadores afectados en la salud por causa del trabajo, alegando causas que no guarden relación con la enfermedad (Martínez-Gijón Machuca, 2017, pág. 22) y se debe considerar, como elemento adicional, que se trata de trabajadores enfermos sin posibilidad de pensión.

Antes de autorizar el despido, la estabilidad laboral desde la concepción de principio en la relación laboral, debe trasladar la rehabilitación integral del trabajador enfermo a una obligación del empleador y del Sistema de Riesgos Laborales, con el fin de devolver al trabajador a la vida productiva, disminuir los niveles de desempleo y la dependencia de la asistencia familiar y pública. Indican Moreno, Ruiz y Angarita que el manual es una herramienta valiosa que permite a la sociedad el acceso a ciertos derechos y que la academia, las sociedades científicas y las entidades de la seguridad social deben implementar estrategias para hacer operativo el manual y trascender los intereses particulares (Moreno Angarita, Rubio, & Angarita, 2011, pág. 77). Aceptando que la intención del manual y su contenido es beneficioso para los trabajadores, llamamos la atención en los elementos trágicos del derecho que desarrollamos en esta investigación.

Hecha esta precisión, y en aras de la complejidad que representa el proceso de rehabilitación de los trabajadores enfermos por el trabajo, es necesario considerar los aspectos que según la OMS desde 2001 se deben implementar para garantizar el regreso al trabajo y la permanencia en el mismo. Así, la rehabilitación incluye los aspectos derivados del déficit en el nivel corporal, la limitación en la actividad en el nivel individual y la restricción en la participación en el nivel social.

En el nivel corporal, se presenta una pérdida significativa de la función o la estructura corporal, que determina la deficiencia. En el nivel individual, identificada la deficiencia se presenta alteración en las capacidades para desarrollar las actividades que hacían parte del ambiente normal, hay limitaciones de actividad. En el nivel social, con deficiencia y limitaciones individuales se generan dificultades para relacionarse y desarrollarse ante las barreras que la sociedad dispone según las condiciones nuevas del individuo (Boada Mojica & Moreno Angarita, 2013, pág. 35). La sociedad y la empresa crean barreras comunicacionales, actitudinales, legales y físicas, que niegan la oportunidad de continuar con la vida en las nuevas circunstancias. La eficacia del proceso de rehabilitación y reincorporación laboral que hoy se entiende como rehabilitación y reincorporación ocupacional, es responsabilidad del empleador para garantizar el retorno al trabajo, pero ocurre que es ignorado o minimizado por el Estado, por las entidades del Sistema de Seguridad Social y por la justicia.

Desde el Manual Guía sobre Procedimientos para la Rehabilitación y Reincorporación Ocupacional de los trabajadores en el SGRP, del Ministerio del Trabajo, la rehabilitación se entiende como el:

(...) conjunto de acciones sociales, terapéuticas, educativas y de formación, de tiempo limitado, articuladas, definidas y conducidas por un equipo interdisciplinario, en el que se involucra al usuario como sujeto activo de su propio proceso, a la familia, a la comunidad laboral y a la comunidad social, en el cumplimiento de los objetivos trazados, que apunten a lograr cambios en el trabajador y en su entorno, y que conduzcan a una reincorporación al desarrollo de una actividad ocupacional satisfactoria y a una experiencia de vida con calidad. (Ministerio de la Protección Social, 2010)

Desde la perspectiva propuesta por el Ministerio del Trabajo, se puede afirmar que la rehabilitación se orienta a la atención de personas en condición de discapacidad. No obstante, se encuentra contradicción entre este instrumento y los decretos y circulares proferidos por el mismo Ministerio, que hemos mencionado en apartados anteriores. Se diferencia el estado de discapacidad con el estado de incapacidad temporal, cuando el segundo es un grupo incluido en el primero. El Ministerio del Trabajo y la Corte Suprema de Justicia se contradicen en sus decisiones respecto del despido del trabajador en estado de incapacidad temporal, por no considerarlo en condición de discapacidad.

En este punto hemos llegado a un “callejón sin salida”, tras la consideración de la rehabilitación como integral para que tenga eficacia en el trabajador. Cuando Estado y entidades de la Seguridad Social expresan que esta depende de las acciones de promoción de la salud y prevención del ATEL (Ministerio de la Protección Social, 2010, pág. 25) que, según el desarrollo presentado, tienen una compleja valoración desde la legitimidad y eficacia del derecho laboral para el empleador. Acompañan el callejón las acciones de desarrollo, recuperación, mantenimiento funcional e integración socio ocupacional, que están a cargo del empleador y la ARL.

Para Yolanda Valdeolivas, la valoración de las acciones en la promoción de la salud debe permitir establecer el nexo causal entre el daño causado al trabajador y la promoción realizada por el empleador (Valdeolivas García, 2012, pág. 12). En otras palabras, si el Estado y la justicia¹⁴⁷ siguen ignorando la eficacia en las acciones de la promoción de la salud que están a cargo del empleador y estableciendo la línea de responsabilidad desde el ámbito subjetivo de la culpa en estados peligrosos de la salud del trabajador, seguirá siendo doblemente sancionado el trabajador con la pérdida de capacidad laboral y con el menoscabo del trabajo o –como lo venimos revisando en las decisiones proferidas–, con la autorización del despido por ineptitud para el trabajo.

¹⁴⁷ En este punto no fue posible identificar en la revisión sistemática de las decisiones administrativas y judiciales entre 1997 y 2015, alguna sanción al empleador por la falta de acciones de promoción de la salud que causaron el daño al trabajador.

Dentro de los elementos por analizar en rehabilitación integral, nos quedan las acciones de recuperación, mantenimiento funcional e integración socio ocupacional. Con relación a la recuperación, se considera necesario aplicar medidas terapéuticas eficaces según las deficiencias y limitaciones diagnosticadas, utilizar tecnología para mejorar las funciones físicas, mentales y sensoriales. Después de ocurrido el ATEL, es preciso aproximarse lo más pronto posible al pronóstico ocupacional, para proyectar la eficacia del reintegro laboral y la rehabilitación. Sin embargo este acto se ignora durante el proceso de atención médica-legal. La EPS y la ARL dejan al empleador las dificultades que se generan con esta falta de previsión del reintegro.

Finalmente, respecto al elemento de integración socio ocupacional para la rehabilitación integral, este comprende permitir los medios y espacios para que el trabajador se involucre y desempeñe los roles que le corresponden como persona, en su familia, en la sociedad y en el trabajo (Ministerio de la Protección Social, 2010, pág. 26). La integración social y laboral es el resultado eficaz de la rehabilitación ocupacional y la rehabilitación integral, que lleva al reintegro laboral y la readaptación profesional, elementos que a continuación describimos.

395

El reintegro al trabajo y la readaptación profesional: obligaciones eludidas por la empresa

Cumplidos los términos legales de la IT, el trabajador debe reintegrarse al trabajo asignado por el empleador. La ARL emite el alta médica con recomendaciones laborales en las que se describen algunas restricciones de actividades que pueden afectar la salud en el trabajo. Frente a la inexistencia de promoción de la salud en la empresa, la incompetencia del empleador para diferenciar las restricciones de actividad por falta de conocimiento científico y sin intenciones de invertir en esta asesoría, queda la decisión salvadora o de mayor perturbación en el responsable del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo de

la empresa vigía de la salud¹⁴⁸ para las empresas de menos de 10 trabajadores; y del Comité Paritario de Salud en el Trabajo (COPASS), para las empresas con más de 10 trabajadores.

Para la acción de todos ellos, la ARL previamente debe establecer el “Plan de rehabilitación” que se compone de objetivos, metas, estrategias, actividades, tiempos, responsables para cada trabajador enfermo por el trabajo; y debe compartirlo con el empleador para la eficacia de las gestiones comprendidas en el plan. Se debe permitir la adecuación del reintegro según las condiciones del trabajador en alguna de estas situaciones:

- a) **Reintegro laboral**, cuando el puesto de trabajo que ocupaba el trabajador no genera riesgo para su condición de salud.
- b) **Reintegro laboral con modificaciones**, cuando el empleador debe realizar modificaciones al puesto de trabajo, a las actividades asignadas, a los horarios y al ambiente de trabajo.
- c) **Reubicación laboral temporal**, cuando se asigna el trabajador a un cargo temporal con desempeño menor hasta que termina el tratamiento médico y las adaptaciones que le permiten regresar al trabajo inicial.
- d) **Reubicación laboral definitiva**, cuando el trabajador debe ocupar otro puesto de trabajo por la pérdida de las capacidades en el trabajo que venía desempeñando.
- e) **Reconversión de mano de obra**, es necesario que el trabajador adquiriera un nuevo aprendizaje ante la pérdida de capacidad para desarrollar la actividad originaria. El empleador debe para esta condición tener el referente histórico ocupacional del trabajador, ofrecer cargos del mismo nivel, estar acompañado de un equipo rehabilitador, tiene un tiempo máximo de seis meses.

¹⁴⁸ El responsable del SSYST en las empresas se reconoce con la abreviatura SISO, que tiene obligaciones definidas en el artículo 4 de la Resolución 0312 de 2019, norma que define los estándares mínimos del SSGSYST para las empresas en Colombia. Este acto administrativo derogó la Resolución 1111 de 2017 que establecía la obligación de las empresas de implementar el SSGSYST con estándares mínimos de calidad en el periodo comprendido entre el mes de junio de 2017 y diciembre de 2019, extendiendo la obligación para los empleadores hasta el mes de enero de 2020, decisiones administrativas ilegítimas para la vigilancia y control de la salud en el trabajo por parte de los empresarios.

f) **Orientación para actividad independiente** o emprendedora para el trabajador por imposibilidad de la empresa para adecuarse a las anteriores condiciones, quien debe verificar la efectividad de las actividades.

g) **Orientación para actividad no laboral** por las condiciones de discapacidad del trabajador generada por la empresa. (Boada Mojica & Moreno Angarita, 2013, pág. 47)

Si se acepta la ejecución de las condiciones anteriores para salvaguardar el principio de estabilidad en la relación laboral, el empleador debe contribuir en el proceso de readaptación del trabajador una vez reintegrado para que pueda recuperar las habilidades, actitudes, hábitos y destrezas que tenía antes del ATEL. La modificación del ambiente de trabajo incluye las jornadas, los descansos, los procedimientos, el diseño del puesto de trabajo, la accesibilidad y los elementos de protección personal.

Los cambios físicos y psicológicos del trabajador, experimentados por causa del ATEL, afectan el medio extralaboral. El empleador, como causante del daño, debe contribuir a los cambios necesarios para la adaptación –como lo hace en la empresa–, en las condiciones de la vivienda y el transporte, así como en otras actividades básicas cotidianas, que cambian a partir de las afectaciones generadas por el ATEL.

Conciliada la responsabilidad del empleador con las nuevas condiciones del trabajador por el ATEL, la reincorporación laboral se presenta por el reintegro con o sin modificaciones, por la reubicación laboral temporal o definitiva y por la reconversión de la mano de obra. Procesos que requieren de evaluación periódica de los resultados, inicialmente dentro de los tres (3) primeros meses de la reincorporación con la participación del empleador, la ARL y los agentes del SGSYST de la empresa. Cuando el proceso no es satisfactorio y se requiere preparar al trabajador para la orientación de actividad no laboral, el empleador y la ARL deben ofrecer condiciones favorables para asimilar esta condición (Ministerio de la Protección Social, 2010, pág. 52).

En la revisión sistemática de los estudios realizados sobre el reintegro laboral de trabajadores afectados por el ATEL, puede considerarse que desde el análisis realizado por la profesora Marisol Moreno Angarita y Jazmine del Rosario Boada Mojica utilizando información del

año 2007 (Moreno Angarita & Boada Mojica, 2013) hasta la propuesta de la guía para el regreso al trabajo dentro del SGSYST publicada en el año 2019¹⁴⁹, los resultados durante los trece años de analizar las acciones y recomendaciones para los actores siguen igual, no hay avances ni cambios. A continuación repasamos las recomendaciones para cada agente.

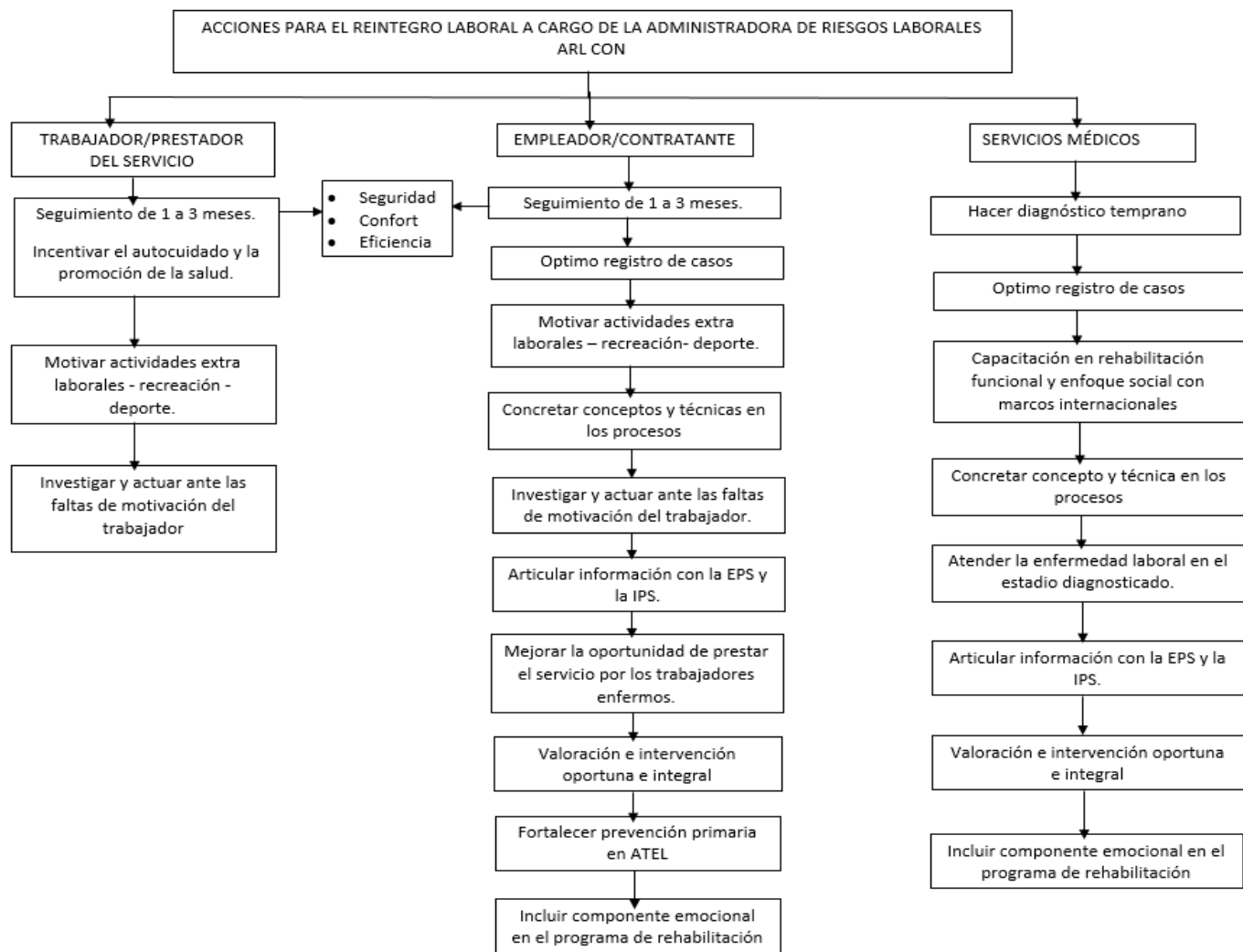
Como se muestra en la gráfica 2, para las ARL, se propone que deben procurar el regreso temprano y seguro al trabajo en beneficio de la salud y la relación laboral; se debe mejorar el sistema de recopilación de información y registro de casos; falta capacitación en el manejo de la rehabilitación funcional y profesional según los marcos internacionales de la discapacidad; los procesos tienen vacíos técnicos y conceptuales; el enfoque médico debe trascender hacia el enfoque social; investigar las causas de falta de motivación y compromiso de los trabajadores con los procesos de rehabilitación; capacitar y acompañar al empleador en el proceso de rehabilitación; articular la información con la EPS y la IPSS para disminuir el tiempo de la IT; mejorar la oportunidad de la prestación del servicio para todos los trabajadores enfermos por el trabajo; realizar valoraciones e intervenciones oportunas atendiendo el concepto de integralidad de la persona; fortalecer la prevención primaria en el ATEL; atender las enfermedades laborales acorde con las necesidades y estadio de la patología en forma oportuna; incluir el componente emocional en el programa de rehabilitación como elemento de mayor afectación en el trabajador; promover el auto cuidado y las actividades extralaborales, recreación y deporte junto con el empleador; brindar orientación y tratamiento de manera más holística (Vásquez Jiménez & Delgado Henríquez, 2019, pág. 5); realizar seguimientos entre uno a tres meses para que el trabajador y el empleador expresen la percepción sobre la seguridad, confort y eficiencia de la relación laboral.

Por su parte, en la gráfica 3 se recogen las recomendaciones para el empleador, que son: reconocer al trabajador como el actor más importante en el proceso de reintegro; atender las necesidades específicas del trabajador para un reintegro laboral adecuado y exitoso; revisar

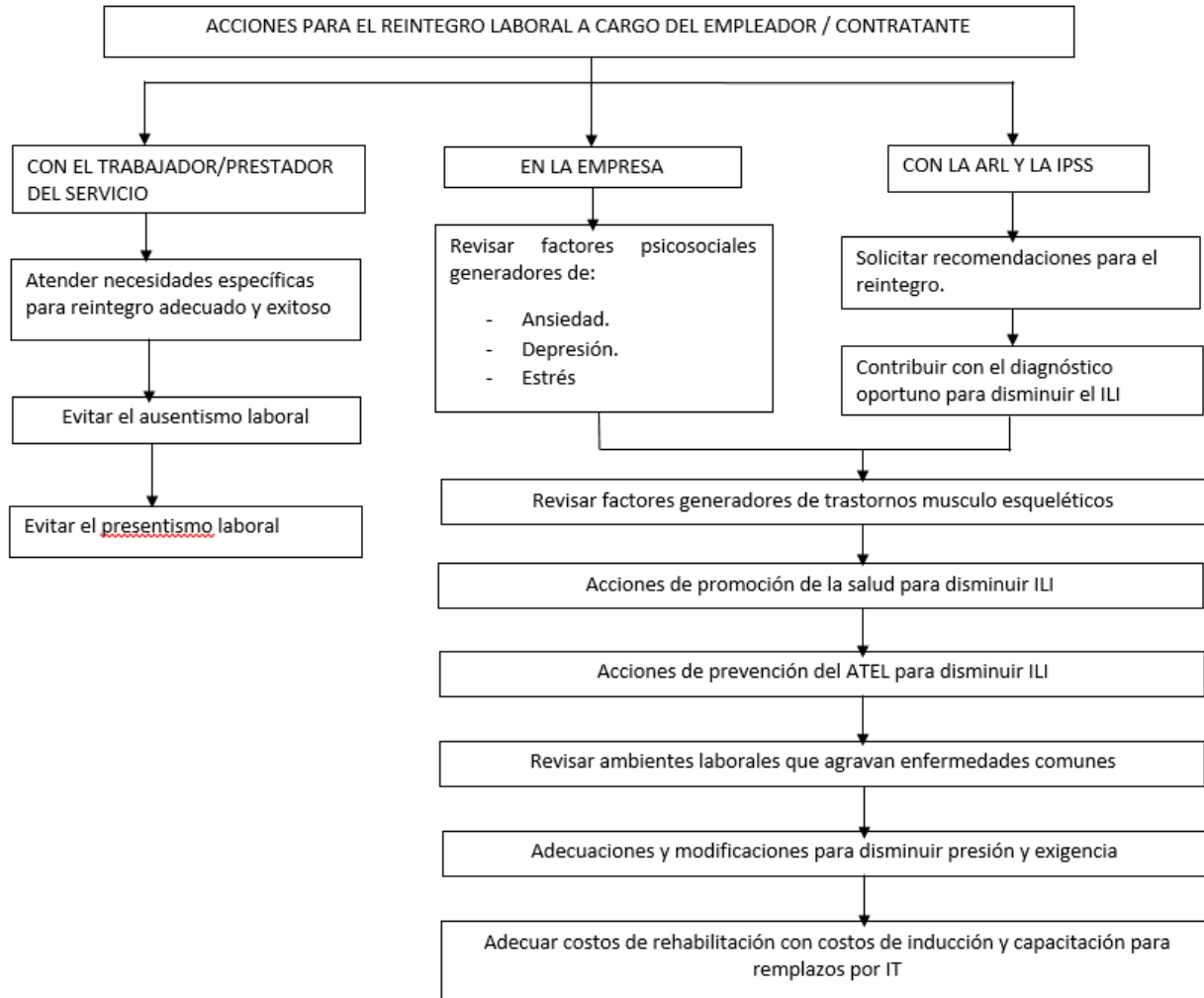
¹⁴⁹ El proyecto de guía fue presentado por profesionales del área de la ingeniería industrial y la terapia ocupacional con el apoyo de la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A.

los factores psicosociales que son determinantes para la dilación del reintegro laboral por la ansiedad, procesos ansioso-depresivos, estrés originados en el trabajo; los trastornos musculoesqueléticos y las patologías mentales son de mayor causa de incapacidad y menor atención en la prevención; los deficientes procesos de rehabilitación generan el ausentismo remunerado y el presentismo; el ambiente laboral propicia la agravación de enfermedades comunes; implementar las políticas y programas de promoción de la salud y prevención del ATEL como herramienta necesaria para disminuir las lesiones incapacitantes; conciliar las expectativas del trabajador frente al reintegro y las de la empresa frente al desempeño; realizar las adecuaciones y modificaciones necesarias en las actividades para disminuir la presión en el trabajo, el ritmo y la exigencia (Boada Mojica & Moreno Angarita, 2013, pág. 112); los costos del programa de rehabilitación son asimilables a los generados para la inducción y capacitación de nuevos trabajadores que asuman los puestos de trabajo en tanto los titulares están en IT. Todas estas acciones requieren de mayor proactividad del empleador, pero pueden resultar de menores costos económicos que los utilizados para vincular a otras personas y en el mismo despido.

Gráfica 2. Acciones necesarias de la ARL



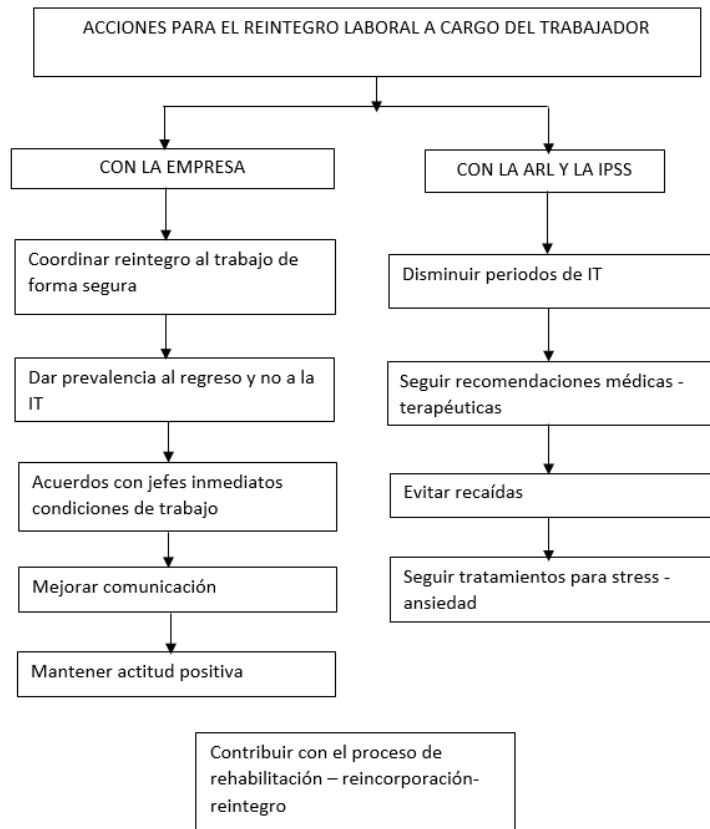
Gráfica 3. Acciones necesarias de empleador/contratante



Fuente: elaboración propia.

Para el trabajador se plantean las siguientes recomendaciones, que se recogen en la gráfica 4: el reintegro al trabajo de forma temprana y segura, pues genera mayores niveles de satisfacción personal; acortar los periodos de IT dando prevalencia al regreso al trabajo; seguir las recomendaciones médicas y terapéuticas para disminuir las recaídas; realizar acuerdos con los jefes inmediatos para mejorar la comunicación; seguir los tratamientos psicológicos para disminuir los niveles de estrés y la ansiedad en el trabajo, así como seguir los criterios médicos que le hagan posible la rehabilitación (Martínez-Gijón Machuca, 2017, pág. 25).

Gráfica 4. Acciones necesarias del trabajador

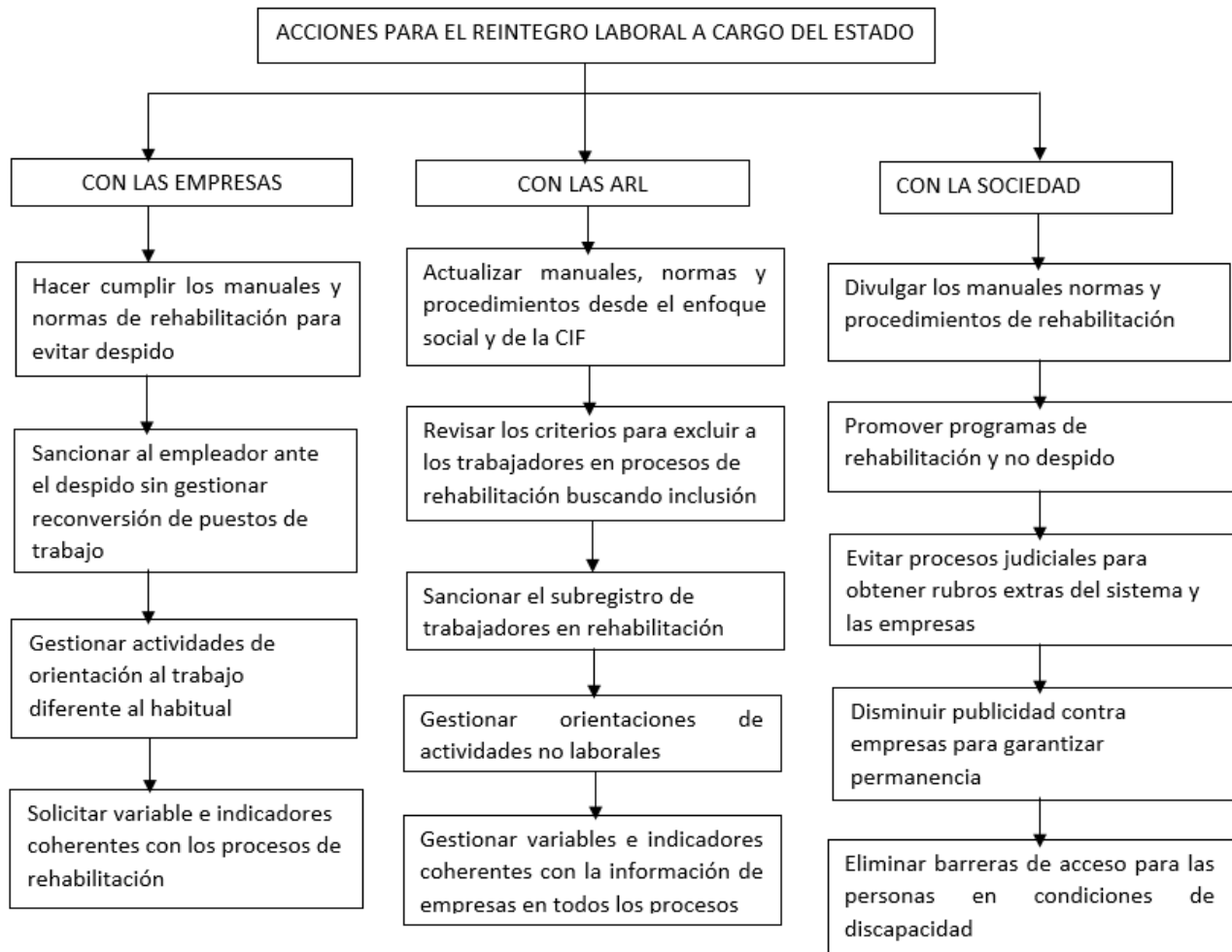


Fuente: elaboración propia.

Como se ve en la gráfica 5, para el Estado, se plantean como recomendaciones: divulgar de forma más efectiva los manuales, normas y procedimientos referidos a los procesos de rehabilitación; actualizar los manuales, normas y procedimientos desde el enfoque social con normas internacionales; revisar los criterios que utilizan las ARL para excluir a los trabajadores del programa de rehabilitación, buscando una mayor inclusión; sancionar el sub-registro que presentan las ARL de los trabajadores en rehabilitación; actuar frente al empleador que decide el despido sin realizar las etapas de reconversión de mano de obra, orientarlo hacia actividades laborales diferentes al empleo y orientación a actividades no laborales, convirtiéndolo en deudor universal de seguridad, por ser un deber incondicionado e ilimitado (Valdeolivas García, 2012, pág. 14); revisar variables e indicadores para registrar con coherencia los procedimientos de rehabilitación con la información suministrada por los

empleadores y las ARL; orientar la políticas públicas y del Sistema de Riesgos Laborales con los métodos de la CIF actuales; promover en todos los actores de la relación laboral la implementación de los programas de rehabilitación antes del despido; concientizar a las entidades de la Seguridad Social y al empleador en la promoción de la salud que puede disminuir los costos para las empresas en los programas de rehabilitación.

Gráfica 5. Acciones necesarias del Estado



403

Fuente: elaboración propia.

Para la sociedad en general se plantean las siguientes recomendaciones: no contaminar por medio de los abogados el proceso de rehabilitación promoviendo situaciones para obtener un rubro extra del empleador o del sistema de salud; disminuir la divulgación de las creencias

de que el deterioro de la imagen de la empresa garantiza la permanencia en el trabajo; asumir en todos los ámbitos el modelo social para el manejo de la discapacidad eliminando las barreras de acceso y vida en condiciones normales de las personas en condición de discapacidad, en IT y enfermedad de larga duración (Vásquez Jiménez & Delgado Henríquez, 2019, pág. 7).

El desarrollo de estrategias para la rehabilitación y reintegro al trabajo del trabajador enfermo por el trabajo por el Estado y las entidades de la Seguridad Social, requieren de potenciar con mayor eficacia el apoyo al empleador como generador del daño y del trabajador como receptor de las estrategias, para que el estado de IT no siga la visión de ser la razón principal de la afectación en sus intereses, con el agravante en la consideración de ser el despido para el primero y la estabilidad laboral reforzada para el segundo los escudos de protección y botón en el conflicto.

La permanencia en IT y luego los procesos de rehabilitación, reintegro, readaptación y reubicación del trabajador, tienen costes directos e indirectos para el trabajador que no aparecen en los análisis económicos del Derecho Laboral. Entre los directos encontramos: el déficit de calidad de vida, que no siempre tiene la misma relación con la gravedad de la afectación; el deterioro de la vida familiar por la interferencia de las tareas que debía asumir y que debe ceder a otro miembro; el aumento de la comorbilidad por el deterioro de los sistemas o aparatos del cuerpo comprometidos; la victimización, la iatrogenia, que llevan al sobre-diagnóstico que se presenta en un diagnóstico inútil que no ayuda en el proceso de mejora. Entre los costes indirectos se pueden describir: la pérdida de habilidades laborales; la pérdida de conocimientos actuales; los gastos sanitarios particulares para acortar el proceso; los gastos que asume la familia ante la disminución de recursos por la IT; y el momento más traumático, el despido.

Para el empleador también se generan costes directos e indirectos. Los costes directos se reflejan en los recursos para el pago de la seguridad social y la sustitución del trabajador por otro para continuar la prestación del servicio. Entre los costes indirectos están la pérdida de oportunidad con el trabajador en IT, la disminución del equipo de trabajo por el absentismo y el presentismo laboral (Vásquez Jiménez & Delgado Henríquez, 2019, pág. 4).

Realizado el análisis de los aciertos y dificultades en los procesos de rehabilitación y reintegro al trabajo, cuyo origen se ubica en el estado de IT de larga duración, se presentan alternativas de mejora para las ARL, las EPS y las IPSS, siguiendo las recomendaciones del profesor José Manuel Vicente Pardo (2016, pág. 61) para consolidar el principio de estabilidad laboral y superar las fronteras epistemológicas establecidas por las Cortes de Justicia sobre los límites de la estabilidad laboral reforzada. Entre ellas se tiene:

- Ajustar a la realidad el diagnóstico primario para la IT. La adecuación del tratamiento evita problemas de salud al trabajador o los resuelve en el menor tiempo. La IT debe terminar en corto tiempo cuando el descanso terapéutico y procedimientos son eficaces.
- Evitar declarar la IT cuando exista duda en el diagnóstico. Así no se provoca que el trabajador se aferre a permanecer en IT exigiendo la extensión en el tiempo.
- Determinar en lo posible el tiempo máximo de IT, para generar en el trabajador la resolución sin problemas para el alta de IT.
- Evitar convertir la IT en refugio de los trabajadores por situaciones ajenas a la afectación de salud consultada, entre estas: las condiciones familiares, económicas, conflictos laborales, compasión, complacencia o permisividad.
- Evitar la psiquiatrización de lo cotidiano, la medicalización vital, el absentismo por cualquier razón y el presentismo laboral.
- Ofrecer tratamiento a tiempo, con servicios de atención temprana en patologías psíquicas y del aparato locomotor.
- Evitar prolongar la IT por la espera de pruebas diagnósticas, interconsultas o de inicio de tratamientos.
- Conocer los factores laborales que causan el estado de IT, las circunstancias personales, familiares y sociales del trabajador.
- Conocer las acciones de promoción de la salud del empleador y hacer las correcciones que se requieran para garantizar el alta del trabajador en condiciones favorables para su salud más allá de los costos.

- Elaborar el mapa de incapacidad en el país según las actividades y condiciones de trabajo por sectores, no basado en los costos y abuso del derecho. Un mapa que permita establecer los factores de riesgo, el impacto de la pérdida de la salud de los trabajadores para mejorar los programas de promoción de la salud y prevención del ATEL en las empresas.

Es justo reconocer que existen normas, guías, estudios y programas académicos para la implementación de los procesos de rehabilitación, reintegro, readaptación y reubicación del trabajador después de la IT –que se otorgó con precisión o que se extendió en el tiempo por inconsistencia en los procesos y procedimientos–. Pero la mayoría de las acciones y programas vigentes que en ellas se describen están desarticuladas y no contribuyen en la solución del conflicto del despido de los trabajadores, entre otras razones porque se centran en el evento, en la condición o en la enfermedad, con miras a derrotar el absentismo o el presentismo en el trabajo. Es decir, no tienen un enfoque amplio que integre estos fenómenos del trabajo con la estabilidad laboral como principio rector de las relaciones laborales, ni contribuyen de manera eficaz a recomponer la relación laboral y el regreso a la prestación del servicio en condiciones normales del trabajador.

No obstante, el esfuerzo de los empleadores por desentenderse de su contenido –bajo el pretexto de generar costos adicionales–, los ha llevado a plantear el despido como fórmula de solución. Esta propuesta, como veremos en el apartado siguiente, ha dado paso a los fenómenos del absentismo y presentismo laboral que generan más costos directos e indirectos a la empresa. Los trabajadores, por su parte, para evitar el despido regresan al trabajo sin el proceso de rehabilitación o reintegro seguro. Decisiones que a largo plazo han afectado la producción del país y la calidad de vida de los ciudadanos, siendo necesario llamar la atención sobre la inexistente conciencia social, política y económica de estos fenómenos en las relaciones de trabajo en Colombia, que de manera silenciosa están dando paso a reflexiones sin valoraciones morales ni racionales y, por esta razón, incapaces de identificar con objetividad las raíces del conflicto de la estabilidad laboral reforzada.

4.1.3. El absentismo y el presentismo laboral: fenómenos utilizados para el despido con validez, sin legitimidad ni eficacia en la relación laboral

Con la expuesta teorización de la rehabilitación y el reintegro al trabajo, es evidente el desánimo de todos los actores de la relación laboral en estos procesos. En consecuencia el trabajador al terminar la IT sin un eficiente proceso de rehabilitación y un reintegro laboral en solitario, se refugia en acciones que siendo legalmente válidas, parecen no ser legítimas ni eficaces en el restablecimiento de la relación laboral. Entre ellas se cuentan la asistencia a consulta médica, el permiso por horas, la inasistencia al trabajo por malestar de uno o dos días sin IT, la lentitud en las funciones asignadas, el bajo rendimiento, todas remuneradas por el empleador. Estas acciones configuran el “absentismo” y el “presentismo” laboral, como fenómenos que surgen después de la IT que, sin atención en su origen, son asumidas por el empleador como causas para el despido.

El absentismo laboral: generado por el empleador con alegatos a su favor

407

Iniciamos con el término “absentismo”, que proviene del vocablo latino *absentis*, aplicado a los terratenientes irlandeses que vivían en Inglaterra y abandonaron sus tierras. Con la Revolución industrial, a partir del siglo XVIII, se aplica a los trabajadores de fábricas que se ausentaban del trabajo. Los orígenes de la figura señalan que corresponde a la inadaptación del trabajador a los modelos capitalistas del trabajo, con connotaciones similares a la huelga (Nova Melle, 1996, pág. 230).

Dentro de las definiciones de “absentismo laboral” se encuentra la descrita por la OIT, que la define como “una situación en la que el trabajador no se presenta en su puesto de trabajo, o acude menos horas de lo estipulado, cuando desde la organización se esperaba que acudiera, o permaneciera todo el tiempo en dicho lugar” (López-Ibor, Escot Mangas, Fernández Cornejo, & Olmedo Fernández, 2010, pág. 5). La Real Academia de la Lengua Española la define como “abstención deliberada de acudir al lugar donde se cumple una obligación. Abandono habitual del desempeño de funciones y deberes propios de un cargo” (Real Academia Española de la Lengua, 2021).

Existen otras figuras utilizadas por el trabajador como el permiso sindical, la licencia de maternidad, la licencia de paternidad, las calamidades domésticas y la licencia por luto, que se incluyen en la generación de la figura porque implican no prestar el servicio recibiendo remuneración. Estas últimas no serán objeto de inclusión en nuestro estudio, por corresponder a causas comunes que no tienen relación con la salud. Así, tenemos que el *absentismo laboral*, que nos ocupa desde la perspectiva de la salud laboral, se genera por dos condiciones: por motivos psíquicos y por motivos físicos. En cuanto a los motivos por causas psicológicas, se presenta cuando el trabajador se encuentra desmotivado para trabajar como consecuencia del ATEL o porque necesita cambios y siente que está en el legítimo derecho de faltar al trabajo, retrasarse o interrumpir las jornadas, para compensar o reparar el daño causado por el empleador (Nova Melle, 1996, pág. 231).

En estas condiciones el trabajador se distancia de los compañeros de trabajo y busca la medicalización asistiendo al médico tratante en busca de una IT. El empleador, ante la ausencia del trabajador, con la intervención de la Oficina de Talento Humano recopila pruebas que le permitan gestionar ante el Ministerio del Trabajo el despido por alguna justa causa descrita en las normas laborales. Pero ignora que el absentismo por causas psicológicas es consecuencia de los bajos niveles de incentivos laborales, los bajos salarios, las inseguridades por los cambios en el reintegro, en la reubicación, en la reconversión o en la orientación para actividades independientes. Cuando se detecta el absentismo en un trabajador que viene de rehabilitación y se encuentra en reintegro, se deben identificar los hechos que lo llevan a refugiarse en ella, pues siempre son multifactoriales y tienen distinto peso. Para superar este fenómeno es necesario reforzar las relaciones humanas, fomentando círculos de calidad y una fluida comunicación vertical (Nova Melle, 1996, pág. 233).

Transformar el modelo de organización empresarial, con pautas de sensibilización que estimulen el sentido de pertenencia del trabajador con la empresa, reflejado en un gana-gana desde el contrato laboral que psicológicamente tenga garantía de estabilidad y seguridad laboral, con prácticas de transparencia, honestidad, equidad y colaboración de las dos partes de la relación laboral, tiene el efecto positivo del regreso al trabajo después de la IT con

entusiasmo y motivación por parte del trabajador (Baptista, Méndez, & Zunino, 2016, pág. 18).

Por su parte, el absentismo por motivos físicos tiene relación directa con la ocurrencia del ATEL. El elevado número de accidentes de trabajo y enfermedades laborales que se generan cada año es una causa importante del incremento del *absentismo laboral*. El análisis de este fenómeno por parte de los empleadores se sustenta en las cifras que representan pérdidas económicas y los costos que asume el empleador. La ANDI publicó la V Encuesta de Ausentismo Laboral e Incapacidades elaborada por el Centro de Estudios Sociales y Laborales (CELSA) que tuvo los resultados que se resumen a continuación.

En 2018 se presentaron 1,59 casos de ausentismo laboral por cada trabajador, evidenciando un incremento de 1,40 casos con relación a los registros de 2017. Los días de absentismo laboral por trabajador en 2017 eran de 8,9 y para 2018 aumentaron en 9,1 días, siendo la causa mayoritaria en un 53.3% la IT, entre uno y dos días. El costo asociado es de 2,30% del salario de un trabajador (ANDI, 2019).

409

Con relación a los procesos de rehabilitación y reintegro al trabajo, el Centro de Estudios indicó que por cada 1.000 trabajadores, 36 tienen algún tipo de restricción médica y 8,5 fueron reubicados. Estas cifras indican que en promedio una empresa por cada 1.000 trabajadores tiene 1.590 casos de absentismo laboral, 9.100 días perdidos de trabajo por IT y 36 trabajadores con restricciones médicas, generando costos por ausentismo en promedio de \$535.000.000 y por restricciones médicas y reubicaciones laborales en \$177.000.000 de pesos colombianos (ANDI, 2019).

Considera la ANDI que para gerenciar el ausentismo laboral identificado en 139 empresas en Colombia, se debe seguir una ruta de seis pasos, así:

1. **Medir e identificar:** Costos directos e indirectos. Causas de ausentismo. Incidencia y prevalencia
2. **Compararse:** Con el sector. Con el país. En series de tiempo.
3. **Seguimiento:** Procesos de recuperación. Reincidencias.
4. **Prevenir:** Implementación. Sistema de gestión de Seguridad y Salud.
5. **Incentivar:** Bonificaciones por NO ausentismo. Banco de Horas. Best Place to Work.

6. **Evaluar:** El impacto de las políticas a partir de las mediciones de ausentismo. (ANDI, 2019)

Aquí es prudente hacer mención del principio general del derecho según el cual “Nemo auditur propriam turpitudinem allegans”¹⁵⁰, nadie puede alegar a su favor su propia culpa, que guarda compatibilidad con el postulado constitucional descrito en el artículo 95 que exige el deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. En esta ruta, descrita por la ANDI, no se reconoce la responsabilidad de las empresas en la pérdida de la salud de los trabajadores por la falta de acciones efectivas en la prevención del ATEL y en la promoción de la salud.

Esta heterogeneidad, que sigue existiendo en la determinación de las causas y las formas de actuar frente al absentismo laboral, ha propiciado el establecimiento de un aparato estatal autoritario que busca, sin que lo haya logrado, la protección al empleador ante las afecciones de salud del trabajador. Se le permite al empleador desconocer los procesos efectivos de rehabilitación y reintegro laboral, y crear bonificaciones para que el trabajador renuncie a cuidar su salud por dinero. Hay entonces una crisis de legitimidad, porque ninguno de los actores de la relación laboral es capaz de organizarse en torno a los intereses colectivos, y en consecuencia, son permisivos en la creación de rutas para beneficiar los intereses particulares.

Es evidente el grave deterioro de la salud de los trabajadores en las empresas. Según el reporte de las cifras de accidentes, enfermedades laborales y muertes en el trabajo entre 1994 y 2019

410

¹⁵⁰ Con relación a la aplicación del principio “Nemo auditur propriam turpitudinem allegans” en Sentencia T-122 del 27 de febrero de 2017, la Corte Constitucional indicó que: “(...) el juez no puede amparar situaciones donde la vulneración de los derechos fundamentales del actor se deriva de una actuación negligente, dolosa o de mala fe. Cuando ello ocurre, es decir, que el particular o la autoridad pública pretende aprovecharse del propio error, dolo o culpa, se ha justificado la aplicación de este principio como una forma de impedir el acceso a ventajas indebidas o inmerecidas dentro del ordenamiento jurídico. Por lo que la persona está *prima facie* en la imposibilidad jurídica de obtener beneficios originados de su actuar doloso. Según ese principio, una persona no es digna de ser oída ni menos pretender el reconocimiento de un bien jurídico a partir de su conducta reprochable. Para la Corte, nadie puede presentarse a la justicia para pedir la protección de los derechos bajo la conciencia de que su comportamiento no está conforme al derecho y los fines que persigue la misma norma” (Corte Constitucional, 2017d).

publicado por el Ministerio de Salud, puede establecerse que el aumento de la afiliación de trabajadores al Sistema de Riesgos Laborales es directamente proporcional al número de ATEL y muertes por el trabajo. Esto significa que las Administradoras del Sistema de Riesgos Laborales están recibiendo más dinero por concepto de las cotizaciones, sin que se invierta en promoción de la salud ni prevención del ATEL, dando como resultado un aumento constante y no una disminución en la tasa de casos generados.

Tabla 2. Relación entre cotizaciones y ATEL

CONCEPTO	AÑO 1994	AÑO 2004	AÑO 2014	AÑO 2019
Trabajadores afiliados	3.622.402	4.849.754	9.020.355	10.528.465
Muertes laborales	357	425	544	481
Enfermedades laborales	1.215	1.105	10.361	8.665
Accidentes laborales	136.767	229.956	686.363	619.883
Tasa de Muertes xc/100.00	9,86	10,93	6,03	4,57
Tasa de AT xc/100.000	3,78	4,74	7,61	5,88
Tasa de EL xc/100.000	33,54	22,78	114,86	82,30

Fuente: Resumen estadísticas Sistema General de Riesgos Laborales 1994 - 2019 MINSALUD.

De otra parte, la legislación del Sistema de Riesgos Laborales en Colombia determina que las empresas pueden variar la tasa de cotización de acuerdo a los resultados de la siniestralidad y de las actividades de promoción de la salud y prevención del ATEL. La primera tarifa en Colombia para el pago del aseguramiento en riesgos profesionales –hoy laborales–, se reglamentó con el Decreto 3169 de 1964 (Presidencia de la República, 1964a), donde se establecen cinco clases de riesgo y la tabla de cotización con una constante actuarial a multiplicar por cada valor (Bayona Rodríguez, Jiménez Moscoso, & Rodríguez Corredor, 2015, pág. 137). El mecanismo de variación fue modificado en el año 1994 y desde entonces no ha sufrido variación ni reglamentación. Así, las empresas con alta o baja siniestralidad cotizan con el valor inicial de la tabla de máximos y mínimos vigentes, desincentivando esta ausencia de reglamentación el interés por la promoción de la salud y los procesos de

rehabilitación descritos. La tabla vigente se encuentra reglamentada en el artículo 2.2.4.3.5 del Decreto 1072 de 2015 cuyo contenido fue copiado del Decreto 1772 de 1994, sin ninguna modificación.

Tabla 3. Cotizaciones mínimas y máximas

CLASE DE RIESGO	VALOR MÍNIMO	VALOR INICIAL	VALOR MÁXIMO
I	0.348%	0.522%	0.696%
II	0.435%	1.044%	1.653%
III	0.783%	2.436%	4.089%
IV	1.740%	4.350%	6.060%
V	3.219%	6.960%	8.700%

Fuente: Decreto 1072 de 2015.

412

En atención al elemento legitimidad de la norma, puede considerarse que mantener después de 25 años el pago de las cotizaciones para todas las empresas sin distinción de tamaño, de índice de lesiones incapacitantes anuales (ILI) y de gestión del SGSYST en el valor inicial, es una condición ilegítima ante las cambiantes formas de trabajo, la inestabilidad laboral y la ineficacia en los procesos de cuidado de la salud en el trabajo, a cargo del empleador. Este es otro elemento estructural del conflicto laboral en estudio. Así, las normas referidas a la cotización son ineficaces en la relación laboral y para el Sistema. Actualmente el empleador con accidentes mortales, descuidado, sin SGSYST, con trabajadores en IT de larga duración, paga lo mismo que el empleador cuidadoso y promotor de la salud en el trabajo.

Tras la consideración de la ineficacia de las normas, se han realizado estudios relacionados con la metodología más apropiada que permita establecer el Índice de Lesiones Incapacitantes (ILI). En el ámbito del SGRL, este índice reúne dos indicadores: el índice de frecuencia (IF), que mide el número de lesiones ocasionadas por el trabajo que se presentan en un periodo; y el índice de severidad (IS), que mide la gravedad de las lesiones con base

en el número de días perdidos a causa de estas. Así, se podría relacionar el ILI con el mecanismo de variación de la tasa de cotización de las empresas en el Sistema General de Riesgos Laborales, para que se regule el pago máximo a quienes generen altos indicadores y el pago mínimo para quienes tengan bajos los indicadores (Luna García, Buitrago Gutiérrez, & Bayona Rodríguez, 2015, pág. 276).

Existe además reglamentación de los estándares mínimos del SGSYST que deben cumplir las empresas dentro del SGRL¹⁵¹ que se evalúan según la estructura, proceso y resultado. Es posible establecer, además del ILI, la relación entre la variación de la tasa de cotización de las empresas con los resultados de evaluación de los estándares mínimos. Pero no hay acuerdo entre el Ministerio y los empresarios sobre el punto de corte para decidir si la empresa debe aumentar o disminuir la cotización por los resultados de su SGSYST (Luna García, Buitrago Gutiérrez, & Bayona Rodríguez, 2015, pág. 276).

Desde 2015 se realizó la proyección del método de variación de la tasa para las empresas, teniendo en cuenta además el Índice de Siniestralidad Real, esperando que se mantuviera la tasa inicial para 2016 y 2017. Para 2018 se proyectó el análisis de la información de siniestralidad de todos los centros de trabajo de la misma clase de riesgo de todas las empresas, para luego compararlas con la tabla de mínimos y máximos de cotización. Con la aplicación del algoritmo establecido se podría determinar el nivel en que las empresas deben seguir cotizando los años siguientes y, de esta manera, evaluar la eficacia del SGSYST de las empresas en el país.

Al finalizar esta investigación, en 2021, el Ministerio del Trabajo aún no ha iniciado las gestiones para evaluar el cumplimiento de los estándares mínimos del SGSYST de las empresas. Lo cual es necesario para evaluar el aumento o disminución de la cotización y, en consecuencia, el *absentismo laboral* seguirá siendo evaluado desde las consideraciones de pérdida de productividad del empleador por la ausencia de los trabajadores, y no desde la

¹⁵¹ Los estándares mínimos del SGSYST se definen en la Resolución 0312 de 2019 del Ministerio del Trabajo.

responsabilidad en la generación del ATEL, que debe verse reflejada en el aumento o disminución de la cotización al SGRL.

Hemos descrito dos elusiones que el Estado mantiene respecto a la reglamentación para la variación de la tasa de cotización a las empresas, según la responsabilidad en el cuidado de la salud en el trabajo. Advirtiéndole que, por el contrario, sí ha demostrado diligencia para reglamentar la IT del trabajador, bajo la definición de “abuso del derecho”.

El presentismo laboral: generado por el trabajador con miedo al despido

Consideramos ahora el fenómeno denominado “presentismo laboral”, que se presenta cuando el trabajador acude al trabajo, a pesar de padecer una enfermedad o tener una lesión, generando mayor sensación de cansancio y angustia en el trabajo. En estas condiciones físicas no utiliza todo el tiempo de la jornada en las actividades asignadas. En España los estudios indican que el presentismo es de mayor problemática que el absentismo, porque los trabajadores están asistiendo al trabajo pero sin ser productivos por el temor a perder el trabajo (De Antonio García, 2011, pág. 115).

414

En el *presentismo laboral* el trabajador está “ausente” en sus funciones, pues estando en la empresa, utiliza más tiempo del asignado para cumplir una actividad y comete errores con mayor frecuencia. Los efectos del presentismo pueden ser más perjudiciales que el absentismo, porque tiene efectos en la salud generando patologías comunes que se agravan con el trabajo, como dolores estomacales, de espalda, ausencia del sueño, migrañas, artritis y alergias. El *presentismo laboral* es consecuencia directa del estado de salud del trabajador que se encuentra afectado y por temor a perder el trabajo, sumado a la falta de promoción de la salud en la empresa, a causa de lo cual no se toman medidas para analizar o mejorar su estado (Sesma Arrastia, 2020, pág. 8). El *presentismo laboral* no es una forma de absentismo presencial, en tanto este se expresa cuando el trabajador, teniendo buen estado de salud, realiza acciones como alargar la jornada laboral innecesariamente, tardar más tiempo en resolver los problemas, añadir dificultad que no tiene el trabajo o quejarse por el volumen de trabajo, mientras la productividad es baja.

El trabajador afectado por la salud que acude al trabajo, puede configurar las siguientes formas de presentismo:

- a) Funcional, cuando desarrolla las tareas según sus posibilidades pero no con eficiencia, por las condiciones de salud que le afectan y soporta. Depende de los recursos de la empresa y la promoción de la salud que el trabajador logre el equilibrio entre el trabajo y las condiciones de salud.
- b) Disfuncional, cuando se padece una afectación en la salud y se acude a trabajar después de una IT, sin recuperación la salud se deteriora, no hay rendimiento y supone acudir al absentismo.
- c) Terapéutico, en condiciones de IT o sin ella pero afectado en la salud, se acude al trabajo por sentido de responsabilidad o para compartir con los compañeros de trabajo que le animan a mejorar. Se recomienda en afectaciones mentales y emocionales.
- d) Excesivo, la capacidad de recuperación de la salud es rápida y la mayor parte del tiempo es utilizado en el trabajo. Este fenómeno tiene el riesgo de sufrir enfermedades cardiovasculares. Es difícil mantenerse en actividades no laborales, puede generar el llamado castigo de la eficiencia en el trabajo. (Sesma Arrastia, 2020, pág. 13)

Los trabajadores que acuden a alguna de estas formas de presentismo no rinden lo esperado ni cumplen con sus funciones, porque no están en condiciones de hacerlo. Los empleadores deben sopesar los costos de un buen SGSYST con promoción de la salud, para atacar la falta de productividad generada por el presentismo, que es consecuencia directa y encubierta de la flexibilidad laboral, los bajos salarios, la presión del jefe después de IT y la presión telefónica, como prácticas para instigar a los trabajadores a volver al trabajo; acciones que disminuyen las condiciones de trabajo y las condiciones de vida de los trabajadores (Isaacs Charry, 2018, pág. 7).

Dentro de las pautas para evitar el presentismo laboral se encuentran: la flexibilidad horaria para compaginar la vida laboral con la familiar; la promoción en el trabajo para motivar el desempeño; evitar la monotonía; incentivar el aumento de los ingresos por el ascenso en el trabajo; implementar políticas de asistencia sanitaria efectiva que agilicen la atención médica. Con todo ello se reducen los días de absentismo laboral (De Antonio García, 2011, pág. 116).

En Colombia el presentismo laboral se identificó en la última década, cuando en Europa desde la década de 1990 se consideró como un fenómeno que perjudica la productividad y se analizó desde la economía, la medicina y la psicología (López Roza & Riaño Casallas, 2015, pág. 54). Los estudios coinciden en afirmar que dentro de los factores determinantes de la

aparición de este fenómeno en las empresas se encuentran las presiones por la productividad bajo supervisión, el agotamiento laboral y los ambientes de trabajo generadores de estrés y depresión (Isaacs Charry, 2018, pág. 18). En este punto del análisis se suscita una cuestión en torno a la tesis de la Corte Suprema de Justicia sobre la “discapacidad relevante” para el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada.

Es posible inferir que lo importante en la estabilidad laboral no es la nivelación de la relación capital-trabajo. De lo que se trata es de identificar los incumplimientos que el empleador, las entidades de la Seguridad Social y el Estado siguen presentando en los procesos de rehabilitación y reintegro laboral del trabajador afectado en su salud por el trabajo, que se reflejan en los fenómenos de absentismo y presentismo laboral, para que la solución al conflicto se desarrolle desde el contexto específico en el que nace y no desde el simple análisis económico del derecho laboral. La ineficacia de los procesos del SGSYST en la empresa hace que el trabajador, cuando regresa al trabajo, se encuentre en riesgo de despido. A continuación veremos las razones de esto.

416

El despido por la no prestación del servicio del trabajador después de la rehabilitación y reintegro laboral

El proceso de rehabilitación y reintegro del trabajador después de la IT, es probablemente el conflicto más complejo que enfrenta el principio de estabilidad laboral en el derecho laboral, porque la legislación en esta área del derecho se apropió de los conceptos de la Seguridad Social. El proceso de diálogo entre la medicina y el derecho ha sido tan difícil como el de este y la filosofía. La medicina acude al transcurso del tiempo para que el trabajador recupere la salud antes de regresar al trabajo. El derecho laboral se rige por los términos perentorios, esperando que, al cumplirse, se regrese al cumplimiento del objeto contractual o, caso contrario, se resuelva la relación definitivamente (Martínez-Gijón Machuca, 2017, pág. 25).

La diferencia entre los conceptos asumidos sobre la IT por el Derecho Laboral y la Seguridad Social es presentada por el profesor Miguel Ángel Martínez, quien indica que, para el primero, el análisis de la IT está ceñido al puesto de trabajo concreto por el cual se contrató

al trabajador que parece no poder continuar en este; y para la segunda, la IT se enfoca en la capacidad laboral general del trabajador, en su disminución por causa del accidente o la enfermedad, que llevan a que el trabajador retorne al trabajo o se invalide, dependiendo de los valores porcentuales que se asignen después de la rehabilitación. En criterio de la Corte Suprema de Justicia, el trabajador puede reclamar en su favor la garantía de la “estabilidad laboral reforzada” cuando se ajusta a los rangos de clasificación de la incapacidad permanente parcial, pero cuando queda por fuera de dichos rangos se expone al despido. En el apartado siguiente desarrollaremos estos niveles de clasificación, ahora nos ocuparemos del despido.

El despido es el evento que señala la interrupción laboral transitoria o permanente de una persona para desarrollar el oficio o actividad profesional que venía realizando. El despido puede fundamentarse en el desempeño insatisfactorio, en la conducta deficiente, en el bajo nivel de calificación, en el cambio de requisitos para el empleo o en la eliminación de este (López, 2007, pág. 169). En los regímenes laborales de cada país se describen estos eventos como justas causas para la terminación del contrato de trabajo¹⁵². Como indicamos anteriormente, la justa causa para el despido del trabajador después de 180 días de IT – descrita en el numeral A.15 del artículo 62 de la norma laboral–, fue declarada válida y ajustada a la Constitución Política por la Corte Constitucional en las sentencias C-079 de 1996 y C-200 de 2015, siempre que el empleador demuestre que el despido no se fundamenta en las condiciones de salud del trabajador. El análisis de esta causal se amplía mediante la correlación del desarrollo doctrinario y jurisprudencial que España ha tenido sobre el despido del trabajador en estado de IT de larga duración o con pérdida de capacidad laboral inferior al estado de invalidez.

¹⁵² En el Código Sustantivo del Trabajo en Colombia, las justas causas para terminar el contrato de trabajo se dividen en las causas derivadas directamente del contrato (artículo 61), en las alegadas por el empleador y las que puede alegar el trabajador (artículo 62), y en las que se sustentan en la condición resolutoria de los contratos con el reconocimiento de una indemnización al trabajador por parte del empleados (art 64) (Congreso de la República, 2016).

Iniciamos por la consideración de la profesora Noemí Serrano Argüello¹⁵³, respecto a los derechos al trabajo, la protección de la salud y la seguridad social. Aquí se llama la atención a la denominación de “Derechos”, con mayúscula, como reconocimiento a que hacen parte de los Derechos Humanos, que son dignos de protección, amparo y tutela por parte de los juzgadores (Serrano Argüello, 2008, pág. 3). En la legislación de Francia estos derechos son especialmente protegidos cuando el trabajador cae en enfermedad, con la garantía de la continuidad de la relación laboral; mientras en la legislación holandesa las enfermedades crónicas tienen prohibición de despido al trabajador que la padece. En España, como en Colombia, la enfermedad y el estado de IT en sí mismos no son tratados como causa de discriminación, ni en la Constitución Política ni en las normas laborales. Contrario sensu, la discapacidad sí tiene mención en estas normas de los dos países. En España con la Directiva 2000/78/CE, que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. La justicia interna consideró que en los casos referidos al despido del trabajador enfermo o en IT de larga duración, este tendría el efecto de la improcedencia legal mas no de nulidad¹⁵⁴, en tanto la condición personal de la enfermedad o IT no es relevante como motivo de discriminación legalmente protegido.

En los dos países, frente al despido del trabajador enfermo o en IT de larga duración, la decisión extintiva del contrato de trabajo se sustenta por los empleadores en la falta de rentabilidad del contrato, en el bajo rendimiento del trabajador que regresa de la IT o en la imposibilidad del empleador de mantener al trabajador en la empresa. Causas que no se califican como discriminatorias según lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución

¹⁵³ La profesora Noemí Serrano Argüello es Doctora en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de Valladolid-España. Me permitió, en la estancia de investigación en 2018, compartir con los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, los conceptos desarrollados por la justicia española y de la Comunidad Europea sobre el despido del trabajador enfermo vs. las decisiones de la justicia en Colombia, encontrando que Colombia necesita ampliar los criterios de discriminación en el trabajo, para proteger al trabajador enfermo ante la decisión de despido.

¹⁵⁴ En los pronunciamientos judiciales del Tribunal Supremo de España, la improcedencia del despido implica que en la decisión del empleador no se identifica una causa de discriminación legalmente protegida aunque la causal del despido no se haya probado. Bajo esta calificación el trabajador recibe el pago de la indemnización por despido. La nulidad por el contrario establece la comprobación de la decisión de despido del trabajador por una causa discriminatoria, cuyo efecto es el reingreso al trabajo con el pago de las prestaciones dejadas de recibir durante el despido. Ver Sentencia STSJ de Castilla y León -Valladolid- de 16 de marzo de 1998.

española y 13 de la Constitución colombiana. Las razones que alega el empleador para justificar la terminación del contrato de trabajo, en la realidad son decisiones de conveniencia empresarial para romper el contrato por la falta de rentabilidad que provoca el trabajador afectado en la salud (Serrano Argüello, 2008, pág. 7).

Nos unimos a la acción que la profesora Serrano reclama de la justicia en España, para formularla al Ministerio del Trabajo y a la justicia en Colombia, de exigir al empresario que acredite el real perjuicio económico y éste se valore en términos de proporcionalidad ante la opción del despido del trabajador (Serrano Argüello, 2008, pág. 9). Acto que, sopesando las condiciones de las dos partes, permitiría que el trabajador enfermo casi siempre tuviera más opciones de protección. Es lamentable que, aunque se escuche el reclamo, el efecto del despido en España como improcedente y de Colombia como injusto beneficia al empleador, quien recibe como sanción el pago de una indemnización económica al trabajador, pero consigue el propósito de retirarlo de la empresa.

Hay condiciones de salud que están blindadas legalmente frente al despido, bajo la sanción jurídica de nulidad en Colombia y en España, como el estado de embarazo, la lactancia o el padecer VIH, que tienen clara apreciación discriminatoria en la decisión del despido. Así lo expresan las legislaciones actuales¹⁵⁵, pero es necesario ampliar el efecto de nulidad a las múltiples condiciones que afectan la salud de los trabajadores, máxime cuando la causa deviene de la negación del empleador de cumplir con las acciones de promoción de la salud y prevención de la enfermedad, ya mencionadas. Seguir diferenciando las condiciones de salud que tienen protección de nulidad contra el despido de las que no lo tienen, es negar la formación histórica de la protección de las enfermedades de los trabajadores sin importar su origen laboral o común, es volver a construir la historia de la protección social y de la seguridad social, retrocediendo casi 100 años (Serrano Argüello, 2008, pág. 13).

419

¹⁵⁵ El despido por enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia tiene el efecto de nulidad en beneficio de la trabajadora, con el artículo 55.5 del ET de España y en Colombia con el artículo 241 del CST, que reconoce el mismo efecto.

Estas reflexiones sobre el efecto jurídico del despido en Colombia y España, pueden profundizarse respecto de la clasificación de los actos que tienen la categoría de discriminatorios, cuya sanción es la nulidad en el despido en España y los países de la Unión Europea. La discriminación de las personas en el trabajo puede darse de forma directa cuando el trabajador en condición de discapacidad es despedido por encontrarse en este estado y no existe otra razón relacionada con las condiciones del trabajo. Esta forma de discriminación no admite justificación alguna y se sanciona con rigidez. Ahora bien, la discriminación puede ser indirecta cuando se identifica una norma, criterio o práctica que parecen neutras, pero que dejan en desventaja a personas en condición de discapacidad (Rodríguez Sanz de Galdeano, 2014, pág. 99).

Es en esta categoría de la discriminación indirecta, que la doctrina española ha empezado a pronunciarse en tres sentidos. El primero refiere que el derecho a la *no discriminación*, detallado en la Directiva 2000/78, cierra las puertas a cualquier trato diferente basado en una condición particularmente sensible de las personas, salvo que sea con efectos positivos, más aceptables para compensar la situación de debilidad manifiesta; así, la discriminación negativa está siempre proscrita y puede invocarse la protección de manera directa. Este derecho debe diferenciarse del derecho a la igualdad, que admite tratos diferentes entendiendo que todas las personas son iguales ante la ley, de manera que el trato diferente puede justificarse objetivamente, requiriendo de la valoración en el caso concreto (Moreno Gené, 2018, pág. 138). El segundo señala que el estado de IT de larga duración por causa de enfermedad o accidente es un concepto próximo a la discapacidad, con lo cual los trabajadores que se encuentran en estas condiciones hacen parte del vasto grupo de la discapacidad. Los conceptos de IT y ATEL deben ampliarse a interpretaciones futuras ajustadas a la extensión de la Directiva sobre discriminación, que refiere a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” por estar siendo motivo de segregación social¹⁵⁶

¹⁵⁶ En la Comunidad Europea los conceptos de enfermedad y discapacidad han sido estudiados por la justicia ante la aparición del conflicto jurídico de ser los trabajadores, en la primera condición, acreedores de la protección establecida en la Directiva 2000/78 que protege de todo acto discriminatorio a las personas en condición de discapacidad. Al respecto ver: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del 11 de julio de 2006 asunto Chacón Navas; Sentencia del Tribunal Constitucional de España STC 62/2008;

(Areta, y otros, 2009, pág. 163). El tercero une los dos anteriores para indicar que los trabajadores que se encuentran en IT de larga duración o que padecen enfermedades de larga duración hacen parte de las amplias consideraciones de la discapacidad y, en consecuencia, el despido debe calificarse como nulo por tener la categoría de acto discriminatorio prohibido en la Directiva 2000/78 (Moreno Gené, 2018, pág. 132).

Estas reflexiones pueden profundizarse desde la perspectiva filosófica que hemos utilizado en nuestra investigación. Se propone una reflexión general sobre el papel de la justicia en la unificación de los elementos trídicos del derecho laboral. En España y los países de la Unión Europea la justicia es un actor que supera la tesis weberiana según la cual el poder es legítimo cuando cumple las formas jurídicas, teoría que reduce el elemento legitimidad del Derecho a un proceso de racionamiento jurídico-legalidad-decisión y deja por fuera la eficacia. En la Sentencia STSJ del País Vasco de 19 de diciembre de 2017, aunque no se concedió la nulidad del despido solicitado por la trabajadora y mantuvo la decisión de improcedencia, se abrió el camino a la configuración de la IT y enfermedades de larga duración como formas de discapacidad que puede ser objeto de actos discriminatorios por dicha causa. En la sentencia se indicó:

Llegados a este punto, a criterio de la sala, es necesario fijar un punto de delimitación del contorno de la discriminación desde el que bascule la calificación del despido por causa de una voluntad ajena a la contingencia -IT- o por causa de ella. Este factor delimitativo, sin embargo, no puede enervar la posibilidad de una discriminación objetiva, no en vano, cuando concurren todos los datos de conocimiento de la IT, a saber, durabilidad y limitación de la situación de la trabajadora, resulta difícil pensar que el empleador quede ajeno a una discriminación activa y directa. En este caso, procede una carga invertida de la prueba, donde el empleador acredite que su decisión extintiva está al margen de todo ello. En otros términos, los parámetros objetivos obligan, según el tribunal, a que el empresario muestre que su conducta es ajena a cualquier discriminación por la IT. (Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, 2017)

Una vez fijados los criterios sobre el absentismo y el presentismo, el despido del trabajador afectado por su salud por causas del trabajo en IT de larga duración, es fácilmente apreciable como un acto de discriminación y de segregación hacia quienes pertenecen a este grupo o

Sentencia STJUE de febrero de 2018 asunto Ruiz Conejero; Sentencia STSJ 2272 de Asturias de 14 de noviembre de 2017; y Sentencia STSJ 2933 de Galicia del 19 de octubre de 2017.

categoría social. Y ello redundaría en la lesión de los principios de dignidad y estabilidad laboral, razones que desvirtúan los alegatos de falta de rentabilidad de la empresa e imposibilidad de mantener el contrato de trabajo, conductas reprochables sin sanción.

En consecuencia, la pregunta que se suscita al finalizar este apartado es ¿si tras la identificación de las infracciones en la promoción de la salud y la prevención del ATEL por todos los actores de la relación laboral es legítimo y eficaz, seguir profiriendo actos administrativos, leyes y sentencias que clasifiquen el estado de salud de los trabajadores para dividirlos entre los que merecen protección laboral y los que pueden ser despedidos? La respuesta es negativa. El despido de los trabajadores enfermos por el trabajo no puede seguir dependiendo de los requisitos que la Corte Suprema de Justicia en Colombia describe como necesarios para ser beneficiados de la estabilidad laboral por encontrarse en la llamada “discapacidad relevante” cuando, en los términos científicos que hemos desarrollado, ni la estabilidad laboral es una garantía de creación judicial, ni la discapacidad se divide en relevante y no relevante. Todas estas son creaciones para salvaguardar la decisión económica y poco social del despido, que discrimina al trabajador por una causa que no depende de su voluntad, ni puede cambiar, ni puede remediar: su salud afectada por el trabajo.

422

El balance del estado de incapacidad médica temporal y la enfermedad de larga duración, desde los procesos establecidos en las normas del Sistema de Seguridad Social, no es positivo. Esto se debe a que los indicadores y tasas presentadas, respecto a los trabajadores enfermos y muertos en el trabajo, no disminuyen a pesar del aumento del número de afiliados al Sistema General de Riesgos Laborales. Los procesos de rehabilitación, reincorporación, reintegro y readaptación después de la incapacidad temporal, siendo fundamentales para el regreso al trabajo y para dar continuidad al acuerdo contractual, son obligaciones eludidas por el empleador. Elusión que termina afectando el principio de estabilidad laboral, con la ocurrencia de fenómenos como el absentismo y el presentismo laboral, analizados desde los niveles considerables de disminución de la producción en la empresa, pero no desde las omisiones y preterintenciones del empleador para con el trabajador.

Actores como el empleador y el Estado a través del Ministerio del Trabajo, siguen endilgando la culpa de estos niveles al trabajador. Pretenden disminuir la ocurrencia con sanciones

económicas y disciplinarias hasta lograr el despido. Aquí se advierte el tránsito de la *estabilidad laboral*, como principio regulador de la relación contractual, a la *estabilidad laboral reforzada*, como garantía judicial reclamada a ruego por los trabajadores al juez, como único salvador de los riesgos que genera el despido: la infelicidad, la inseguridad social, la pobreza y la muerte.

En el siguiente apartado revisaremos el proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral que debe seguir el trabajador después de superar la IT y los efectos jurídicos, económicos y sociales que generan los niveles de calificación descritos en las normas vigentes.

4.2. Revisión de las normas, baremos, enfoques y modelos para la determinación de la pérdida de capacidad laboral desde los elementos validez, legitimidad y eficacia del Derecho Laboral y la Seguridad Social

La estructura política del Estado Colombiano cambia con la Constitución de 1991, se generan modificaciones en las normas del Derecho Laboral y de la Seguridad Social. En el título de los derechos fundamentales se describe la obligación de adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración social de las personas en alguna condición de discapacidad¹⁵⁷. Así mismo, se describe como servicio público la seguridad social, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y se establece que puede ser prestada por entidades públicas y privadas¹⁵⁸. Dentro de los servicios a prestar se encuentra el reconocimiento de la pensión de invalidez, figura jurídica que tiene relación histórico-legal con las relaciones laborales. La determinación del estado de invalidez del trabajador requiere de los procesos y procedimientos médicos que inician con la condición de incapacidad médica temporal, y siguen con la rehabilitación, para llegar a la calificación del grado de

¹⁵⁷ Ver artículo 47 de la Constitución Política de Colombia.

¹⁵⁸ Ver artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.

pérdida de capacidad laboral que define la prestación que se debe reconocer al trabajador afectado.

Desde la Ley 100 de 1993, se combinan las obligaciones entre el Estado, los empleadores, los trabajadores y las administradoras del Sistema de Seguridad Social, para el reconocimiento de las prestaciones económicas derivadas del estado de salud de los trabajadores. Si en aras de la complejidad del conflicto en estudio, se admite un argumento más, se puede afirmar que las relaciones laborales y de la seguridad social están intrínsecamente ligadas. Las primeras se rigen por el principio de estabilidad laboral para conservar el negocio jurídico, esto es el contrato de trabajo, en tanto la segunda –derivada de la previsión social–, obedece al principio de sustitución de las rentas dejadas de percibir por el trabajador hasta recuperar la salud o la terminación de la relación laboral (Martínez-Gijón Machuca, 2017, pág. 54). Esta unión deriva de la relación autopoiética del derecho como sistema social, según la teoría de Luhmann.

La autopoiesis de Luhmann consiste en la reproducción y regulación del sistema desde sí mismo. El carácter funcional de las normas le confiere al derecho la legitimidad procedimental que le permite diferenciarse de la política y la moral con respaldo de la dogmática jurídica. El elemento validez es versátil, articula la legitimidad y eficacia en la norma como fuente del derecho establecido por el positivismo de Kelsen, pero se diferencia en la reducción de complejidad social (Mejía Quintana, 2013, pág. 185). El sistema social es hipercomplejo, se compone de subsistemas donde se encuentra el jurídico y dentro de este el subsistema del Derecho Laboral, articulado con el de la Seguridad Social. Cuando un subsistema cambia, todos los demás lo hacen para adaptarse o adecuarse a la nueva complejidad, buscando siempre reducirla por medio de procesos informados que permiten identificar la nueva situación. Estos subsistemas –el Derecho Laboral y la Seguridad Social– incluyen, dentro de sus funciones, generar expectativas sociales congruentes con la realidad por medio de la norma. La eficacia se presenta cuando las normas se integran para transformar la complejidad indeterminada del proceso en complejidad determinada, para institucionalizarlo en la sociedad y permitir su evolución.

Así mismo, la eficacia del sistema se verifica cuando se cumplen los términos, procesos y procedimientos establecidos por las normas para dar pronta solución a los conflictos generados y evitar que se repitan, por las mismas condiciones de hecho y derecho, el desacuerdo entre los miembros de la sociedad. En este capítulo desarrollamos los contenidos normativos y las decisiones judiciales que se han emitido, con la intención de que los responsables en el proceso de calificación cumplan con los tiempos establecidos para cada etapa.

Cuando se cumple el término prudencial para recuperar la salud, sin lograrlo, el imperativo legal es dar continuidad al proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral para establecer las condiciones físicas reales del trabajador que se denominaban: i) incapacidad permanente parcial; ii) incapacidad permanente total; iii) incapacidad permanente absoluta; iv) gran invalidez. En cada figura jurídica los galenos debían seguir el baremo vigente para el momento de la calificación de la pérdida de capacidad laboral, que en adelante se reconoce como PCL. El primero de ellos es descrito en el Código Sustantivo del Trabajo, mientras el segundo se genera con la creación del seguro ATEP en 1964. Con la división tripartita del Sistema de Seguridad Social desde la Ley 100 de 1993, el baremo cambia, se emiten normas dentro del sistema siguiendo modelos y enfoques diferentes, hasta la última reforma del Sistema de Riesgos Laborales, publicada en 2012. La regulación de las prestaciones económicas derivadas de las causas comunes y de las causas laborales, sigue las reformas de los baremos.

Con las primeras normas, el proceso de calificación de PCL y el pago de las prestaciones por causas laborales estaban a cargo del empleador, lo cual se conoce como el modelo de prestaciones patronales. Con el seguro ATEP, en 1964, cambia el modelo a prestaciones del seguro social obligatorio. Creado el Sistema de Seguridad Social en 1993, se incorpora a las entidades privadas en la administración del seguro ATEP, permitiendo la subrogación de la responsabilidad objetiva del empleador. Incorporación que, en consideración al desarrollo de esta investigación, es elemento estructural del conflicto en estudio. Los administradores de los recursos económicos históricamente han hecho más difícil y costosa la definición del

estado de capacidad laboral de los trabajadores para ahorrar los costos que las prestaciones generan.

El proceso de calificación de la PCL tiene términos legales perentorios que describimos en los apartados anteriores. La dilación del proceso por parte de los administradores competentes no solo ha gastado la intervención de la justicia para que se cumplan los términos y se defina la situación de salud al trabajador. Además de lo anterior, esta dilación también ha llevado al empleador por el camino del conflicto entre los principios de la estabilidad laboral y la autonomía de la voluntad para dar por terminado el contrato de trabajo. Así, la idea de Weber según la cual el poder del Estado es legítimo cuando su ejercicio está sometido a las formas jurídicas, reduce la legitimidad al simple procedimiento legal normativo, con lo cual deja por fuera la eficacia de la ley y las consideraciones de ser la decisión judicial la materialización de la justicia (Vela Orbegozo, 2015, pág. 187).

El proceso de calificación de la PCL de los trabajadores afiliados al Sistema de Riesgos Laborales advierte dos trámites procesales, el primero administrativo y el segundo judicial. El procedimiento administrativo, que se describe en el Decreto 1352 de 2013¹⁵⁹, comprende tres momentos: la calificación en primera oportunidad, la calificación en primera instancia y la calificación en segunda instancia, así termina el proceso administrativo. Cuando los interesados en la calificación presentan inconformidad con el dictamen final, deben acudir ante el juez ordinario laboral para que mediante proceso judicial determine la validez, legitimidad y eficacia del dictamen proferido por las entidades del Sistema de Seguridad Social.

El dictamen de PCL se describe como el documento que contiene la descripción médico-jurídica del estado de salud del trabajador. El apartado médico sigue el enfoque y el método

¹⁵⁹ El artículo 14 del Decreto 1352 de 2013 indica: “*Funciones exclusivas de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez*. Además de las comunes, son funciones de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, las siguientes: 1. Decidir en primera instancia las controversias sobre las calificaciones en primera oportunidad de origen y la pérdida de la capacidad laboral u ocupacional y su fecha de estructuración, así como la revisión de la pérdida de capacidad laboral y estado de invalidez” (Presidencia de la República, 2013).

de evaluación vigente al momento de la calificación. Se inicia por el enfoque de la invalidez física que, guiado por la evaluación exclusiva de las repercusiones anatómico-funcionales que el daño genera en el trabajador, se limita al análisis biológico de la persona, sin atender aspectos sociales, ocupacionales o económicos (Moreno Angarita, Rubio, & Angarita, 2011, pág. 247).

Se continúa con el enfoque de la invalidez profesional, en el cual, además de atender los elementos anatómico-funcionales de la invalidez física, se incluye la evaluación del daño para desarrollar la actividad profesional en forma habitual. Sigue el modelo de evaluación de la Asociación Médica Americana, que reivindica el reconocimiento de la humanidad y la diversidad de la persona en el entorno social y laboral (Pérez Dalmeda & Chhabra, 2019, pág. 13). Y en la actualidad el análisis se realiza con el enfoque de la incapacidad general de la ganancia, que propone cambiar el concepto de “capacidad” para darle paso a la “dignidad”, y establecer los modos particulares, diversos y heterogéneos de las personas como seres humanos que pueden desempeñar en formas diversas los trabajos y no limitarse a la pérdida de condiciones físicas (Pérez Dalmeda & Chhabra, 2019, pág. 21).

Según el método que cada enfoque establece para la determinación matemática del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, se fijan los reconocimientos económicos a que tiene derecho el trabajador afectado. Parecería razonable entender que los enfoques médicos para la calificación avanzan con los cambios de visión social de la discapacidad. La medición de la incapacidad supera los conceptos físicos e incluye los conceptos ocupacionales, laborales y sociales, que hacen parte de la visión holística del ser humano. El modelo híbrido, entre la inclusión de otros factores objeto de calificación y la eliminación de estados de incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez con reconocimientos económicos de larga duración antes de la declaratoria de invalidez desde el año 1994 en Colombia, es poco razonable, cuando en países como España los cambios de enfoque no han generado la eliminación de estas prestaciones. Recordemos que en la actualidad los trabajadores con PCL entre el 15% y el 49% hacen parte del grupo de los casos en conflicto por la estabilidad laboral reforzada por ATEL; y que su condición ha sido el motor de las reformas legislativas, administrativas y judiciales, que han ido situando al trabajador en la

relación laboral como el verdugo del empleador, por generarle costos adicionales en el desarrollo de su actividad económica.

Revisaremos los cambios normativos del baremo, las competencias para calificar la PCL del trabajador afectado por el ATEL, los cambios médico-jurídicos y judiciales del proceso de calificación y los enfoques y modelos en Colombia y su correlación con los mismos procesos realizados en España. Esta revisión tiene como finalidad atender otro elemento que permita resolver la discrepancia de conceptos alrededor del conflicto de la estabilidad laboral reforzada, por la confusa validez del derecho ante las reformas, derogatorias y subrogaciones normativas. Así mismo, estos aspectos permiten comprender la escasa legitimidad actual, ocasionada por la inexistente participación de los interesados en el proceso de aprobación de las reformas y de las decisiones administrativas del Ministerio del Trabajo. Reformas y decisiones que han sido soportadas en estudios y estadísticas realizadas por entidades privadas, que a su vez han sido sancionadas por la justicia a causa del desconocimiento de los derechos laborales de los trabajadores en el país. Todo lo cual converge con la ambigua eficacia de las decisiones judiciales, que siguen sin diferenciar los principios de las reglas para declarar inexequibles las normas objeto de revisión, con el tamiz de la coherencia constitucional.

428

4.2.1. Revisión de las delimitaciones normativas del baremo y las competencias para la calificación de la pérdida de capacidad laboral: cambios normativos con confusa validez, escasa legitimidad y ambigua eficacia

La existencia de normativa referida a la promoción de la salud y la prevención del ATEL no es garantía de tener empresas que realicen estas acciones de modo integral y adecuado. La mayoría de procesos productivos tienen riesgos que no pueden neutralizarse en forma total, aún después del uso de la ciencia y la tecnología. Lo indicado en los apartados anteriores se concibe desde el deber de seguridad y salud en el trabajo, por parte del empleador, para evitar al máximo la afectación de la salud de los trabajadores, sin que el cumplimiento sea “absoluto”, condición imposible desde el punto de vista jurídico. Pero las empresas se han

pasado al extremo de cumplir lo “mínimo” que las normas internas describen para habilitarse, con mayor interés por las normas internacionales que expiden certificados de calidad. En ambos casos las acciones se orientan a la seguridad de la ganancia económica y no de la seguridad de la salud.

“La eficacia”, como uno de los elementos triádicos del derecho, trasciende la simple creación del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo (SGSYST), para concretar el deber de diligencia y una actitud de compromiso en la garantía del máximo nivel de seguridad que puede brindar la empresa, para superar el fenómeno de cumplimiento formal de las normas (Luna García & Colmenares Mejía, 2015, pág. 117).

El deber de diligencia incluye todos los procesos y procedimientos normativos existentes en el Sistema de Riesgos Laborales, iniciando con la promoción de la salud y la prevención del ATEL, la atención del evento generador del daño, el estado de incapacidad temporal, el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral que determina el porcentaje para el acceso de la pensión de invalidez o el reconocimiento de la indemnización por el estado de incapacidad permanente parcial del trabajador.

En este sentido, presentamos los cambios normativos en el baremo del proceso médico-administrativo denominado “Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral”, establecido para los trabajadores afectados en la salud por el trabajo, que también deben seguir los afectados por causas comunes. Una vez superada la IT con los procesos de rehabilitación, reintegro, readaptación y reubicación o encontrándose en IT de larga duración, se cumplen los tiempos máximos de esta figura y el médico tratante expide el certificado de mejoría médica máxima definida.

El proceso de calificación de la PCL inicia cuando el trabajador pierde o disminuye la aptitud para el trabajo como consecuencia de una alteración anatómica, funcional o psicológica del cuerpo humano (De la Cueva, 1997, pág. 162); y debe definir las condiciones finales que le permitan acceder a la pensión de invalidez si alcanza los valores y requisitos para su reconocimiento, momento que resuelve los problemas derivados del trabajo. El proceso tiene énfasis en el trabajador, no en el individuo, por ello se denomina “capacidad laboral”, ya que

el sistema capitalista requiere cuidar el capital humano (Castillo & Ruzafa, 2009, pág. 45). De esta manera, no se detiene en las “capacidades restantes”, que se centran en la persona, en las capacidades conservadas y las facultades existentes para continuar prestando el servicio (Moreno Angarita, Rubio, & Angarita, 2011, pág. 225).

La cuestión litigiosa, durante y al finalizar la IT, se presenta por la dilación del proceso de calificación entre las entidades competentes para hacerlo, que llevan al empleador –con arreglo a las circunstancias del caso concreto– a terminar el contrato de trabajo. Entre las causas de retraso se encuentran la demora en el reintegro laboral, la extensión de la IT por más tiempo del inicialmente previsto, las recaídas del trabajador, la mora en los procesos terapéuticos y la renuncia motivada del trabajador (Rodríguez Santos, 2018, pág. 2), acompañadas de cambios normativos que presentamos desde los elementos tríadicos del derecho.

Cambios normativos del baremo en el proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral: entre la confusa validez y la escasa legitimidad

430

El profesor Bernardo Vela Orbegozo indica que “las instituciones son transformadoras de la realidad solo cuando hay una democracia fortalecida, esto es, cuando hay diálogos que propician saberes sociales que de manera permanente legitiman los logros institucionales y exigen su aplicación” (Vela Orbegozo, 2015, pág. 273). En los cambios normativos del Derecho Laboral y la Seguridad Social, las instituciones creadas para administrar el Sistema General de Seguridad Social transformaron la realidad de la salud en el trabajo, pero sin propiciar diálogo ni saberes sociales, es decir no reflejan la legitimidad institucional del sistema.

El conflicto de validez que se presenta ante tantas y frecuentes reformas legales orientadas al cambio de procesos, procedimientos, administradores y reconocimientos económicos, ha generado disminución de los derechos prestacionales de los afiliados a los tres sistemas. Estos cambios se han mostrado ineficaces para la relación laboral, que entra en conflicto desde la ocurrencia del ATEL. Se desconoce el principio de estabilidad laboral y se acude al despido

por los largos periodos de IT del trabajador, sin la resolución de su estado de salud y, en el peor de los casos, con una calificación que no le permite acceder a la pensión de invalidez y debe regresar al trabajo, afectado en su salud.

El baremo para establecer los daños derivados de los accidentes y las enfermedades ha tenido sucesivos cambios normativos, que generan confusión en los trabajadores, por cuanto los regímenes reconocidos en la Ley 100 de 1993 –exceptuados los de Ecopetrol, el Magisterio y las Fuerzas Armadas de Colombia–, siguen aplicando normas derogadas. Y lo propio sucede con los ciudadanos que, sin ser trabajadores, buscan subsidios económicos del sistema de protección social del Estado, pues para ser beneficiados deben someterse al proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral con la norma vigente al momento de reclamación del subsidio o beneficio económico que se busca.

Todos los baremos se han construido sobre las condiciones que llevan a las personas al estado de invalidez. En la Ley 100 de 1993, se conservó este criterio, en cuyo artículo 38 se determina que para el reconocimiento de la pensión de invalidez por origen común, es necesario tener el 50% de pérdida de capacidad laboral. El artículo señala:

ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral. (Congreso de la República, 1993)

El Sistema General de Riesgos Laborales, creado con el Decreto Ley 1295 de 1994, reconoce la pensión por invalidez a los trabajadores afectados por el ATEL, indicando en el artículo 46:

ARTÍCULO 46. Para los efectos del presente decreto, se considera inválida la persona que por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral. (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994)

Cuando finaliza el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, reconociendo al trabajador-afiliado un porcentaje menor al 50% de PCL, las normas existentes antes de la Ley 100 de 1993 reconocían otras prestaciones económicas, que parecían resolver el problema de ser el trabajador apto pero inepto para el trabajo asignado, entre ellas la pensión parcial por incapacidad permanente parcial, descrita en el decreto 3170 de 1964. Esta figura

jurídica y los cambios normativos referidos a los reconocimientos económicos perdidos para los trabajadores, serán analizados en detalle en el siguiente apartado, desde la eficacia del derecho.

Continuando con el análisis desde la validez de las normas para el proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, estableció que el proceso debe adelantarse conforme el Manual Único de Calificación de Invalidez, expedido por el Gobierno Nacional tanto para las prestaciones del Sistema General de Pensiones como para el Sistema General de Riesgos laborales¹⁶⁰. El contenido inicial del artículo 41 era el siguiente:

ARTÍCULO 41. Calificación del Estado de Invalidez. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de la invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, que deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de la capacidad laboral. (Congreso de la República, 1993)

Para cumplir con el procedimiento normativo establecido, era necesaria la expedición del Manual Único de Calificación de Invalidez –en adelante reconocido con la sigla MUCI–, como herramienta de dirección en la calificación de la pérdida de capacidad laboral y de la invalidez. Por medio del Decreto 1836 de 1994 (Presidencia de la República, 1994c) se estableció la tabla única de incapacidades, basada en los baremos de las deficiencias, con fundamento en el método clínico. Este decreto es derogado por el Decreto 692 de 1995, que intenta superar la teoría médica del daño, implementando el concepto de calificación integral basada en la Clasificación Internacional de Deficiencia, Discapacidad y Minusvalía (DIDDM) para determinar el estado de discapacidad. El proceso describe tres variables a calificar: 1) deficiencia; 2) discapacidad; 3) minusvalía, otorgando valores más altos dentro del baremo al daño orgánico en la deficiencia (Moreno Angarita, Rubio, & Angarita, 2011, pág. 39) que en atención a los cambios en la interpretación internacional, ya descrita, sobre

432

¹⁶⁰ En el artículo 47 del Decreto ley 1295 se establece: “ARTICULO 47. CALIFICACION DE INVALIDEZ. La calificación de invalidez y su origen, así como el origen de la enfermedad o de la muerte, será determinada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 41, 42 y siguientes de la Ley 100 de 1993, y sus reglamentos. No obstante lo anterior, en cualquier tiempo, la calificación de la invalidez podrá revisarse a solicitud de la entidad administradora de riesgos profesionales” (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994).

la “discapacidad”. Puede reconocerse la validez en los criterios de calificación integral de invalidez y valores que estableció el artículo 3 del mencionado decreto, así:

ARTICULO 3o. CRITERIOS PARA LA CALIFICACION INTEGRAL DE INVALIDEZ. Se tendrán en cuenta para la calificación integral de la invalidez los componentes funcionales biológico, psíquico y social del ser humano, entendidos en términos de las consecuencias de la enfermedad o del accidente, y definidos de la siguiente manera:

1- DEFICIENCIA.

Se entiende por deficiencia, toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, incluidos los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano.

2- DISCAPACIDAD. Se entiende por Discapacidad toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producida por una deficiencia, y se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño y comportamiento en una actividad normal o rutinaria, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, y progresivos o regresivos. Representa la objetivación de la deficiencia y por tanto refleja alteraciones a nivel de la persona.

3- MINUSVALIA. Se entiende por Minusvalía toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que lo limita o impide para el desempeño de un rol, que es normal en su caso en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece.

Representa la socialización de la deficiencia y su discapacidad por cuanto refleja las consecuencias culturales, sociales, económicas, ambientales y ocupacionales, que para el individuo se derivan de la presencia de las mismas y alteran su entorno.

Distribución porcentual de los criterios para la calificación total de la invalidez

Para calificar la invalidez, se debe otorgar un puntaje a cada uno de los componentes descritos en el artículo anterior, cuya sumatoria equivale al 100% del total de la pérdida de la capacidad laboral, dentro de los siguientes rangos máximos de puntaje:

Deficiencia 50%

Discapacidad 20%

Minusvalía 30%

Total 100% (Presidencia de la República, 1995a)

La formalización del proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, debe reflejarse en el diligenciamiento del formulario de calificación cuyo contenido básico se describió en el artículo 6 del Decreto 692 de 1995 entre ellos los datos personales, los datos laborales, el perfil laboral u ocupacional, el motivo de remisión, asistentes a la audiencia privada,

dictamen, determinación del origen de, calificación de la invalidez, calificación de la incapacidad permanente parcial, nombre y firma de los integrantes de la junta, nombre firma del trabajador calificado. Este formulario es conocido jurídicamente como “*Dictamen de pérdida de capacidad laboral*”.

Hasta este momento el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral se realiza con el objeto de establecer la existencia o no del estado de invalidez, en cabeza del afiliado al sistema. No se conocen estadísticas de los procesos de calificación realizados con el MUCI del año 1995, cuya estructura se nota válida, basada en la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de la OMS; y sin legitimidad por la inexistente participación de las organizaciones sindicales de trabajadores y de profesionales especializados. Solo contó con los representantes del extinto ISS, de la Federación de Aseguradores Colombianos y de las ARL (Montoya Echeverri & Escobar Pérez, 2012, pág. 87).

Para 1999 se expide el Decreto 917, que deroga el Decreto 692 de 1995. Esta norma amplía el campo de aplicación del contenido del MUCI a los beneficiarios de la Ley 361 de 1997 (Congreso de la República, 1997) y conserva el esquema de calificación de las tres variables, pero inserta en la minusvalía el concepto de “ocupacional”. Según la descripción del artículo 7:

ARTICULO 7o. CRITERIOS PARA LA CALIFICACION INTEGRAL DE INVALIDEZ. Para efecto de la calificación integral de la invalidez se tendrán en cuenta los componentes funcionales biológico, psíquico y social del ser humano, entendidos en términos de las consecuencias de la enfermedad, el accidente o la edad, y definidos de la siguiente manera: (...)

c) MINUSVALÍA: Se entiende por Minusvalía toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que lo limita o impide para el desempeño de un rol, que es normal en su caso en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece. Representa la socialización de la deficiencia y su discapacidad por cuanto refleja las consecuencias culturales, sociales, económicas, ambientales y ocupacionales, que para el individuo se derivan de la presencia de las mismas y alteran su entorno. (Presidencia de la República, 1999)

Para 2011 el 90% de las calificaciones de pérdida de capacidad laboral para la invalidez fueron por origen común, mientras las demás causas se derivaron del origen profesional

(Moreno Angarita, Rubio, & Angarita, 2011, pág. 79). El contenido del MUCI, establecido con el Decreto 917 de 1999, tiene falencias en la legitimidad. El contexto en que se discutió su contenido dio prioridad a la consideración de aplicar un baremo a los sujetos desde el pensar ético y no desde el pensar del derecho y la economía, para evitar el sesgo en la decisión. Se requiere que los médicos que aplican el procedimiento proporcionen a la justicia información sólida y veraz, teniendo presente que las responsabilidades éticas conllevan responsabilidades legales, para que los ciudadanos puedan tener certeza que el resultado de la calificación es congruente con el estado real de su salud y así acceder a los derechos establecidos en el sistema. En la norma descrita se buscó evaluar el impacto funcional del daño físico o mental y la pérdida de los roles de los individuos en el entorno social, pero la forma de evaluación se mostró compleja y de poca importancia para los entes calificadores, en tanto objetivar esos daños generaba mayores reconocimientos económicos a los afiliados (Montoya Echeverri & Escobar Pérez, 2012, pág. 88).

Ahora bien, a través del Ministerio del Trabajo el Gobierno buscó atender las modificaciones de los conceptos internacionales de deficiencia, discapacidad y minusvalía para calificar la pérdida de capacidad laboral de los afiliados al Sistema de Seguridad Social. Se derogó el Decreto 917 de 1999 mediante la expedición del Decreto 1507 de 2014, cuyo epígrafe cambia para establecer que el Manual permite calificar la pérdida de capacidad laboral y ocupacional, y no solo la invalidez como venían estableciendo los decretos anteriores. Con esto se amplía el ámbito de aplicación, descrito en el artículo 2:

ARTÍCULO 2o. ÁMBITO DE APLICACIÓN. El Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional contenido en el presente decreto, se aplica a todos los habitantes del territorio nacional, a los trabajadores de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes y del sector privado en general, independientemente de su tipo de vinculación laboral, clase de ocupación, edad, tipo y origen de discapacidad o condición de afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral, para determinar la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional de cualquier origen. (Ministerio del Trabajo, 2014)

A pesar de la ampliación del ámbito de aplicación de la norma para determinar la PCL de cualquier origen, se encuentra que en el literal 2 del mismo artículo se excluyen las personas que buscan los beneficios establecidos en la Ley 361 de 1997, indicando que:

El presente Manual no se aplica en los casos de: certificación de discapacidad o limitación, cuando se trate de solicitudes para reclamo de subsidio ante Cajas de Compensación Familiar, Fondo de Solidaridad Pensional, Fondo de Solidaridad y Garantía, así como en los casos de solicitudes dirigidas por empleadores o personas que requieran el certificado, con el fin de obtener los beneficios establecidos en las Leyes 361 de 1997 y 1429 de 2010 y demás beneficios que señalen las normas para las personas con discapacidad. Estas certificaciones serán expedidas por las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo o Subsidiado a la cual se encuentre afiliado el interesado, de conformidad con la reglamentación que expida el Ministerio de Salud y Protección Social. (Ministerio del Trabajo, 2014)

El MUCI establecido con el Decreto 917 de 1999 contenía tres libros que describían las deficiencias, las discapacidades y las minusvalías. El baremo cambia con el Decreto 1507 de 2014, que se divide en dos libros: el primero describe la valoración de las deficiencias y el segundo la valoración del rol laboral, del rol ocupacional y de otras áreas ocupacionales. La estructura de la norma parece comprender la legitimidad de incorporar la integralidad del ser humano en los tres elementos –biológico, psíquico y social– y su relación con el ambiente. Así mismo, se ponderan los valores utilizando la fórmula de combinación de valores en la determinación de las deficiencias y las secuelas que estas han dejado en la persona. Pero la metodología para determinar las deficiencias es más compleja en comparación con el MUCI de 1999, porque requiere del examen físico y pruebas diagnósticas para determinar el factor principal y los factores moduladores. El primero es ignorado en muchos casos por el ente calificador y los segundos no siempre están en la historia clínica, generando duda en el resultado final (Valencia Echeverri & Díaz Rodríguez, 2014).

Hasta aquí el desarrollo legislativo del MUCI en el proceso de calificación de PCL, norma que conjuga los aspectos biológicos, psicológicos y socioculturales para realizar la valoración de la PCL de los trabajadores. El Manual permite la interpretación de lo biológico desde las capacidades funcionales, las habilidades adaptativas y las diferentes situaciones de discapacidad en las personas que pueden ser asumidas y valoradas por la sociedad (Moreno Angarita, Rubio, & Angarita, 2011, pág. 294). Desde este análisis, el actual MUCI en Colombia es una norma con validez y legitimidad, pero sin eficacia, porque los responsables de su aplicación no lo conocen y se encuentran en la posición que Bobbio (1990) señaló para los juristas y los filósofos: la medicina laboral es una materia que, a menudo, los médicos no

conocen por falta de amor y que, por su parte, los abogados no aman por falta de conocimiento.

Cambios normativos en las competencias de los entes calificadoros de la PCL: con confusa validez y ambigua eficacia

Es necesario regresar al artículo 41 de la Ley 100 de 1993, pues mediante decisiones administrativas revestidas de validez por los órganos que emiten los decretos –Ministerio del Interior y Ministerio del Trabajo– se ha buscado la reforma del procedimiento para determinar la calificación de la PCL de los afiliados al Sistema de Seguridad Social. En el año 2000 el gobierno busca disminuir trámites administrativos que parecían complejos e innecesarios para los ciudadanos. Emite el Decreto 266 del 22 de febrero de 2000, reformando en el artículo 102 el contenido del artículo 41 en estudio, el cual quedaría así:

Artículo 41. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de la invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, que deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de la capacidad laboral.

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, a las Administradoras de Riesgos Profesionales ARP, a las Compañías de Seguros que asumen el riesgo de invalidez y muerte, a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de las contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación, dentro de los cinco (5) días siguientes a la comunicación, se acudirá a las Juntas de Calificación de Invalidez del orden regional, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de aquellas entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad que el interesado pueda solicitar la calificación por parte de la junta regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.

Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades arriba mencionadas (ARP, aseguradoras o ISS) sea inferior en no más de un 10% a los límites que califican el grado de invalidez y que implican cambios en el monto de la prestación tendrá que acudirse en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la entidad. (Presidencia de la República, 2000)

El Decreto 266 de 2000 fue objeto de revisión constitucional en proceso judicial iniciado por tres ciudadanos que, mediante la acción pública de inconstitucionalidad, solicitaron a la Corte

Constitucional declarar inexecutable algunos artículos de esta norma. El órgano judicial, mediante Sentencia C-1316 de 2000 (Corte Constitucional, 2000c), declaró inexecutable todo el contenido del decreto, por extralimitación de las funciones reguladoras dadas al Presidente de la República por el legislador. Por esta decisión judicial, la reforma al artículo 41 quedó sin efectos jurídicos, esto es, sin validez.

Seguidamente, el contenido del artículo 41 es modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 (Congreso de la República, 2005), con la adición del procedimiento administrativo que deben seguir las entidades del Sistema de Seguridad Social y los ciudadanos para calificar la PCL. La adición normativa fue la siguiente:

Artículo 41. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, vigente a la fecha de calificación, que deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, a las Administradoras de Riesgos Profesionales, ARP, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y a las Entidades Promotoras de Salud, EPS, determinar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de las contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación, dentro de los cinco (5) días siguientes a la manifestación que hiciera sobre su inconformidad, se acudirá a las Juntas de Calificación de Invalidez del orden regional, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de aquellas entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.

Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, ARP o aseguradora) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudir en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la entidad. Estas juntas son organismos de carácter interdisciplinario cuya conformación podrá ser regionalizada y el manejo de sus recursos reglamentado por el Gobierno Nacional de manera equitativa. (Congreso de la República, 2005)

En la norma se adicionan dos párrafos para establecer los criterios administrativos que debían seguirse para la conformación de las Juntas Regionales y Nacional, respecto a la pérdida de capacidad laboral y de invalidez, indicando:

PARÁGRAFO 1o. Para la selección de los miembros de las Juntas Regionales y Nacional de pérdida de la capacidad laboral y de invalidez, el Ministerio de la Protección Social tendrá en cuenta los siguientes criterios:

La selección se hará mediante concurso público y objetivo, cuya convocatoria se deberá hacer con no menos de dos (2) meses de antelación a la fecha del concurso e incluirá los criterios de ponderación con base en los cuales se seleccionará a los miembros de estos organismos. La convocatoria deberá publicarse en medio de amplia difusión nacional.

Dentro de los criterios de ponderación se incluirán aspectos como experiencia profesional mínima de cinco (5) años y un examen escrito de antecedentes académicos sobre el uso del manual de pérdida de capacidad laboral y de invalidez, el cual se realizará a través de una entidad académica de reconocido prestigio.

Los resultados del concurso serán públicos y los miembros de las Juntas serán designados por el Ministro de la Protección Social, comenzando por quienes obtuvieran mayor puntaje.

El proceso de selección de los integrantes de las juntas de calificación de invalidez se financiará con recursos del Fondo de Riesgos Profesionales.

PARÁGRAFO 2o. Las entidades de seguridad social y los miembros de las Juntas Regionales y Nacionales de Invalidez y los profesionales que califiquen serán responsables solidariamente por los dictámenes que produzcan perjuicios a los afiliados o a los Administradores del Sistema de Seguridad Social Integral, cuando este hecho esté plenamente probado. (Congreso de la República, 2005)

La norma estuvo vigente en la forma descrita hasta el año 2012, cuando es modificada por el artículo 142 del Decreto ley 019 de 2012 (Presidencia de la República, 2012), mediante la adición de literales que amplían el término para que los ciudadanos presenten inconformidad al dictamen de PCL emitido, pasando de cinco (5) días a diez (10) días. Así mismo, establece término para que la entidad calificadora remita el expediente a quien corresponda dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término de los interesados; y establece para la Junta Nacional de Calificación el término perentorio de cinco (5) días para resolver el recurso de apelación que se haya interpuesto.

Desde el análisis jurisprudencial que se realizó en la presente investigación, se pudo determinar que –en los procesos adelantados por los trabajadores para reclamar el reconocimiento de la garantía de la “estabilidad laboral reforzada” cuando eran despedidos estando en IT–, los argumentos de defensa de los empleadores se enfocaron en considerar el cumplimiento del término de 180 días en estado de IT, que los habilitaba –de conformidad a la causal descrita en el literal A numeral 15 del artículo 62 del CST–, para terminar el contrato de trabajo. Bajo esta consideración parece que la adición, realizada por el artículo 142 del

Decreto 019 de 2012 al artículo 41 de la Ley 100 de 1993, quiso resolver el conflicto estableciendo que, en los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación, los términos para la calificación de PCL pueden extenderse hasta los 540 días de IT. El contenido de la norma es el siguiente:

Artículo 41. Calificación del Estado de Invalidez. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional. Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, ARP, aseguradora o entidad promotora de salud) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudir en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la respectiva entidad.

Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre

afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

PARÁGRAFO 1. Para la selección de los miembros de las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez, el Ministerio del Trabajo tendrá en cuenta los siguientes criterios:

La selección se hará mediante concurso público y objetivo, cuya convocatoria se deberá hacer con no menos de dos (2) meses de antelación a la fecha del concurso e incluirá los criterios de ponderación con base en los cuales se seleccionará a los miembros de estos organismos. La convocatoria deberá publicarse en un medio de amplia difusión nacional.

Dentro de los criterios de ponderación se incluirán aspectos como experiencia profesional mínima de cinco (5) años y un examen escrito de antecedentes académicos sobre el uso del manual de pérdida de capacidad laboral y de invalidez, el cual se realizará a través de una entidad académica de reconocido prestigio. Los resultados del concurso serán públicos y los miembros de las Juntas serán designados por el Ministro del Trabajo, comenzando por quienes obtuvieran mayor puntaje.

La conformación de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez podrá ser regionalizada y el manejo de sus recursos será reglamentado por el Gobierno Nacional de manera equitativa. El proceso de selección de los integrantes de las juntas de calificación de invalidez se financiará con recursos del Fondo de Riesgos Profesionales.

PARÁGRAFO 2. Las entidades de seguridad social, los miembros de las Juntas Regionales y Nacional de Invalidez y los profesionales que califiquen serán responsables solidariamente por los dictámenes que produzcan perjuicios a los afiliados o a los Administradores del Sistema de Seguridad Social Integral, cuando este hecho esté plenamente probado. (Presidencia de la República, 2012)

441

Con la expedición de la Ley 1562 de 2012 (Congreso de la República, 2012) se adicionan dos literales al artículo 41 de la Ley 100 de 1993, para diferenciar dentro del procedimiento legal de PCL la calificación de primera oportunidad de la calificación en primera instancia. La primera se entiende realizada por la EPS-AFP y ARL, la segunda corresponde a las Juntas Regionales de Calificación, entendiéndose con ello que la segunda instancia se reclama de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. La segunda adición se realiza para establecer que los procesos de calificación de PCL se deben realizar siguiendo el MUCI vigente para la fecha de calificación, en atención a los cambios normativos que hemos descrito. Las adiciones al artículo se publicaron así:

ARTÍCULO 18. Adiciónese un inciso al artículo 142 del Decreto número 19 de 2012. Sin perjuicio de lo establecido en este artículo, respecto de la calificación en primera oportunidad,

corresponde a las Juntas Regionales calificar en primera instancia la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez y determinar su origen.

A la Junta de Calificación Nacional compete la resolución de las controversias que en segunda instancia sean sometidas para su decisión por las Juntas Regionales.

La calificación se realizará con base en el manual único para la calificación de invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, vigente a la fecha de calificación, que deberá contener los criterios técnicos-científicos de evaluación y calificación de pérdida de capacidad laboral porcentual por sistemas ante una deficiencia, discapacidad y minusvalía que hayan generado secuelas como consecuencia de una enfermedad o accidente. (Congreso de la República, 2012)

Respecto a la expresión “minusvalía”, esta fue objeto de análisis por la Corte Constitucional, entidad judicial que, en Sentencia C-458 del 22 de julio de 2015, declaró la exequibilidad condicionada de todos los artículos de las normas que tenían esta expresión, en el entendido que debe ser reemplazada por las expresiones “e invalidez” o “invalidez” (Corte Constitucional, 2015).

En este punto de análisis normativo se suscita una reflexión en torno al incumplimiento de los términos legales establecidos para el proceso de calificación de la PCL de los trabajadores. Es posible inferir que, más que de un fraude de los trabajadores en complicidad con los médicos –como lo indicó el Ministerio del Trabajo para expedir el Decreto 1333 de 2018–, se trata de la desconexión, ignorancia supina y olvido de los administradores del Sistema de Riesgos Laborales, respecto a cumplir con estos términos legales, haciendo *ineficaz la norma* y contribuyendo a la profundización del conflicto entre el empleador y el trabajador.

Ahora bien, establecido el procedimiento para la calificación de la PCL, en los artículos 42 y 43 de la Ley 100 de 1993 se reglamentó la naturaleza, administración y funcionamiento de las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez. El contenido inicial de las normas era el siguiente:

ARTÍCULO 42. JUNTAS REGIONALES DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ. En las capitales de departamento y en aquellas ciudades en las cuales el volumen de afiliados así lo requiera, se conformará una comisión interdisciplinaria que calificará en primera instancia la invalidez y determinará su origen.

Las comisiones estarán compuestas por un número impar de expertos, designados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, quienes actuarán de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional.

Los honorarios de los miembros de la comisión serán pagados por la entidad de previsión o seguridad social o la sociedad administradora a la que esté afiliado el solicitante.

ARTICULO 43. Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Créase la Junta Nacional para la Calificación de los Riesgos de Invalidez con sede en la capital de la República, integrada por un número impar de miembros designados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Esta Junta, que será interdisciplinaria, tiene a su cargo la resolución de las controversias que en segunda instancia sean sometidas para su decisión por las juntas regionales o seccionales respectivas.

Los honorarios de los miembros de la Junta serán pagados, en todo caso por la entidad de previsión o seguridad social correspondiente.

El Gobierno Nacional reglamentará la integración, financiación y funcionamiento de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, de su secretaria técnica y de las juntas regionales o seccionales, el procedimiento de apelación, el manual único para la calificación de la invalidez y demás normas necesarias para su adecuado funcionamiento.

PARAGRAFO. Los miembros de la Junta Nacional y los de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez de que trata el artículo anterior, no tienen el carácter de servidores públicos. (Congreso de la República, 1993)

En vigencia de esta norma, la designación de los miembros de las Juntas correspondía al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, razón por la que fueron objeto de revisión por la Corte Constitucional en Sentencia C-1002 de 2004¹⁶¹. Para reglamentar el funcionamiento administrativo de las Juntas de Calificación de Invalidez, creadas en los artículos 42 y 43 de la Ley 100 de 1993, el gobierno expide el Decreto 1346 de 1994. En el artículo 3 se establecieron las competencias de las entidades del Sistema de Seguridad Social para calificar el estado y origen de la invalidez, la enfermedad o la muerte, así:

443

ARTICULO 3o. DETERMINACION DE LA INVALIDEZ. El estado y origen de la invalidez, así como el origen de la enfermedad o de la muerte, serán determinados:

1. Por el Instituto de Seguros Sociales, las compañías de seguros y las entidades que asuman los riesgos de invalidez y de sobrevivientes, con base en el manual único para la calificación de invalidez expedido por el gobierno nacional.
2. En caso de controversia, y en desarrollo de los artículos 42 y 43 de la Ley 100 de 1993:
 - a. En primera instancia por las juntas regionales de calificación de invalidez de que trata el presente Decreto.

¹⁶¹ En Sentencia C-1002 del 12 de octubre (2004d), la Corte Constitucional resolvió inhibirse en emitir pronunciamiento de fondo respecto de los cargos de la demanda, por ineptitud sustantiva de la misma. Declaró exequibles los artículos 42 y 43, pero determinó que la expresión “y demás normas necesarias para su adecuado funcionamiento”, contenida en el artículo 43, era inexecutable.

b. En segunda instancia por la junta nacional de calificación de invalidez de que trata el presente Decreto.

Las decisiones de las juntas de calificación de invalidez se emitirán con base en el manual único para la calificación de invalidez. (Presidencia de la República, 1994a)

El contenido del Artículo 3 fue demandado en acción de nulidad por un ciudadano al considerar que las compañías de seguros y las ARL no podían tener la competencia para calificar a sus propios afiliados. En Sentencia 11801 el Consejo de Estado resolvió declarar nulo el contenido del numeral 1 del artículo 3 del Decreto 1346 de 1994, indicando que:

(...) no sería lógico conferir una nueva instancia a las entidades eventualmente obligadas al pago de la prestación para que definan el origen de las contingencias, permitiéndoles autocalificar su responsabilidad para pagar o no; recordó además que “según los artículos 42 a 45 de la Ley 100 de 1993, inequívocamente son las Juntas Regionales y la Nacional las que deben determinar la calificación y el origen de la invalidez en primera y segunda instancia, respectivamente. Esto es, que no previó la Ley que pudiera ser la misma entidad que asume el riesgo, la que lo calificara.

(...) y es que la inconveniencia de que esas entidades pudiesen participar en la calificación de la invalidez, es elemental, de bulto, ostensible, pues de alguna manera terminarían siendo juez y parte frente a una misma coyuntura. (Consejo de Estado, 1997)

444

La decisión del Consejo de Estado, desde el elemento eficacia del derecho, buscó hacer la corrección que requiere el Sistema, para que los administradores de los recursos económicos no actuaran para definir el origen del cual depende el reconocimiento de las prestaciones. El análisis de esta decisión, y la inobservancia de su contenido por la expedición del Decreto 1352 de 2013, se analizarán en el apartado siguiente.

En el artículo 43¹⁶² del mismo decreto se estableció un régimen de transición para los procesos de calificación de pérdida de capacidad laboral, que venían en trámite con las entidades existentes antes de las Juntas de Calificación de Invalidez hasta el 31 de agosto de 1994. La falta de previsión, planeación y organización administrativa –que ha caracterizado

¹⁶² El artículo 43 del decreto 1346 de 1994 indicaba: “Régimen de transición. Las solicitudes para la calificación del estado de invalidez y/o su origen, del origen de la enfermedad o de la muerte que a 31 de agosto de 1994 se encuentren en trámite, se regirán por el procedimiento con el cual fueron formuladas. Las solicitudes efectuadas a partir del 1o. de septiembre de 1994 se tramitarán de conformidad con este Decreto. Si para el momento de formular la solicitud no se hubiese organizado la Junta correspondiente, aquélla se tramitará ante la junta constituida en la ciudad que elija el peticionario”. (Presidencia de la República, 1994a).

al gobierno en los procesos de creación y reglamentación de las entidades y sistemas dentro del Sistema de Riesgos Laborales—, generó la ampliación del término establecido para el funcionamiento de las Juntas hasta el 9 de enero de 1995, con el Decreto 2684 de 1994 (Presidencia de la República, 1994b). Por las mismas razones, el término de la transición para entrar en funcionamiento las Juntas de Calificación se amplió hasta el 1 de abril de 1994, con el Decreto 303 de 1995 (Presidencia de la República, 1995b). El Decreto 1346 de 1994 permaneció vigente hasta el 21 de noviembre de 2001, fecha en la que se publicó el Decreto 2463 (Presidencia de la República, 2001), que fue derogado posteriormente con la publicación del Decreto 1352 (Presidencia de la República, 2013). El contenido de los decretos reglamentarios de las Juntas de Calificación será objeto de análisis en el apartado siguiente, donde se detalla el procedimiento para el proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral.

Continuando con las reformas al artículo 42 de la Ley 100 de 1993, después de 8 años de espera del cumplimiento del Congreso de la República a la orden de la Corte Constitucional de reglamentar mediante una ley el Sistema de Riesgos Laborales, se expide la Ley 1562 de 2012, que en el artículo 16 modifica el contenido del artículo 42, así:

Artículo 42. Naturaleza, administración y funcionamiento de las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez. Las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de invalidez son organismos del Sistema de la Seguridad Social del orden nacional, de creación legal, adscritas al Ministerio de Trabajo con personería jurídica, de derecho privado, sin ánimo de lucro, de carácter interdisciplinario, sujetas a revisoría fiscal, con autonomía técnica y científica en los dictámenes periciales, cuyas decisiones son de carácter obligatorio, sin perjuicio de la segunda instancia que corresponde a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, respecto de las regionales y conforme a la reglamentación que determine el Ministerio de Trabajo.

Será conforme a la reglamentación que determine el Ministerio de Trabajo, la integración, administración operativa y financiera, los términos en tiempo y procedimiento para la expedición de dictámenes, funcionamiento y la inspección, vigilancia y control de estos aspectos, así como la regionalización del país para los efectos de funcionamiento de las Juntas, escala de honorarios a sus integrantes, procedimientos operativos y recursos de reposición y apelación.

PARÁGRAFO 1o. Los integrantes de las Juntas Nacional y Regionales de Calificación de Invalidez se registrarán por la presente ley y su reglamentación, *actuarán dentro del respectivo período y, en caso necesario, permanecerán en sus cargos hasta tanto se realice la posesión*

de los nuevos integrantes para el período correspondiente, serán designados de acuerdo a la reglamentación que para el efecto expida el Ministerio del Trabajo.

PARÁGRAFO 2o. Las entidades de seguridad social y los integrantes de las Juntas Regionales y Nacionales de Invalidez y los profesionales que califiquen, serán responsables solidariamente por los dictámenes que produzcan perjuicios a los afiliados o a los Administradores del Sistema de Seguridad Social Integral, cuando este hecho esté plenamente probado.

Es obligación de los diferentes actores de los Sistemas de Seguridad Social en Salud y Riesgos Laborales la entrega oportuna de la información requerida y de la cual se disponga para fundamentar la calificación del origen, entre las entidades competentes para calificar al trabajador.

PARÁGRAFO 3o. El Ministerio de Trabajo deberá organizar dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, la estructura y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez como parte de la estructura del Ministerio de Trabajo. (Congreso de la República, 2012)

El nuevo contenido del artículo 42, reformado por la Ley 1562 de 2012, es objeto de revisión por la Corte Constitucional en Sentencia C-914 de 2013 (Corte Constitucional, 2013c) declarando inexecutable la designación de los miembros de las Juntas por parte del Ministerio del Trabajo, dispuesto en el Parágrafo 1. Por lo demás, el contenido del artículo 42 vigente hasta el momento es el señalado hasta la reforma de la ley 1562 de 2012.

446

Ahora bien, con relación al contenido del artículo 43 de la Ley 100 de 1993, esta norma fue modificada por el artículo 19 de la Ley 1562 de 2012, señalando como nuevo texto el siguiente:

Artículo ~~43~~. Impedimentos, recusaciones y sanciones. ~~Los integrantes principales y suplentes de las Juntas Regionales y Nacional, en número impar serán designados, de acuerdo a la reglamentación que expida el Ministerio de Trabajo.~~ Los integrantes serán particulares que ejercen una función pública en la prestación de dicho servicio y mientras sean parte de las Juntas de Calificación de Invalidez, no podrán tener vinculación alguna, ni realizar actividades relacionadas con la calificación del origen y grado de pérdida de la capacidad laboral o labores administrativas o comerciales en las Entidades Administradoras del Sistema Seguridad Social Integral, ni con sus entidades de dirección, vigilancia y control.

Los integrantes de las Juntas estarán sujetos al régimen de impedimentos y recusaciones aplicables a los Jueces de la República, conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil y su trámite será efectuado de acuerdo con el artículo 30 del Código Contencioso Administrativo y, como a particulares que ejercen funciones públicas, les es aplicable el Código Disciplinario Único.

PARÁGRAFO 1o. Los integrantes de la Junta Nacional y los de las Juntas Regionales de Calificación de invalidez no tienen el carácter de servidores públicos, no devengan salarios, ni

prestaciones sociales y sólo tienen derecho a los honorarios establecidos por el Ministerio de Trabajo.

PARÁGRAFO 2o. Los integrantes de la Junta Nacional y los de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez no podrán permanecer más de dos (2) periodos continuos. (Congreso de la República, 2012)

Las expresiones que se marcan fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional en sentencia C- 914 de 2013, ante la vulneración del elemento validez de la norma, en tanto consideró la Corte que el Congreso de la República difirió la reglamentación de los elementos básicos de la estructura de las Juntas de Calificación de Invalidez al ejecutivo, siendo competencia del legislador.

Hecho el recuento de los cambios normativos dentro del Sistema de Riesgos Laborales para establecer el proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral de los afiliados al sistema, los términos legales para su desarrollo y las instituciones competentes para ello, se concluye que el proceso en el Sistema General de Seguridad Social se ha orientado históricamente hacia la determinación del estado de invalidez de los afiliados, quienes deben alcanzar el 50% de PCL para ser beneficiados con la pensión de invalidez por riesgo común y por riesgo laboral. Cuando no se alcanza el grado de invalidez, el trabajador queda dentro del conflicto de ser en algunos casos apto para regresar al trabajo pero inepto para desarrollarlo, siendo esta condición una causa del despido por parte del empleador.

Este proceso es un acto médico que tiene implicaciones jurídicas en muchos casos desconocidos por los médicos competentes para emitir el dictamen de calificación. El baremo aplicable en el proceso de calificación de PCL se ha cambiado conforme los desarrollos políticos y sociales dentro del Sistema de Seguridad Social desde 1950 hasta hoy, sin permitir la participación de los trabajadores y las organizaciones sindicales. Con esto queda limitada la legitimidad en las normas y en duda la eficacia de las decisiones que se fundamentan en normas con confusa validez ante la múltiples derogatorias, subrogaciones, decaimientos y modificaciones que hacen que el operador jurídico y los trabajadores atiendan en detalle la norma aplicable al caso que se evalúa según el momento de la ocurrencia del ATEL.

El Ejecutivo y el Legislador han proferido normas que establecen términos perentorios para el proceso de calificación de PCL, sin consecuencias legales por el incumplimiento por parte

de las entidades calificadoras. Así como normas con competencias a entidades que están actuando como juez y parte dentro del proceso, en clara contradicción a la orden judicial del Consejo de Estado y a los principios de igualdad y debido proceso que rigen los procesos administrativos en el Estado, y que dejan al trabajador en condición de desventaja.

4.2.2. Los componentes médico-jurídico y judicial del proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral por ATEL desde los elementos triádicos del derecho, siguiendo los conceptos de Luhmann y Habermas

En el Sistema de Seguridad Social, la calificación de la PCL es uno de los procesos de mayor complejidad dentro del propio sistema para todos los actores –empleador, trabajador, médicos tratantes, EPS, ARL y AFP– en atención a los componentes médico, jurídico y judicial que lo integran. En este punto se presenta el proceso de calificación desde la legitimidad y eficacia de cada uno de estos elementos, para continuar identificando los elementos estructurales del conflicto objeto de estudio.

448

El componente médico del proceso de calificación de la PCL: con validez e incomunicada legitimidad

La visión económica del Derecho Laboral y la Seguridad Social asume la calificación desde la pérdida de los ingresos económicos, cuando el proceso es un acto médico con efectos jurídicos, por medio del cual se califica la pérdida del patrimonio biológico de los afiliados al Sistema de Seguridad Social. Dentro de este se describe la pérdida funcional que afecta el trabajo habitual y no se centra en la posible pérdida económica que el resultado del proceso genere al afiliado (Montoya Echeverri & Escobar Pérez, 2012, pág. 85). Los términos *ingresos económicos* y *pérdida de patrimonio biológico* no son equivalentes, haciendo ilegítimo el proceso, por la falta de comunicación entre los actores. La comunicación de los interesados en todo proceso jurídico-normativo es la que permite identificar el contenido legal/ilegal en la norma para los actores y el propio sistema normativo. Se requiere de consenso y legitimidad. El primero se refleja en las decisiones vinculantes que han sido

previamente comunicadas, discutidas y consensuadas por los interesados; el segundo supera las creencias, pues se materializa en los procedimientos establecidos tanto para el derecho como para el sistema político (Mejía Quintana, 2013, pág. 187).

Del análisis atrás realizado sobre la construcción normativa del proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral y el baremo para el procedimiento, siguiendo la teoría de la autopoiesis de Luhmann, se extrae que el sistema creado para este proceso es disfuncional. Las decisiones que se tomaron para establecer el procedimiento que termina con la expedición del dictamen de pérdida de capacidad laboral, como producto final del proceso de calificación de PCL además del conflicto de validez ya expuesto, tienen debilidad en la estrategia comunicativa. Los médicos no reconocen en el acto médico de la calificación el valor jurídico de cada elemento que evalúan o dejan de evaluar; los trabajadores no comprenden los efectos de las respuestas a las preguntas que los médicos hacen durante la revisión, ni dan cuenta de la información que necesita conocer el médico para hacer la calificación integral, lo cual advierten cuando ya se ha expedido el dictamen.

449

El empleador no remite a las entidades calificadoras la información que se requiere y no recibe la sanción legal que esta omisión comporta. Adicionalmente, la norma se aplica a personas que no tienen vínculos laborales, que requieren la calificación para beneficios no laborales pero se les incluye la valoración del rol laboral que afecta el resultado final (Montoya Echeverri & Escobar Pérez, 2012, pág. 87). Las acciones legales/ilegales se combinan en el proceso, afectando la eficacia del dictamen.

Para los médicos, las normas siguen centradas en determinar el estado de invalidez, sin atender que para llegar a este se debe pasar por los estados de incapacidad permanente parcial o incapacidad permanente total, situaciones que en términos cualitativos le impiden al trabajador prestar el servicio habitual por causas somáticas o mentales, sin llegar a ser inválido. En Luhmann, la dogmática jurídica es la dimensión operativa donde el sistema jurídico se valida y auto referencia la legitimidad y la eficacia. La incomprendida dogmática de los cambios en los baremos hace que, para los galenos y profesionales de la salud con funciones de calificadores de la PCL, la validez siga centrada en mediciones cuantitativas de porcentajes para establecer las condiciones de salud y no en valoraciones cualitativas,

dejando sin eficacia el resultado obtenido. Y esta concepción se deriva de los valores cuantitativos que las normas han definido para diferenciar los reconocimientos económicos a cargo del empleador antes de la Ley 100 de 1993, y de la ARL después de esta norma.

Las clasificaciones iniciales se describieron en el Decreto 3170 (Presidencia de la República, 1964b) así: a) estado de incapacidad permanente parcial; b) estado de incapacidad permanente total; c) incapacidad permanente absoluta; d) gran invalidez. Posteriormente, en el Decreto 2463 (Presidencia de la República, 2001) se cambia la clasificación según el grado de severidad de la limitación dentro del proceso de calificación en: i) moderada con calificación de PCL entre el 15% y el 25%; ii) limitación severa mayor del 25% pero inferior al 50%; iii) limitación profunda cuando es igual o mayor del 50%.

Finalmente, en la Ley 776 de 2002 se definen dos condiciones que pueden ser reconocidas al trabajador: 1) la incapacidad permanente parcial con calificación del PCL igual o superior al 5% pero inferior al 50%; y 2) la invalidez con PCL igual o superior al 50%. Sin embargo, los estudios de la valoración médica de la capacidad para desempeñar un oficio determinan que la calificación de la PCL es cualitativa, sin tener relación directa con la pérdida porcentual para la invalidez (Montoya Echeverri & Escobar Pérez, 2012, pág. 87). Cada calificación de PCL tenía una consecuencia jurídica y reconocimiento económico para el trabajador, y a medida que se publicaron las normas descritas, las clasificaciones fueron reducidas hasta desaparecer, sin exposiciones de motivos conocidas.

450

Cuando el trabajador se enfrenta a la ocurrencia del ATEL, la primera decisión es declarar la incapacidad temporal (IT), que suspende la prestación personal del servicio para el empleador y el Sistema de Seguridad Social comienza a dispensar el subsidio por IT (Ministerio de Salud y Protección Social, 2016)¹⁶³. Cumplidos el término de 180 días en IT y expedido el certificado de rehabilitación, inicia el proceso de calificación de PCL. Este acto médico, es el acto que determina la pérdida del patrimonio biológico de los trabajadores, siguiendo los procedimientos establecidos en los baremos contruidos con contenido médico-científico.

¹⁶³ Ver el Parágrafo 1 del artículo 3.2.1.10.

Hasta el momento actual, la validez legal de estas normas ha determinado los mecanismos jurídicos para evaluar las afectaciones en la salud, no solo de los trabajadores, sino también se han utilizado para resolver derechos sociales y económicos.

El MUCI vigente hasta el momento es el Decreto 1507 de 2014 (Ministerio del Trabajo, 2014), construido desde la teoría funcionalista, con un anexo técnico que desarrolla la estructura del manual, primero con la valoración de las deficiencias y luego con la valoración del rol laboral, ocupacional y otras áreas ocupacionales. Este contenido se centra en la integralidad como soporte metodológico que describe al ser humano desde los tres componentes que se interrelacionan –volición, habituación y capacidad de ejecución–, que a su vez tienen en cuenta los componentes biológicos, psíquicos y sociales de la persona y la manera como se relaciona con su ambiente. El MUCI distribuye porcentualmente de forma ponderada los rangos de calificación que van de 0%, como el más bajo, hasta el 100%, que corresponde al máximo. Se distribuye un 50% a las deficiencias y el otro 50% a los roles laboral y ocupacional, con aplicación de la fórmula de Balthazar que combina los valores para que nunca la evaluación supere el 100%¹⁶⁴.

451

El MUCI reconoce en la deficiencia la repercusión en las capacidades funcionales de las personas, que da lugar a una “capacidad residual específica”, en la medida que aparezcan nuevas deficiencias¹⁶⁵. Seguidamente se determinan las valoraciones del rol laboral y ocupacional; la decisión sobre el origen del evento laboral o común; la definición del porcentaje de pérdida de capacidad laboral entre 0% y 99%; y la fecha de estructuración que establece el momento en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, como consecuencia del ATEL. Esta fecha se determina con base en la evolución de las secuelas que el daño ha dejado en la persona. Toda esta información se describe en el documento denominado “Dictamen de PCL”. La expedición del dictamen es

¹⁶⁴ Esta ponderación obedece al modelo de evaluación usado en el Método Basile, propuesto por Juan Félix Basile en 1985 y llamado "Baremo de incapacidades laborales, Baremo de incapacidades indemnizables y Normativa para determinar porcentaje de incapacidad". Ver el anexo técnico del Decreto 1507 de 2014 (Ministerio del Trabajo, 2014).

¹⁶⁵ Ver numeral 3 del título preliminar 1 del anexo técnico del Decreto 1507 de 2014 (Ministerio del Trabajo, 2014).

un acto médico porque su contenido debe soportarse en la historia clínica, en los exámenes clínicos, en las ayudas diagnósticas y –de ser necesario–, en la historia natural de la enfermedad (Ministerio del Trabajo, 2014). Esta revisión se realiza sobre los tres elementos que lo componen: origen, porcentaje de PCL y fecha de estructuración, que deben ser eficaces en el reconocimiento de los derechos al trabajador y la definición de la relación laboral para el empleador.

Para los trabajadores afiliados al Sistema General de Riesgos Laborales, afectados por el ATEL, la definición de la pérdida de capacidad laboral les permite acceder a las prestaciones económicas que reconoce el sistema, descritas en la Ley 776 de 2002 (Congreso de la República, 2002). Esta sirve para ejemplificar el fenómeno del excesivo positivismo sin integración social. En el parágrafo 1 del artículo 1¹⁶⁶ se determinó la exclusión de las patologías anteriores al momento de la calificación.

En análisis de los elementos triádicos de la norma, con relación a la validez, el parágrafo fue incluido dentro del artículo que define el derecho a las prestaciones del sistema, siendo coherente con el contenido de la ley. Con relación al elemento legitimidad de la norma, los trabajadores y empleadores cotizantes al Sistema de Riesgos Laborales extienden la confianza legítima en el sistema para obtener la protección contra los daños ocasionados por el trabajo. En el momento de la calificación de PCL, la exclusión de las patologías preexistentes dejaba al trabajador en condiciones de ser apto no inválido para el sistema, pero inepto para el trabajo asignado por el empleador, limitándose el acceso a las prestaciones sin culpa de alguna de las partes. Esta exclusión configuraba la existencia de un trabajador materialmente inválido pero formalmente con capacidad para continuar laborando, por no alcanzar el 50% de PCL. Finalmente la eficacia esperada de la norma en el proceso de calificación es nula, por la imposibilidad de las partes de obtener el beneficio que cada una espera de la relación laboral y del Sistema de Seguridad Social.

¹⁶⁶ La norma indicaba: “PARÁGRAFO 1o. La existencia de patologías anteriores no es causa para aumentar el grado de incapacidad, ni las prestaciones que correspondan al trabajador” (Congreso de la República, 2002).

Dentro del derecho positivo se diferencia funcionalmente los procedimientos legislativos de los judiciales. Los primeros le procuran consenso a las complejidades del derecho con la introducción de normas creadas para un fin establecido. Los segundos crean decisiones que aplican el derecho creado por el legislativo, cuando se cumplen las condiciones de los primeros. De esta forma, cuando las decisiones judiciales contradicen las legislativas, la dogmática jurídica que se enseña a los juristas retoma el orden y desde la idea de justicia que se expresa sobre la relación licito/ilícito delimita el alcance del sistema normativo para reducir la complejidad creada por los procedimientos (Mejía Quintana, 2013, pág. 188).

En el Sistema Jurídico en estudio, se acude a la justicia. En Sentencia C-425 de 2005 la Corte Constitucional declaró inexecutable la norma por considerar que contrariaba el “principio de primacía de la realidad sobre la forma”, permitiendo desde la dogmática jurídica del Derecho Laboral y la Seguridad Social, el restablecimiento del orden y la justicia en el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral. La sentencia indicó:

De otro lado, y respecto del trabajador, no se le cobra a éste un porcentaje menor de cotización por poseer preexistencias. Por tal razón la Corte comparte los argumentos del ciudadano que actúa a nombre de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, quien señala "La empresa y el trabajador cotizan en forma total al sistema general de seguridad social en salud, en atención al salario del trabajador, **sin que para sus aportes existan disminución o incremento motivado en limitaciones físicas, orgánicas o sensoriales, del hombre que trabaja**, que es idóneo y que cumple a cabalidad con la gestión productiva encomendada." (negrilla fuera de texto)

Ahora bien, el Sistema de Riesgos Profesionales, al igual que cualquier otro sistema normativo en nuestro Estado, debe verificar el principio según el cual prima la realidad sobre los formalismos.

En cuarto lugar, ante la posible existencia al interior del sistema de un individuo materialmente inválido, el cual goza de una protección no solo especial sino igualmente reforzada a la luz de la Constitución Nacional, al cual debe respetársele su dignidad humana y al cual debe hacerse efectivo su derecho de seguridad social; haciendo uso del principio según el cual las relaciones laborales deben guiarse por la Realidad más que por los Formalismos; constata esta Corporación que existe una contradicción entre la norma demandada y los postulados Constitucionales. (Corte Constitucional, 2005b)

Hechas estas reflexiones del componente médico en el proceso de calificación, se encuentra la diferencia funcional de las normas por la complejidad del Sistema de Seguridad Social en su interior. La estructura y comprensión del baremo como herramienta normativa para

calificar a los trabajadores afectados por la ocurrencia del ATEL y con necesidades diferentes, parece no adecuarse a la tendencia evolutiva del sistema y, en cambio, sí refleja la indiferencia frente a los cambios sociales del mundo del trabajo.

En la sociedad de trabajo flexible se encuentran grupos con limitaciones diversas que pueden afectar o no las capacidades laborales. Por tanto, es necesario: darles participación dentro del proceso de calificación a los profesionales de la rehabilitación; generar mayor compromiso de los médicos en el diagnóstico y determinación del origen; reclamar adherencia a los tratamientos; y reconocer los principios de la Clasificación Internacional de la Funcionalidad para disminuir la negación de pérdidas por limitaciones en la actividad y restricción en la participación por la falta de alteración anatómica o estructural que exige la deficiencia para continuar calificando.

En la determinación de la fecha de estructuración se identifican fallas por las inconsistencias en las historias clínicas y la ausencia de la valoración funcional (Montoya Echeverri & Escobar Pérez, 2012, pág. 89). Los médicos y profesionales con funciones de calificación de la PCL requieren de orientación legal, ética y profesional, para evitar errores en las decisiones que afecten la vida de los afiliados con consecuencias irreparables. Para Luhmann el sistema normativo positivista debe ser reflexivo para permitir las posibilidades de cambio de las normas que crean procedimientos, con un alto grado de movilidad y libertad sin perjuicio de la seguridad. Así, los motivos internos y externos del proceso de calificación para el médico y para el paciente pueden encontrar consenso y satisfacer las expectativas sociales (Mejía Quintana, 2013, pág. 195).

454

El componente jurídico en el proceso de calificación de PCL: con validez y sin eficacia social

En la organización normativa del Sistema de Seguridad Social se incluye la determinación de las entidades competentes, las funciones, la organización administrativa y los recursos para su funcionamiento. Hemos indicado en la historicidad normativa del proceso de calificación de PCL que esta se orientaba en la determinación del estado de invalidez,

inicialmente para los servidores públicos según la Ley 6 de 1945 (Congreso de la República, 1945), y luego con la creación del ICSS mediante la Ley 90 de 1946 y en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores de las empresas privadas. La competencia en el proceso de calificación estaba dada a los médicos contratados por el empleador, según lo indicaba el artículo 217 del Código al señalar:

ARTICULO 217. CALIFICACION DE INCAPACIDADES.

1. Los facultativos contratados por los empleadores están obligados:

- a). Al realizarse el accidente, o al diagnosticarse la enfermedad profesional, a certificar si el trabajador queda o no incapacitado para continuar desempeñando sus labores, y
- b). Al terminar la atención médica, a calificar la incapacidad que pueda resultar.
- c). En caso de la muerte, a expedir el certificado de defunción dictaminado en él sobre la relación de causalidad entre la enfermedad profesional o accidente y la muerte.

2. Si el empleador, el trabajador, o las personas beneficiarias de la prestación no aceptaren la certificación médica de que se trata en el presente artículo, puede solicitar, sobre los puntos que rechazan, el dictamen de los médicos de la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial, o, en su defecto, de los médicos legistas. Tal dictamen es de obligatoria aceptación. (Congreso de la República, 2016)

Este artículo, aunque derogado por las normas que regulan el actual Sistema de Riesgos Laborales, estableció el derecho a presentar inconformidad por parte de los interesados contra la decisión proferida por los médicos, para ser resuelta por una instancia superior con los mismos conocimientos médico-científicos. En el año 1989 se crearon los Comités de Evaluación Funcional en el ICSS (Presidencia de la República, 1989), con la función de realizar estas revisiones. A partir de la Ley 100 de 1993, las competencias para la calificación del estado y el origen de la invalidez, la enfermedad o la muerte se asignaron a las entidades creadas por el sistema. En el artículo 3 del Decreto 1346 de 1994 se enumeraron en este orden:

1. El Instituto de Seguros Sociales, las compañías de seguros y las entidades que asuman los riesgos de invalidez y sobrevivientes
2. Las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez
3. La Junta Nacional de Calificación de invalidez

Siguiendo a Luhmann, estas normas hacen parte del derecho procesal, como normas que regulan los procedimientos, pero no atienden a la teoría de la estructura del procedimiento que permite establecer el efecto de cada paso dentro del proceso, vacío que se llena con la sociología del derecho, olvidada por el Derecho Procesal Laboral y de la Seguridad Social. Lo anterior, en tanto la cuestión básica del procedimiento debe ser la legitimidad que generaliza en la sociedad la expectativa en resultado útil aunque no exista consenso en la aceptación del procedimiento. El procedimiento no debe buscar la verdad sino la legitimidad de la decisión que se considera correcta dentro del campo donde se emite. Aquí legitimidad es “el consenso fáctico sobre los contenidos de la decisión” (Mejía Quintana, 2013, pág. 196). El proceso de calificación cumple su función si puede mantener reconocimiento social y su resultado es el esperado por todos. La cuestión es que, si este procedimiento no es aceptado ni reconocido, las decisiones pierden el efecto vinculante que se le asigna. Los afectados deben confiar en las instituciones para que acaten la decisión, como expresión de la legitimidad.

En esta norma jurídica, los ciudadanos encontraron discrepancias entre la validez y la legitimidad del contenido, razón por la que acudieron a la justicia administrativa y ordinaria con el objeto de equilibrar el proceso. En sentencia del Consejo de Estado No 11801 del 24 de abril de 1997 (Consejo de Estado, 1997), cuerpo colegiado que actúa como última instancia de la justicia contenciosa administrativa, en demanda de nulidad declaró la nulidad parcial del artículo 3 del Decreto 1346 de 1994, indicando que el ICSS y las compañías de seguros y las entidades que asuman los riesgos de invalidez y sobrevivientes no podían calificar el origen de la contingencia porque estarían actuando como juez y parte dentro del proceso, al tener en sus funciones la responsabilidad de pagar la prestación. Esta decisión judicial deja sin validez el numeral 1 de la norma.

Con posterioridad a la sentencia, el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social emite la Circular No 002 del 7 de septiembre (1998), dirigida a todas las Administradoras de Riesgos Profesionales y Juntas de Calificación de Invalidez, para indicar que los procesos de calificación de origen y estado de invalidez deben ser remitidos a las Juntas Regionales, conforme el proceso descrito en el Decreto 1346 de 1994. También indicó que estas entidades

son las únicas competentes para calificar el estado de invalidez y dispuso como función de la ARP el declarar, evaluar, revisar y determinar el grado y origen de la incapacidad permanente parcial.

Durante los años comprendidos entre 1994 y 2001, el proceso de calificación siguió los contenidos normativos descritos. La tematización de los intereses existentes en la administración de los recursos del SGRL y el proceso de calificación de PCL que permitía el reconocimiento de las prestaciones económicas, llevaron a una nueva revisión de la reglamentación de las Juntas de Calificación, su integración y financiación. El gobierno expide el Decreto 2463 (Presidencia de la República, 2001), que deroga el Decreto 1346 de 1994. De esta norma deriva la determinación de ser las Juntas de Calificación entidades con la facultad de actuar como peritos judiciales; se definen las Juntas Regionales para cada departamento y la Junta Nacional con domicilio en Bogotá; y se asigna a las ARL el proceso de calificación para establecer la incapacidad permanente parcial.

Para validar la actuación de las ARL, las EPS y las ARS¹⁶⁷ en el proceso de calificación, el artículo 5 del Decreto 2463 de 2001 describe las condiciones que deben cumplir los integrantes de las entidades en cuanto a formación académica y experiencia. El equipo integrado por las Juntas de Calificación sería conformado por dos (2) médicos y un (1) psicólogo o terapeuta físico u ocupacional. Las discrepancias por la calificación del origen del evento entre estas entidades, debía resolverse por un equipo conformado por miembros de las entidades en conflicto y notificar la decisión a los interesados en un plazo máximo de treinta (30) días¹⁶⁸.

En el artículo 12 del mismo decreto se indica que para la conformación del equipo en las Juntas de Calificación, se adiciona un (1) abogado con título de especialización en Derecho Laboral, Salud Ocupacional o Seguridad Social, con experiencia en estas áreas, como

¹⁶⁷ En los inicios del Sistema de Seguridad Social, se crearon entidades denominadas Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS) con funciones para prestar los servicios de salud a los afiliados en el régimen subsidiado del sistema de salud. Con la unificación del Plan Obligatorio de Salud para todos los afiliados estas entidades fueron eliminadas.

¹⁶⁸ Ver artículo 6 del Decreto 2463 de 2001.

miembro y con funciones de secretaría. Dentro de las funciones del abogado miembro de las Juntas se encontraba la participación en el estudio de los casos de calificación de origen de la enfermedad, el accidente, la invalidez o la muerte, con voz y sin voto. De este modo, el elemento jurídico dentro del proceso de calificación –al igual que el médico–, tenía la oportunidad de auto referenciarse para generar los elementos de legitimidad y eficacia jurídica del dictamen en el contenido válido para los actores interesados en el proceso de calificación.

El Decreto 2463 de 2001 fue derogado por el Decreto 1352 de 2013 (Presidencia de la República, 2013). En el artículo 5 describe la conformación de las Juntas de Calificación de Invalidez, eliminando el abogado. En el Artículo 8¹⁶⁹ se diferencia en integrantes, miembros y trabajadores el personal que conforma las Juntas, indicando que los miembros son personas que ejercen funciones administrativas y financieras, sin exigencia de título profesional específico. Así, la legitimación procedimental del proceso de calificación de PCL, se ve afectada por la ausencia de interpretación e inclusión del componente jurídico en el dictamen de PCL.

458

El derecho procedimentalizado y su fundamentación dentro del dictamen permite a los calificadores comprender los intereses jurídicos de los actores en el resultado final y, a su vez, a los actores evitar saltarse los procedimientos legales para moralizar la decisión. La ausencia del jurista dentro del proceso ha creado de nuevo la dicotomía entre la legitimidad-legalidad del positivismo en toda decisión administrativa y judicial. En este punto es donde acudimos a Habermas para entender el trilema de legitimidad, validez y eficacia, así comprender que los procedimientos normativos que se han descrito deben ser obedecidos no

¹⁶⁹ “**Artículo 8°.** *Integrantes, miembros y trabajadores de las juntas de calificación de invalidez.* Las Juntas Regionales y la Nacional tendrán el siguiente personal: 1. Integrantes: Son los médicos, psicólogos o terapeutas, quienes emiten los correspondientes dictámenes. 2. Miembros: Son aquellas personas que son designadas para ejercer funciones de Director Administrativo y Financiero, existiendo uno (1) por cada junta, sin importar el número de salas que existan. 3. Trabajadores: Los trabajadores de las Juntas se dividen en trabajadores dependientes e independientes, los dependientes se rigen por el código sustantivo de trabajo y los independientes con contrato de prestación de servicios conforme a las normas civiles” (Presidencia de la República, 2013).

solo por su poder coactivo, sino también por su legitimidad, para lograr el balance entre las tres dimensiones (Mejía Quintana, 2013, pág. 224).

Hemos indicado que el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, que señala las entidades encargadas dentro del Sistema de Seguridad Social para calificar la pérdida de capacidad laboral y la invalidez. Estas son: el Instituto de los Seguros Sociales –hoy extinto y reemplazado en sus funciones por la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES)– para administrar los recursos del Sistema General de Pensiones; las Administradoras de Riesgos Profesionales para administrar los recursos del Sistema General de Riesgos Profesionales –hoy Administradoras de Riesgos Laborales (ARL)–; las Entidades Promotoras de Salud (EPS); las Compañías de seguros; las Juntas Regionales de Calificación de la Invalidez; y la Junta Nacional de Calificación de la Invalidez.

Estas entidades han sido creadas en momentos y contextos históricos diferentes de la relación laboral. Hasta el momento de finalización de esta investigación, el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 es la norma vigente y válida –en términos Luhmanianos– para seguir el proceso de calificación de la PCL, que comprende las etapas definidas como la primera oportunidad, primera instancia y segunda instancia, con la competencia de las entidades mencionadas. Este proceso se describe de la forma que se detalla a continuación.

459

Calificación en primera oportunidad:

1. Cuando el trabajador es atendido por la EPS, esta debe proferir el concepto de rehabilitación, a partir del día 120 de IT. Este concepto puede ser favorable ante la posibilidad de mejora con tratamiento, pero también puede ser desfavorable cuando no hay recuperación. En este momento define el origen del evento y, si lo considera laboral, informa a la Administradora de Riesgos Laborales para que asuma la atención con los recursos del Sistema de Riesgos Laborales.

La EPS debe asumir el pago del subsidio por la IT al trabajador hasta que expida el concepto de rehabilitación. Cuando la ARL asume el caso desde el inicio porque no hay discusión en el origen del evento, esta entidad tiene a su cargo el subsidio por IT.

2. EPS y ARL según el caso deben, al cumplirse los 180 días de IT, emitir el concepto de rehabilitación.
3. La calificación del origen del evento debe ser notificada personalmente a los interesados, a saber: trabajador, empleador, Administradora de Fondos de Pensiones AFP.
4. Estos pueden presentar la inconformidad contra la calificación del origen dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación.

Calificación en primera instancia:

5. Presentada la inconformidad, la Administradora de Riesgos Laborales (ARL) o la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) deben, dentro de los cinco (5) días siguientes, cancelar los honorarios a la Junta Regional de Calificación y enviar el expediente para la revisión de esta entidad (literal b) del artículo 29 del Decreto 1352 de 2013).
6. La Junta Regional de Calificación debe valorar al paciente dentro de los diez (10) días siguientes a la citación para la revisión (literal a) del artículo 38 del Decreto 1352 de 2013).
7. Cumplidos doce (12) días desde la valoración, el médico ponente debe presentar el proyecto de dictamen para aprobación de la Junta.
8. El proceso ante la Junta Regional de Calificación no puede superar los sesenta (60) días calendario (Parágrafo 2 del artículo 38 del Decreto 1352 de 2013).
9. La Junta Regional de Calificación debe emitir la decisión en el formato de dictamen establecido por el Ministerio de Trabajo y estar firmado por todo el equipo interdisciplinario que lo emitió (inciso 1 del artículo 5 y artículo 6 del Decreto 2463 de 2001).

Calificación en segunda instancia:

10. El dictamen es notificado a las partes interesadas. Cada una puede interponer recurso de reposición y en subsidio apelación dentro de los diez (10) días siguientes contra el

dictamen de la Junta Regional para que sea resuelto por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (artículo 43 del decreto 1352 de 2013).

11. La ARL debe consignar, dentro de los cinco (5) días siguientes a la presentación del recurso, los honorarios a la Junta Nacional de Calificación e informar a la Junta Regional de esta gestión.
12. La Junta Nacional de Calificación debe emitir un nuevo dictamen con las formalidades legales y notificar a las partes interesadas, el cual quedará en firme cumplida esta acción.
13. Contra el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez no procede recurso alguno y termina el proceso administrativo de calificación.
14. En caso de inconformidad con la decisión se debe acudir ante el juez ordinario laboral. Es pertinente indicar que los interesados pueden acudir a la justicia ordinaria para solicitar la revisión del dictamen emitido por la ARL o por la Junta Regional, cuando no se haya presentado la inconformidad contra los dictámenes legalmente notificados por estas entidades.
15. En firme el origen del evento, corresponde a la ARL calificar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral (PCL) y establecer la fecha de estructuración del estado de salud.
16. En caso de inconformidad con la determinación del porcentaje de PCL o de la fecha de estructuración, el proceso anterior se repite desde el numeral 3.
17. Cuando el porcentaje de PCL se encuentre entre el 40% y el 49.9%, la ARL debe remitir de forma oficiosa el expediente ante la Junta Regional para su revisión.

Para llegar al dictamen de la Junta Nacional de Calificación, en los términos procesales descritos, no pueden transcurrir más de 540 días. Pero en la realidad, los trabajadores están superando con demasía estos tiempos legales, en la sola determinación del origen de la contingencia. El uso de argumentos jurídicos de las ARL con fundamentos de validez, sin legitimidad ni eficacia en la negación de derechos, obliga a los trabajadores a invertir tiempo

y dinero para continuar el proceso hasta acudir a la justicia que, por la congestión y demás problemas no tratados en esta investigación, llega en forma tardía para el trabajador¹⁷⁰.

Las pluri-decisiones judiciales: sin eficacia en el proceso de PCL

La idoneidad de las entidades jurídicamente competentes para calificar la PCL ha sido objeto de estudio desde la medicina¹⁷¹ y el derecho¹⁷². En ellos prevalece el análisis de los principios generales del debido proceso, imparcialidad e igualdad, que se consideran afectados en el procedimiento adelantado en primera oportunidad por las ARL y las compañías aseguradoras. Siguiendo la *ratio decidendi* de la sentencia del Consejo de Estado en el mismo año 1997, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, última instancia de la justicia ordinaria laboral, se pronunció en sentencia de casación para resolver la competencia de las entidades creadas por el Sistema de Seguridad Social en la calificación del estado de invalidez de los afiliados.

En la sentencia, el Tribunal indicó que, acogiéndose a la decisión del Consejo de Estado, son las Juntas creadas por el sistema las llamadas a determinar la calificación y el origen de la invalidez en primera y segunda instancia, por cuanto las normas que crean y organizan estas

462

¹⁷⁰ Dentro de la revisión documental relacionada con el procedimiento descrito, se identificaron múltiples casos de trabajadores que superaron el tiempo del proceso legalmente descrito para resolver el origen del evento. Entre ellos se encontró un trabajador diagnosticado con enfermedades de Neumoconiosis debida a polvos que contienen sílice, tenosinovitis de estiloides radial, traumatismo múltiples tendones y músculos flexores a nivel de la muñeca y de la mano, que laboró en la industria del sílice, fue despedido e inició el proceso de calificación del origen de las patologías diagnosticadas en 2015 ante la ARL. Presentó derechos de petición y acciones de tutela, requerimientos ante el Ministerio del Trabajo, por el cambio por tres ocasiones de ARL por la empresa, para que el Sistema reconociera las patologías como laborales hasta el año 2019. Ver radicado rama judicial 11001311001820190039600. En otro caso, a una trabajadora que sufrió accidente de trabajo y adquirió tres enfermedades, le fue negado el origen del accidente y las enfermedades como laborales, por la ARL. El proceso inició en el año 2014 y aún continua en controversia del origen. Ver radicado rama judicial 1001310501820160000500.

¹⁷¹ En una tesis de grado con metodología cuantitativa realizada por una estudiante de la Universidad de Antioquía (Valencia Echeverri, 2018), se determinó que las calificaciones realizadas por los médicos de las ARL son significativamente diferentes a las realizadas por los fisioterapeutas.

¹⁷² En otra tesis de grado con metodología cualitativa realizada en la Universidad Nacional de Colombia en 2014, se concluyó que las facultades de calificación, dadas a las ARL para calificar la PCL, generan que las decisiones carezcan de criterios de imparcialidad e independencia en el resultado emitido (Britton Nieto, 2014).

entidades no indican que son aplicables a las entidades que asumen el pago del riesgo. La sentencia indicó:

Y según los artículos 42 a 45 de la ley, inequívocamente son las juntas regionales y la nacional las que deben determinar la calificación y el origen de la invalidez en primera y segunda instancia, respectivamente. Esto es, que no previó la ley que pudiera ser la misma entidad que asume el riesgo, la que lo calificara.

De otro lado, basta con leer las normas de los decretos reglamentarios tantas veces citados (1346 y 692) relativas a la: conformación e integración de las juntas de calificación de invalidez; incompatibilidades, inhabilidades, responsabilidad, impedimento y recusación de sus miembros; facultades que tienen para asegurar el acierto en su decisión; participación, notificación y recursos de los afectados con los mismos, para colegir el por qué se sostiene que las controversias sobre el estado de invalidez son ya ajenas a un debate y pronunciamiento judicial. (Corte Suprema de Justicia, 1997)

Dentro del Sistema jurídico legítimo y eficaz, las consecuencias de la decisión judicial pertenecen al sistema y no pueden tomarse fuera del sistema ni trasladarlas por otros medios. Por ello el legislador, el ejecutivo y los ciudadanos quedan al margen de modificar la decisión. La justicia unifica el sistema, le da coherencia, combina en forma adecuada las variables de complejidad del sistema, las diferencias de intereses, la interdependencia de las instituciones, para que las decisiones de todos los casos puedan ser coherentes, se resuelvan de forma igual los asuntos iguales, siendo claro el binomio conforme a derecho/contrario a derecho (Mejía Quintana, 2013, pág. 199).

Dentro de las consecuencias de las decisiones judiciales proferidas, se encontraba la obligación de las ARL y las compañías de seguros, de aceptar la decisión que las Juntas de Calificación tomaran respecto de los componentes de la calificación de la PCL y reconocer los derechos prestacionales que se derivaran de esta. No encontramos un criterio idóneo para orientar las acciones del ejecutivo, que aminoró para estas entidades las consecuencias de la decisión judicial con la publicación de la Circular 002 de 1998. El acto administrativo revivió la función declarada nula y dispuso como función de la ARP el declarar, evaluar, revisar y determinar el grado y origen de la incapacidad permanente parcial, sin informar que el proceso que define la incapacidad permanente parcial es el mismo que define la invalidez. El primero es necesario para llegar al segundo. La ejecución de las normas depende del grado de información que tenga la sociedad para aceptar su contenido coactivo, pues “solo es

posible el consenso sobre un derecho cuyas normas son conocidas y solo puede aplicarse la fuerza coactiva si se conocen las violaciones” (Mejía Quintana, 2013, pág. 196).

La intromisión del Ministerio del Trabajo en la determinación de funciones y procedimientos dentro del SGRL, por medio de circulares¹⁷³, ha sido objeto de pronunciamiento del poder judicial en varias decisiones¹⁷⁴, pero la acción sigue ejecutándose¹⁷⁵, haciendo más complejo el entendimiento de las funciones del Ministerio dentro de las complicadas relaciones del trabajo. El juez administrativo ha reiterado que:

Es al legislador a quien le corresponde no sólo determinar específicamente la normatividad legal que desarrolle el principio constitucional de la solidaridad, sino también lo relacionado con los procedimientos aplicables, los administradores, el tipo de afiliados, las condiciones de afiliación, los beneficiarios del mismo, junto los requisitos, restricciones y prohibiciones para hacer parte de ellos; es decir, es al legislador quien, por mandato constitucional, le compete normatizar este tipo de temas a través de la ley. De igual forma, al Ejecutivo es a quien en cabeza del Presidente de la República le compete la reglamentación de dichas normas, no pudiendo ninguna otra autoridad arrogarse competencias que no les corresponde sobre los temas de solidaridad, cotización y régimen pensional en general, como sucedió en el caso de la Circular 001 de 2005 hoy cuestionada. (Consejo de Estado, 2012)

464

En esta doble vía de decisión judicial y actuación administrativa se establece una nueva contradicción en la definición jurídica del procedimiento para calificar la PCL. Indica el profesor Oscar Mejía que en los sistemas jurídicos a veces las decisiones judiciales se contradicen con las parlamentarias, debiendo –para poder operar–, crear semánticas propias, con la dogmática jurídica y la teoría del derecho que evitan la arbitrariedad (Mejía Quintana, 2013, pág. 201). Pero cuando las contradicciones provienen de las mismas decisiones judiciales y de la misma Sala de Decisión Judicial, la complejidad pasa al grado de confusión

¹⁷³ Mediante Circular 0001 de 2005 suscrita por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y por Ministerio de Protección Social, se reguló el alcance de los artículos 17 y 33 (parágrafo) 3 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 4º y 9º de la Ley 797 de 2003.

¹⁷⁴ Las Circulares emitidas por el Ministerio del Trabajo han sido objeto de revisión por parte del Consejo de Estado, por la falta de competencia de esta entidad para establecer funciones a entidades del SGRL que corresponden a los poderes legislativo y al ejecutivo en forma directa (Consejo de Estado, 2012).

¹⁷⁵ Ver Circular 049 de 2019. Criterios para autorizar la terminación de la relación laboral de trabajadores que se encuentran en condición de discapacidad o de debilidad manifiesta por razones de salud.

dentro del sistema, aparece la arbitrariedad y el bloqueo, perdiendo eficacia la construcción dogmática y teórica del propio sistema.

Así, dentro del proceso jurídico descrito para la calificación de la pérdida de capacidad laboral, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 11910 de 1998, decide que el procedimiento establecido en los Decretos 1346 de 1994 y 692 de 1995 para determinar la calificación de PCL a través de las Juntas de Calificación y el dictamen que resulta de este proceso no es obligatorio para los trabajadores, que buscan determinar el estado de invalidez y el origen de la enfermedad o la muerte, por cuanto las normas reglamentan el procedimiento y la conformación de las juntas. El dictamen de PCL no es prueba obligatoria en el proceso judicial:

Aunque se reitera que en virtud de las normas antes citadas, la prueba idónea del estado de invalidez que genere el derecho a la pensión correspondiente es el dictamen emitido por las juntas de calificación de invalidez, regionales y nacional, cuya obtención impone agotar el trámite señalado en la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, ello no significa la imperiosa necesidad de hacerlo en forma previa a la presentación de la demanda, sin desconocer el inmenso beneficio que conlleva acompañar a la misma el correspondiente resultado. (Corte Suprema de Justicia, 1999)

465

La decisión contradice lo dispuesto en la Sentencia SL-9978 de 1997, que estableció como obligatorio e indispensable el trámite ante las Juntas de Calificación para obtener el dictamen de PCL, porque es una prueba científica con costos que puede asumir el SGRL y no el trabajador, para evitar congestionar la administración de justicia¹⁷⁶.

¹⁷⁶ En sentencia SL-11910 de 1999, tres de los ocho magistrados salvaron el voto por no estar de acuerdo con la decisión proferida, indicando entre otros argumentos que: "... en nuestro sentir lo que quiso la ley 100 de 1993, y con acierto, no fue desjudicializar las controversias respecto a la existencia o no del derecho de pensión de invalidez, sino simplificar ese debate, porque como lo expresó esta Sala de la Corte: "(...) bien puede afirmarse que el querer del legislador del año de 1993 fue, en primer lugar, sacar de la órbita de las mismas entidades o personas llamadas a cubrir el riesgo de invalidez, la determinación de ese estado y, en segundo término, que una discusión respecto a un hecho que requiere ser dilucidado de una manera científica, fuera del conocimiento y tratado desde esa óptica por personas expertas en la materia, inclusive facilitando el acceso al mismo porque valga resaltar los costos que implican esa actuación, al tenor del artículo 43 de la ley 100 y de 37 del decreto reglamentario 1346 de 1994, deben ser cubiertos por la entidad administradora a que esté afiliado el solicitante" (Corte Suprema de Justicia, 1999).

Según Habermas, el derecho debe ser obedecido tanto por su poder coactivo como por su justificación normativa. La legitimidad surge del procedimiento legal y de la sanción moral. El lenguaje del derecho puede transformar la comunicación social que existe dentro de un sistema. La validez permite relacionar la tensión que se genera entre el poder coercitivo para garantizar los derechos a los ciudadanos y el procedimiento para hacer la norma, que debe ser abierto, discursivo, legítimo y democrático. Cuando estas condiciones se cumplen, en el discurso se da la mutua consistencia, la complementariedad, surge la imparcialidad entre las concepciones representativas de la sociedad y la norma es aceptada por la eficacia que su contenido incorpora (Mejía Quintana, 2013, pág. 224).

Bajo esta concepción del derecho, Habermas consigue articular las dimensiones de legitimidad del sistema político, de validez del sistema jurídico y de eficacia del sistema social, en las acciones de los poderes públicos. Pero los elementos trídicos del derecho en las relaciones laborales y de la seguridad social que hemos establecido están en crisis. El sistema y el mundo de la vida no encuentran unidad en la legitimidad y eficacia, solo se ajustan a la validez dispersa que profesan los poderes. Así, después de las precisiones realizadas por las Salas de Decisión en la Justicia Ordinaria y Administrativa, la Corte Constitucional se pronuncia sobre el mismo punto de inconformidad ciudadana, la competencia para decidir la invalidez por la ARL y las compañías de seguros que administran los recursos del sistema, ahora contra el artículo 142 del Decreto ley 019 de 2012, indicando que es válida la función calificadora en primera oportunidad asignada a estas entidades porque:

El Legislador no viola los derechos al debido proceso y a la seguridad social, al establecer que un trámite del cual depende el acceso a beneficios de seguridad social (la calificación de la capacidad laboral y ocupacional), sea decidido en primer lugar (primera oportunidad) por la misma entidad que tendría que asumir la obligación del pago de tal beneficio; es una medida razonable, en tanto busca un fin constitucionalmente legítimo, por un medio que es idóneo para alcanzar tal fin. (Corte Constitucional, 2020)

En esta sentencia se puede establecer la inexistencia de la eficacia del derecho que se espera en la decisión judicial. La Corte Constitucional somete a juicio de razonabilidad ordinario la

regla¹⁷⁷, por ser norma emitida por el ejecutivo, que no requiere de un control más estricto como si lo hiciera ante una norma adoptada por el poder legislativo, donde la intensidad del juicio podría aumentarse (Corte Constitucional, 2020, pág. 27). Esto convierte al derecho en el medio de dominación interna de los intereses económicos sobre el Sistema General de Riesgos Laborales, y en otra causa del conflicto en estudio, por la deslegitimación de los derechos de los trabajadores, en un mundo que no diferencia la economía de la vida.

De la reconstrucción jurídica del proceso de calificación de la PCL de los trabajadores por causa del trabajo, se infiere que el conflicto de la estabilidad laboral reforzada no surge cuando el trabajador entra en los límites que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han establecido para la debilidad manifiesta. Para llegar al límite judicial de protección, se debe seguir el proceso que en sí mismo es conflictivo para los trabajadores y los empleadores. Los procedimientos y términos de calificación en la dogmática son exactos y claros. El Ministerio del Trabajo ha reglamentado las funciones, composición y trámite de las entidades calificadoras. Existe una primera oportunidad, la primera y segunda instancia y el acceso a la justicia ordinaria para revisar los tres elementos del dictamen –origen, porcentaje de PCL y fecha de estructuración–.

467

Los valores para determinar los grados de deficiencia y el rol laboral y ocupacional, deben seguir el baremo de contenido médico vigente al momento de la calificación. Pero los tiempos legales no se cumplen por las entidades. La justicia administrativa y ordinaria se han pronunciado advirtiendo la deslegitimación de las ARL y las compañías de seguros para realizar el proceso, la justicia constitucional se pronunció validando las facultades de estas entidades, con argumentos de validez y sin legitimidad, creando confusión en la eficacia de

¹⁷⁷ La Corte Constitucional establece que un juicio de razonabilidad ordinario de la regla, comprende tres momentos a estudiar, que desarrolla en el numeral 4.2.1.5 de la sentencia: “(1) la norma con fuerza de ley acusada no impone un riesgo o una amenaza alta o significativa a los derechos al debido proceso y a la seguridad social; (2) la regla se ocupa de un trámite previo a dos eventuales procedimientos, uno administrativo y otro judicial, posterior; y (3) se trata de una política legislativa que se hace parte de un Decreto ley emitido por el Gobierno nacional, pero que había sido expedida previamente en democracia por el Congreso de la República. Esto implica que se deberá verificar que la regla acusada propenda por un fin legítimo constitucionalmente, a través de un medio que no esté prohibido y que sea idóneo para alcanzar tal fin” (Corte Constitucional, 2020).

la justicia. El proceso de calificación de la incapacidad permanente parcial es el mismo para llegar a la invalidez, de tal forma que el trabajador debe lidiar con las decisiones de las ARL y compañías de seguros para llegar a la decisión judicial.

Una justicia que no supera el positivismo funcional del sistema y no asume la obligación social de resolver los conflictos para hacer eficaz el derecho, como lo indica Habermas, requiere de actores que retomen la sociología del derecho y la filosofía de la justicia, para recuperar la fundamentación de la eficacia dentro del sistema jurídico que rige las relaciones laborales, y no se quede en la eficacia simbólica de las decisiones judiciales en la sociedad.

4.2.3. Los enfoques y modelos en el proceso de valoración de la pérdida de capacidad laboral. Cambios normativos válidos pero sin eficacia en Colombia

Cuando las acciones integrales y adecuadas fallan o no existen, cuando la diligencia se oculta en la complacencia del Estado, parecen confundirse los adeudos preventivos con los reparadores, que se asignaron al Sistema General de Riesgos Laborales (SGRL). Estructurado desde la teoría de la compensación económica en la ocurrencia del ATEL, el SGRL asume la responsabilidad objetiva del empleador, administra las cotizaciones y las prestaciones económicas y asistenciales del trabajador afectado, desde el momento en que se acepta la relación causal entre el hecho dañoso y el trabajo (Cuervo Díaz & Moreno Angarita, 2017, pág. 134).

Esta aceptación se consolida al calificar el evento como laboral, siguiendo el proceso con los componentes médico-jurídicos descritos. La determinación del origen del evento que afectó la salud del trabajador está inicialmente en manos de la entidad que reconoce y paga las prestaciones económicas. A juicio de la Corte Constitucional, la calificación de primera oportunidad es más rápida para los trabajadores, es el primer paso de un proceso que tiene varias instancias de control que no amenaza los derechos al debido proceso y a la seguridad social (Corte Constitucional, 2020).

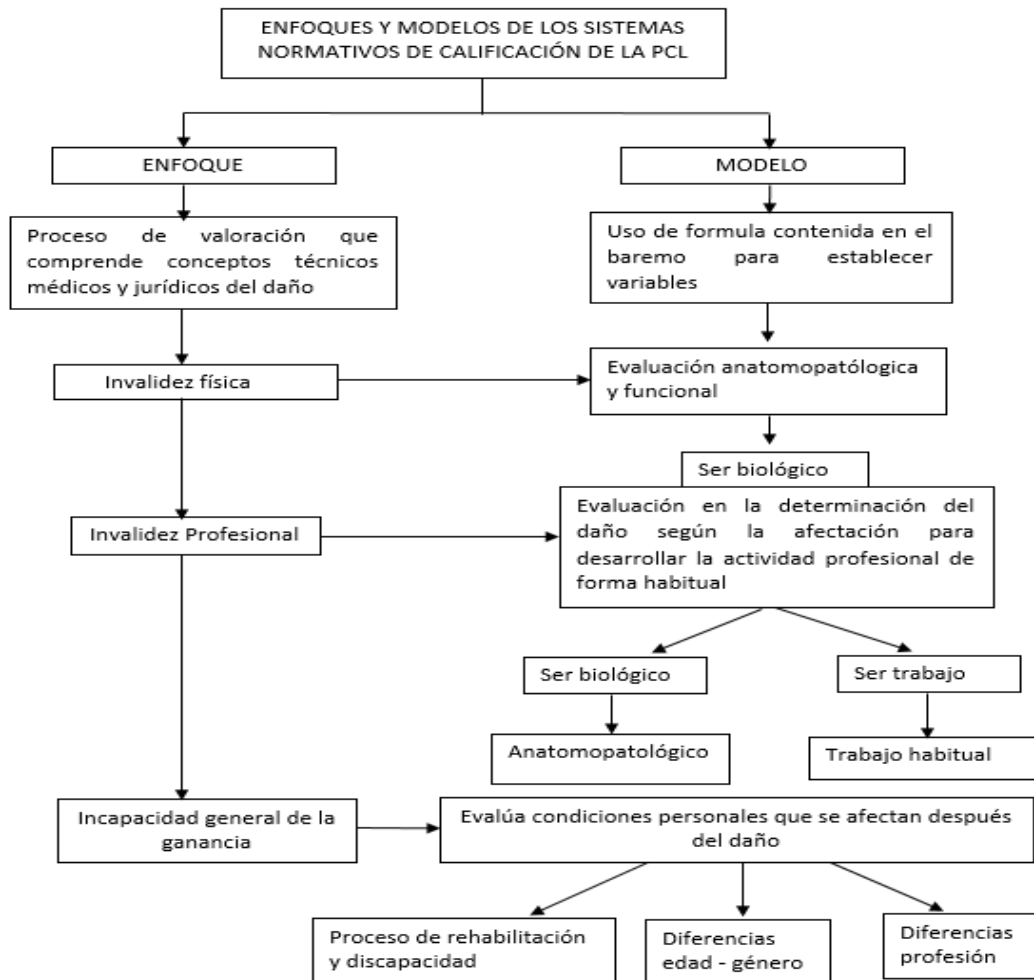
Este proceso es realizado por un grupo interdisciplinario que labora o depende contractualmente de la aseguradora, razón por la que surgen los interrogantes: ¿Existe objetividad en los evaluadores para definir la PCL cuando su empleador y/o contratante es el administrador del Sistema de Riesgos Laborales? ¿Hacer los trámites más rápidos y evitar los procesos administrativos y judiciales es un argumento legítimo de la justicia para los trabajadores en Colombia? ¿Aplican los evaluadores los cambios de enfoque y metodología para determinar la PCL según los trabajos habituales de la población a calificar? Es preciso advertir que las respuestas no son unánimes para los actores del conflicto jurídico objeto de estudio, y en ellas se encuentra un elemento estructural del conflicto generado por la estabilidad laboral reforzada.

Siguiendo con la misma idea, los expertos en el proceso de calificación de PCL consideran que el proceso de calificación de PCL impacta al sistema de protección social en los beneficios económicos descritos en la Ley 361 de 1997, los subsidios de vivienda, la educación y la recreación, que reconocen las Cajas de Compensación Familiar y la condonación de deudas del sistema asegurador y bancario, así como el Sistema de Seguridad Social, por los costos derivados de las incapacidades temporales, las pensiones de invalidez, las pensiones de sobreviviente y las prestaciones asistenciales (Moreno Angarita, Rubio, & Angarita, 2011, pág. 242). El impacto varía según el enfoque y los modelos de valoración aprobados y utilizados en los Estados, y estos tienen relación con la visión política, económica y social del trabajo.

El enfoque de los procesos de valoración comprende los conceptos técnicos, médicos y jurídicos que determinan la filosofía sobre la que se cimienta la valoración del daño. *El modelo* corresponde al uso de la fórmula matemática establecida por el baremo que puede presentarse en valores cualitativos o cuantitativos dependiendo de *las variables* de calificación que cambian según el modelo elegido. El siguiente apartado abordará las reformas normativas, figuras jurídicas previas a la invalidez y los reconocimientos económicos para cada una, en atención a los cambios de enfoque, modelos y variables de la calificación de la PCL. Inicialmente se estableció el enfoque de la *invalidez física*, luego se pasa a la *invalidez profesional* y finalmente algunos Estados han asumido el enfoque de la

incapacidad general de la ganancia, cada uno con modelos de evaluación definidos. Presentamos las normas que Colombia y España han implementado según los enfoques indicados.

Gráfica 6. Enfoques y modelos de PCL



470

Fuente: elaboración propia.

El enfoque de la invalidez física en Colombia y España

Las normas del sistema médico-jurídico –que describimos en los apartados anteriores–, se construyeron con los modelos de vida, trabajo y rehabilitación de contextos diferentes al trabajo en Colombia, generándose con ello los conflictos éticos, jurídicos y económicos entre los evaluadores y los evaluados; entre la valoración del patrimonio biológico y el patrimonio económico; entre las decisiones administrativas y las decisiones judiciales. Conflictos secundarios frente al verdadero sentido de la calificación de la pérdida de capacidad laboral (Montoya Echeverri & Escobar Pérez, 2012, pág. 88), que debe centrarse en la validación del trabajador como persona en la sociedad del trabajo y su permanencia en el trabajo desde la capacidad residual que le permite sentirse útil, y no desde la capacidad perdida que le impide desempeñar labores que se consideran normales.

En Colombia, el enfoque inicial fue el de invalidez física, con el modelo de evaluación anatomopatológica y funcional. Los baremos contruidos desde la Ley 57 de 1915, seguido por el Código Sustantivo del Trabajo de 1950 y luego por los Acuerdos 258 (ICSS, 1967) y 155 (ICSS, 1963) aprobado por el Decreto 3170 (Presidencia de la República, 1964b), se soportaban en el listado de pérdida anatómica, diagnóstico de enfermedades con descripción del nivel de la lesión y la región anatómica afectada, para asignar el porcentaje de PCL del cual dependían los reconocimientos económicos. Así mismo la edad, la afectación en el ejercicio de la profesión habitual, la posibilidad o no de dedicación a un trabajo remunerado, los defectos físicos y las dificultades para conseguir empleo, fueron elementos incluidos en la tabla de evaluaciones¹⁷⁸.

La primera prestación que reconoce el Sistema de Seguridad Social es la incapacidad temporal, ya desarrollada en el apartado 4.1.1. Cumplido el término de IT y finalizado el proceso de calificación de PCL, se establecieron en las normas descritas las prestaciones denominadas incapacidad permanente parcial, incapacidad permanente total, incapacidad

¹⁷⁸ Ver artículo 19 del Decreto 3170 de 1964.

permanente absoluta, gran invalidez y muerte. En la Ley 57 de 1915 se identificaron como consecuencias del accidente de trabajo y en el artículo 203 del CST se definieron así:

ARTICULO 203. CONSECUENCIAS. Las consecuencias de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, para los efectos de las prestaciones que se consagran en este Capítulo, son las siguientes:

1. Incapacidad temporal, cuando el trabajador no puede desempeñar su trabajo por algún tiempo.
2. Incapacidad permanente parcial, cuando el trabajador sufre una disminución definitiva pero apenas parcial en sus facultades.
3. Incapacidad permanente total, cuando el trabajador queda inhabilitado para desempeñar cualquier clase de trabajo remunerativo.
4. Gran invalidez, cuando el trabajador no solamente queda incapacitado para desempeñar cualquier clase de trabajo, sino que tiene que ser válido por otro para realizar las funciones esenciales de la vida.
5. Muerte del trabajador. (Congreso de la República, 2016)

Consecuencia del ATEL, es la disminución de la capacidad laboral en valores que determinaban los reconocimientos económicos a cargo del Sistema de Seguridad Social. Según descripción del artículo 204 del CST:

472

ARTICULO 204. PRESTACIONES. Los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales dan lugar a las siguientes prestaciones:

1a. Asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria hasta, por el tiempo que se requiera sin exceder de dos (2) años, comprendidos los exámenes complementarios, como radiografías, consulta de especialistas, las prescripciones terapéuticas completas, como transfusiones y fisioterapia, y el suministro de aparatos de ortopedia y prótesis que sean necesarios.

2a. Además, a las siguientes en dinero, según el caso:

- a) Mientras dure la incapacidad temporal, el trabajador tiene derecho a que se le pague el salario ordinario completo hasta por seis (6) meses.
- b) En caso de incapacidad permanente parcial, el trabajador tiene derecho a una suma de dinero en proporción al daño sufrido, no inferior a un mes ni superior a veintitrés meses de salario. Esta suma se fija en caso de accidente, de acuerdo con la Tabla de Valuación de Incapacidades que aparece adoptada en el artículo 211, y en caso de enfermedad profesional, de acuerdo con el grado de incapacidad. Las incapacidades de que trata este ordinal serán fijadas por el médico del patrono y, en caso de controversia, por los médicos de la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial y, en su defecto, por los médicos legistas.
- c) En caso de incapacidad permanente total el trabajador tiene derecho a una suma equivalente a veinticuatro meses de salario.
- d) En caso de gran invalidez el trabajador tiene derecho a una suma equivalente a treinta meses de salario.

e) En caso de muerte se paga una suma equivalente a veinticuatro meses de salario del trabajador, a las personas que a continuación se indican (...). (Congreso de la República, 2016)

Siguiendo el enfoque de invalidez física, el modelo de evaluación anatomopatológica y funcional, se expide el Capítulo IV del Decreto 3170 de 1964¹⁷⁹ que define las mismas instituciones jurídicas como consecuencia del ATEL:

La incapacidad permanente parcial como la producida por alteraciones orgánicas o funcionales incurables o de duración no previsible, que limiten la capacidad de trabajo del asegurado, sin que produzca incapacidad permanente total. (...)

La incapacidad permanente total es la producida por alteraciones orgánicas o funcionales incurables o de duración no previsible, que impidan al asegurado desempeñar su trabajo habitual u otro similar compatible con sus aptitudes y formación profesional. (...)

La incapacidad permanente absoluta cuando impida al asegurado toda clase de trabajo remunerado. (...)

La gran invalidez es el estado de incapacidad permanente que además de impedir al asegurado toda clase de trabajo remunerado lo coloca en condiciones tales que requiera el auxilio de otra persona para movilizarse o para realizar las funciones esenciales de la vida. (Presidencia de la República, 1964b)

Las asignaciones económicas fueron establecidas en el artículo 21 de la norma en cita, así:

473

Artículo 21. El incapacitado permanente parcial tendrá derecho a una pensión proporcional a la que le hubiere correspondido en caso de incapacidad permanente total y de acuerdo con el porcentaje de valuación de la incapacidad.

Incapacitado permanente total tendrá derecho a una pensión mensual equivalente al 60% del salario mensual de base.

El incapacitado permanente absoluto tendrá derecho a una pensión mensual equivalente al 70% del salario mensual de base.

El gran inválido tendrá derecho a una pensión equivalente al 85% del salario mensual de base. En ningún caso las pensiones por incapacidad permanente total, absoluta, o gran invalidez, podrán ser inferiores a la que habría correspondido al asegurado en el Seguro de Invalidez no profesional. En caso de serlo, se elevará la pensión hasta el valor que le habría correspondido en el mencionado seguro. (Presidencia de la República, 1964b)

A cada prestación se le asignó un reconocimiento económico de acuerdo con las condiciones reales del trabajador, que le permitían ingresos permanentes en la figura de pensión temporal hasta por un período de dos (2) años, tiempo que podía utilizar el trabajador para recuperar su salud y el empleador para vincular a otro trabajador. A pesar de entender para la época el

¹⁷⁹ Ver artículos 15, 16, 17, 18, 19 y 20.

proceso de calificación de PCL como una evaluación anatomopatológica, se destaca que la norma concedía el pago de la denominada *pensión provisional*, en calidad de indemnización, cuando el trabajador tenía entre el 5% y el 20% de PCL¹⁸⁰.

Artículo 23. Al declararse la incapacidad permanente, sea total o parcial, se concederá provisionalmente la pensión por un período inicial hasta de dos (2) años. Si subsiste la incapacidad después de transcurrido tal periodo, la pensión tendrá carácter definitivo. Sin embargo el Instituto podrá efectuar la revisión de la incapacidad cuando lo estime necesario, si hubiera fundamento para presumir que han cambiado las condiciones que determinaron su otorgamiento. Las pensiones serán vitalicias a partir de la edad mínima que para el derecho a pensión de vejez fija el Reglamento General del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte.

Artículo 24. El asegurado que quede con una incapacidad permanente parcial entre el 5 y el 20%, tendrá derecho a que se le pague en sustitución de la pensión, una indemnización en capital equivalente a dos (2) anualidades de aquella. Las pensiones correspondientes a una reducción de capacidad de trabajo superior al 20% no podrán pagarse en forma de capital. La incapacidad permanente parcial inferior al 5% no es indemnizable. (Presidencia de la República, 1964b)

De forma correlacional, en España se profirió en 1900 la Ley 30 “acerca de los accidentes de trabajo”, reglamentada el 28 de julio de ese año. Esta norma reconoce las figuras jurídicas denominadas incapacidad temporal, incapacidad de trabajo absoluta o parcial, temporal o perpetua y la muerte, en cuantías diferentes según lo establecido en el artículo 4, estando en todo caso el patrono obligado a facilitar la asistencia médica y farmacéutica hasta que el médico legista lo considerara necesario¹⁸¹. El Ministerio del Trabajo y Previsión profiere en el año 1932 el Decreto Real del 12 de octubre, como norma que establece el baremo para el reconocimiento de las incapacidades e indemnizaciones por accidente de trabajo a los trabajadores que ejecuten habitualmente un trabajo manual fuera de su domicilio por cuenta ajena en virtud de un contrato de trabajo verbal o escrito.

La norma mantiene las cuatro clases de incapacidades, estableciendo que la incapacidad parcial permanente se puede determinar para la profesión habitual, en tanto la incapacidad

474

¹⁸⁰ Las prestaciones reconocidas en el Decreto 3170 de 1964 son recogidas en el artículo 22 del Decreto 3135 de 1968, para los servidores públicos y trabajadores oficiales.

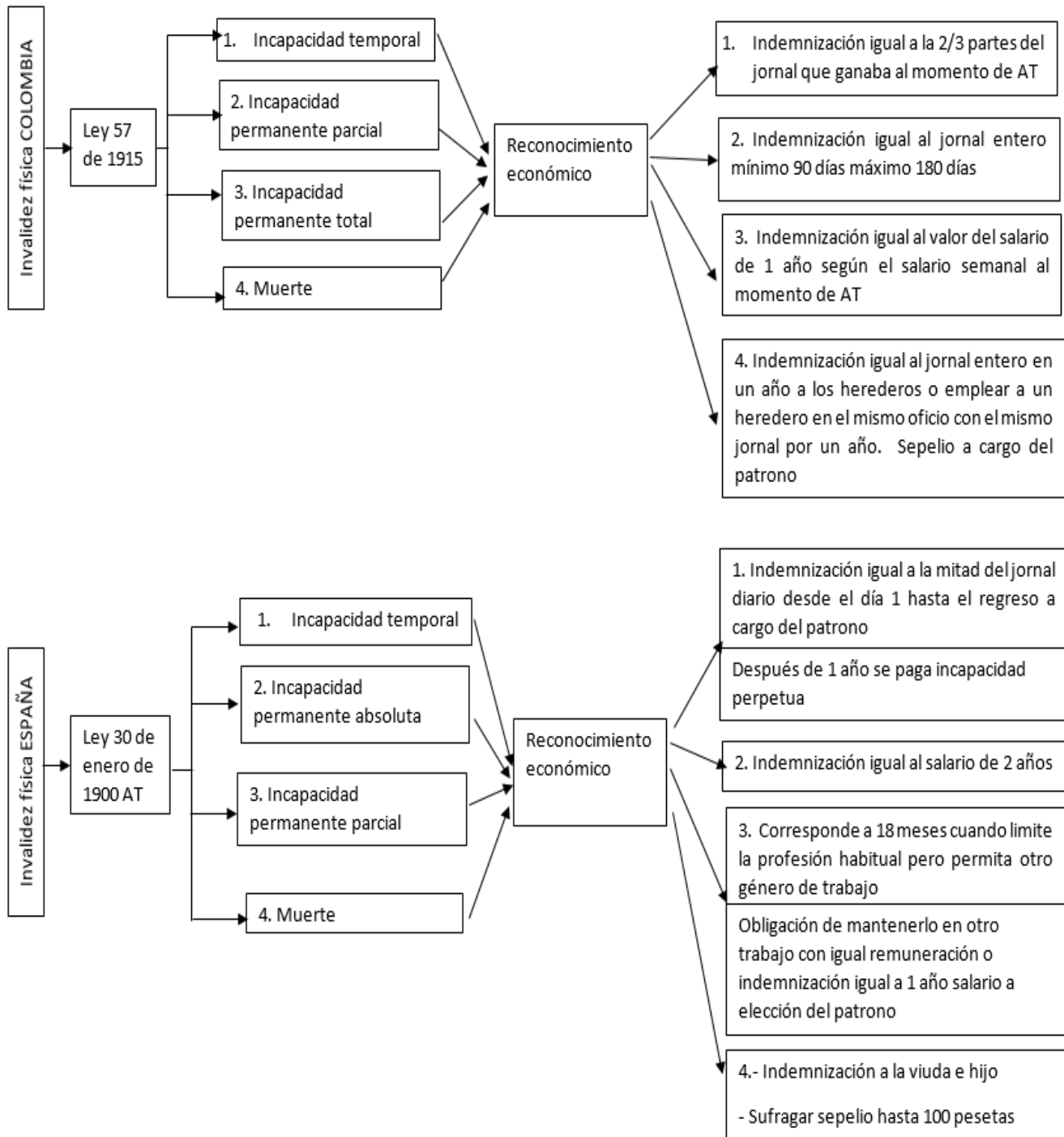
¹⁸¹ Ver artículo 4 de la Ley de 30 de enero de 1900 “acerca de los accidentes del trabajo”.

permanente absoluta se establece para todo tipo de trabajo. A partir del Capítulo II, en el artículo primero del cuadro de valoraciones, se describe el baremo que permitía la determinación de los daños corporales a los trabajadores¹⁸². Se destaca la imposición de estándares de seguridad e inspección de las fábricas de acciones de prevención del ATEL, que venían exigiéndose desde el siglo anterior para superar el paternalismo discrecional de algunos empresarios hasta llegar a la definición de la culpa patronal y la intervención del Estado (Silvestre & Pons, 2009, pág. 7). La falta de prevención aumentaba el valor de las indemnizaciones a cargo del empleador hasta en la mitad de la cuantía para cada clase cuando el ATEL se hubiera generado por máquinas y artefactos sin aparatos de precaución¹⁸³, según los reconocimientos económicos que presentamos en las gráficas 7 y 8.

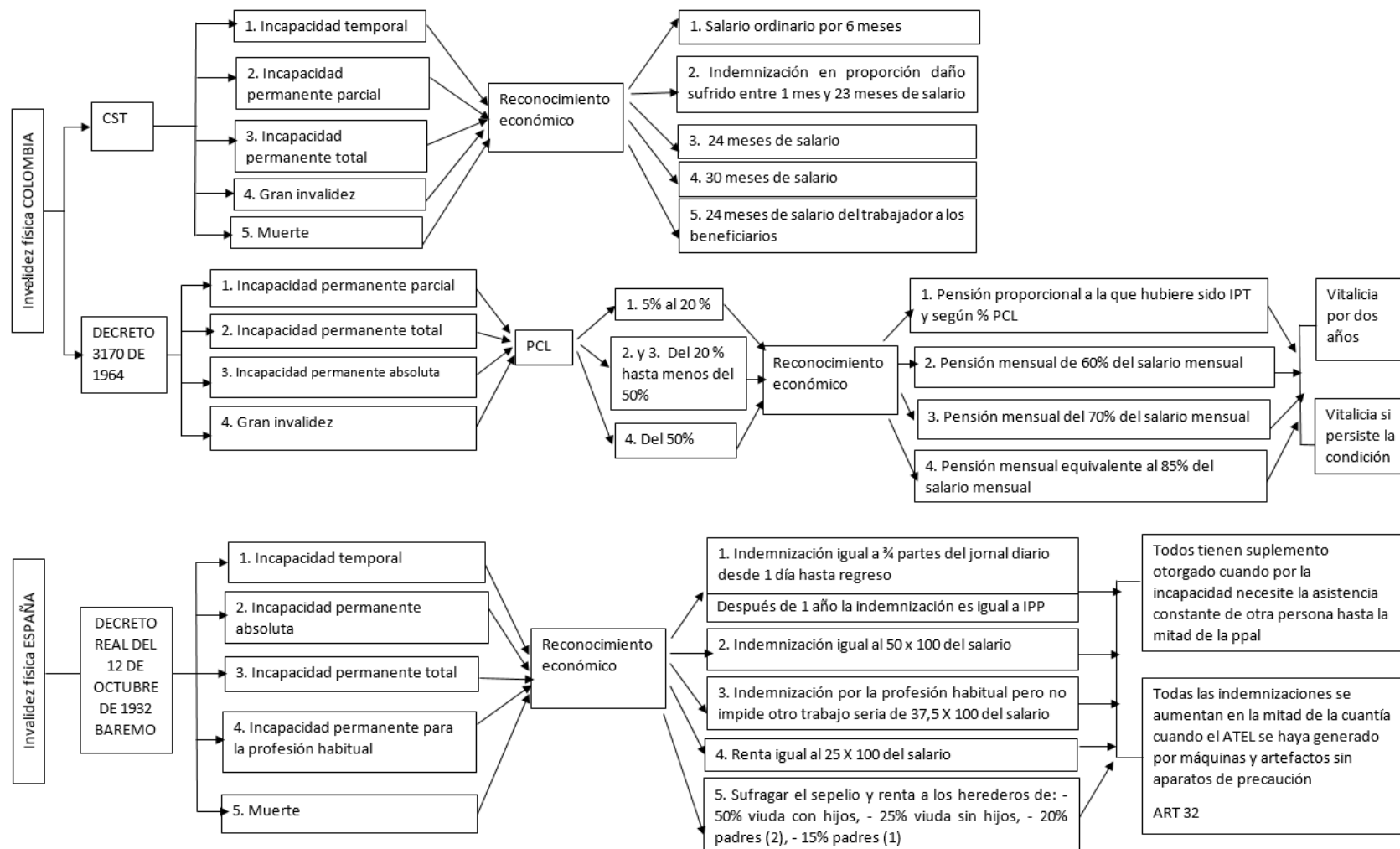
¹⁸² Ver Decreto Real del 12 de octubre de 1932. Publicado en la Gaceta de Madrid Núm. 286 página 219.

¹⁸³ Ver artículo 32 del Decreto Real del 12 de octubre de 1932. Publicado en la Gaceta de Madrid Núm. 286 página 219.

Gráfica 7 Enfoque de la invalidez física en Colombia y España



Gráfica 8. Enfoque de la incapacidad física en Colombia y España



El enfoque de la invalidez profesional en Colombia y España

Como indicamos en el apartado “La salud en el trabajo desde la Seguridad Social”, el Estado colombiano no ha construido un modelo claramente definido de protección social. Por el contrario, ha generado un marco en el cual coexisten diferentes modelos, que vinculan la protección con la seguridad social, para atender tanto la salud pública, la higiene y la asistencia pública, como el seguro social y la atención privada (Arévalo, Ciro, & Gutiérrez, 2006, pág. 192). En el Sistema de Seguridad Social colombiano los modelos tampoco han sido estables, sus variaciones se han dado con el paso de la reforma constitucional de 1991 y las leyes que regularon el Sistema de Seguridad Social. Por medio del Decreto 1295 de 1994 (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994) se caracterizó el Sistema de Riesgos Profesionales, asumiendo el cambio de enfoque de la calificación de la PCL por el de *invalidez profesional*, que orienta la evaluación en la determinación del daño según la afectación para desarrollar la actividad profesional en forma habitual. Este enfoque supera la visión de la persona como un ser biológico y lo visualiza como un ser social-trabajador.

478

Con la expedición del Decreto 1295 de 1994, se subrogan los artículos del Código Sustantivo de Trabajo y se derogan los artículos del Decreto 3170 de 1964. La norma reglamenta el Sistema de Riesgos Laborales, define las prestaciones asistenciales y económicas que por consecuencia del ATEL deben reconocerse a los trabajadores, incluyendo la rehabilitación física y profesional, las prótesis, órtesis, su reparación y reposición. Superados estos procesos, en el artículo 7 se determinan las prestaciones económicas a reconocer, inicia con la incapacidad temporal y continúa en el literal b) con la incapacidad permanente parcial. A partir de esta norma desaparecen del contenido normativo las demás prestaciones que se reconocían antes de la invalidez en el Decreto 3170 de 1964. El artículo 7 señaló:

ARTICULO 7o. PRESTACIONES ECONÓMICAS. Todo trabajador que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional tendrá derecho al reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones económicas:

- a. Subsidio por incapacidad temporal;
- b. Indemnización por incapacidad permanente parcial;
- c. Pensión de Invalidez;
- d. Pensión de sobrevivientes; y,
- e. Auxilio funerario. (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994)

En el artículo 40 del Decreto 1295 de 1994¹⁸⁴, se concreta el estado de incapacidad permanente parcial por ATEL, al trabajador con una disminución de PCL igual o superior al 5% pero inferior al 50% de la capacidad laboral para la cual fue contratado. La definición de la prestación sigue el criterio del enfoque de la invalidez profesional, al definirse por la incapacidad del trabajador para procurarse por medio de un trabajo su subsistencia después del ATEL¹⁸⁵. El baremo para definir los grados de la incapacidad permanente parcial y la invalidez por riesgos profesionales se define según el Manual de Invalidez y la Tabla de Valuación de incapacidades, que profiera el Gobierno, con actualizaciones por lo menos una vez cada cinco años¹⁸⁶.

En efecto, desde el enfoque de la invalidez profesional, la calificación de PCL se realiza con el baremo del Decreto 692 (Presidencia de la República, 1995a), que en los artículos 2 y 3 señaló la definición de la invalidez cuando se pierde el 50% de PCL, bajo los criterios de calificación integral definidos por los rangos máximos de puntaje, para la deficiencia el 50%, para la discapacidad el 20% y para la minusvalía el 30%, para un total del 100%.

479

En 1999 se revisa nuevamente el baremo y se reforma mediante el Decreto 917 de ese año, que da continuidad al enfoque de invalidez profesional, con algunos cambios en los valores asignados para cada variable y la inclusión en el artículo 2 de la definición de trabajo habitual como “aquel oficio, labor u ocupación que desempeña el individuo con su capacidad laboral, entrenamiento y/o formación técnica o profesional, recibiendo una remuneración equivalente a un salario o renta, y por el cual cotiza al Sistema Integral de Seguridad Social” (Presidencia de la República, 1999). Se mantiene la definición de Incapacidad Permanente Parcial como el estado reconocido para “la persona que por cualquier causa, de cualquier origen, presente

¹⁸⁴ El contenido del artículo se describió así: “ARTÍCULO 40. La incapacidad permanente parcial se presenta cuando el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales, como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, sufre una disminución parcial, pero definitiva, en alguna o algunas de sus facultades para realizar su trabajo habitual. Se considera como incapacitado permanente parcial, al afiliado que, como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, presenta una disminución definitiva, igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, de su capacidad laboral, para la cual ha sido contratado o capacitado. PARAGRAFO. En aquellas patologías que sean de carácter progresivo, podrá volverse a calificar periódicamente y modificar el porcentaje de incapacidad” (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994).

¹⁸⁵ Ver artículo 41 del Decreto 1295 de 1994 (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994).

¹⁸⁶ Ver artículo 44 del Decreto 1295 de 1994 (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994).

una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 5% e inferior al 50%” (Presidencia de la República, 1999).

Este enfoque supera la visión biológica e involucra la actividad y profesión habitual, siguiendo el modelo de evaluación de la Asociación Médica Americana (AMA)¹⁸⁷, que añade variables de evaluación como la edad, el nivel de educación y la ocupación habitual, a la vez que describe detalladamente los sistemas, aparatos, órganos, enfermedades y niveles de lesión. Los valores se asignan desde un porcentaje total de 100%, tomando como variable principal el daño anatomopatológico y, como variables secundarias, las demás (Moreno Angarita, Rubio, & Angarita, 2011, pág. 248).

El paso del enfoque de invalidez física al enfoque de invalidez profesional, en el baremo que determina la evaluación de la PCL, refleja legitimidad como elemento triádico de las normas que lo contienen. Se supera la valoración exclusiva de las secuelas fisiológicas después del evento traumático, para incluir no solo todas las deficiencias y patologías, sino también asignar parámetros de valoración a elementos de la vida cotidiana del trabajador, comprendido como ser holístico. Pero no se encuentra eficacia en esta valoración, al eliminar las figuras jurídicas denominadas incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez. Consideramos que estas prestaciones permitían a los trabajadores apartarse por periodos de tiempo razonables del trabajo para recuperar su salud o definir la invalidez, con ingresos a cargo del Sistema de Seguridad Social.

En la calificación de PCL antes de 1994, entre más alto el porcentaje de pérdida, mayor era el reconocimiento económico para el trabajador, hasta llegar a la invalidez. Después de 1994 se incluyen mayores factores de evaluación y se aumenta el porcentaje de pérdida con otros componentes de inclusión laboral, pero se hace más conflictiva la relación entre trabajador y

¹⁸⁷ Existen dentro del enfoque de “invalidez profesional” otros modelos de evaluación de PCL como el modelo Scudder seguido en EEUU que se fundamenta en tres variables: anatómica, funcional y económica, cada una sobre el 100% dando al porcentaje global el 300% y la incapacidad se determina por el promedio de estas. El modelo Belbey que tiene como variable principal la salud, seguida del trabajo, la producción y el salario. El total se determina con el 300%. El modelo Basile determina porcentajes de incapacidad anatomofuncional, porcentaje laborativa y porcentaje psicológica. Seguido por México, Argentina y Cuba (Moreno Angarita, Rubio, & Angarita, 2011).

empleador, por la reclamación-negación de la estabilidad laboral reforzada, que se reconoce entre el 5% y hasta el 49% de PCL. Eliminadas las figuras jurídicas antes de la invalidez, los reconocimientos económicos se reemplazan mediante el Decreto 2644 de 1994¹⁸⁸ por la tabla de equivalencias para la indemnización por pérdida de capacidad laboral, como parte integrante de baremo vigente para la calificación. En esta se dispone el porcentaje de PCL entre el 5% y el 49% para tener derecho a la prestación, con un monto determinado en meses de ingreso base de liquidación del trabajador afectado por el ATEL, que va entre 2 y 24 salarios IBL. Así las cosas, el trabajador calificado entre el 20% y el 49% recibe la indemnización reglamentaria pero debe regresar al trabajo, dándose el ya mencionado fenómeno del trabajador apto para el Sistema de Riesgos Laborales, al que le dieron la alta médica, pero es inepto para el trabajo habitual, generando el conflicto materia de estudio con el empleador.

Al respecto, en España el sistema de protección socio-laboral establece como pilar fundamental la protección de la salud del trabajador, desde el derecho a la seguridad social, que es autónomo e independiente de la normatividad laboral. Las sociedades europeas han redefinido el papel del Estado y las relaciones del mercado laboral, desde la temporal o permanente pérdida de la capacidad laboral de los trabajadores, como sucesos de aparición intermitente en la vida de las personas (González de Aleja, 2006, pág. 19).

Mediante la Ley 193 de 1963 se determinan las bases de la Seguridad Social, incluyendo en el régimen de accidente de trabajo y enfermedad laboral las disposiciones referidas a las obligaciones de las Mutuas de ATEL, en la afiliación, cotización y recaudos a las empresas. En el artículo 84 define el accidente de trabajo, incluyendo la imprudencia profesional como la que es consecuencia del ejercicio habitual y derivada de la confianza; así como “las enfermedades comunes que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo” (Jefatura del Estado Español, 1963).

¹⁸⁸ Ver Decreto 2644 del 29 de noviembre de 1994. Por el cual se expide la Tabla única para las indemnizaciones por pérdida de la capacidad laboral entre el 5% y el 49.99% y la prestación económica correspondiente.

Para la definición de enfermedad profesional se establece la revisión del baremo anexo a la ley, en la cual se deben incluir las afecciones de etiología laboral y carácter profesional¹⁸⁹. Las reformas legales de los Sistemas de Seguridad Social son parte de la legítima transformación de las sociedades. En España, con la Ley 24 de 1972 (Jefatura del Estado Español, 1972) se unificaron las prestaciones a reconocer a los afiliados al Sistema de Seguridad Social por causas laborales y por causas comunes. Las cotizaciones al sistema debían retribuir en forma real a los trabajadores, según las categorías profesionales y el trabajo, como elementos determinadores del salario. El régimen pensional debía eliminar las limitaciones legales existentes en favor de la invalidez permanente total, las incapacidades y las prestaciones por desempleo¹⁹⁰. Así, el subsidio para la incapacidad laboral transitoria se reconoce por doce meses, prorrogables por otros seis por presunción de alta médica. De acuerdo con el artículo 11 de la Ley en cita, cumplido este término se deberá seguir a la determinación de los demás derechos prestacionales descritos en el artículo once, así:

Uno. Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al treinta y tres por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

Dos. Los inválidos en los grados de incapacidad parcial o total para la profesión habitual causarán las prestaciones económicas correspondientes, cualesquiera que sean la contingencia determinante de la invalidez y la edad del trabajador.

Tres. La prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente total consistirá en una pensión vitalicia. Esta podrá excepcionalmente ser sustituida por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario fuese menor de sesenta años.

Cuatro. Los declarados afectos de incapacidad permanente total para la profesión habitual percibirán la pensión prevista en el número anterior incrementada en el porcentaje que reglamentariamente se determine, cuando por su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior. (Jefatura del Estado Español, 1972)

La Ley de Seguridad Social requería desarrollo legal. Este se realizó mediante el Decreto 1646 de 1972 (Ministerio de Trabajo de España, 1972) que sigue el enfoque de invalidez

¹⁸⁹ Ver literal e) del artículo 84 y 85 de la Ley 193 (Jefatura del Estado Español, 1963).

¹⁹⁰ Ver la exposición de motivos de la Ley 24 de 1972 (Jefatura del Estado Español, 1972) .

profesional para determinar la pérdida de capacidad laboral. Define la invalidez permanente como una incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, cuando se determine en el 33% de PCL sin que se impidan las tareas fundamentales de la profesión; la incapacidad permanente total se reconoce con la pensión vitalicia cuando el trabajador es mayor de 60 años y se incrementará cuando no sea posible obtener un empleo distinto a la profesión habitual que desempeñaba¹⁹¹. En el artículo noveno se indicó el reconocimiento al trabajador de una indemnización equivalente a 24 mensualidades de la base reguladora que sirvió para liquidar la incapacidad temporal. Superados los términos para la permanencia de la incapacidad permanente parcial sin recuperación para el trabajador, se considerará como permanente en el grado de PCL que se encuentre¹⁹².

En 1994 se modifica nuevamente la Ley General de la Seguridad Social¹⁹³ integrando al Capítulo V –referido a la invalidez–, la definición de incapacidad permanente y las clases derivadas de esta condición, manteniendo las figuras de la incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, la incapacidad permanente total para la profesión habitual, la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y la gran invalidez. La norma española define la profesión habitual en caso de accidente, sin importar el origen, como “la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo” (Ministerio de Trabajo de España, 1994).

En el artículo 139 del mismo decreto se establece para el grado de incapacidad permanente la prestación económica a reconocer por cada condición dependiendo del porcentaje de pérdida de capacidad laboral asignada al trabajador, siendo estas:

- a) incapacidad permanente parcial para la profesión habitual una indemnización a tanto alzado.
- b) incapacidad permanente total, corresponde la pensión vitalicia que podría ser sustituida por la indemnización de alzada cuando el beneficiario fuese menor de sesenta años. Se destaca la inclusión en esta norma proferida con el enfoque de invalidez profesional el reconocimiento de la pensión prevista cuando por edad, falta de preparación general o especializada y

¹⁹¹ Ver artículo 3 del Decreto 1646 de 1972 (Ministerio de Trabajo de España, 1972).

¹⁹² Ver artículo 11.

¹⁹³ Decreto Real legislativo 1/1994 de 20 junio modificado por artículo 15.a de la Ley 39 de 1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (Jefatura del Estado Español, 1999).

circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presume la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior. Prestación que no podría ser menor el 55% de la base de cotización de los mayores de 18 años vigente al momento del reconocimiento.

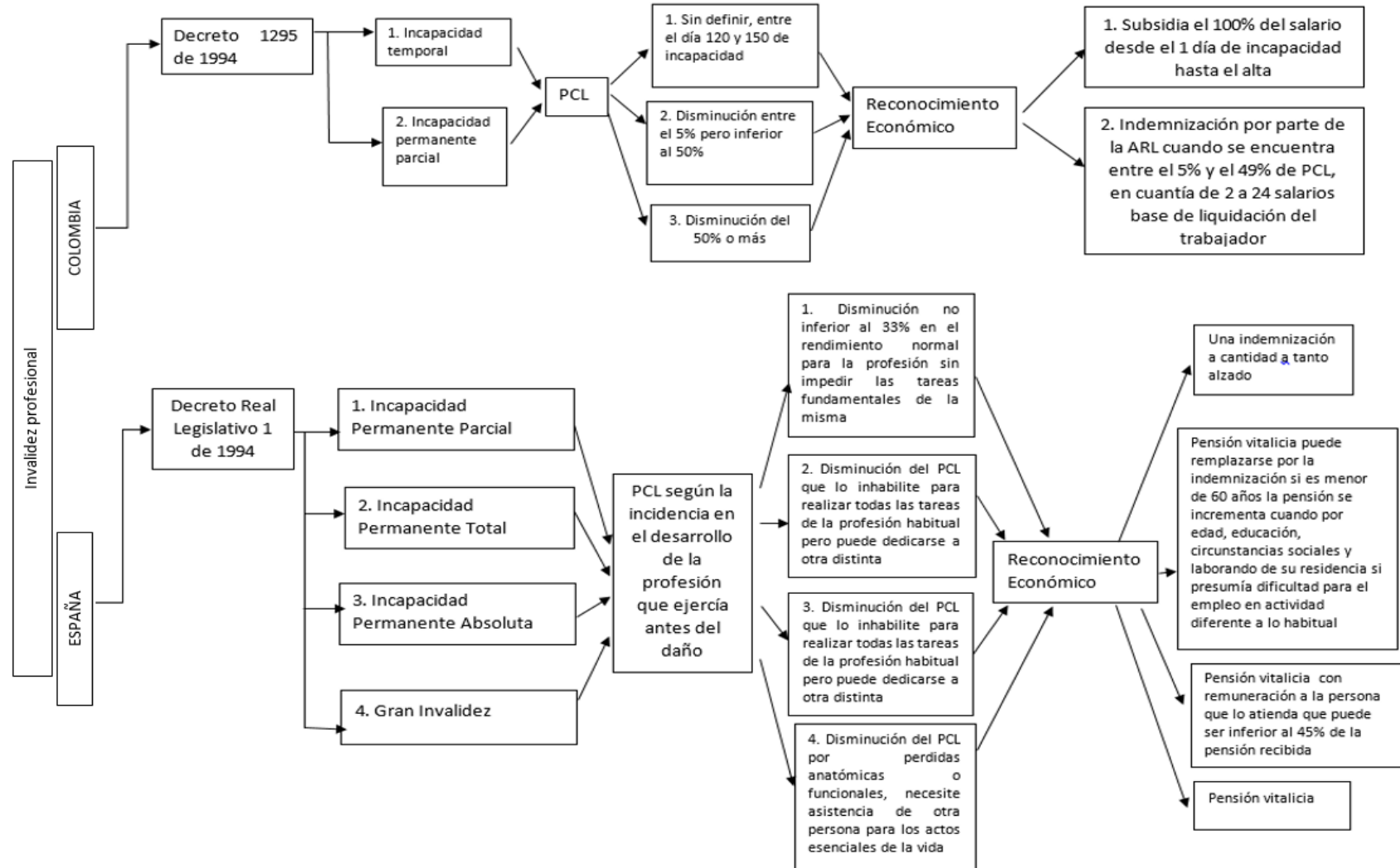
c) incapacidad permanente absoluta se reconoce la pensión vitalicia con el aumento de la remuneración en caso de requerir un tercero para que le atienda, en no menos del 45% del ingreso base de cotización (Ministerio de Trabajo de España, 1994).

Seguidamente, en el artículo 8.1 de la Ley 24 de 1997 (Jefatura del Estado Español, 1997) se modificó el contenido del artículo 137 del Decreto Real 1 de 1994, eliminando la indicación de corresponder la incapacidad al trabajo habitual con la visión más garantista para los trabajadores, por la determinación de esta prestación dependiendo solo del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades¹⁹⁴.

En España, con estas reformas normativas se ha integrado el sistema público de seguridad social con los mecanismos de cobertura que mejoran, sin alterar, la responsabilidad civil del empresario. En la Ley de 1900 se define la responsabilidad como objetiva, en el Decreto Real de 1932 se establece la obligación de asegurar la responsabilidad, en 1963 el seguro es público y excluye la gestión de las aseguradoras privadas, manteniendo el carácter de responsabilidad civil del empleador que debe enfrentar la reparación del daño por falta de previsión donde se tiene la posibilidad de penalizar al empresario que incumple las medidas de prevención que ocasionan gastos al sistema público de la seguridad social (Gutiérrez Solar & Lahera Forteza, 2009, pág. 91).

¹⁹⁴ En el artículo 8 numeral 5 del Decreto Real Legislativo 1/1994 se estableció que las referencias a la “invalidez permanente” se entenderán efectuadas a la “incapacidad permanente” (Ministerio de Trabajo de España, 1994).

Gráfica 9. Enfoque de la invalidez profesional de Colombia y España



El enfoque de Incapacidad General de la Ganancia en Colombia y España

Ahora bien, otro de los enfoques para determinar la PCL es el denominado “incapacidad general de ganancia”, propuesto por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Se evalúan las condiciones personales que se afectaron después del daño y que inciden en el futuro laboral y los ingresos. Incluye procesos de rehabilitación, valoración de factores como el género, la edad, la profesión, la situación económica y la discapacidad (Moreno Angarita, Rubio, & Angarita, 2011, pág. 249).

En este enfoque se encuentran los modelos de MC Bright, que valoran la incapacidad sobre el 100% del estado clínico del trabajador, la calificación profesional y la medición de la incapacidad. La Organización Mundial de la Salud asume este modelo y mediante el Manual de Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalía (CIDDM), desarrolla los principios y taxonomía del Código Internacional de Enfermedades (CIE) con las siguientes variables: la deficiencia, que evalúa el daño anatomofuncional; la discapacidad, que evalúa el rendimiento funcional; y la minusvalía, que evalúa la relación del individuo con el entorno social. Desde este enfoque se clasifican las consecuencias de la enfermedad en la vida de las personas y no la PCL en términos cuantitativos. En el año 2001 se publica la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIDMM-2), que sigue la línea de rehabilitación integral, con el objetivo de valorar la PCL con relación a las capacidades residuales del trabajador después del ATEL y no de las capacidades pérdidas por el daño.

Este enfoque es implementado por Colombia con el Decreto 1507 de 2014 (Ministerio del Trabajo, 2014), que incluye dentro de las definiciones aplicables los conceptos de capacidad ocupacional y capacidad laboral, estados relacionados con la salud. En el artículo 2 conserva la definición de incapacidad permanente parcial como “la disminución definitiva, igual o superior al cinco por ciento (5%) e inferior al cincuenta por ciento (50%) de la capacidad laboral u ocupacional de una persona, como consecuencia de un accidente o de una enfermedad de cualquier origen” (Ministerio del Trabajo, 2014).

Desde la perspectiva funcionalista del MUCI vigente, el trabajador debe ser asumido como un ser integral en la forma como la Corte Constitucional lo señaló en la sentencia C-425 de 2005, pero también debe atenderse la pérdida de capacidad patrimonial del trabajador como ser ontológico. Es decir, la relación entre el estado de salud para el trabajo y los ingresos merece una reflexión desde la dimensión económica, para comprender que el conflicto de la estabilidad laboral reforzada se ancla en la posibilidad de reconocer al trabajador afectado por el ATEL las prestaciones económicas que desaparecieron del Sistema de Riesgos Laborales descritas en el Decreto 3170 de 1964, pero que siguen vigentes en los baremos de países como España e Italia.

Las reformas normativas por los cambios de enfoque y modelo en el Sistema de Seguridad Social en Europa, han tenido contradictores por considerar irresponsable el sistema político que hace promesas a los ciudadanos sin tener la capacidad de pago de las prestaciones prometidas (Thompson, pág. 5). Sin embargo, en España se han presentado estudios que reconsideran el despido por edad y condición física, que son elementos de discriminación que deben disminuir para eliminar la acción judicial por los despidos improcedentes y permitir la flexibilización del tiempo en la jornada laboral, con el fin de armonizar las condiciones del trabajador con las cotizaciones a la seguridad social (Tortuero Plaza, 2009, pág. 18).

La norma actual de Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre, con el enfoque de la incapacidad general de la ganancia, amplía los criterios de reconocimiento del estado de incapacidad permanente para los trabajadores cotizantes al Sistema de Seguridad Social, que se han mencionado en esta investigación. Entre ellos:

- a. El reconocimiento de las prestaciones en el estado de incapacidad permanente para los trabajadores, aun con la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado sea incierta o a largo plazo.
- b. Los trabajadores vinculados en condición de discapacidad que posterior a esta su condición se haya agravado y que a su vez concurren nuevas lesiones o patologías que disminuyen la capacidad laboral que se tenía. (Ministerio de Empleo y Seguridad Social de España, 2015)

Se conservan los grados de incapacidad permanente, pues aunque la norma elimina la inclusión de la expresión “trabajo habitual”, mantiene en el contenido los elementos de la

profesión que se ejercía antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente, que se describe así:

- a. Artículo 194. Grados de incapacidad permanente. 1. La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará, en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades que se apruebe reglamentariamente en los siguientes grados: a) Incapacidad permanente parcial. b) Incapacidad permanente total. c) Incapacidad permanente absoluta. d) Gran invalidez. (Ministerio de Empleo y Seguridad Social de España, 2015)

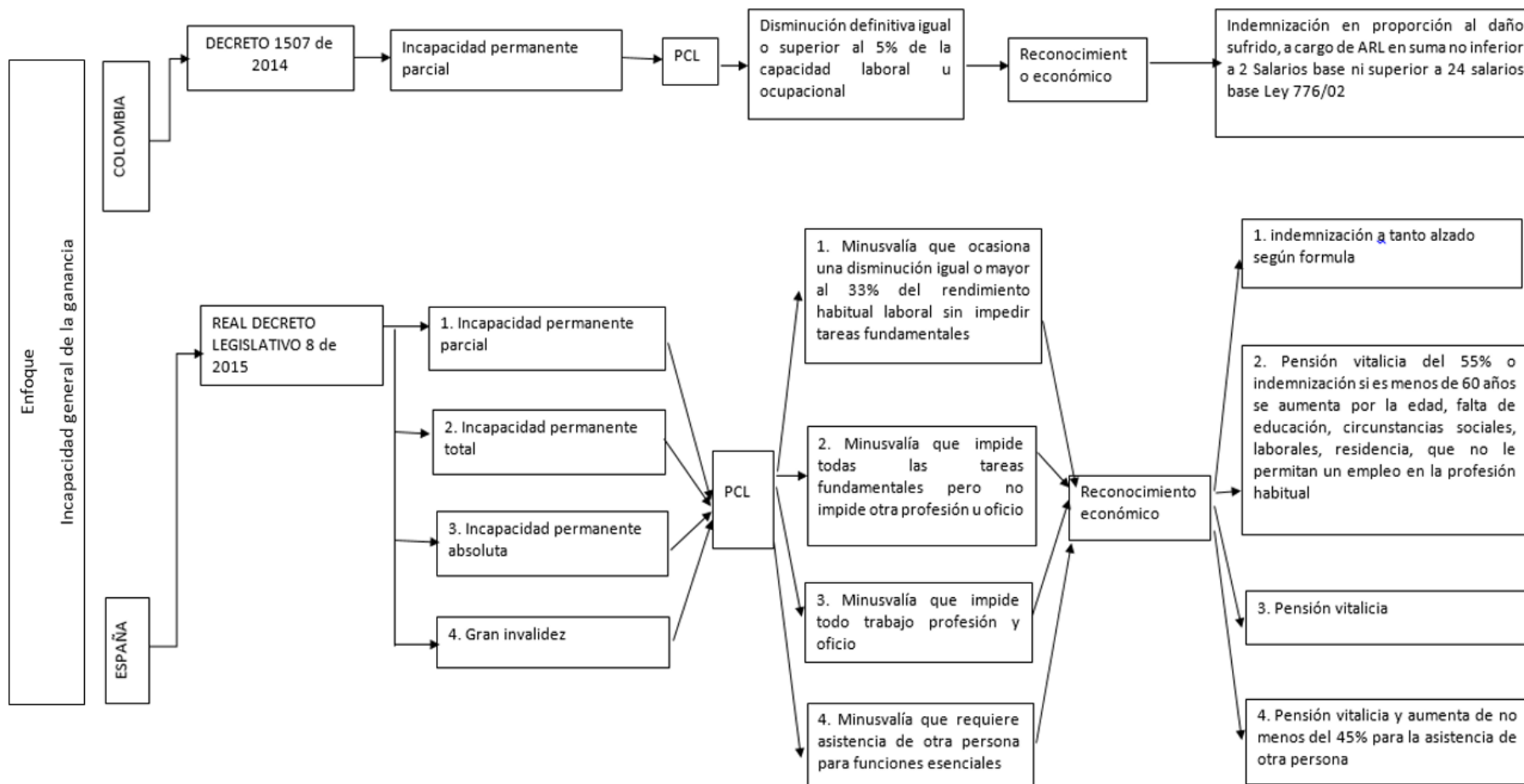
Los reconocimientos económicos derivados de cada una de los grados de incapacidad permanente, son reconocidos a los trabajadores así:

El pago de la indemnización económica por incapacidad permanente parcial sigue una fórmula de base reguladora.

1. Por incapacidad permanente total permite el reconocimiento de una pensión vitalicia, que puede excepcionalmente ser sustituida por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario es menor de sesenta años.
2. El valor de la pensión vitalicia por IPT se aumentará cuando por edad, falta de estudios, circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta a la profesión habitual. Por incapacidad permanente absoluta se reconoce una pensión vitalicia.
3. Por gran invalidez se reconoce una pensión vitalicia con la adición de un valor para remunerar a la persona que le atienda. (Ministerio de Empleo y Seguridad Social de España, 2015)

La conclusión de este desarrollo normativo de la implementación de los enfoques y modelos en Colombia y España, para determinar la pérdida de capacidad laboral de los trabajadores por ATEL, es que, en términos médico-jurídicos, se han dado para los trabajadores avances positivos en la valoración de factores que disminuyen las condiciones para el desarrollo del trabajo habitual. España actualiza el sistema público de seguridad social, pasando del enfoque de invalidez física a la invalidez profesional y continúa hacia el enfoque de la incapacidad general de la ganancia. En los cambios normativos mantuvo la diferencia entre los niveles de incapacidad permanente y la invalidez, garantizando a los trabajadores afectados por el ATEL, el pago de prestaciones económicas durante el tiempo que prudencialmente debiera recuperar la capacidad perdida y/o retirarse de la vida laboral definitivamente. Conservar las figuras jurídicas de incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta y gran

Gráfica 10. Enfoque de la ganancia Colombia y España



invalidez, con el aumento de la prestación a reconocer por parte del empleador responsable del daño por falta de previsión legítima las normas y garantiza la eficacia del sistema.

Ahora bien, en términos de validez Colombia avanzó de la misma forma que el país europeo. Se encuentra en el enfoque de la incapacidad general de la ganancia. El actual baremo asigna valores determinados por el rol laboral, que permiten el análisis interdisciplinario de la calificación. Pero en el tránsito de la invalidez física a la incapacidad general de la ganancia, se desmontaron las figuras jurídicas previas a la invalidez, para fortalecer –en otra paradoja de la historia de las relaciones laborales– a las administradoras del Sistema de Riesgos Laborales, que hoy reconocen un único pago a título de indemnización a los trabajadores afectados en la capacidad laboral entre el 5% y el 49%. Esto propicia el conflicto de la estabilidad laboral reforzada, que lleva a cuestionar la eficacia de las normas descritas. Con ellas se obliga al trabajador disminuido para la profesión habitual, a regresar al trabajo, sin la posibilidad de ejercer otra actividad so pena de incurrir en “abuso del derecho”, todo ello por no tener el requisito mínimo para ser acreedor de la pensión de invalidez.

490

Tras estas conclusiones, en adelante se presentan las reflexiones suscitadas en el complejo entorno conformado por los procesos médicos y jurídicos que se deben adelantar por la ocurrencia del ATEL, con el fin de establecer los elementos estructurales que configuran el conflicto de la estabilidad laboral reforzada y las propuestas para lograr la disminución del mismo en las relaciones laborales.

4.3. Elementos de contenido filosófico-jurídico-médico causantes del distanciamiento entre el empleador y el trabajador/prestador del servicio, cuando los intereses del negocio jurídico se afectan por el daño ocasionado a la salud en el trabajo

Este trabajo ha sido elaborado con la pretensión de presentar una sólida propuesta socio-jurídica de identificación de los elementos causantes del distanciamiento entre el empleador y el trabajador/prestador del servicio, cuando los intereses del negocio jurídico se afectan por el daño ocasionado a la salud en el trabajo.

La visión de las relaciones laborales actuales se aleja de la persona, del ciudadano, del ser humano, por la formación de los juristas en Colombia, que ha generado brechas con la filosofía y la sociología. Los juristas consideran que estas áreas no tienen uso porque su centro son conceptos teóricos complejos; los docentes las enseñan con metodología de memorización de pensamientos de personas que nunca han asistido a una audiencia judicial y que parece que nada pueden aportar a la vida real de los ciudadanos trabajadores. Las obras y autores que se revisan en las facultades de derecho en Colombia no se contextualizan en la sociedad del trabajo ni en las decisiones judiciales. No se reconocen las consecuencias de las acciones u omisiones de cada uno de los actores en la relación laboral para la sociedad, que debe actuar según los principios y valores que los textos inadecuadamente leídos exponen. No se reconoce la necesidad de la interdependencia –y no de la independencia–, para resolver el conflicto social generado por la ocurrencia del ATEL y el conflicto del despido del trabajador enfermo.

Así, los elementos triádicos del derecho se dividen en las cátedras de derecho: la legitimidad se revisa en la filosofía política; la validez es asunto de la teoría jurídica; y la eficacia corresponde a la sociología (Mejía Quintana, 2012a, pág. 19). Con esta información el estudiante, y luego el abogado, no comprenden la unidad de las áreas para hacer del derecho laboral una herramienta para la mejora del sistema social. Cuando un abogado presenta argumentos filosóficos en un alegato judicial, además de ser visto como un iluso por la contraparte, en ocasiones es requerido por el juez para que se remita a las pruebas y deje el discurso “sin valor jurídico-procesal”¹⁹⁵. El papel reflexivo y crítico de la filosofía del derecho se perdió en las clases de derecho procesal y se confunde con las ideas políticas de los partidos que buscan el poder del Estado.

Para ser coherente con el enfoque que hemos planteado en esta investigación, la interpretación de la “estabilidad laboral reforzada” se adaptó al actual medio socio-laboral

¹⁹⁵ En el trabajo de campo, se indagó a abogados litigantes del derecho laboral sobre su experiencia en la exposición de argumentos de la filosofía del derecho ante los jueces y autoridades administrativas, coincidiendo en que los servidores y funcionarios públicos no admiten mayores argumentos que los referidos a los medios de prueba y normas jurídicas dentro del proceso, limitando el tiempo de intervención a menos de 20 minutos, a pesar de la norma que permite el uso máximo de este tiempo para alegatos de las partes.

en que se mueven las relaciones jurídicas del trabajo desde los elementos triádicos del derecho –validez, legitimidad y eficacia–. Se puntualizan los elementos estructurales del conflicto generado por la relación entre la salud y el trabajo, con la intención que el Estado colombiano trabaje en ellos, sean validados por los actores para generar convicción racional que permita dialogar, escuchar las razones contrarias, establecer acuerdos que expresen coherencia normativa, coordinación económica y equilibrio social, para superar el egoísmo inteligente y consolidar la responsabilidad social (Cortina & Conill, 2014, pág. 15), en consonancia con los argumentos presentados en la delimitación de la investigación.

A partir de estos supuestos, los elementos que se presentan deben interpretarse con una perspectiva dialógica de los actores. Es misión de los juristas del Derecho Laboral retornar a este el sentido consensual, constructor de los proyectos de vida de las partes de la relación laboral, de todos los integrantes de la sociedad y, siguiendo a Adam Smith, para que la justicia laboral facilite la comprensión, aplicación y eficacia del Derecho Laboral y la Seguridad Social.

Frente a estas razones, retomamos la pregunta: ¿Cuáles son los elementos estructurales generadores del conflicto laboral derivados de la garantía de la estabilidad laboral reforzada del trabajador/prestador del servicio enfermo por el trabajo con menos del 50% de la PCL, que pueden ser reconocidos por los actores de la relación laboral para recuperar la coordinación económica y el equilibrio social en el trabajo? La respuesta interdisciplinaria, concreta y humana a esta interrogante, se brinda desde los microsistemas del Derecho Laboral y la Seguridad Social, y su lugar en cada exosistema de la sociedad del trabajo. Los elementos se presentan en tres categorías según el desarrollo de cada capítulo donde se analizaron los componentes filosóficos, jurídicos y económicos que hacen parte del reconocimiento de la figura jurídica denominada “estabilidad laboral reforzada”.

Se inicia con los elementos filosóficos y socio-jurídicos de derecho laboral. El Estado Social y Democrático de Derecho propone los principios del derecho como la igualdad, la libertad, la seguridad, la dignidad humana y la estabilidad laboral, como herramientas que permiten afianzar los valores sociales y las relaciones de poder, para controlar a los más fuertes sobre los más débiles y favorecer la igualdad social (Villar Borda, 2007, pág. 90). En las normas

laborales en Colombia los principios y valores han sido reemplazados por las normas y reglas que son maleables y se adaptan a los cambios políticos y económicos.

Desde este **contenido de la filosofía del derecho**, se identifican como elementos estructurales del conflicto laboral en estudio, los que se plantean a continuación.

- i) “La degradación del principio de estabilidad laboral a norma, regla y garantía judicial.”

La estabilidad laboral es principio autónomo del derecho laboral que garantiza el negocio jurídico y comprende la conservación del trabajo frente a los cambios injustificados en la prestación del servicio. Debe ser una exigencia de la justicia en presencia del conflicto laboral, se debe utilizar como criterio para inclinarse por la protección del contrato de trabajo/prestación del servicio o dar paso a otro principio, mas no a las normas y reglas que la justicia laboral en Colombia ha priorizado sobre los principios.

Las entidades administrativas y la justicia, cuando se genera el conflicto por el reconocimiento o negación de la estabilidad laboral reforzada del trabajador enfermo por el trabajo, se orientan en la identificación de los requisitos judiciales establecidos para las personas en condición de debilidad manifiesta y sobre su presencia deciden el reconocimiento de la garantía judicial. En primera medida parecen acciones protectoras, pero en la realidad no lo son. El principio de igualdad implica, para su efectividad, dar un trato igual a los iguales y diferente a los diferentes. El trabajador afectado en la salud por causas del trabajo, por la falta de promoción de la salud y prevención del ATEL por parte del empleador/contratante, no puede igualarse con las directrices normativas y judiciales de una persona afectada por causas comunes. La diferencia positiva se debe enmarcar en la responsabilidad del empleador, por el daño causado y la afectación del principio de estabilidad laboral que rige el negocio jurídico.

- ii) “Las actuales relaciones laborales no tienen norma válida, legítima y eficaz que regule las diferentes formas contractuales y los mínimos derechos de los prestadores de servicio personal.”

El trabajo no ha tenido reconocimiento, respeto y valoración de derecho humano como lo tuvo la libertad, la igualdad o la paz. El trabajo y la salud, como derechos, tienen historia de sangre y muerte para lograr su reconocimiento. Desde los indígenas hasta los ciudadanos del mundo, el trabajo pasó de la esclavitud, al concertaje, al arriendo, de allí al peón del campo, al obrero y al profesional, todos expropiados de sus tierras y conocimientos, al servicio de las políticas del mercado.

Las actuales formas de flexibilización del trabajo modificaron la prestación personal del servicio. Por esto es necesaria una reforma urgente de las actuales normas laborales, que no superan la incorporación de los conceptos civiles en el contrato de trabajo, de modo que mantienen en desequilibrio los derechos de las partes en el contrato de trabajo y en el contrato de prestación de servicios personales, con inclinación de favorecimiento al empleador/contratante. Se requiere la expedición del estatuto del trabajo y la regulación de los derechos laborales y a la salud en el trabajo de los autónomos o independientes, en este aspecto.

494

- iii) “La reducción del elemento legitimidad del Derecho al proceso de juridificación, elimina los componentes subjetivos y psicológicos que hacen eficaz la decisión administrativa y judicial.”

Los juristas actuales, con funciones administrativas, son de formación positivista, impiden la vinculación de los elementos psicológicos, del mundo real, para argumentar la decisión. Así, limitan la interpretación al contenido gramatical de las normas laborales creadas en la sociedad agrícola para regular las relaciones en la sociedad cibernética. El despido de los trabajadores enfermos por el trabajo depende de los requisitos que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en Colombia describen en reglas de reconocimiento, realizando el análisis silogístico del positivismo –norma-hecho-decisión–.

La estabilidad laboral como garantía judicial, y la división de la discapacidad en relevante y no relevante, son creaciones para salvaguardar la economía del trabajo actual, que encubren las responsabilidades ignoradas por los empresarios respecto al cuidado de la salud en el trabajo. Los jueces insisten en que la dogmática jurídica sirve a la aplicación del derecho, para regular y auto-abstraer el sistema jurídico. En los procesos judiciales, los jueces acuden a la dogmática jurídica para resolver la improcedencia o nulidad del despido del trabajador enfermo por el trabajo, sin reconocer la inclusión de los trabajadores en estado de incapacidad como un grupo dentro del mundo de las personas con discapacidad, que debe ser protegido de los actos discriminatorios que se matizan con las justas causas del despido laboral.

Continuamos con los **elementos jurídico-económicos** que han generado el conflicto en estudio.

- iv) “El Sistema de Riesgos Laborales se financia con el aporte de las empresas y los trabajadores independientes, lo administran las compañías de seguros privados. Para los primeros es un gasto y para los segundos un negocio que debe rentar.”

La administración del Sistema de Seguridad Social se delegó a las empresas dedicadas al negocio de los seguros comerciales. Sus actividades se enmarcan en las teorías del aseguramiento comercial, la perspectiva económica se orientan a la rentabilidad de los clientes y la calidad del producto con disminución de costos. El Estado entregó el reconocimiento inicial de las prestaciones asistenciales y económicas del Sistema de Riesgos Laborales, con lo cual solo se quedó a cargo de las frágiles funciones de vigilancia y control. En la revisión literaria del capítulo dos se hace evidente la prevalencia de los intereses económicos y ahorro de los recursos de las Administradoras de Riesgos Laborales (ARL), sobre las acciones de promoción de la salud y prevención de la enfermedad, que debe guiar al empleador/contratante.

Este trabajo presentó en el capítulo tres las publicaciones y análisis realizados por las organizaciones de empresarios en el país y el Ministerio del Trabajo, sobre los fenómenos laborales denominados ausentismo y presentismo del trabajador. Develando estos actores su

convencimiento equivocado de cumplir con las obligaciones derivadas del cuidado de la salud en el trabajo mediante el pago de la cotización al Sistema de Riesgos Laborales y ser el trabajador el responsable de las pérdidas económicas que generan estos fenómenos, errores que se validan por el ente administrativo con la imposición de sanciones ejemplarizantes al trabajador. Desde esta concepción, el empleador se aferra a la idea de cumplir con el gasto de pagar la cotización al sistema para proteger la salud del trabajador y delegar en las aseguradoras la responsabilidad de la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad.

- v) “Continuar después de 25 años de creación del Sistema de Riesgos Laborales, el pago para todas las empresas en el valor inicial de la tabla de cotizaciones, sin reglamentar los valores mínimos ni máximos.”

En el capítulo dos hemos mencionado las transformaciones en las relaciones laborales y contractuales en la sociedad del trabajo colombiana, por las actuales dinámicas de cambio en las ocupaciones, las nuevas actividades económicas y el uso de tecnologías para su desarrollo, que han generado otros riesgos y peligros que afectan la salud en el trabajo. Estos cambios empresariales contrastan con las normas del Sistema de Riesgos Laborales que mantienen desde 1994 estáticas las tasas de cotización al sistema. Así, las empresas –grandes o pequeñas, peligrosas o seguras, generadoras de lesiones o muertes–, siguen cotizando lo mismo, sin sanciones ejemplarizantes por la falta de promoción de la salud o prevención del ATEL, al punto que no reciben sanciones del Estado.

- vi) “La ineficacia en la eliminación de las categorías incapacidad permanente parcial, incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, con las prestaciones económicas que de ellas se derivaban, reconocidas a los trabajadores en las normas anteriores a la ley 100 de 1993.”

En la revisión de las sentencias judiciales proferidas por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia –relativas a la estabilidad laboral reforzada por salud–, se encontró como

causa común dentro de los hechos motivadores de las acciones ordinarias y de tutela, las razones de orden económico para las dos partes de la relación laboral. La calificación de pérdida de capacidad laboral entre el 5% y el 49% deja a los trabajadores en condiciones de ser aptos para el trabajo, pero ineptos para el trabajo habitual. Las naciones desarrolladas en términos tecnológicos y sociales, mantienen las prestaciones económicas a cargo del Sistema de Seguridad Social a los trabajadores que, con estos grados de pérdida, se encuentran en los estados de incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez.

El pago asignado a cada estado les permite a los trabajadores recibir pagos indemnizatorios o pensionales, por un periodo promedio de dos años o de forma vitalicia. Estas figuras le permiten al empleador vincular a otro trabajador sin la carga prestacional del trabajador enfermo. En Colombia, con la expedición del Decreto 1295 de 1994, estas prestaciones desaparecieron sin explicación alguna, en beneficio de las administradoras del Sistema de Riesgos Laborales y sin explicaciones para los actores de la relación laboral.

Para finalizar se describen los **elementos de contenido médico-jurídico** que estructuran el conflicto.

497

- vii) “La promoción de la salud y la prevención del ATEL en el trabajo son conceptos considerados sinónimos por los actores de la relación laboral, y las acciones que se desarrollan son ineficaces.”

El principio de estabilidad laboral genera la responsabilidad al empleador de gestionar las acciones de promoción de la salud y prevención del ATEL. La promoción de la salud comprende acciones orientadas a la efectiva protección de la salud del trabajador como persona integrante de la empresa, de la familia y de la sociedad. La efectividad de las acciones se evidencia en el buen estado de salud físico y mental de los trabajadores, en el estándar de conducta de cada trabajador guiada por la conciencia de actuar siempre garantizando para sí y para sus compañeros el máximo nivel de bienestar físico y emocional alcanzable. Por su parte, la prevención del ATEL obliga al empleador a realizar las acciones tendientes a conservar la plenitud de las facultades físicas, mentales y espirituales del trabajador en el

trabajo, con medidas que debe adoptar en todos los procesos productivos y administrativos de la empresa para evitar o disminuir los riesgos que la actividad económica genera.

El principio de la estabilidad laboral genera eficiencia y disminuye costos a la empresa cuando se garantiza la salud y seguridad en el trabajo, según la teoría de la relación laboral. El cuidado de la salud en el trabajo brinda mejor calidad de vida laboral y garantiza la seguridad en el negocio jurídico, lo cual permite al trabajador aportar los conocimientos que ha adquirido en la experiencia profesional, y con ello la empresa desarrolla procesos que ahorran tiempo y costos. La productividad empresarial y el desarrollo del país siempre mejoran cuando el cuidado de la salud se considera dentro de la inversión del capital de la empresa, y esto se refleja en el crecimiento y felicidad de la población.

viii)“La incapacidad temporal de larga duración generada por el ATEL o por enfermedades comunes agravadas por el trabajo, no tienen reconocimiento médico ni jurídico.”

498

Desafortunadamente los estudios y análisis realizados por los expertos, que vinculan la pérdida de la salud de los trabajadores por el agravamiento o desarrollo de enfermedades comunes por causas laborales, no han sido atendidos por los poderes del Estado. Se sigue considerado que las enfermedades comunes deben seguir exhaustivamente los procedimientos del sistema de salud hasta cumplir los términos que desarrollamos en el capítulo cuarto, para el procedimiento de calificación de la pérdida de capacidad laboral y vincular al sistema general de pensiones en el reconocimiento de las prestaciones económicas que el grado de pérdida lo permita, sin reconocimiento del nexo causal entre estas enfermedades y el trabajo. Así mismo, las enfermedades laborales deben limitarse a las reconocidas en las normas siempre que se pruebe el nexo causal con el trabajo. En las dos posiciones, la corresponsabilidad del empleador –por la inexistente promoción de la salud y la precaria prevención del ATEL– es nula en la generación de la enfermedad laboral o la agravación de la enfermedad común por el trabajo, en la persona del trabajador.

- ix) “Los procesos de rehabilitación, reintegro, readaptación y reubicación del trabajador después del ATEL son ineficaces.”

En el Sistema de Riesgos Laborales existen normas, guías, estudios, programas para la implementación de los procesos de rehabilitación, reintegro, readaptación y reubicación del trabajador después de la IT. Sin embargo, las acciones que describen están desarticuladas y no se proyectan en garantizar el principio de la estabilidad laboral, entre otras razones porque se centran en el evento, en la condición o en la enfermedad, con miras a derrotar el ausentismo o el presentismo en el trabajo. El empleador no participa de manera eficaz en la programación y desarrollo de estos procesos para facilitar el regreso del trabajador a su labor habitual o se adapte a otro trabajo productivo. El fracaso de estos procesos lleva a la desesperación del empleador, que busca asesoría para el despido, como fórmula de solución. La permanencia en IT y luego los procesos de rehabilitación, reintegro, readaptación y reubicación del trabajador tienen costes directos e indirectos para el trabajador, que no aparecen en los análisis económicos del derecho laboral ni en las decisiones administrativas del Ministerio del Trabajo.

499

- x) “El proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral del trabajador para definir su estado de salud después del ATEL es ineficaz.”

Los elementos triádicos del derecho entran en crisis de identidad durante el recuento de las reformas legales que se utilizaron para reglamentar en Colombia el proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral y los reconocimientos de prestaciones derivadas del proceso, desde 1915 hasta la actualidad. La validez sigue el cambio de procesos, procedimientos, administradores, reconocimientos económicos, disminución de los derechos prestacionales de los afiliados, sin exposición de motivos públicos ni transparentes, entendiendo este principio del derecho público, como la publicidad de las decisiones administrativas del Estado, y no validar la confusión de su contenido con los aberrantes actos de corrupción dentro de las entidades públicas.

La legitimidad entra en conflicto desde la ocurrencia del ATEL, se desconoce el principio de estabilidad laboral, no se cumplen los términos para el proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral y los médicos mantienen por periodos prolongados la IT del trabajador. Las entidades competentes para calificar actúan como juez y parte sin reconocimiento de la justicia al respecto. Y finalmente, la eficacia se desvanece en la calificación, que no le permite al trabajador acceder a la pensión de invalidez y debe regresar al trabajo, apto pero inepto por las reales afecciones en la salud. Seguidamente se desarrolla cada grupo de elementos del conflicto.

4.3.1. Elementos filosóficos del derecho laboral y la seguridad social que estructuran el conflicto de la estabilidad laboral reforzada del trabajador enfermo por el trabajo

Valga recordar que el desarrollo teórico que soporta esta investigación no pretende eliminar el valor filosófico que el positivismo ha tenido como teoría para guiar el derecho. Desde sus orígenes, su estructura no fue solo una cuestión de carácter epistemológico, fue una postura para ilegitimar metodológicamente la autoridad absoluta en el contexto social del momento, impulsar el razonamiento deductivo para garantizar la libertad y la autonomía de los individuos, con el fin de mantener el orden social. Los postulados de la legalidad dan prioridad a la ley formal y la protección del derecho mediante tribunales independientes. El Estado de Derecho, desde el positivismo, se establece para preservar y defender al ciudadano contra las arbitrariedades de las autoridades estatales en su momento. La propiedad, la libertad, la igualdad y la autonomía del derecho, solo debían ser afectadas con autorización legal (Villar Borda, 2007, pág. 79). En el Estado liberal y por el contexto social, se reconoce la importancia del positivismo para el desarrollo del Derecho.

Pero las premisas del positivismo clásico son insuficientes para hacer efectivos los derechos a la igualdad, al trabajo, a la asistencia médica y a la seguridad social. La sociedad moderna no pudo cumplir las promesas del liberalismo. En ella las relaciones contractuales no son exclusivas entre individuos libres e iguales; son necesarias para quienes no tienen

independencia social, económica y menos paridad en la relación contractual: los trabajadores. El contrato de trabajo surge con estos axiomas, pero es claro que en el siglo XXI, siguiendo a Robert Castel “No todo es contractual en el contrato” (Castel, 2004, pág. 53). Para comprender esta afirmación, desde el siglo XIX la sociología brinda herramientas que permiten entender el orden de los derechos sociales, que Estado y Derecho debían garantizar en el ámbito del trabajo, de forma coordinada entre las instituciones y con la organización colectiva de los trabajadores.

En el capítulo dos estudiamos el desarrollo del capitalismo industrial y la organización sindical de los trabajadores después de la Segunda Guerra Mundial, develando la incapacidad del Estado de controlar la economía y mantener el equilibrio social. Por ello delega el liderazgo a la empresa, que se orienta en maximizar las capacidades productivas y aumentar la rentabilidad del capital, disminuyendo el peso de las obligaciones laborales, origen de la “sociedad salarial”. Desde 1981 los trabajadores se someten a la burocracia, se crea el escalafón salarial, las jerarquías y la competencia entre iguales (Castel, 2004, pág. 56).

Con estos cambios sociales no es aceptable que las decisiones administrativas y judiciales sigan los lineamientos del positivismo clásico. Si todos los sistemas sociales se han transformado, reestructurado y fusionado para el buen ejercicio de la economía y las relaciones internacionales, el Derecho Laboral y la Seguridad Social también deben hacerlo, pero sin abandonar el núcleo central de las relaciones de trabajo: la persona como objeto y sujeto del contrato de trabajo o de la prestación del servicio.

Es cierto que las relaciones laborales actuales son más dinámicas y exigentes por la diversidad de actividades económicas, pero no lo es menos, que las personas no deben perder su vida en el trabajo. Presentamos los elementos estructurales del conflicto de la estabilidad laboral reforzada con acento en las ambigüedades que empleadores, trabajadores, Estado y jueces mantienen frente a la responsabilidad que a cada uno le compete sobre el cuidado de la salud en el trabajo, retomando los contenidos filosóficos, jurídicos y médicos que comporta cada elemento. Cabe destacar que los elementos se identificaron en el mismo nivel de importancia y de búsqueda de soluciones, son un todo dentro del conflicto, de tal suerte que

el orden que se presenta, obedece solamente a la organización por área de conocimiento que consideramos necesarias desarrollar.

Primer elemento: “La degradación del principio de estabilidad laboral a norma, regla y garantía judicial”

La estabilidad laboral proviene de la doctrina civil, se deriva del principio del derecho de *conservación del negocio jurídico* que garantiza la continuidad, modificación y terminación del negocio jurídico por causas normativas previamente conocidas por las partes. Certifica la eficacia del acuerdo contractual, en tanto los contratos se celebran con un fin y para que produzcan resultado (Beltrán de Heredia Ruiz, 2008, pág. 3).

La continuidad o seguridad del contrato de trabajo permite conseguir la paz social. La estabilidad laboral, como un principio por encima de las reglas jurídicas de validez de los contratos civiles, es la extensión del principio laboral “pro-operario” que neutraliza la incertidumbre de tener una de las partes la posibilidad de alterar, cambiar o terminar el acuerdo contractual después de haber afectado a la otra. Antes de acceder a la alteración, cambio o terminación del negocio jurídico, el principio de estabilidad laboral obliga a revisar la responsabilidad de quien lo generó y las estrategias para dar continuidad al contrato (Beltrán de Heredia Ruiz, 2008, pág. 13).

La estabilidad laboral concede la *seguridad* del negocio jurídico y es principio del derecho que no tiene vínculos con la temporalidad, que es elemento accidental de los contratos. Previo a la celebración del contrato, las partes conocen, aceptan y asumen los riesgos que el desarrollo del acuerdo conlleva, pues una vez formalizado el contrato el principio de estabilidad prevalece sobre las normas y reglas que lo regulan.

Las ideas del positivismo clásico se soportan en las normas jurídicas, pero dejan sin explicar los otros elementos que desarrollan el derecho, entre ellos los principios. El derecho tiene principios que están implícitos y son presupuestos que debe atender el juez en el derecho explícito que se refleja en la sentencia (Ponce Esteban, 2005, pág. 230).

Los principios del derecho, a diferencia de las normas, tienen carácter general y abstracto, asumiendo la perspectiva de Ronald Dworkin. Los principios se diferencian de las normas, ya que requieren del procedimiento interpretativo dentro del derecho para promover el debate que lleve a la solución del caso difícil, desde la mejor decisión posible. Las interpretaciones del principio de “estabilidad laboral” deben darse dentro del derecho junto con los otros principios que estudiamos en el capítulo dos, entre ellos “dignidad humana”, “igualdad”, “no discriminación” y “solidaridad”. Pero los jueces analizan esto desde las argumentaciones que las partes de la relación laboral presentan, respecto a las normas laborales, que tienen menor categoría frente a los principios.

Esta degradación judicial del principio de “estabilidad laboral” a “garantía judicial”, soportada en el positivismo jurídico, hace ineficaces e insuficientes los pronunciamientos judiciales que con aparentes buenas intenciones que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han proferido, respecto de la figura denominada “estabilidad laboral reforzada”, para el trabajador.

La prevalencia del positivismo en el pensamiento de los jueces en Colombia ha profundizado más el conflicto de la estabilidad laboral, por la confusión teórica –llevada a la práctica– entre los principios y las normas y reglas del derecho. La pérdida de legitimidad del principio se ha validado por vía de la legalidad, a través de normas como la Ley 361 de 1997 y las decisiones judiciales en vía ordinaria y constitucional, que solo han racionalizado el problema económico y procedimentalizado las instituciones jurídicas como la incapacidad temporal, la discapacidad y el estado de debilidad manifiesta. Estadio donde se hace evidente la tensión entre la legitimación legal de la estabilidad laboral –con todas las clasificaciones civilistas de propia, impropia, de entrada, de salida, absoluta y relativa–, y la legitimación filosófica del principio de estabilidad laboral –que ordena se realice lo necesario en la mayor medida posible, tanto en las condiciones jurídicas como en las fácticas, para conservar el vínculo jurídico creado por el contrato de trabajo y/o de prestación de servicios–, buscando no sanciones por incumplimiento sino la mayor medida posible de cumplimiento (Alexy, 1988, pág. 144).

Esta diferente visión de “la estabilidad laboral”, y su complemento “reforzada”, busca reconstruir el principio, para cumplir con los objetivos de esta investigación. Analizar el problema del despido del trabajador enfermo por el trabajo, desde el campo filosófico del derecho, hizo posible identificar las dimensiones analíticas, explicativas y normativas, con el propósito de indagar acciones y hacer suposiciones que generen polémica en la sociedad del mercado laboral, y buscar acuerdos dentro de los consensos de los actores involucrados. La consideración de que mientras el trabajador observe las condiciones fijadas por la ley no será removido por el empleador del trabajo, resulta una falacia en tanto se endilga la responsabilidad de la estabilidad laboral al trabajador y se desconocen las obligaciones que le asisten al empleador de preservar el negocio jurídico. El principio de estabilidad laboral impone al empleador asumir el riesgo que este genera para el trabajador en el desarrollo de la actividad y no depende del trabajador. La estabilidad laboral debe conservarse por el tiempo en que la naturaleza de la relación lo requiere y no solo mientras el trabajador observe la norma, se accidente, se enferme o muera. Si el juez encuentra enfrentada una causal del artículo 62 del CST con el principio de la estabilidad laboral, debe dar prevalencia al principio, y una decisión diferente es ilegítima e ineficaz (Alexy, 1988, pág. 142).

Segundo elemento: “Las actuales relaciones laborales no tienen norma válida, legítima y eficaz que regule las diferentes formas contractuales y los mínimos derechos de los prestadores de servicio personal”

Alain Supiot formula dos preguntas en su obra “Crítica del derecho del trabajo”, pertinentes frente a este elemento estructural: ¿el trabajo es una cosa o forma parte inseparable de la persona del trabajador? y ¿puede un hombre libre someterse al poder de otro hombre? (Supiot, 1996). Indicamos en el capítulo dos que las grandes aspiraciones del hombre de nuestro tiempo son la libertad y la seguridad. Conseguirlas sigue siendo objeto de luchas en el mundo del trabajo. Siempre que la voluntad del empleador/contratante por ser la más fuerte del contrato pueda decidir de forma autónoma la suerte del trabajador/prestador del servicio, no será posible alcanzar tales aspiraciones.

Si bien del derecho civil surgen los elementos generales y los elementos especiales de los contratos, durante el siglo pasado la doctrina se dedicó a desarrollar todos los contratos que hoy se utilizan en la sociedad del comercio, desde los principios de igualdad y seguridad del negocio. El contrato de trabajo se ha inscrito en la clasificación de los contratos civiles, estableciendo dentro de los elementos especiales el acuerdo sinalagmático o bilateral. Para la teoría de las relaciones laborales, que bien expone el profesor De la Cueva, no es posible seguir considerando que el negocio jurídico derivado del contrato de trabajo sea bilateral. Aquí se ofrece respuesta a la primera pregunta de Supiot, al afirmar que en el contrato de trabajo “no puede separarse el organismo viviente de su fuerza de trabajo” (Supiot, 1996, pág. 71).

La relación del hombre con su propio cuerpo en el contrato de trabajo se ha pretendido desconocer, bajo los postulados del derecho civil que afirman la existencia libre de autonomía de la voluntad del trabajador en el acto de aceptar el contrato de trabajo. Los civilistas niegan el dominio que se ejerce el empleador sobre el trabajador, por la concepción que desconoce el cuerpo humano como cosa, como objeto de actos de comercio. Por ello los juristas actuales afirman que en el contrato de trabajo no hay relación íntima entre el trabajador y el servicio prestado.

Hemos demostrado que el contrato de trabajo no es un acuerdo libre y voluntario del trabajador como parte contratante, entre otras razones porque es imposible separar la fuerza de trabajo de la persona del trabajador porque, reiteramos, “la persona humana es objeto y sujeto del contrato”. De modo que en el Derecho Laboral las relaciones de trabajo deben regirse por la teoría de la relación laboral y no por la teoría del derecho común o civil (Supiot, 1996, pág. 78). El trabajador no participa del intercambio de prestaciones con el empleador, pues recibe el pago por su trabajo no por el resultado o el producido de su trabajo, que es propiedad única del empleador.

Al trabajador se le impone, en ejercicio del poder de subordinación del empleador, las condiciones de forma, tiempo y lugar en que debe prestar su servicio. La validez actual del contrato de trabajo no diferencia el concepto jurídico de persona natural y persona jurídica. El primero califica siempre al trabajador joven, adulto, anciano, enfermo y el segundo al

empleador que, por ser ficción jurídica, no experimenta hambre, dolor, cansancio, enfermedad y *nunca* podrá experimentar el sentimiento de ser “asalariado”. En tanto los juristas no cambien la visión del contrato de trabajo como un contrato regido por el principio del derecho civil y “la autonomía de la voluntad de las partes”, por el principio de “estabilidad laboral”, las ideas economicistas del mercado impedirán la seguridad y la libertad anhelada por los ciudadanos.

Cuando nos referimos a la estabilidad laboral en las relaciones de trabajo, en el enfoque teórico de la relación triádica del derecho con la legitimidad, la validez y la eficacia, el principal fin es la interiorización del inexistente orden normativo para las actuales formas de relaciones laborales que superaron las descripciones del vigente Código Sustantivo del Trabajo, y entregaron a los intereses económicos del derecho comercial la prestación del servicio personal. La estabilidad laboral reforzada, como institución jurídica de creación jurisprudencial –y no como principio autónomo del derecho laboral–, hace más intolerante la celebración de contratos civiles, que ocultan toda pretensión de situar la prestación del servicio de un ser humano dentro de las relaciones de trabajo. Se han descontextualizado los derechos al trabajo digno, en condiciones salubres, inserto en una sociedad cultural con patrones de comportamiento guiados por la avaricia y la vida buena. La sociedad colombiana no reconoce los límites que los principios y valores sociales contienen para reducir la complejidad, para preservar la integración social y para resolver los conflictos.

Como se señaló en el apartado “El Estado Colombiano en el contexto de las relaciones laborales ¿garante de los derechos laborales o regulador económico?”, el Código Sustantivo del Trabajo (CST) de Colombia es una compilación de tres decretos: 2663 y 3743 de 1950, y 905 de 1951, publicados en el Diario Oficial No 27.622 de junio de 1951 (Congreso de la República, 1951). Tiene 103 modificaciones normativas y judiciales que derogaron, adicionaron o subrogaron su contenido. Esta norma vigente no regula las relaciones de prestación de servicio actuales celebradas por contratos diferentes al contrato de trabajo. En el artículo 53 de la Constitución de 1991 se ordena expedir el Estatuto del Trabajo, que debe regular las instituciones jurídico-laborales que están regidas por las relaciones del derecho civil-económico, centradas en el empleo.

ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (CP, 1991)

Tercer elemento: “La reducción del elemento legitimidad del Derecho al proceso de juridificación, elimina los componentes subjetivos y psicológicos que hacen eficaz la decisión administrativa y judicial”

Cuando en los conflictos laborales los funcionarios administrativos y los jueces deciden dar prevalencia a la aplicación válida de la norma, bajo la expresión “la ley es dura pero es la ley”, los trabajadores y prestadores del servicio entienden como extensión de esta expresión “los jueces no viven en la sociedad donde trabajan”. La eliminación de los componentes subjetivos y psicológicos que hacen parte de la decisión, en ejercicio del poder otorgado a quienes intervienen en la solución del conflicto, deja la sensación de estar alejados de la realidad y genera algo de duda en la transparencia, por la acción de la corrupción que permea el contexto sociopolítico de nuestra sociedad. Esta compleja comprensión de las razones de la decisión administrativa y judicial se evidencia desde la prevalencia del pensamiento teórico-positivista, que continúa haciendo estragos en las relaciones laborales, sin ofrecer la solución del conflicto laboral en estudio.

La juridificación del principio de estabilidad laboral se acompaña de la juridificación del cuidado de la salud en el trabajo por parte de los administradores, los legisladores y los jueces de las relaciones laborales. Es un problema jurídico contemporáneo, que ha deformado el derecho laboral, se ha ultra-positivizado el derecho con una gran profusión de leyes, decretos, circulares, resoluciones, manuales y decisiones judiciales, lo que amenaza la eficacia del Derecho Laboral y de la Seguridad Social (Mejía Quintana, 2013, pág. 256).

Con la creencia de ser una sociedad liberal, las decisiones proferidas con aparente imparcialidad eliminan los componentes subjetivos y psicológicos, convirtiendo en expresiones egoístas y discriminatorias las medidas proferidas. En ocasiones, las flexibles e inestables formas de trabajo que se permiten en Colombia son utilizadas para la prestación del servicio de quienes están tomando las decisiones administrativas y judiciales, y aun así, estas personas cierran todos sus sentidos y se aferran a proferir decisiones de corte silogístico –norma-hecho-decisión–, sin constatar la necesidad de un enfoque interdisciplinario.

El distanciamiento del jurista con la filosofía mantiene las decisiones de las autoridades del trabajo con la influencia de Kant, que consideró la justicia como medio para satisfacer la libertad individual y la igualdad de los ciudadanos. El elemento legitimidad en el sistema jurídico laboral está ausente, sigue regido por autoridades que se auto legitiman con argumentos deductivos que pretenden proteger los derechos civiles pero desconocen los derechos inalienables de la persona. Estas son las dos caras de la misma moneda, porque proteger al ciudadano tiene vínculo indisoluble con la protección de los derechos de la persona, entre ellos la salud, como faro de esta investigación (Supiot, 1996, pág. 186).

508

El ser humano tiene la capacidad de narrar, entender y decidir desde las dimensiones objetivas y subjetivas que se integran en el lenguaje. Cuando se utiliza el poder de decisión sin referencia al mundo de la vida, de la acción y de los cambios entre las relaciones laborales de las personas, se desconoce la capacidad de discernimiento que diferencia al humano en el reino animal (Silva Arévalo, 2005, pág. 182). Las decisiones que se han proferido con relación a la estabilidad laboral están impregnadas de las razones jurídicas de quienes las han emitido, siendo necesario para llegar a la comprobación de nuestra hipótesis, aceptar la influencia de la moral en el entramado aparentemente racional que representa la estabilidad laboral reforzada.

Es aquí donde el paradigma autopoiético de Luhmann, permite dar un giro al pensamiento de los juristas adeptos de las normas sustantivas y procesales, para que se abran a la posibilidad de concebir el derecho con los elementos políticos y sociales que el sistema jurídico contiene, para que les devuelvan a las relaciones laborales la convivencia pacífica, equitativa y sana entre las personas, como pilares del sistema social. La justicia y las normas constitucionales

deben ser refrendadas en la sociedad por quienes tienen esa función en el Estado, para garantizar la estabilidad o eficacia del sistema jurídico.

Estos actores –integrantes de las instituciones–, producen, interpretan y aplican el derecho con decisiones desde diferentes niveles que responden a los paradigmas jurídicos dominantes, en tensión con quienes actúan y viven el derecho desde la filosofía del derecho (Mejía Quintana, 2013, pág. 414). Este elemento, de corte filosófico, hace evidente la complejidad de la sociedad y la necesidad de abordar las soluciones no solo desde las posiciones dominantes: se debe atender las peticiones críticas y que reclaman la inclusión de valores y principios –no de normas– en la solución de los conflictos sociales en general y laborales en particular.

4.3.2. Elementos jurídico-económicos del Derecho Laboral y la Seguridad Social que estructuran el conflicto de la estabilidad laboral reforzada del trabajador enfermo por el trabajo

509

Como ya se ha visto, pasamos de la previsión social –construida con visiones y normas para disminuir la pobreza y mantener la fuerza de trabajo– a la creación del Sistema General de Seguridad Social. En el año 1915 las normas de orden laboral que se expidieron en Colombia respondían a la estructura del control de la higiene y la salud pública, por el padecimiento de enfermedades endémicas y epidemias que afectaron a los obreros. En la década de 1930 la influencia de las corrientes del pensamiento alemán –con Bismark, sobre la creación del seguro obligatorio para proteger a los trabajadores de las contingencias que afectan la salud en el trabajo a cargo de los empleadores–, y del planteamiento de Beveridge en el Reino Unido –sobre la construcción del Sistema de Seguridad Social soportado con fondos públicos, financiado con impuestos y con presupuesto fijo para el mismo fin–, producen en Colombia los cambios en la regulación normativa del seguro obligatorio de accidentes de trabajo, financiado por el empleador, los trabajadores y el Estado, este último con funciones de administrador.

En 1946 se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales para brindar los servicios del Sistema de Riesgos Profesionales. Esta entidad administró los recursos y reconoció las prestaciones asistenciales y económicas a los trabajadores afiliados del sector privado a partir de 1964. Para el sector público se crearon las Cajas de Previsión Social con el mismo objeto. La introducción de la seguridad social en el territorio nacional constituyó un importante avance en la protección de la salud de los trabajadores y representó una nueva fase en las relaciones laborales entre empleadores, trabajadores y Estado.

Las nuevas directrices constitucionales de 1991 sirvieron de base para la implementación del Sistema General de Seguridad Social, creado por la Ley 100 de 1993. Esta norma abrió la puerta a las aseguradoras comerciales como administradoras de los tres sistemas: salud, pensiones y riesgos profesionales. Con las compañías aseguradoras, el Estado se libró de la administración de los servicios asistenciales y reconocimientos económicos a los afiliados, conservó la débil función de vigilancia y control y liquidó las entidades estatales, sin reconocer a los trabajadores los errores en su administración. Desde este momento, la seguridad social se convirtió para empleadores y trabajadores en una cuestión de costos y gastos, para las administradoras en un negocio que debe dar rentabilidad y para el Estado en un tema de negociación. Situaciones que, descritas en detalle en el capítulo dos, nos permitieron dar cuenta de los siguientes elementos estructurales del componente jurídico-económico dentro del conflicto en estudio.

510

Cuarto elemento: “El Sistema de Riesgos Laborales se financia con el aporte de las empresas y los trabajadores independientes, lo administran las compañías de seguros privados. Para los primeros es un gasto y para los segundos un negocio que debe rentar”

La concepción de la seguridad social como derecho y la administración del sistema a cargo de las aseguradoras, sirvió de cortina de humo para creer que la seguridad social mejoraría para los trabajadores. Contario sensu, la acumulación de capital, la burocracia colombiana, el modelo de producción de los empresarios y la flexibilización laboral, dieron paso gradual a los conflictos entre empleadores y trabajadores/prestadores del servicio, por los daños en

la salud de los segundos, generados en los lugares de trabajo, sin control y vigilancia del Estado. El ingreso de las aseguradoras en la administración del sistema se consideró la solución al monopolio y actos de corrupción del Estado. Pasar del seguro patronal al seguro social obligatorio administrado por los privados parecía garantía de sostenibilidad financiera y de desarrollo de las políticas públicas de seguridad social (Luna García, 2019).

Con la normatividad actual, el empleador puede escoger la Administradora de Riesgos Laborales, tiene a su cargo el pago de la cotización al sistema¹⁹⁶ por cada trabajador y además debe realizar las actividades de promoción de la salud y prevención del ATEL en la empresa o lugar de trabajo. La libre elección de la entidad aseguradora ha creado un contubernio entre empleadores y administradoras, con estrategias para generar niveles de ahorros y posibilitar el aumento de la rentabilidad y redistribución de las ganancias, siguiendo la teoría del aseguramiento comercial.

La responsabilidad de ejecutar el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo para el cuidado de la salud en el trabajo y evitar la ocurrencia del ATEL en la empresa, en la visión del empleador, es un gasto (Ponce Bravo, 2018, pág. 114). Y los trabajadores que sufren el ATEL son factores de disminución de la ganancia empresarial, que pueden eliminarse con los mecanismos jurídico-procesales facilitados por el Ministerio del Trabajo¹⁹⁷. Para los empresarios, el pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social resulta suficiente en la protección de todas las contingencias que pueden afectar la vida del trabajador y su familia; la pérdida de capacidad laboral para la actividad habitual no puede afectar la productividad de las empresas y con el pago de las prestaciones económicas del sistema, a cargo de la aseguradora, el trabajador debe quedar satisfecho.

En este sentido, la “estabilidad laboral reforzada” y las normas que regulan el Sistema de Riesgos Laborales, para el empleador requieren más reformas que flexibilicen sus obligaciones, permitan aumentar la generación de empleo y endurecer los procesos de

¹⁹⁶ Al respecto, ver el artículo 16 del Decreto ley 1295 de 1994 (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994).

¹⁹⁷ Ver Circular Interna 049 de 01 de agosto de 2019 del Ministerio del Trabajo.

reconocimiento de prestaciones económicas a los trabajadores, todo con el objeto de fortalecer el sistema económico del país (ANDI, 2017b).

Con relación a los trabajadores autónomos o independientes, las decisiones judiciales creadoras de la “estabilidad ocupacional reforzada”, parecen protegerlos frente a la terminación de la relación contractual con las empresas. Esta figura, objeto de rechazo y crítica por parte de los empresarios, no resuelve el conflicto de la pérdida de los ingresos y la vida en condiciones dignas de los autónomos. Si bien la cotización al Sistema de Riesgos Laborales les da derecho a recibir las prestaciones asistenciales y económicas, es claro que la protección de la salud en el trabajo no existe, en tanto su cotización en la realidad les protege después del ATEL.

Los empresarios no asumen la responsabilidad de los daños de la salud para estos trabajadores independientes. La concepción civilista del contrato de prestación de servicios se ha impuesto en contra de la realidad de los autónomos, quienes están regidos por el principio de la autonomía de la voluntad. No son trabajadores, son “contratistas independientes”, libres e iguales al contratante en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. Y las afecciones en la salud generadas en el trabajo que les impiden prestar el servicio, no son razón suficiente para continuar con el vínculo contractual (Camacho Ramírez & Romero Ramos, 2018, pág. 18).

Así las cosas, el camino que ha seguido la administración del sistema por parte de las aseguradoras muestra la preocupación de los trabajadores/prestadores del servicio por articular el trabajo con la salud. Este problema socio-jurídico tiene estudios académicos con enfoque en la prevención de los riesgos laborales. Los resultados señalan la falta de promoción de la salud y prevención del ATEL en las empresas para las personas sin distinción del vínculo contractual, y la disminuida inversión y asesoría de las aseguradoras en este aspecto.

De otra parte, el gremio de las aseguradoras ha publicado sus estudios fundados en análisis económicos y técnicos del sistema. Sus resultados señalan el aumento de la cobertura, cumpliendo con los principios de universalidad y solidaridad, y la excesiva inversión en la

atención y prestaciones económicas a los trabajadores, que genera riesgos de sostenibilidad financiera por la baja rentabilidad del negocio. Así, el elemento estructural identificado advierte que la ampliación de la cobertura en el SRL corresponde al enfoque de la protección social, que busca el desarrollo de las políticas públicas para el bienestar social, sin legitimidad en el cuidado de la salud de los trabajadores/prestadores del servicio en el desarrollo del trabajo habitual (Luna García & Colmenares Mejía, 2015, pág. 28).

Dentro de esta apertura a la empresa privada, las aseguradoras asumieron muy bien el papel de administradoras de los recursos del sistema y desarrollaron políticas con énfasis en la rentabilidad financiera. Promovieron la comercialización de la afiliación con las empresas, en libre competencia con la aseguradora pública que asumió los rezagos de las entidades estatales liquidadas. El Sistema de Riesgos Laborales se administra desde la teoría del derecho comercial y de los seguros. En el capítulo tres, en el desarrollo de “La compleja valoración de la prevención del ATEL desde la legitimidad y eficacia del derecho laboral”, se establece la inexistencia de las esferas de la legitimidad y eficacia del sistema. Las Administradoras de Riesgos Laborales son empresas del sector financiero, se rigen con políticas comerciales y no de salud en el trabajo. El servicio de asesoría a las empresas lo brindan con trabajadores formados como corredores de seguros; utiliza términos propios del derecho de los seguros como amparo y cobertura, asegurado, primas emitidas, tasa de retorno, beneficios de protección, costos de recaudo, tarifa del seguro y siniestro (FASECOLDA, s.f., pág. 26).

Estas prácticas del derecho comercial han confundido las responsabilidades de promoción de la salud y prevención del ATEL en el trabajo asignadas al empleador, a la par que se desdibujó el aseguramiento de las contingencias laborales para los trabajadores. La facultad normativa de calificar en primera oportunidad el origen de la contingencia por parte de la ARL las legitimó para actuar como juez y parte en el sistema. Y los intereses económicos de rentabilidad han incrementado la negación de derechos a los trabajadores afiliados –y con ellos las acciones de tutela y demandas ordinarias laborales–, todo un desgaste administrativo y judicial, generado por entidades que en nada se interesan por el cuidado de la salud en el trabajo.

Quinto elemento: “Continuar después de 25 años de creación del Sistema de Riesgos Laborales el pago para todas las empresas en el valor inicial de la tabla de cotizaciones, sin reglamentar los valores mínimos ni máximos”

El equivocado enfoque que se le ha dado al Sistema de Riesgos Laborales por parte de las aseguradoras, ha llevado a los empresarios a asumir que el pago de la cotización por cada trabajador a su cargo, además de ser un gasto, es suficiente para garantizar la salud de los trabajadores.

Si bien la cobertura del sistema se ha extendido para incluir el mayor número de actividades económicas y la afiliación del mayor número de trabajadores dependientes y autónomos, como lo señalamos en el capítulo cuatro, el aumento de la afiliación es directamente proporcional al número de muertes por ATEL. Así, las administradoras están recibiendo más dinero por más afiliados, pero los trabajadores/prestadores del servicio siguen perdiendo la salud por la falta de atención e inversión en las actividades de promoción de la salud y prevención del ATEL, que describimos en el capítulo tres.

514

El presente elemento generador del conflicto laboral por el reconocimiento de la “estabilidad laboral reforzada” al trabajador enfermo por el trabajo, se identificó después de establecer que el funcionamiento del Sistema de Riesgos Laborales es sostenible en atención a la tasa comercial, que depende del desempeño de las empresas para evitar la siniestralidad, que a su vez afecta el índice de lesiones incapacitantes (ILI). Se mostró, a través del análisis de los fenómenos laborales denominados absentismo y presentismo laboral, que las empresas están cumpliendo con los mínimos requisitos legales en la implementación y puesta en marcha del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo (SGSYST). Se pudo establecer que el Ministerio del Trabajo ha sido negligente en las gestiones conducentes a vigilar, evaluar y sancionar a los empleadores/contratantes generadores de accidentes y muertes en el trabajo. Al mismo tiempo que la promoción de la salud y prevención del ATEL no tienen niveles de verificación, evaluación o sanción. Como consecuencia directa de lo anterior, muchas empresas son peligrosas y descuidadas, con elevados índices de lesiones incapacitantes, cotizando al sistema los mismos valores que las empresas responsables y diligentes con el cuidado de la salud en el trabajo.

En este marco, el trato igual en las desigualdades conduce a que las empresas se inclinen por seguir las variables de comportamiento guiadas por el azar. Cuando no hay certeza de control ni vigilancia, ni reconocimiento o sanción por el cuidado de la salud en el trabajo, se deja a la suerte lo que pueda pasar con la vida de los trabajadores/prestadores del servicio. Así, los principios de solidaridad y universalidad del sistema pasan a estar fundados en el trato indiferente del Estado y no en normas legítimas y eficaces.

Como es sabido en el mundo de los negocios, el aumento de un impuesto o tasa o la creación de sanciones que impacten la economía de las empresas, es causa de estrategias simultáneas que beneficien el capital y disminuyan los costos. En la Ley 1562 de 2012¹⁹⁸ se reiteró la obligación que el decreto 1295 de 1994 dispuso, para que el Ministerio del Trabajo adoptara la tabla de cotizaciones mínimas y máximas para cada clase de riesgo, así como las formas para que las empresas disminuyan los porcentajes de acuerdo a los índices de siniestralidad, severidad y cumplimiento del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo (SGSYST). Dentro de las estrategias creadas por las empresas para que esta reglamentación no se haga efectiva, se encuentra negarse a un acuerdo sobre el punto de corte para decidir si la empresa debe aumentar o disminuir la cotización por los resultados de su SGSYST (Luna García, Buitrago Gutiérrez, & Bayona Rodríguez, 2015, pág. 299).

515

Esta mora de la reglamentación se traslapa con pronunciamientos de los empresarios que reconocen esta tarea como pendiente para fortalecer el sistema (Gaviria, 2014). Han pasado 25 años sin cumplir la tarea con la complacencia del Ministerio del Trabajo, que ha contratado estudios para reglamentar la tasa y, después de recibirlos, analizarlos y pagarlos, no los utiliza y deja que pierdan vigencia. Decisión claramente ilegítima e ineficaz para disminuir los niveles de conflicto entre los trabajadores/prestadores del servicio y empleadores por el reconocimiento de la garantía a la “estabilidad laboral reforzada por salud en el trabajo”.

¹⁹⁸ Ver artículo 6 de la Ley 1562 de 2012 (Congreso de la República, 2012).

Sexto elemento: “La ineficacia en la eliminación de las categorías incapacidad permanente parcial, incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez con las prestaciones económicas que de ellas se derivaban, reconocidas a los trabajadores en las normas anteriores a la ley 100 de 1993”

El progreso de nuestro conocimiento del paso de la previsión social a la seguridad social y luego al Sistema de Seguridad Social, nos condujo a distinguir los componentes jurídicos, médicos y judiciales del proceso para calificar la pérdida de capacidad laboral de los trabajadores luego de la ocurrencia del ATEL. En este marco, los cambios normativos resultaron insuficientes para satisfacer las necesidades de los trabajadores enfermos por el trabajo y los intereses económicos de los empleadores. El análisis detallado de las normas expedidas y sus reformas, permitió establecer que algunas cumplieron las formalidades de la validez sin eficacia; otras con validez no alcanzaron legitimidad; y en otras más, con validez y legitimidad no se configuró la eficacia. Esas ausencias de los elementos tríadicos del derecho han impedido la reducción de complejidad en el conflicto por la “estabilidad laboral reforzada por salud en el trabajo”.

La teoría de sistemas de Luhmann, utilizada para guiar el marco teórico de esta investigación, propone la interpretación del sistema político y jurídico como reguladores autopoieticos del sistema social. Dentro del sistema jurídico, las relaciones laborales guiadas por el Derecho Laboral y la Seguridad Social requieren de reconstrucción normativa de la legitimidad y la eficacia, en tanto el sistema jurídico sigue regido por los criterios decimonónicos del positivismo, anclado en la validez como único elemento constitutivo del derecho, para los juristas y los jueces (Mejía Quintana, 2012a, pág. 266).

En esta reconstrucción se requiere de la participación de todos los actores de la relación laboral para garantizar la reducción del conflicto, que tiene décadas profundizando las diferencias sin atender a los consensos. Desde este contexto, la correlación de los enfoques y modelos en el proceso de valoración de la pérdida de capacidad laboral en Colombia y España –analizada en el capítulo cuatro–, permitió establecer como acertado el cambio del enfoque de invalidez física al de invalidez profesional y, finalmente, al enfoque de incapacidad general de la ganancia. Cambio que consideramos acertado por los efectos

médico-laborales que, en positivo, tiene para los trabajadores ser valorados desde la perspectiva funcionalista, como seres integrales.

Las normas anteriores a la Constitución de 1991, con escasas referencias a la normativa internacional, tenían notoria influencia de los avances sobre trabajadores minusválidos y personas con discapacidad. Es cierto que los Decretos 2663 y 3743 de 1950, y 3170 de 1964, no hacían mención alguna de influencia extranjera dentro de su contenido, pero dedicaron atención clara y detallada a las prestaciones recuperadoras de los trabajadores accidentados. Incluyeron instrumentos médicos para la calificación de la pérdida de capacidad laboral (PCL), permitían la readmisión de los trabajadores que alcanzaban un nivel de mejora para seguir trabajando e incluso describieron procesos para la rehabilitación física y profesional. La sensibilidad en torno a la igualdad de oportunidades y la no discriminación por cualquier condición física-funcional o psicológica que pudiera dejar al trabajador sin ingresos para sobrevivir, se identificó en la diferenciación de las condiciones médicas en que podía quedar un trabajador luego de la incapacidad temporal, a quien sin ser inválido, no le era posible prestar el servicio para el que fue contratado.

517

La importancia de los Decretos 2663 y 3743 de 1950, y 3170 de 1964, es decisiva en la identificación del elemento estructural del conflicto que se describe. Ella se concreta en los conceptos de *incapacidad permanente parcial*, *incapacidad permanente total*, *incapacidad permanente absoluta* y *gran invalidez*, con las prestaciones económicas que de ellas se derivaban. De este modo, se estableció para cada estado de salud la prestación económica a cargo de la administradora del riesgo profesional, así:

- a) El estado de incapacidad permanente parcial, se declaraba para el trabajador con disminución definitiva pero apenas parcial en sus facultades. Se reconocía el pago de una indemnización denominada “pensión provisional” cuando el trabajador tenía una pérdida de capacidad laboral entre el 5% y el 20% de PCL, con valores no inferiores al salario mensual y por un periodo mínimo de 2 años. En caso de no existir recuperación, el pago era vitalicio, a cargo de las entidades administradoras de los riesgos profesionales.

- b) El estado de incapacidad permanente total, se declaraba cuando el trabajador quedaba inhabilitado para desempeñar su trabajo habitual u otro similar compatible con sus aptitudes y formación profesional, por alteraciones orgánicas o funcionales incurables o de duración no previsible. Se reconocía el pago de una pensión mensual equivalente al 60% del salario mensual de base cuando el trabajador tenía una pérdida de capacidad laboral superior al 20% pero menor al 50% de PCL, por un periodo mínimo de 2 años. En caso de no existir recuperación, el pago era vitalicio, a cargo de las entidades administradoras de los riesgos profesionales.
- c) El estado de incapacidad permanente absoluta, se declaraba cuando el trabajador quedaba inhabilitado para desempeñar cualquier clase de trabajo remunerativo. Se reconocía el pago de una pensión mensual equivalente al 70% del salario mensual de base cuando el trabajador tenía una pérdida de capacidad laboral superior al 20% pero menor al 50% de PCL, por un periodo mínimo de 2 años. En caso de no existir recuperación, el pago era vitalicio, a cargo de las entidades administradoras de los riesgos profesionales
- d) El estado de gran invalidez, se declaraba cuando el trabajador, además de quedar impedido para toda clase de trabajo remunerado, quedaba en condiciones tales que requiriera el auxilio de otra persona para movilizarse o para realizar las funciones esenciales de la vida. Se reconocía el pago de una pensión mensual equivalente al 85% del salario mensual de base cuando el trabajador tenía una pérdida de capacidad laboral superior al 50% de PCL, como pago vitalicio, a cargo de las entidades administradoras de los riesgos profesionales.

En las actuales normas reguladoras de las prestaciones económicas derivadas de la calificación de la pérdida de capacidad laboral por ATEL, a nuestro juicio se eliminaron las prestaciones económicas que podrían resolver para el empleador y el trabajador el conflicto de la “estabilidad laboral reforzada” cuando tiene calificación entre el 5% y menos del 50% de PCL. Parece que el Ministerio del Trabajo y el Legislador hubieran querido respaldar el modelo social, vinculando las directrices internacionales del trato a la discapacidad, optando por la eliminación de prestaciones económicas a cargo del Sistema de Riesgos Laborales y

dejando para decisión judicial los conflictos generados entre empleadores y trabajadores con incapacidades parciales, pero no inválidos para trabajar.

Cabe decir que, en el componente empírico de esta investigación, se analizaron cerca de 220 sentencias proferidas entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, en el periodo comprendido entre 1992 y 2019, cuyo problema jurídico se centró en el reconocimiento de la “estabilidad laboral reforzada” por condiciones de salud derivadas del trabajo. El conflicto jurídico establecido en las sentencias se centró en trabajadores en estado de incapacidad temporal o con calificaciones de PCL entre el 5% y menos del 50%, despedidos y que quedaron sin recursos para su subsistencia y la de sus familias, y que demandaron derechos laborales a empleadores que, a su vez, tenían dificultades económicas para seguir pagando salarios y se soportaron en justas causas para el despido. Es una constante, en todos los procesos judiciales, el elemento económico que afecta a las dos partes.

4.3.3. Elementos médico-jurídicos que estructuran el conflicto de la estabilidad laboral reforzada del trabajador enfermo por el trabajo

519

Lograr identificar los elementos validez, legitimidad y eficacia del Derecho Laboral y la Seguridad Social implica, siguiendo las reflexiones de Hutcheson, lograr el progreso moral del ser humano y de su entorno social en el trabajo, así como rechazar los planteamientos del racionalismo radical que han *eliminado los componentes subjetivos y psicológicos de la decisión administrativa y judicial*, como lo establecimos en el tercer elemento estructural. La razón, por sí sola, no inspira la acción ni genera los motivos que deben impulsar a las partes de la relación laboral, con miras a mantener el negocio jurídico. Dichas acciones se valoran desde la experiencia, que legitima las buenas obras y no solo las buenas intenciones.

El trasfondo del derecho debe reconocerse en su dimensión social, perspectiva que incluye el aspecto económico y humano de la relación laboral. Desde las concepciones de Hume y Adam Smith, hemos señalado la urgencia de una transformación de la visión del derecho en la sociedad, para que cada actor obtenga el beneficio que espera cuando celebra el contrato de trabajo/prestación del servicio, sin dañar al otro. Los elementos estructurales expuestos

han permitido comprender los componentes filosóficos, jurídicos y económicos que permean el conflicto. Para completar el estudio, presentamos a continuación los elementos médico-jurídicos identificados, sin entrar a examinar todas las soluciones convencionales que, desde la medicina y la salud pública como ciencias autónomas, podrían presentar los expertos a las partes, dada la variedad de respuestas que pueden existir para el tratamiento de las patologías derivadas del trabajo.

El seguimiento de los accidentes y enfermedades que afectan a las personas tiende a concentrarse en el Sistema General de Salud, creado con la Ley 100 de 1993. Su vínculo con el Sistema de Riesgos Laborales es estrecho y requiere de un análisis en profundidad, que no hace parte de esta investigación. Pero la íntima relación entre los dos sistemas, dado por la identidad de las administradoras de los recursos, nos permite deducir que si logramos la atención de los elementos médicos que están generando el conflicto de “la estabilidad laboral reforzada” de los trabajadores por causas laborales, dejaremos abierta la puerta para identificar los elementos que, por causas comunes, tienen afectados a los ciudadanos y congestionada la justicia. Entre ellos planteamos los siguientes.

520

Séptimo elemento: “La promoción de la salud y la prevención del ATEL en el trabajo son conceptos considerados sinónimos por los actores de la relación laboral y las acciones que desarrollan son ineficaces”

La gestión para el cuidado de la salud se ha determinado desde el ámbito del derecho, de la seguridad social, de la seguridad industrial y de la salud pública. El enfoque dado desde el derecho y la seguridad social interesa a esta investigación. Así, en materia de riesgos laborales las administradoras del sistema tienen la obligación de asesorar al empleador en el cuidado de la salud en el trabajo, para que adopte medidas en todas las fases de la producción que disminuyan los riesgos derivados de la actividad económica. Esta obligación se genera para el empleador/contratante por el *principio de estabilidad laboral*, seguido de la adopción y atención por el trabajador/prestador del servicio de todas las acciones que se le orienten.

La idea de felicidad no se construye desde la satisfacción de las ilimitadas necesidades del ser humano. Esta se consigue en el campo individual, dando un sitio para cada cosa que termina aportando a la colectividad (Méda, 1998, pág. 40). Y el trabajo hace parte de las necesidades en la población colombiana, debiendo seguir el camino que lleve a una mejor calidad de vida laboral y una mayor productividad (Zamora Salas, 2011, pág. 23). Este camino requiere de inversión de las empresas, dado que el bienestar de los trabajadores refleja el bienestar de los ciudadanos.

Hemos indicado que, para la OMS, la salud es el “estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (OMS, 2006, pág. 1). El buen estado de salud se identifica con el buen cuidado físico y mental de las personas, componentes de una “vida buena”. Para conseguirla, los estudios desde la medicina han determinado que la *promoción de la salud* es efectiva cuando se generan hábitos de vida saludable, programas de bienestar y responsabilidad personal en la empresa, con el fin de garantizar condiciones seguras y saludables en desarrollo de la prestación del servicio (Red Europea de Promoción de la Salud en el Lugar de Trabajo, 1997).

521

La promoción de la salud se diferencia de la prevención del ATEL, entre otros aspectos, porque impacta directamente a la familia del trabajador, cuando por medio de este todos los miembros del núcleo asumen actitudes positivas, relacionadas con la atención del sueño y el descanso, la alimentación equilibrada, el ejercicio físico, la disminución y/o eliminación de la ingesta de alcohol y sustancias psicoactivas.

Ahora bien, la prevención del ATEL busca establecer el conjunto de actividades o medidas que debe adoptar el empleador en todos los procesos productivos y administrativos de la empresa para evitar o disminuir su riesgo de ocurrencia. Las actividades de prevención disminuyen los costos laborales e incentivan al trabajador a prestar el servicio de forma segura (Dueñas Herrero, 2014). Nótese que la promoción de la salud se orienta al trabajador y el entorno socio-familiar en que vive, en tanto la prevención del ATEL está dirigido a la empresa y el sistema de producción.

La promoción de la salud y la prevención del ATEL no son conceptos sinónimos ni tienen identidad en el fin propuesto dentro del SGSYST. La analogía no solo en las expresiones, sino también en las actividades, produce la ineficacia en los resultados, después de ejecutadas. El imperativo categórico, que las normas nacionales e internacionales imponen para la promoción de la salud, se ha asumido de forma intranscendente. Conviene precisar que la promoción de la salud de la que tratamos no exige que el trabajador, por ejemplo, pueda disfrutar de un *spa* por cuenta del empleador, y la prevención se ha considerado suficiente para cumplir las dos obligaciones del empleador. Basta con que el trabajador se sienta tranquilo, agrado y seguro con lo que hace y para quien lo hace. Es posible que la relación laboral se afecte y no perciba de cada extremo su responsabilidad, que se encuentra matizada en la aplicación de las múltiples circunstancias –concomitantes e influyentes–, que generan el presentismo y el ausentismo, expuestas en el capítulo tres.

No existe una ecuación “promoción de la salud” igual a “producción económica”. Esta se percibe a partir de las acciones que implican tiempo, esfuerzo, constancia y disciplina. Así se consigue la felicidad. De lo contrario solo se llega al placer, que es temporal, efímero y frustrante.

522

Octavo elemento: “La incapacidad temporal de larga duración generada por el ATEL o por enfermedades comunes agravadas por el trabajo, no tiene reconocimiento médico ni jurídico”

El principio de estabilidad laboral, degradado a norma en el derecho, perdió peso por las limitaciones creadas en los supuestos reglamentarios previstos para clasificarlo en categorías de entrada, salida, absoluta, relativa, propia e impropia, dependiendo de la naturaleza del empleo y no del trabajo. A los trabajadores en Colombia, estas clasificaciones de la estabilidad laboral les han obligado a acudir al juez de tutela o laboral, para que dirima el conflicto del despido cuando se ve afectado por causas de salud.

Las decisiones judiciales tratan de disminuir los efectos negativos del despido. En algunos casos ordenan el reintegro y, en otros, obligan la continuidad del pago de las cotizaciones al

Sistema de Seguridad Social. Pero no hay diferencia en el análisis de la causa y la consecuencia que llevó al trabajador al estado de salud que afecta la prestación del servicio. Desde la legitimidad, que el principio de estabilidad laboral aporta a la relación laboral, la incapacidad temporal (IT) de larga duración y la enfermedad común agravada por el trabajo, no tienen trato diferencial, ni en las normas, ni para la justicia. Esta condición se identificó como elemento estructural del conflicto.

En los últimos años, la comunidad académica del campo médico ha realizado estudios relacionados con la discapacidad y el trabajo, atendiendo los modelos sociales de atención y los enfoques de participación, así como las dinámicas creadas para definir, dentro de las políticas públicas de empleo, la inclusión de las personas en condición de discapacidad (Cuervo Díaz & Moreno Angarita, 2017, pág. 568). En el capítulo tres se precisa que el trabajo les permite a las personas que tienen condiciones de discapacidad sentirse útiles y ser aceptadas por la sociedad, que ha sido lenta en la comprensión del trato personal y laboral que merecen tener. El paso de la prescindencia a la rehabilitación, y luego al funcionalismo, ha requerido de luchas, esfuerzo y muerte; quien tiene alguna condición de discapacidad se enfrenta a la interacción con las personas que se consideran “normales” y que han construido para ellas el medio ambiente “normal”. Cuando se comprende que lo normal es que todos tengamos espacio, desde las diferencias, para disfrutar del medio donde vivimos y trabajamos, se necesita como lo dice Roberto Carlos “ser civilizados como los animales”.

Para disminuir las brechas de desigualdad, la Corte Constitucional incluye, dentro del estado de debilidad manifiesta, a las personas en estado de incapacidad temporal o con alguna enfermedad, siendo estas condiciones que le permiten acceder a la garantía judicial de “la estabilidad laboral reforzada”. En tanto la Corte Suprema de Justicia adiciona a estas condiciones –descritas por la jurisdicción constitucional–, la obligación al empleador de demostrar que el despido obedece a una causa justa, y no al estado de debilidad manifiesta o discapacidad. Así, la interpretación judicial de la discapacidad para reconocer la garantía denominada “estabilidad laboral reforzada”, analizada desde las dimensiones de legitimidad y eficacia, deviene reducida y cosificadora de las personas.

El trato judicial de las condiciones de discapacidad en Europa supera la protección del trabajador en estado de IT, estableciendo diferencias de trato para las condiciones de discapacidad por causas comunes, frente a las condiciones generadas por el trabajo. Las segundas requieren de mayor ponderación en los derechos reclamados por el empleador/contratante vs. el trabajador/autónomo. Los trabajadores en estado de IT de larga duración por causas del trabajo no pueden ser despedidos, ni su relación jurídica terminada, hasta que pueda realizar las actividades de la vida diaria, dentro de los límites permisibles¹⁹⁹.

En cuanto a la enfermedad común agravada por el trabajo, en Colombia la lista de enfermedades consideradas como laborales incluye la posibilidad jurídica de establecer el nexo causal entre la enfermedad y el trabajo. En el panorama presentado en el capítulo cuarto sobre “la enfermedad de larga duración: entre la enfermedad común con recuperación incierta y la enfermedad laboral”, se plantea el problema de la incipiente formación profesional de los médicos en medicina del trabajo en Colombia y América Latina. Esta primitiva iniciación de los galenos en los diagnósticos de causas laborales, se refleja en dos momentos: 1) la declaración de incapacidad temporal (IT) por periodos extensos sin diagnóstico adecuado que determine el origen de la afección del trabajador, creando el estado de zozobra por el tiempo de permanencia en esta condición, que le lleva a enfrentarse al despido; 2) el diagnóstico de patologías comunes sin el análisis clínico que relacione su ocurrencia por causa del trabajo.

524

De esta manera, el desarrollo teórico del capítulo permitió establecer, dentro de los elementos médicos que aquí se describen, el incumplimiento de los términos legales para el proceso de definición de la condición de salud por parte de los médicos en el Sistema General de Seguridad Social. Situación que agrava el conflicto por la permanencia en estado de incapacidad –sin la definición del origen o por la calificación de origen común de patologías agravadas por el trabajo que no son atendidas por la ARL–, y debe el trabajador acudir a la

¹⁹⁹ Ver las sentencias del Tribunal Supremo en Cataluña, Andalucía, Cantabria, Barcelona, Madrid descritas en el capítulo cuarto.

justicia laboral para definir la entidad del sistema que debe asumir estas patologías, atendiendo al grado de afectación en la salud.

Hemos indicado que en la definición de AT en España se incluyen las patologías comunes agravadas por el trabajo y la atención corresponde a la Mutua de AT. Así mismo, se incluyen dentro del Sistema de Riesgos Laborales las enfermedades intercurrentes que generan complicaciones después del accidente de trabajo o que se hayan adquirido en el nuevo medio en que se ubicó al trabajador en la empresa. Descripción legal que, adaptada al contexto colombiano, podría disminuir ostensiblemente los conflictos médico-jurídicos entre trabajadores y empleadores.

Es decir, la relación trilemática entre validez, legitimidad y eficacia en el Derecho Laboral y la Seguridad Social se rompe, por el desconocimiento de un tercer actor –el médico–, respecto de las normas que rigen el proceso para establecer las causas que afectaron la salud del trabajador. Si bien en la legislación interna se han formulado políticas públicas para la inclusión laboral de las personas en condición de discapacidad, la crítica a las decisiones judiciales y la reflexión sobre las interpretaciones de la discapacidad se sintetizan en establecer, primero, que las personas en condiciones de discapacidad no son personas enfermas, son personas que tienen condiciones diferentes y la sociedad tiene la obligación de adaptar el entorno a sus diferencias para que puedan desarrollarse libremente; y segundo, los trabajadores permanecen en incapacidad temporal por largos periodos y sin diagnóstico oportuno por causas relacionadas con la deficiente formación de los médicos en el área de la medicina laboral.

525

Noveno elemento: “Los procesos de rehabilitación, reintegro, readaptación y reubicación del trabajador después del ATEL son ineficaces”

Más complejo ha resultado discernir que prevé el empleador que suceda con el trabajador que requiere de rehabilitación, reintegro, readaptación y reubicación después del ATEL, al no realizar el Sistema de Riesgos Laborales la calificación oportuna de su estado de capacidad laboral. La ARL y la empresa omiten las obligaciones al respecto, lo que termina

afectando al trabajador. Realmente, para estos actores la opción más plausible parece ser la terminación del contrato de trabajo, y por una justa causa descrita en el Código Sustantivo del Trabajo, o por el adelanto del proceso administrativo descrito en el Decreto 1333 de 2018. En ambos casos, nada se dice sobre las omisiones de empresa y ARL que terminan afectando al trabajador.

El elemento estructural se configura por dos circunstancias. La primera, soportada en la falta de legitimidad de las normas existentes para realizar los procesos de rehabilitación, reintegro, readaptación y reubicación del trabajador después del ATEL, por estar construidas bajo el enfoque médico de la década de 1990, cuando el baremo de calificación de PCL vigente estaba construido con el enfoque funcional y el modelo social, siguiendo las dimensiones del funcionamiento según la actividad y factores ambientales que integran el potencial biológico, psicológico y social del trabajador. El Ministerio del Trabajo conoce esta falencia y ha realizado proyectos de reformas, sin llegar a la expedición eficaz de la norma.

La segunda circunstancia se deriva de la ignorancia del empleador y la negligencia de la ARL de asesorar los procesos de rehabilitación, reintegro, readaptación y reubicación del trabajador después del ATEL. Los recursos de la empresa se diluyen en esfuerzos orientados a la rehabilitación funcional para que regrese al mismo puesto de trabajo, y cuando no se consigue, el empleador hace mínimos esfuerzos por hacer ajustes razonables al puesto de trabajo o reubicar al trabajador en un puesto que pueda desarrollar actividades con su capacidad residual (Boada Mojica & Moreno Angarita, 2013, pág. 24). Allí no existe gestión objetiva de los procesos, no hay evaluación de resultados, no hay seguimientos de corto y largo plazo, no hay calidad en la prestación del servicio al empleador y no hay participación del trabajador en los procesos (Martínez-Gijón Machuca, 2017, pág. 22).

Cada proceso de rehabilitación, reintegro, readaptación y reubicación tiene procedimientos médicos con guías construidas por la OMS para garantizar el regreso al trabajo y la permanencia en el puesto de trabajo habitual o en otro, según las capacidades residuales del trabajador, pero las normas vigentes en Colombia no los integran ni los desarrollan. Como lo señalamos en el séptimo elemento, aquí se comete el mismo error por parte de los actores, pues todos los procesos se entienden como sinónimos, y este es el “callejón sin salida” que,

por ahora, el Estado ha permitido transitar. El trabajador sigue este proceso: ha quedado apartado del puesto de trabajo - ha recibido atención médica - ha recibido rehabilitación en las instalaciones de la ARL - ha percibido subsidio económico - no tiene condiciones para reintegrarse al puesto de trabajo - no hay intenciones de reubicación - es despedido.

Décimo elemento: “El proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral del trabajador para definir el estado de salud después del ATEL es ineficaz”

El proceso de calificación de PCL impacta las políticas públicas de protección social y al Sistema de Seguridad Social, porque de su resultado dependen los subsidios económicos de vivienda, educación, recreación, la condonación de deudas del sistema asegurador y bancario, las incapacidades temporales, las indemnizaciones, las pensiones de invalidez, las pensiones de sobreviviente y las prestaciones asistenciales (Moreno Angarita, Rubio, & Angarita, 2011, pág. 242). En el capítulo cuatro se describen los enfoques y modelos de calificación de la pérdida de capacidad laboral que se han utilizado en Colombia –en correlación con el mismo proceso en España–, que lleva a reflexionar sobre las normas que el legislador impone, a los integrantes de las Juntas de Calificación y al empresario. Estas normas parecen valorar la incapacidad desde la profesión habitual, y no con las funciones exactas que el trabajador viniera desempeñando, sembrando duda en la calificación asignada y la insuficiencia para dar respuesta a los interrogantes que se plantean empleador y trabajador sobre el regreso al trabajo.

5. Propuestas para contribuir a la solución del conflicto, reflexiones finales y limitaciones de la investigación

Al finalizar la investigación propuesta, podemos establecer que hemos realizado un recorrido panorámico de los desarrollos sociales, políticos y normativos que las relaciones laborales han tenido en la sociedad colombiana. Un recorrido que parte de la base teórica del derecho creado en sociedades tradicionales y positivistas que influenciaron al territorio americano, hasta los cuestionamientos presentados por la filosofía crítica en las sociedades pluralistas, habitadas por empresarios que utilizan la subordinación para legitimar la autoridad y trabajadores con inclinaciones a la libertad y autonomía de las acciones. Desde estos supuestos se hizo lógica y coherente la conexión con Niklas Luhmann, Jürgen Habermas y John Rawls, quienes desde su contexto social y teórico, presentan propuestas éticas y jurídicas que resultan útiles en el proceso de identificación del núcleo problemático de los conflictos generados en las relaciones laborales en Colombia e inspiran la construcción de caminos legítimos y eficaces que articulen el derecho con la sociedad.

La formación jurídica de los abogados en Colombia sigue la “Teoría Pura del Derecho” expuesta por Kelsen, donde se asume el derecho sin categorías morales, otorgando a la validez jurídica la máxima expresión del derecho, donde la legitimidad se confunde con la legalidad y la eficacia se reemplaza con la sanción. Esta realidad académica se cuestiona bajo la propuesta de reconciliar al jurista con el filósofo. Se elabora la idea de vincular la filosofía crítica y la sociología con el derecho, permitiendo la inclusión de la legitimidad y la eficacia como elementos necesarios en el Derecho Laboral para armonizar los intereses económicos con la conservación de la vida en el trabajo.

Desde el capítulo dos se presentan los escenarios de promulgación de normas por los órganos legislativo y ejecutivo del Estado, que históricamente prescindieron, en los debates sociales y democráticos, de la participación de los interesados en el contenido normativo. Se expidieron cánones bajo el estado de excepción en la sociedad agrícola, que siguen regulando las relaciones de trabajo en la actual sociedad cibernética. El ejecutivo se alineó con el

legislador y con los empresarios para reglamentar y eliminar derechos de los trabajadores, minimizar las obligaciones del empleador y establecer débiles procesos de control y vigilancia por parte del Estado. Las decisiones de los gobernantes, sin argumentación jurídica hermenéutica y centradas en la argumentación deductiva del derecho, han delegado en el poder judicial la obligación social de regular el contenido normativo del Derecho Laboral y de la Seguridad Social.

Si bien los gastos sociales, en especial los derivados de la salud, crecieron a mayor ritmo que los ingresos del Estado en la década de 1980, la crisis ideológica marca los problemas siguientes cuando se entrega al empresario el control de los gastos de la salud. En Europa, Francia, Alemania y Gran Bretaña asumen el cambio con sistemas de control y vigilancia eficientes. Los derechos sociales se convierten, en términos de Rosanvallon, en derechos “de giro”, por los procesos indemnizatorios ante la ocurrencia de las contingencias que afectan a los ciudadanos, entre ellos la enfermedad, el accidente y el despido. Este es el problema de orden filosófico que surge para los Estados europeos: los principios y garantías sociales entran en lucha con las teorías del aseguramiento. Condiciones que Pierre Rosanvallon identificó al escribir *La nueva cuestión social: repensar el Estado Providencia*, pues el centro de los problemas del Estado para las décadas de los años 1975 a 1985 no fueron financieros ni de estructuras administrativas:

(...) lo que se puso en tela de juicio fueron los principios organizadores de la solidaridad y la concepción misma de los derechos sociales. El problema es ahora filosófico. (Rosanvallon, 1995, pág. 8)

Ahora bien, cuando estos problemas se generan en un país como Colombia, donde el autoritarismo hace prevalecer la autoridad sobre la libertad, la guerra interna condena a la población al atraso y al sufrimiento, la gobernanza hace despuntar la economía del mercado sobre los principios del derecho, la corrupción permea todos los entes de control y vigilancia, los problemas de orden filosóficos se tornan más críticos (Vela Orbegozo, 2015, pág. 431) y los actores se inclinan por ocultarlos. En este contexto se proponen soluciones superficiales, fundamentadas en el derecho positivo, los derechos económicos y el control del abuso del derecho por los trabajadores.

Desde este elenco de problemas sociales, en los capítulos tres y cuatro se recorrió la espiral de incomprensiones de la discapacidad, desconocimientos médicos y jurídicos sobre los enfoques y métodos dentro del proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, de eliminación de derechos a los trabajadores enfermos por el trabajo, de los débiles procesos de vigilancia y sanción a cargo del Estado y, finalmente, de las ineficaces decisiones judiciales, que tienen a los empleadores en la línea de protección a su derecho económico y al trabajador rogando por conservar el trabajo y recibir atención médica. Al final del capítulo cuatro se identifican los elementos estructurales del conflicto socio-laboral generado por el reconocimiento judicial de la garantía de la “estabilidad laboral reforzada” al trabajador enfermo por causas laborales, existentes desde el interior de la relación empleador/trabajador-prestador del servicio y no desde la ocurrencia del ATEL, como se ha estudiado el conflicto por los vigentes tratadistas del Derecho Laboral y por los jueces en Colombia.

Este escenario, que inicia desolador para quienes permitieron el desarrollo del trabajo de investigación, termina con propuestas de acciones reales, prácticas, no invasivas de la privacidad y los intereses de los actores, que articulan los factores éticos-políticos-conductuales con los institucionales existentes en el Estado. Así, ubicados en la realidad jurídica donde se mueven los abogados y jueces del Derecho Laboral y la Seguridad Social, se presentan las conclusiones derivadas del desarrollo investigativo realizado, se describen las propuestas de acción desde cada elemento estructural identificado en el conflicto y finalmente se exponen las limitaciones que se presentaron dentro de la investigación, con el objeto de dar buenas razones para continuar generando conocimiento científico interdisciplinario que permita valorar el cuidado de la salud en el trabajo.

Ciertamente, el paso de la situación de incapacidad temporal (IT) al de incapacidad permanente parcial (IPP) no es fácil para los sujetos, las entidades, las autoridades administrativas y judiciales. El tránsito de los contenidos médicos con los procesos jurídicos ofrece dificultades de todo tipo. Desde el análisis médico en el proceso de calificación se trata de la misma forma al afiliado al Sistema de Seguridad Social afectado por causas comunes, que al afectado por causas laborales. Si bien se procura seguir el enfoque de la incapacidad general de la ganancia, el principio de universalidad se mal utiliza en las políticas

públicas de atención a la discapacidad que, buscando la inclusión en el entorno laboral, están generando la salida de este de los trabajadores enfermos por causas laborales (Martínez-Gijón Machuca, 2017, pág. 58). Las personas calificadas entre el 5% y menos del 50%, son declaradas por el Sistema de Riesgos Laborales en estado de incapacidad permanente parcial, no importa si están cerca de la recuperación o de la invalidez. Así, se rigen por normas que giran en torno a las prestaciones indemnizatorias, ignorando la recuperación, rehabilitación, reintegro, readaptación y reubicación de los trabajadores después del ATEL, que ciertamente tienen mínima atención por las administradoras del sistema, poca atención en el cumplimiento de los términos legales para calificar errores en la asistencia sanitaria, negaciones del empleador por brindar la información requerida y nula sanción por estas omisiones.

La determinación de la IPP, que se realiza para la profesión habitual, no atiende las funciones concretas que el trabajador realizaba en la empresa. La norma no establece efectos ni sanciones por el incumplimiento de esta verificación para los administradores del sistema, y estos no atienden las sanciones que la norma describe para los empleadores por no remitir la información requerida.

Como se indicó en el sexto elemento estructural, en estas circunstancias el trabajador ha perdido prestaciones económicas importantes para su subsistencia. En este elemento los trabajadores declarados con IPP ven su contrato extinto, sin posibilidades de regresar en caso de recuperación con el tiempo, y no tienen derecho preferente al reintegro, porque su condición no se diferencia de las causas comunes. Si, por el contrario, la recuperación no es completa, el derecho a regresar al mundo del trabajo es más limitado, porque siguen formalmente “aptos” según el dictamen de calificación, pero son “ineptos” en la realidad.

Este elemento no ha dado lugar a excesivos debates jurisprudenciales, entre otras razones por la eliminación del jurista dentro de la organización de las Juntas de Calificación de Invalidez y porque los mayormente afectados son los trabajadores que, por ignorancia y falta de recursos, no inician las acciones judiciales que le permitan a la justicia pronunciarse al respecto. De ello se concluye que el proceso de calificación de la PCL es ineficaz dentro del

Sistema de Riesgos Laborales y no contribuye a la conservación del equilibrio en la relación laboral.

Tal vez cada elemento requiere de un estudio más exhaustivo desde las disciplinas respectivas, pero se ha querido subrayar las incoherencias y dificultades que sirven de refuerzo al marco situacional presentado. Un marco en el cual establecemos que el conflicto del reconocimiento de la garantía a la estabilidad laboral reforzada no está resuelto con las decisiones de la Corte Constitucional y se dificulta por las diferencias con la Corte Suprema de Justicia. Conviene precisar que merece la revisión en profundidad para que la situación de los trabajadores enfermos por el trabajo se visibilice, para que el despido no siga siendo el camino más expedito de los empresarios y, sobre todo, para que la estabilidad laboral vuelva a ser principio en las relaciones laborales que garantice la seguridad del negocio jurídico, en cualquiera de sus presentaciones jurídicas.

5.1. Propuestas de la investigación con relación al objetivo formulado

532

Para realizar esta investigación el objetivo se planteó en identificar los elementos que estructuran el conflicto laboral derivado de la garantía judicial denominada estabilidad laboral reforzada del trabajador enfermo por causas laborales. Trabajo que anticipó la necesidad de reconciliar el jurista con el filósofo, a partir de los elementos trídicos del derecho –validez, legitimidad y eficacia–, desconocidos en las decisiones administrativas y judiciales emitidas en la aplicación de las normas del Derecho Laboral y la Seguridad Social.

Llegados a este punto, se logró establecer la existencia de diez elementos que influyen directamente en la configuración del conflicto por el reconocimiento o la negación de la garantía judicial, superando con creces el convencimiento unificado de compañeros litigantes y jueces en Colombia (no así en España), de ser un trabajo investigativo de contenido nimio. Estamos ya en disposición de presentar la propuesta para iniciar las acciones encaminadas a superar o disminuir los efectos de los elementos identificados, con miras a desanudar cada obstáculo del conflicto descrito en la delimitación del problema. Esto lo haremos buscando la coherencia entre la realidad de las relaciones laborales en la sociedad colombiana y la

ilusión de armonizar pasivamente los intereses del empresario con los intereses de los trabajadores/prestadores del servicio, que todos los días unen sus esfuerzos en algún lugar de nuestro incomprendido país, en busca de la plena realización de los sueños propios y los de sus familias.

5.1.1. Potenciar el valor de la filosofía en las dinámicas del Derecho Laboral y la Seguridad Social

Los elementos estructurales que se develaron desde la filosofía en el conflicto de la garantía judicial por la estabilidad laboral reforzada del trabajador enfermo por el trabajo, coinciden con la declaración realizada por Rosanvallon de ser la crisis filosófica la nueva “cuestión social” que genera riesgo para los derechos sociales.

Sin pretensiones de unanimidad con los juristas, indicamos que los principios del Derecho Laboral y de la Seguridad Social están en los límites mínimos de reconocimiento en las relaciones laborales. Verbigracia el principio de “favorabilidad” lucha entre los periodos de transición legislativos; el principio “In dubio pro operario” se disputa el reconocimiento con la formación positivista del juzgador; el principio de “la primacía de la realidad sobre las formas” agoniza entre las flexibles formas de trabajo para prestar servicios personales; el principio de “irrenunciabilidad” se ha vuelto renunciable con tal de tener un ingreso para superar el estado de necesidad; y el principio de “estabilidad laboral” perdió la categoría de principio, para ser garantía judicial dependiente del estado de debilidad manifiesta. Y todos forman un debilitado bloque para enfrentar las categorías del trabajo que disolvieron el contrato de trabajo en la sociedad cada vez más tecnológica, donde se intercambian servicios por producción sin atender a quién lo presta o de qué forma se obtiene el servicio.

Así, el anhelado progreso de la sociedad²⁰⁰ está atravesando la línea que limita entre el respeto por la dignidad humana como principio fundamental de las personas naturales y el principio de libertad económica de las personas jurídicas. Conflicto que no se ha resuelto y sigue la implementación del nuevo modelo de responsabilidad empresarial de naturaleza

²⁰⁰ Sobre el enfoque histórico-filosófico del progreso en las sociedades actuales, véase “Los conceptos de evolución social y progreso en Marx y Habermas” (Merlo, 2015) .

reparadora, utilizado para reforzar o escapar de la observancia de las obligaciones inescindibles de cuidar la salud en todas las formas de trabajo.

Está claro y es un acuerdo en todos los miembros de la sociedad, que el último recurso a utilizar en la búsqueda de solución a los conflictos sociales es el juez. Dentro del Estado Social de Derecho, el papel del juez tiene reconocimiento, se necesita de la interpretación del juez, para que tenga sentido la justicia. Y es que darle sentido a la justicia, es para los filósofos la principal función del juez. La decisión judicial debe coincidir con los valores que la sociedad tiene como guías de comportamiento. Entendiendo el concepto de valores el dado por Adela Cortina, son *las cualidades reales de las personas, las acciones, los sistemas y las cosas* (Cortina, 1997), que los miembros de una sociedad aceptan y con ellos actúan y se relacionan.

Superar el reconocimiento mínimo de los principios en las relaciones laborales y destacar los valores en los que se mueve la sociedad colombiana, depende de la superación de la clásica decisión judicial basada en la aplicación del aforismo “dame las pruebas y te daré el derecho”, progreso que se logra a partir de la educación de los abogados, recuperando el lugar de la filosofía y la ética en la formación jurídica. A partir de las enseñanzas de Adela Cortina expuestas en su excelente libro “El mundo de los valores: ética mínima y educación”, proponemos en tres pasos la puesta en marcha del camino hacia la superación de los elementos filosóficos del Derecho Laboral y la Seguridad Social que estructuran el conflicto en estudio, cuyos enunciados se establecieron así:

1. La degradación del principio de estabilidad laboral a norma, regla y garantía judicial.
2. Las actuales relaciones laborales no tienen norma válida, legítima y eficaz que regule las diferentes formas contractuales y los mínimos derechos de los prestadores de servicio personal.
3. La reducción del elemento legitimidad del Derecho al proceso de juridificación, elimina los componentes subjetivos y psicológicos que hacen eficaz la decisión administrativa y judicial.

Paso 1: Las decisiones judiciales desde lo justo y no desde lo bueno para la sociedad del trabajo

Las actuales relaciones laborales siguen el lenguaje descriptivo o imperativo del derecho. Los filósofos analíticos distinguen en el lenguaje descriptivo las decisiones que se toman a partir de mandatos, clasificados en categorías de verdaderos o falsos, según la información suministrada. En los tres elementos estructurados, la guía de los juristas y jueces ha sido el lenguaje imperativo. La conducta para definir los conflictos generados en el trabajo por la falta del cuidado de la salud que comprometieron a esta investigación, se orienta en mandatos normativos. Hemos demostrado que poco importa la persona. Las decisiones judiciales hoy separan el ámbito contractual en el trabajo de la persona. El juez laboral acude a los preceptos decimonónicos basados en la aplicación de leyes de forma obligatoria, siguiendo el mandato del positivismo *dura lex, sed lex* (la ley es dura, pero es ley), para resolver el entuerto que tiene de fondo la vida digna de una persona y su familia, con el convencimiento de ser objetivos e imparciales, cuando no se atienden los principios ni valores sociales.

535

Se propone cambiar el lenguaje descriptivo de los mandatos normativos por el lenguaje prescriptivo. Indica Adela Cortina que la diferencia radica en ser el lenguaje prescriptivo una forma de “prescribir la conducta” (Cortina, 1997), de dar orientaciones para que las personas actúen después de evaluar sus actos y no lo hagan cuando el daño se genera. Así, el juez puede entrar a tomar decisiones no desde la narración de hechos que deriven en decisiones orientadas en señalar, mandar, permitir y prohibir, sino de la valoración de los hechos que soporten las acciones para facilitar, cuidar, mantener, proponer y estabilizar la relación laboral, sin pretender alcanzar la unanimidad en la decisión por parte de los actores. En el siglo XX el contenido central del comportamiento humano no se sustenta en la razón, se hace desde la intuición emocional, comenzando con los valores descritos en la ética deontológica desarrollada por los autores en quienes apoyamos esta investigación –John Rawls, Jürgen Habermas y Oscar Mejía–, que enseñan a los juristas la importancia de revisar las consecuencias del contenido de la norma, para superar el utilitarismo.

Las decisiones judiciales en el sistema social, deben permitir diferenciar el marco en que se mueve la sociedad, algunos lo hacen desde lo justo, otros desde lo bueno. Quienes se mueven

entre lo justo, lo hacen para conseguir lo correcto, porque lo que se considera bueno está en la unidad de lo que es justo. Lo justo es lo universalmente exigible y lo bueno depende de los valores de cada persona. Otros se mueven desde lo bueno, a partir de ese bien escogen la opción que parezca más correcta, corriendo el riesgo de guiarse por la búsqueda del placer, dando importancia al fin sin detenerse en los medios (Cortina, 1997, pág. 134). Revisadas las decisiones judiciales proferidas hasta la terminación de esta investigación, podemos considerar que su contenido refleja el movimiento de la sociedad del trabajo en Colombia desde lo bueno, razón que lleva a manipular el principio de estabilidad laboral según las condiciones de los actores. Es de nuestro interés que los jueces le den sentido a la justicia y emitan decisiones desde lo justo, con el lenguaje prescriptivo.

Paso 2: El proceso educativo de los abogados y jueces en Colombia

La estabilidad laboral debe volver a ser “principio” en el derecho. Los principios surgen del consenso de la sociedad, que establece las expectativas mínimas de todos en condiciones de igualdad y solidaridad. Dentro de la sociedad pluralista, desigual y capitalista, para mantener la tolerancia y asegurar la estabilidad del negocio jurídico denominado “trabajo”, se debe deconstruir el concepto de relación laboral. Se vuelve urgente la educación de los abogados y jueces, con una pedagogía en valores que viabilice la validez y legitimidad del Derecho Laboral, maximice los beneficios de la Seguridad Social y con ello las acciones y decisiones de las partes sean eficaces, para que acudir a la decisión judicial sea un acto de extraña ocurrencia (Mejía Quintana, 2013, pág. 408).

Propio de la educación no solo son los conceptos teóricos, científicos que enriquecen el pensamiento. También lo son la disponibilidad de las personas para aprender, comprender y apropiarse de los principios y valores que lo predisponen al servicio, a la empatía, al reconocimiento de las diferencias con el otro. Y apreciar las situaciones partiendo de los principios y valores que ordenan la sociedad y de las consecuencias y reclamaciones que de los actos se derivan. La tarea que está por hacer es identificar ¿cuáles son los valores, esto es las cualidades reales de las personas, las acciones, los sistemas y las cosas que orientan la

sociedad colombiana? La respuesta es problemática, cuando del cuidado de salud en el trabajo se trata. Las cualidades reales de las personas se valoran con los ritmos intensos de trabajo, las largas jornadas laborales, los estrictos mecanismos de supervisión, los débiles mecanismos de protección, la facilidad del despido y los obstáculos para organizarse (Torres Tovar M. , 2020, pág. 444).

Al respecto de los obstáculos para la organización colectiva de los trabajadores en las empresas en Colombia y la búsqueda de la respuesta al interrogante planteado, es pertinente consultar los estudios realizados desde el enfoque de acción-participativa, para comprender los fenómenos sociales que han llevado a la conformación de Asociaciones de Trabajadores y Extrabajadores enfermos por el trabajo en el país. Las acciones colectivas se han adelantado desde el enfrentamiento en procesos y procedimientos del derecho, para acceder a documentos, a atenciones médicas, a procedimientos clínicos y quirúrgicos, hasta las acciones de hecho para reclamar derechos negados por los empleadores y las administradoras del Sistema de Seguridad Social, ejerciendo el legítimo derecho a la protesta social (Torres Tovar M. , 2020, pág. 346).b

Es claro que la historicidad de los valores en el desarrollo de las sociedades, permite establecer los cambios según las épocas y las culturas. Así, la libertad, la igualdad, la equidad y la justicia se muestran diferentes, facilitando la comprensión de sus conceptos por etapas, para decidir si hay evolución o por el contrario retroceso en las formas de relacionarse la actual sociedad. Esta es la función de la enseñanza de la filosofía en el Derecho, esta es la herramienta que colabora con la legitimidad y eficacia de las decisiones administrativas y judiciales legalmente válidas. Por ejemplo, la justicia de Platón se definió como el “hacer cada uno lo suyo”: el gobernador gobierna, el trabajador trabaja y el esclavo obedece. En su contexto era claro, comprensible y realizable. Después de veinticuatro siglos, esta idea de justicia no es aceptada en las relaciones de trabajo. La clave de este paso está en comprender que se debe estudiar, analizar e interpretar la historia y la filosofía del derecho, para que el

aprendizaje no solo sea técnico, sino también para el progreso social de las personas en todos los ámbitos de desarrollo²⁰¹.

El predominio de la enseñanza deductivista, basada en los meros planos lógicos, de enunciados y demostraciones, debe avanzar hacia la enseñanza inductiva, comprensiva, para que los textos puedan adaptarse a los contextos y conseguir la realización eficaz del derecho, abandonando las aplicaciones y deducciones del positivismo clásico.

La formación de los juristas, profesión estrechamente ligada al funcionamiento del Estado, se ha convertido en un negocio que, además debe ser rentable, es de baja calidad y se divide en estratos económicos. Por estas razones se disminuyen los pensum académicos a los mínimos conceptos del derecho, no hay cabida para la filosofía, ni la sociología, ni la analítica. Los juristas, desde su formación de pregrado, tienen un débil sentido de los valores, de lo público, de lo social y un gran interés en lo privado, en la rentabilidad y la ganancia (García & Ceballos, 2019, pág. 201). Si estas condiciones dan como resultado abogados y jueces divididos en su trabajo profesional, según la universidad y condiciones económicas a las que pertenecen, es claro que las decisiones administrativas y judiciales que de ellos emanan reflejan los vacíos éticos, carencias de conocimiento y prácticas monopolizadas en la sociedad del trabajo en Colombia.

538

Paso 3: La voluntad del legislador frente a los reclamos del ciudadano trabajador

La función del legislador debe fundarse en procesos dialógicos, como lo expresa Adela Cortina, requiere de un esfuerzo que incluya los intereses de todos. El orden legal necesita obedecer a los componentes de legitimidad que en su desarrollo debe generar eficacia en las decisiones del Estado. La tensión conocida entre legitimidad y legalidad, dentro del proceso de expedición de las normas, no está resuelto. El criterio general y reconocido en el mundo de los juristas, es que la legitimidad de las normas se cumple con el proceso de creación de

²⁰¹ Sobre el enfoque histórico-filosófico del progreso en las sociedades actuales, véase “Los conceptos de evolución social y progreso en Marx y Habermas” (Merlo, 2015).

la ley, detalladamente descrito en la Constitución Política. Así, se supone que legitimidad y legalidad son conceptos sinónimos. Esto es falso.

Como lo demostramos a lo largo de esta investigación, legitimidad y legalidad son elementos disímiles, de hecho no tienen relación, en tanto la legalidad deviene de la validez como elemento triádico del derecho, mientras la legitimidad correlaciona los actores interesados en el contenido de la norma o afectados por ella, que pueden manifestarse en contradicción y hace efectivo el derecho al disenso. Para remediar las fracturas del mundo del trabajo y los cuidados de la salud, los legisladores requieren comprender las diferencias no solo conceptuales también prácticas de estas instituciones del Derecho Laboral, como el contrato de prestación de servicios –no solo de trabajo–, las obligaciones previas y necesarias para la conservación del negocio jurídico en cumplimiento del principio de estabilidad laboral, las acciones de promoción de la salud y prevención del ATEL y sus diferencias con las instituciones de la Seguridad Social, entre otras la incapacidad temporal y la indemnización por pérdida de capacidad laboral.

539

El sistema jurídico laboral requiere volver a considerar al hombre trabajador como persona, objeto y sujeto del contrato, integrante de la sociedad, un ser holístico, y no como máquina que una vez averiada se cambia por una nueva –más joven–. Estas consideraciones se materializan en la necesaria regulación de las relaciones laborales que comprende todas las formas flexibles del trabajo permitidas en Colombia, y no solo de las relaciones de trabajo dependientes del Código Sustantivo del Trabajo, con las 104 reformas normativas que lo acompañan. Se requiere con “urgencia extrema” el Estatuto del Trabajo –ordenado desde el artículo 53 de la Constitución Política–, como norma válida, legítima y eficaz, que supere el gigantismo normativo existente en las actuales relaciones de trabajo dependientes y el vacío legal para la relaciones laborales regidas por el contrato de prestación de servicios profesionales, que por ahora tiene escaso desarrollo legal en el numeral 3 del artículo 32²⁰²

²⁰² Al respecto la norma indica: “**ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.** Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...) **3o. Contrato de Prestación de Servicios.** Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales

de la Ley 80 (Congreso de la República, 1993b), norma que regula los procesos contractuales del Estado y pertenece a otro sistema jurídico. Así como los mal utilizados contratos de tercerización laboral y los contratos sindicales, todos con contenidos que, en la práctica, van en detrimento de los derechos laborales y los intereses de los trabajadores/prestadores del servicio.

En la actualidad, la validez de las normas descritas en esta investigación se analiza desde la teoría jurídica, pero no conviene quedarse en determinar el cumplimiento silogístico de su contenido frente a los hechos que se presentan para su aplicación. Es imperativa la vinculación de los principios y los valores sociales expuestos desde la sociología del derecho, para que la decisión administrativa y judicial fundamentada en la ley sea eficaz. Esto con el fin de evitar que los llamados “vacíos y lagunas” –que las normas suelen tener– se llenen con conceptos equivocados que identifican el derecho con las reglas y las garantías judiciales. El legislador y el juez deben diferenciar el contenido teórico existente entre los principios, por una parte, y las normas, reglas y garantías de creación judicial, por la otra.

540

Corresponde al legislador –que dicho sea de paso, es el abogado formado en el sistema educativo antes descrito–, participar en el proceso de reforma a la educación y a la justicia. Este proceso requiere tiempo, aceptación e interés, pero sobre todo voluntad, para redefinir el ejercicio de la profesión desde una nueva cultura de la educación, que debe corresponder a una nueva estructura de la sociedad. Las ideas reformistas aquí planeadas pueden nacer de la acción de cualquiera de los actores de la relación laboral, o de todos. Lo que está en juego es la vida y la salud de los ciudadanos. El quebrantamiento de los valores sociales y del trabajo como derecho, y la concepción de la salud sobre las ganancias de la producción, provienen directamente de la crisis filosófica del Estado Social de Derecho, por lo cual la

para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable” (Congreso de la República, 1993b).

reconstrucción educativa del legislador y del juez es inseparable de la reconstrucción social del trabajo.

5.1.2. Debate sobre la regla de la sociedad moderna “todo tiene precio”. Propuestas de reforma política

El siglo XX según los filósofos ha sido un tiempo para la consolidación del nihilismo en las personas. La sociedad ha considerado prescindir de los principios, de los valores, de la libertad, de la dignidad, porque nada tiene sentido, porque la vida no tiene sentido. El hombre neutraliza al hombre hasta llevarlo al exterminio físico, mental y emocional. Las reglas se evaporan, las virtudes no son parte del proceso de formación profesional. Ser pluralista significa no seguir ni hacer nada por nadie (Gallegos Díaz, 2000, pág. 244). En la filosofía existe la ruta para diagnosticar las enfermedades de la actual sociedad, su intensidad antropológica, es el modo conocido de articular al individuo con el medio social, pero no debe limitarse al lenguaje y la retórica que hemos señalado en los pasos a seguir para superar los elementos filosóficos, es necesario actuar, tener capacidad para la crítica y la autocrítica, porque “ el lenguaje es lo dicho, no el decir mismo, las huellas de los pasos, pero no el andar mismo” (Gallegos Díaz, 2000, pág. 245).

Los elementos jurídico-económicos descritos son hallazgos con formas reales y presentes en las relaciones laborales. Son la realidad en lenguaje, no son lo mismo que se dice en las sentencias. Hemos andado los pasos que llevaron a la creación de la garantía judicial con el abandono del principio de “estabilidad laboral”. Tomar conciencia de su existencia nos permitirá mejorar la visión y trato de la vida humana, que no puede seguir esclava del trabajo. Incluso en los elementos estructurados se muestra que hemos caído en la creencia de que toda persona tiene un precio, porque la sociedad capitalista nos ha acostumbrado a inventarle precio a todo. De seguir con esta creencia terminaremos en la categoría del cínico descrito por Oscar Wilde “Cínico-decía-es el que conoce el precio de todas las cosas, y el valor de ninguna” (Cortina, 1997, pág. 29). Hemos indicado como elementos de orden jurídico-económico considerar que:

1. El Sistema de Riesgos Laborales se financia con el aporte de las empresas y los trabajadores independientes, lo administran las compañías de seguros privados. Para los primeros es un gasto y para los segundos un negocio que debe rentar.
2. Después de 25 años de creación del Sistema de Riesgos Laborales, el pago para todas las empresas en el valor inicial de la tabla de cotizaciones sin reglamentar los valores mínimos ni máximos.
3. La ineficacia en la eliminación de las categorías incapacidad permanente parcial, incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez con las prestaciones económicas que de ellas se derivaban reconocidas a los trabajadores en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993.

En el proceso educativo de la sociedad mencionado por Adela Cortina y reiterado por Xavier Zubiri (Pallarès Piquer & Chiva Bartoll, 2017), se pueden resolver los conflictos de las relaciones laborales, desde la aceptación de las diferencias reales que afectan la vida de los participantes como personas no como partes de un contrato. Y esa realidad no es conceptual, intelectual, es de la experiencia, de la sensibilidad para que se pueda vivir acondicionando el mundo a las necesidades humanas y no seguir ajustando a los humanos en las necesidades del mundo.

Entre las necesidades del mundo se encuentran las de orden jurídico y económico, que se van forjando con los avances de la tecnología para mejorar las condiciones de los humanos, con la creencia de que se puede mejorar la raza humana desde el individualismo que exige respeto por los derechos propios, pero no hay disposición de exigir el mismo respeto para el otro. El nacimiento de la libertad y la igualdad como derechos en el siglo XVIII, a través de las normas y estructuras económicas se han extendido tanto como el “hombre de caucho” que en la sociedad actual, existen acciones libres que deshumanizan y otras que humanizan las relaciones sociales (Cortina, 1997, pág. 79). Los elementos identificados parecen deshumanizar la vida cotidiana y para cada uno presentamos las acciones que pueden superar la retórica y salir del cinismo descrito por Oscar Wilde hasta ahora existente en las relaciones laborales.

La responsabilidad del empleador/contratante ante la ocurrencia del accidente de trabajo y enfermedad laboral ATEL expuesta a lo largo de este estudio, nos permitió plantear reflexiones sobre la relación directa existente entre el sistema jurídico-económico y el sistema político del país. En ocho propuestas las reflexiones invitan al debate:

1. Las competencias establecidas para la atención del ATEL en el Sistema de Riesgos Laborales están cruzadas con las entidades del Sistema General de Salud y las competencias de los jueces de la jurisdicción ordinaria laboral y el juez constitucional, creando un gran esquema de criterios administrativos y judiciales para cada proceso y procedimiento existente en el Sistema de Riesgos Laborales, desde la incapacidad temporal IT hasta el reconocimiento médico y económico de la pérdida de capacidad laboral PCL. El contubernio entre el empleador y la Administradora de Riesgos Laborales debe terminar con la unificación de las competencias para calificar el origen en el proceso que se describió de primera instancia- esto es ante las Juntas de Calificación de Invalidez Regionales- para que la ARL no siga actuando como juez y parte dentro del proceso. La creación administrativa y luego validada en la ley del procedimiento denominado “primera oportunidad”, no refleja la seguridad jurídica en los criterios jurídicos y médicos establecidos para calificar el origen del evento en laboral o común, por la duda en la imparcialidad de los calificadores. Si bien la Corte Constitucional declaró exequible la norma (Corte Constitucional, 2020), el debate no puede terminar ni detenerse sobre el juicio de razonabilidad ordinaria para establecer la constitucional de la regla.

En los elementos filosóficos, se concluyó sobre la apremiante necesidad de impartir en las decisiones judiciales razonamientos de la filosofía crítica del derecho para superar los juicios positivistas clásicos. Esta decisión tiene dificultades teóricas importantes cuando se encuentran en discusión los elementos legitimidad y eficacia de la norma frente al elemento validez, y dificultades prácticas que siguen siendo insalvables, entre ellas: las condiciones de salud de los trabajadores afectados por causas del trabajo tienen limitaciones en atención médica y económica por los intereses del empleador y la ARL; los largos periodos de incapacidad médica del trabajador sin atención del empleador que se ha permitido salvar su

responsabilidad cancelando la cotización al sistema. Un paso seguro al cambio, está dado en la reforma normativa, para eliminar los intereses de rentabilidad de las ARL y los excesivos y tortuosos procesos judiciales que debe iniciar el trabajador solo con miras a cambiar el origen del accidente o la enfermedad, para luego acudir al empleador y reclamar las indemnizaciones que le corresponden por la culpa subjetiva en la generación del daño.

2. La responsabilidad objetiva de la ocurrencia del ATEL, administrada por las empresas aseguradoras privadas, ha transformado el seguro obligatorio de riesgos laborales, en un negocio que está rentando en beneficio de empresarios y aseguradoras, en desventaja del trabajador enfermo. Devolver al concepto de seguro social y eliminar el aseguramiento comercial es imperativo. El Sistema de Riesgos Laborales no se creó para rentar a la empresa privada. Así, el reconocimiento de prestaciones asistenciales y económicas por el seguro social podría:
 - a. Ser más ágil e inmediato al trabajador evitando reclamaciones administrativas, recursos jurídicos y largos procesos judiciales.
 - b. El empleador tendría oportunidad de calcular de forma más ágil los costes inmediatos del evento.
 - c. El seguro reconocería al trabajador los valores siguiendo el baremo de daños calculados según las tablas de cotización del empleador al sistema.
 - d. El seguro podría contribuir a establecer la responsabilidad del empleador en la ocurrencia del ATEL por la falta de promoción de la salud y prevención del ATEL, situaciones que hasta el momento no tienen valoración jurídica ni judicial.
 - e. En las normas y decisiones judiciales se podría incluir la responsabilidad por generación del riesgo. En los elementos médico-jurídicos se expondrá la diferencia con la responsabilidad civil por culpa patronal y la responsabilidad civil por riesgo. El empresario debe responder por las omisiones en la promoción de la salud y prevención del ATEL y por las ineficaces gestiones en los procesos de rehabilitación, reincorporación, reintegro al trabajo. Sin afectar

la ya existente responsabilidad civil por culpa descrita en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo²⁰³.

3. La eliminación de la administración de los recursos del Sistema de Riesgos Laborales por parte del régimen asegurador privado, potenciaría las acciones de promoción de la salud y prevención del ATEL, neutralizando a las empresas peligrosas y favoreciendo a las empresas seguras, unas y otras anquilosadas en sus escasas acciones por la equiparación en el pago inicial de todas las actividades económicas. Reglamentar ya la cotización con valores menores y mayores según el índice de siniestralidad, severidad y cumplimiento del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo (SGSYST), es responsabilidad del ejecutivo y el legislador para dar eficacia al sistema normativo. La publicación normativa del Programa de rehabilitación integral y reincorporación ocupacional y laboral en el Sistema General de Riesgos Laborales, que está proyectado desde el año 2018 por el Ministerio del Trabajo, donde se incorpora el reintegro socio-laboral, para superar los procesos de rehabilitación médica- funcional y coordinar como lo estableceremos en las propuestas médicas los procesos de rehabilitación laboral, con la participación de los trabajadores, las organizaciones sindicales y las Asociaciones de trabajadores enfermos por el trabajo. Para que el programa sea eficaz y contribuya a superar el conflicto en estudio, es indispensable que la rehabilitación incluya los aspectos derivados del déficit en el nivel corporal, la limitación en la actividad en el nivel individual, y la restricción en la participación en el nivel social.
4. La regulación anterior, podría estar acompañada de un sistema de repetición del Sistema de Riesgos Laborales contra los empresarios en función de la siniestralidad generada por la empresa y la gravedad del incumplimiento en las obligaciones que llevaron a la ocurrencia del ATEL y asistencia del sistema por medio de la responsabilidad civil por riesgo.

²⁰³ Al respecto la norma indica: “**ARTICULO 216. CULPA DEL EMPLEADOR.** Cuando exista culpa suficiente comprobada del {empleador} en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este Capítulo” (Congreso de la República, 2016).

5. Este sistema de repetición sería compatible con las acciones iniciadas por los trabajadores por responsabilidad civil del empleador o la acción de reparación directa contra las entidades públicas.
6. La juridificación de la presunción legal del ATEL en favor del trabajador, cuando el empleador/contratante y la ARL no respondan los requerimientos de las Juntas de Calificación de Invalidez y sean estos actores los que deban iniciar los procesos judiciales para desvirtuar tal presunción.
7. La reforma jurídica que redima las prestaciones económicas denominadas incapacidad permanente parcial, incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez con las prestaciones económicas que de ellas se derivaban, que nacen originariamente para proteger a los trabajadores frente a las consecuencias del ATEL con calificación de PCL entre el 5% y el 49%, a cargo del el Sistema de Riesgos Laborales, solventando las situaciones que califica la Corte Constitucional como “debilidad manifiesta” con las siguientes lógicas jurídico-económicas:
 - a) Los trabajadores podrían tener los recursos económicos para la subsistencia en el tiempo para superar los estados de incapacidad permanente hasta definir la invalidez.
 - b) El reconocimiento de la PCL en los grados de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez descritos, se puede producir la extinción del contrato de trabajo/prestación de servicios sin perjuicio de la posibilidad de reserva del puesto de trabajo por dos años si se prevé la mejoría durante este período.
 - c) Los empleadores podrían vincular durante dos años a otro trabajador, dar continuidad a la actividad económica, sin aumentar los costos en salarios y prestaciones laborales.
 - d) Las administradoras del sistema tienen los recursos económicos para financiar las prestaciones mencionadas. Las normas vigentes distribuyen los recursos en gastos

administrativos y prestacionales. Pero es necesario eliminar el componente de rentabilidad del negocio para estas empresas aseguradoras.

- e) En la declaración de incapacidad permanente parcial el empleador debería acudir al juez laboral para declarar la ineptitud sobrevenida del trabajador que le permitiera terminar el contrato de trabajo.
 - f) La justicia vería una reducción significativa de los procesos de tutela y demandas ordinarias derivados del conflicto en estudio.
 - g) La sociedad del trabajo, podría generar mayores oportunidades de inclusión a las personas con algún estado de discapacidad que recibiendo el subsidio por el Sistema de Riesgos Laborales pueden aumentar sus ingresos realizando otras actividades.
8. La promoción de la salud en el trabajo implica el compromiso activo del empleador para generar la mejora de la salud en los trabajadores. Es posible realizar las acciones que la herramienta SOLVE de la Organización Internacional del Trabajo describe para el desarrollo sostenible de las empresas y el incremento de la productividad y de la cultura de la prevención del ATEL, las cuales no representan costes significativos pero si disminuyen el estrés, el agotamiento emocional (burn-out), el acoso psicológico (mobbing) y el ausentismo, que a largo plazo reducen los costos del sistema de salud, las incapacidades médicas, los estados de debilidad manifiesta, los despidos laborales y las acciones judiciales.

Como puede observarse, las entidades que representan el Estado en Colombia, deben reflexionar sobre la necesidad de armonizar las actuales normas del Derecho Laboral y el Sistema de Riesgos Laborales con la protección de la salud y la vida de los trabajadores/prestadores del servicio, para dar prevalencia a la satisfacción de las necesidades básicas sobre los intereses económicos de las entidades administradoras. El deseo de esta investigación se extiende a ofrecer soluciones definitivas del conflicto, pero sin desconocer y sin dejar de insistir en la necesidad de la voluntad política para el cambio.

5.1.3. La concurrencia de incumplimientos empresariales y del Sistema de Riesgos Laborales en las contingencias que afectan la salud el trabajador. Vías compensatorias del conflicto.

Indicamos en el apartado **“La discapacidad provocada por el trabajo. Un daño oculto entre las personas en condición de discapacidad por origen común”** que en las entidades administradoras del Sistema de Salud denominadas Empresas Promotoras de Salud (EPS), en las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPSS) y en las Administradoras del Sistema de Riesgos Laborales (ARL), creadas con la Ley 100 de 1993, laboran profesionales de la salud que desconocen los cambios conceptuales referidos al tratamiento de las condiciones de discapacidad, así como de las enfermedades por causas del trabajo o agravadas por el trabajo porque los profesionales de la medicina están siendo formados desde el enfoque médico y no reconocen el enfoque social (Cuervo Díaz, 2016, pág. 5).

En definitiva, se debe abordar con valentía la tarea de dilucidar cuál es la lógica que contiene el Sistema de Riesgos Laborales con el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral: pivotea sobre el seguro de protección objetiva del daño ocasionado por el empleador o sobre la seguridad social del trabajador como derecho fundamental. Entre las dos se encuentran las decisiones médicas que articulan la salud y el trabajo. Lo que iría de la mano de una reforma al sistema educativo en la formación profesional de los médicos del trabajo, en donde es necesario introducir los procesos de diagnóstico, tratamiento y evaluación de las enfermedades generadas por causa y con ocasión del trabajo, así como los accidentes que pueden agravar las enfermedades comunes y las incapacidades y enfermedades de larga duración e incierta recuperación.

Reflexionamos sobre el estado de incapacidad temporal IT, seguido del proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral, los términos legales que se han establecido para su ejecución, los incumplimientos de estos y las consecuencias de la tardanza por parte de los galenos para finiquitar el proceso y el desconocimiento de los métodos y enfoques para adelantar dichos procesos. Las infracciones desde todos los ámbitos de la relación laboral y del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, contribuyen a la presencia de los elementos estructurales del conflicto descritos desde el ámbito médico-

jurídico de los cuales se desprenden las interpretaciones que proponemos como vías compensatorias para recuperar la coherencia del sistema con los derechos laborales de los trabajadores. Los elementos indicados son:

1. La promoción de la salud y la prevención del ATEL en el trabajo, son conceptos considerados sinónimos por los actores de la relación laboral y las acciones que se desarrollan son ineficaces.
2. La incapacidad temporal de larga duración generada por el ATEL o por enfermedades comunes agravadas por el trabajo, no tienen reconocimiento médico ni jurídico.
3. Los procesos de rehabilitación, reintegro, readaptación y reubicación del trabajador después del ATEL son ineficaces.
4. El proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral del trabajador para definir el estado de salud después del ATEL es ineficaz.

Reflexionemos ahora desde la articulación de las necesidades reales del trabajador y de los intereses del empleador para resolver la inasistencia y nula productividad de quien bajo el acuerdo contractual se comprometió a prestar el servicio y no lo hace, con dos propuestas de vías compensatorias:

1. La primera vía pretende solucionar las incompetentes estrategias de promoción de la salud y prevención del ATEL por parte del empleador. Se propone la creación de un pago adicional con limitaciones por parte del empleador a las Administradores del Sistema de Riesgos Laborales, por la responsabilidad objetiva que asume el Sistema en cumplimiento de la función socializadora del riesgo, que exonera al empresario del pago de las prestaciones asistenciales y económicas derivadas del ATEL. Este pago se genera por la responsabilidad subjetiva denominada: responsabilidad civil por riesgo.

En este punto vale la pena mencionar que en el componente institucional de atención a la salud en el trabajo en Colombia y España se tienen contemplados dos modelos de responsabilidad objetiva y subjetiva del empleador por la ocurrencia el ATEL. Así, el modelo objetivo relaciona directamente el daño con la víctima, a través de la atención médica y el

reconocimiento de prestaciones asistenciales y económicas indemnizatorias por parte de las Administradoras de Riesgos Laborales en Colombia y por la Mutua de Accidente de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en España. La responsabilidad subjetiva es la denominada responsabilidad civil que se dirige al resarcimiento de los daños por la prevalencia de la ya cuestionada relación entre el derecho común que contiene los principios de igualdad y solidaridad con las relaciones laborales. Esta se concreta en el adelanto de la acción judicial ante los jueces laborales o de lo social en el país europeo por parte del trabajador afectado contra el empleador presuntamente responsable.

La responsabilidad subjetiva se configura a partir de un deber de comportamiento legalmente exigido que se tensa con el comportamiento libre y voluntario del imputable- empresario- que termina afectando a la víctima denominada trabajador. Se debe establecer el nexo causal entre el comportamiento y el daño causado (Gutiérrez Solar & Lahera Forteza, 2009, pág. 8). En Colombia esta responsabilidad debe ser controvertida en proceso judicial iniciado por el trabajador dentro de los tres (3) años siguientes a la declaración de la existencia del ATEL para lograr el reconocimiento de la indemnización plena de perjuicios (concepto no desarrollado en la presente investigación y que reviste una limitación que se expone más adelante). Antes de la producción del daño, es posible establecer que existía latente un riesgo para el trabajador, asumido por el empleador dentro del negocio jurídico denominado contrato de trabajo o de prestación de servicios personales. Este riesgo deriva en la responsabilidad civil por riesgo.

Desde el principio de estabilidad laboral se podría explicar la conceptualización de la responsabilidad civil por riesgo. Estamos indicando que la culpa del empresario no solo corresponde a la civil después del daño también a la generada por el riesgo. En esta responsabilidad se encuentran los criterios del beneficio que representa la actividad lícita pero peligrosa a cargo del empleador, quien tiene la obligación legal de controlar su desarrollo y asegurar el daño. La responsabilidad civil por riesgo se genera por el riesgo lícito permitido. Cuando la actividad peligrosa se desenvuelve dentro de los riesgos socialmente aceptables por las nuevas formas de explotación en beneficio de la vida social y económica hay una cara oculta de la industrialización que subsume la vida de los trabajadores. Este

peligro socialmente aceptable, económicamente beneficioso para el empleador y oculto debe ser asumido por el beneficiario – empresario- y no por la víctima – trabajador/prestador del servicio (Gutiérrez Solar & Lahera Forteza, 2009, pág. 9).

De tal suerte que la indemnización por la culpa generada por el riesgo, debe adicionarse a favor del trabajador desde la comprobación del comportamiento caracterizado por la ausencia de la promoción de la salud y la prevención del ATEL, por parte del Sistema de Riesgos Laborales para que no se continúen fundamentando las decisiones administrativas de la Administradora de Riesgos Laborales y de las Juntas de Calificación de Invalidez, en la liberación de responsabilidad del empleador por la falta de respuesta de este a los requerimientos, premiando los comportamientos anti-preventivos a expensas de los largos y tortuosos procesos que debe seguir el trabajador para lograr el reconocimiento del origen laboral de la contingencia.

Desde la responsabilidad civil por riesgo, el conflicto de intereses debería presentarse entre el Sistema de Riesgos Laborales y el empleador por las acciones nulas o poco efectivas en la realización de los procesos de promoción de la salud y prevención del ATEL que generaron el daño en el trabajador. Esta responsabilidad tiene tres elementos claramente diferenciados en España no así en Colombia: 1) el beneficio de la actividad productiva para el empresario; 2) el control efectivo de la actividad; 3) el traslado del coste del resarcimiento del daño al Sistema de Riesgos Laborales (Gutiérrez Solar & Lahera Forteza, 2009, pág. 10), aunque la discusión en el país Ibérico está centrada en la limitación de esta responsabilidad solo para las empresas peligrosas, situación que ha desincentivado el cumplimiento de las normas sobre promoción y prevención de la salud en el trabajo.

Si se lograra establecer la responsabilidad por riesgo, para los supuestos donde el daño sufrido por el trabajador hubiese podido ser evitado cumpliendo las normas de promoción y prevención, el sistema asumiría solo los costos de los riesgos inevitables, así mismo se lograrían reducir notablemente los procesos judiciales para establecer el origen de los eventos. Desde la formación clara y diáfana del médico en salud ocupacional en los procesos y procedimientos médicos que permitan establecer las relaciones causa-efecto de las patologías que afectan a los trabajadores y en los enfoques y modelos de calificación de la

pérdida de capacidad laboral, la cuestionable utilización de la acción judicial para la determinación del origen de los hechos dañosos que afectan la salud de los trabajadores en Colombia, podría disminuir ostensiblemente. Por razones de legitimidad y eficacia del sistema normativo, los profesionales de la medicina necesitan aportar a la resolución del conflicto generado desde las largas incapacidades médicas sin definición del origen, hasta los ineficaces procesos de rehabilitación, readaptación y reintegro laboral que terminan en el despido con causas objetivas por parte del empleador. La salud en el trabajo requiere valorar la actividad laboral como factor rehabilitador, valorar el nivel de seguridad ante las capacidades laborales y valorar la carga del puesto de trabajo.

El Sistema de Riesgos Laborales debe tener la posibilidad de sancionar al empresario incumplidor de las medidas de promoción de la salud y prevención del ATEL, que originan gastos para el sistema y afectan los índices de desempleo y discapacidad del país. Ante el flaco favor que las ARL y Juntas de Calificación de Invalidez le hacen al trabajador de darle la atención secundaria y la calificación de PCL, es necesario aislar el actuar de dos actores de la relación laboral ARL- Empresario. Por mucho que sea el encargado de pagar la cotización, la responsabilidad civil por riesgo existe y debe ser atendida so pena de sanción económica, como fórmula de mayor impacto en las empresas.

2. La segunda vía apunta hacia la responsabilidad que el Ministerio del Trabajo le asignó al trabajador por las incapacidades médicas de larga duración y las recomendaciones médicas que no tienen relación con el trabajo pero si con el estilo de vida del trabajador.

Los médicos cuando no gestionan la promoción de la salud en el trabajo, como lo explicamos en detalle, permanecen con el sistema de salud atornillado en el enfoque rehabilitador. Ninguno de los administradores del sistema vela por la utilización eficiente de los recursos propios ni de las empresas, pero si toleran en forma pasiva la generación de condiciones de discapacidad oculta en el trabajo, con los efectos de exoneración de responsabilidades de los empleadores soportados en las supuestas conductas ilegítimas de los trabajadores. Se suma a este prisma de desencuentros, el Ministerio del Trabajo, que al expedir el Decreto 1333 de 2018, con el contenido del artículo 8 limita el reconocimiento económico de la IT, afecta la

continuidad del contrato de trabajo y para proyectar más el imperfecto proceso de atención médica anula toda actividad del trabajador con apariencia de incompatible con la IT. La norma se emitió desde los prejuicios sociales que imponen la obligación infranqueable del trabajador en estado de IT de permanecer en completo reposo en el domicilio, encerrado como en pandemia y no realizar alguna actividad que le genere otros ingresos (Goerlich Peset & Nores Torres, 2018, pág. 8). Se propone a las entidades encargadas del sistema en la reglamentación y ejecución responder los interrogantes presentados en el capítulo cuarto, dentro del desarrollo de la “*Inestabilidad por el estado de incapacidad médica temporal de larga duración*”, siendo estos: ¿Podrían los protocolos para los médicos de atención primaria estar distorsionando la expedición de la IT? ¿Son eficaces las comunicaciones entre los médicos de atención primaria y los especialistas para definir los diagnósticos y tratamientos oportunos? Así mismo, se propone iniciar la implementación de una metodología que permita a los médicos establecer con precisión el diagnóstico de las enfermedades, siguiendo los estudios al respecto realizados por el profesor Javier González Rodríguez.

Sin respuestas conocidas hasta el momento, nos atrevemos a indicar que la incapacidad temporal de larga duración generada por el ATEL o por enfermedades comunes agravadas por el trabajo pueden reducirse y a la par disminuir los índices de lesiones incapacitantes ILI, así como los procesos de rehabilitación, reintegro, readaptación y reubicación del trabajador después del ATEL, si los médicos y administradores de los Sistemas de Salud y Riesgos Laborales entienden y aplican el enfoque de Incapacidad General de la Ganancia. Recordemos que se pudo establecer que para la OIT y la OMS los países latinoamericanos requieren mejorar la formación de los médicos en salud del trabajo (González Baltazar, León Coryés, Contreras Estrada, & Hidalgo González, 2018, pág. 2). Desde esta interpretación que proponemos, los estados de IT de larga duración y la enfermedad de larga duración pueden ser compatibles con las actividades que el Tribunal Supremo de España calificó como lícitas y no compatibles con justas causas del despido de los trabajadores, contrario sensu, las avaló para la recuperación del trabajador sin afectar los intereses del empleador, entre ellas:

1. Las actividades no frecuentes ni intensas, que son ocasionales para el trabajador y le permiten desligarse de su proceso médico y conflicto socio-económico con el trabajo.

2. Las actividades laborales habituales efectuadas en menor esfuerzo o mayor tiempo para disminuir la afectación psicológica por el ambiente laboral.
3. Las actividades realizadas días cercanos a la terminación de la incapacidad por la mejora paulatina en la salud del trabajador.
4. Las recomendaciones médicas de realizar actividades de esparcimiento, deporte, recreación que ayudan a superar patologías como la ansiedad y la depresión.
5. Las actividades al aire libre o de ejercicios en espacios abiertos de repetición de los procesos de rehabilitación física.
6. La autorización del médico tratante para realizar alguna actividad que pueda ser considerada por el empleador disciplinable, pero que no lo sea dentro del proceso médico.
7. Las actividades lucrativas diferentes a la profesión habitual, que le permitan al trabajador tener mayores ingresos antes del reintegro laboral.

Siguiendo esta línea la rehabilitación debe ser integral para desarrollar el potencial biológico, psicológico y social de la persona con limitaciones así como la sociedad y la empresa reducir o eliminar las barreras que limiten este desarrollo. Es oportuno retomar las recomendaciones del profesor José Manuel Vicente Pardo (2016, pág. 61) para consolidar el principio de estabilidad laboral dentro de las acciones a cargo de la ARL y la empresa con miras a disminuir los efectos del estado de IT de larga duración y de la rehabilitación, entre ellas tenemos:

1. Preguntar y registrar los factores laborales, familiares y sociales del trabajador.
2. Adecuar el tratamiento al diagnóstico primario de la IT, para que el descanso terapéutico sea el estrictamente necesario y eficaz.
3. Declarar la IT solo cuando se tenga el diagnóstico para que el trabajador no se aferre al estado sin tratamiento.
4. Definir con diagnósticos y tratamientos eficaces el periodo de IT para que empleador y trabajador generen reconocimiento a la fecha de terminación.
5. Evitar extender la IT para proteger situaciones ajenas al estado de salud.
6. Tratar las patologías psíquicas y del aparato locomotor a tiempo.

7. Elaborar el mapa de incapacidades en el país, por actividades y condiciones de trabajo por sectores, con miras a adecuar los programas de promoción de la salud y prevención del ATEL.

Cuando se han incumplido las normas que conforman todo el sistema para cuidar la salud en el trabajo, el empresario desde el principio de estabilidad laboral del negocio jurídico, debe asumir las externalidades negativas, imponiéndole el pago de un porcentaje (En España va entre el 30% y el 50%) de las prestaciones que el sistema debió reconocerle al trabajador.

En todo caso el debate debe darse, las alternativas para el empresario de librarse de las sanciones existentes sin aplicación y de las aquí sugeridas, están dadas desde las eficaces acciones de promoción y prevención, la reglamentación de los pagos mínimos y máximos de cotización al Sistema de Riesgos Laborales y la reglamentación de las relaciones laborales. Cada actor de la relación laboral trabajador/prestador del servicio, empleador/contratante, Administradora de Riesgos Laborales, Juntas de Calificación de la Invalidez y Ministerio del Trabajo, tiene responsabilidades y funciones, todos desde las acciones de promoción de la salud y prevención de la enfermedad pueden cumplir los mandatos, sin cargar su responsabilidad sobre la responsabilidad de otros haciendo ineficaces o limitadas las sanciones legales previstas por los incumplimientos.

Le corresponde al poder legislativo y ejecutivo recuperar la legitimidad de las normas que conforman el Sistema de Riesgos Laborales, como mecanismo de socialización del riesgo que generan las actividades productivas y empresariales que permiten se desarrollen dentro del territorio nacional, con la intención de beneficiar a la sociedad, pero deben atender a los procesos de externalización de los costes que desde la creación del sistema ha sido un proceso difícil y conflictivo, por la interpretación y desarrollo que desde la teoría del aseguramiento comercial las Administradoras de Riesgos Laborales le han dado a sus funciones. Bajo estas concepciones del derecho comercial, la protección del trabajador por la ocurrencia del ATEL parece función del Sistema de Seguridad Social que a su vez exonera de responsabilidad pública y privada al empleador, empresario, contratante y todas las figuras jurídicas permitidas para los dueños del capital.

Las propuestas aquí presentadas no tienen la pretensión de obligatoriedad, no obstante consideramos de gran importancia su examen. Las soluciones dadas desde la correlación de las normas y procesos de sociedades más desarrolladas, se presentan como mecanismos de defensa del derecho a la salud en el trabajo en Colombia. Tienen el atractivo de invitar al uso de los medios existentes, de coordinar las actividades entre los actores, de reconciliar las diferencias y disminuir los procesos judiciales.

Al respecto de los procesos judiciales, aunque pueden existir argumentos de peso para aceptar que en todo caso el trabajador es libre de acudir a la justicia constitucional y ordinaria laboral, no solo por el principio de gratuidad en el acceso también por la cultura de choque y búsqueda de desagravio, la realidad es que las demandas presentadas en su mayoría son procesos cuya duración mínima es de tres años con dificultades probatorias y decisiones positivistas clásicas que no aportan a la sociedad actual soluciones eficaces.

En conclusión las propuestas, a nuestro juicio, permiten superar el conflicto generado por la garantía judicial de “la estabilidad laboral reforzada” otorgada por la justicia al trabajador enfermo por el trabajo, como defectos de las relaciones laborales actuales y logran equilibrar los intereses entre la permanencia en el trabajo y la terminación de la relación contractual. En cualquier caso, las propuestas para superar cada categoría de elementos filosóficos, económicos y médicos pretenden suscitar la reflexión y debate sobre la idoneidad del Sistema de Seguridad Social en general y del Sistema de Riesgos Laborales en particular, sin la pretensión de ser soluciones definitivas y mágicas a un conflicto que lleva veinticuatro años desde la primera decisión judicial proferida al respecto en el año 1997. Son reflexiones para motivar un debate académico, jurídico y económico en aras de una reformulación de las actuales relaciones laborales. Entre tanto, conviene que cada disciplina del conocimiento aquí considerada, tome los elementos que le competen y los evalúe desde el objetivo común del sistema social: mantener relaciones socio-económicas dentro de las decisiones justas para todos.

5.2. Reflexiones finales – conclusiones, desde la validez, legitimidad y eficacia de las normas en la regulación de la salud en el trabajo en Colombia

En la hipótesis planteada para el desarrollo de esta investigación se buscó establecer que en el conflicto social generado por el reconocimiento de la garantía judicial de “la estabilidad laboral reforzada” al trabajador enfermo por causas laborales, sin definición de la pérdida de capacidad laboral o con porcentaje inferior al 50% que se enfrenta a la decisión del despido, existen elementos de orden filosófico, médico y jurídico al interior de la relación laboral, que son generadores del conflicto. Estos elementos se develaron desde la constatación de las características comunes en los actores empleadores/contratantes, trabajadores/prestadores del servicio, médicos del Sistema de Riesgos Laborales y de las Juntas de Calificación de Invalidez, el Ministerio del Trabajo y los jueces laborales y constitucionales. Todos han ignorado desde su lugar de acción los componentes tríadicos del Derecho Laboral y la Seguridad Social, fundamentando la expedición de leyes, decretos, resoluciones, directivas, decisiones administrativas y judiciales, solo en la validez de las normas.

557

El cimiento de esta fragmentación en la adjudicación del derecho reside en los abandonos de los elementos legitimidad y eficacia del Derecho, reclamados desde la filosofía crítica y la sociología a la teoría jurídica. De manera que, en los procesos de educación y ejercicio profesional de juristas y médicos, las decisiones se libran desde las pautas del positivismo clásico, sin atender la eficacia de las decisiones para la sociedad industrial, regida por los intereses económicos particulares.

El desafío se planteó desde cuatro objetivos, que se desarrollaron a lo largo de la investigación, a través de los capítulos que inician en el segundo, donde se buscó describir la configuración de las relaciones laborales en Colombia, desde la historicidad del trabajo en la sociedad aborigen hasta el reconocimiento del trabajo como derecho, los cambios políticos, sociales y jurídicos de la previsión social hasta la Seguridad Social. En el tercer capítulo se evidencian los vacíos filosóficos en la formación de los juristas, lo que acompaña la degradación del principio de estabilidad laboral a norma, regla y garantía judicial, en su tránsito entre los intereses económicos de los empresarios y administradores del Sistema de Riesgos Laborales y el reclamo judicial por los derechos desconocidos a las personas en

condición de discapacidad y al trabajador despedido o la terminación de la relación contractual, sin miramiento a los olvidos del empresario en la promoción de la salud y la prevención del ATEL. En el cuarto capítulo se develan los componentes filosóficos, jurídicos y médicos que soportan el actuar de cada actor de la relación laboral ante la ocurrencia del ATEL. En el quinto capítulo se enumeran los elementos estructurales del conflicto y se presenta la propuesta con miras a superar los elementos identificados, reconociendo su existencia, para desde allí crear mecanismos para superarlos. Siguiendo la metodología propuesta de forma transversal en cada capítulo, se contrastaron las normas y decisiones judiciales existentes en España respecto del mismo problema de investigación.

Al centrar los elementos estructurales en la relación laboral, ninguno de ellos puede desligarse del otro. La composición trilemática de las normas que regulan el Derecho Laboral y la Seguridad Social –desde las reflexiones filosóficas que se presentan–, está desaprovechada: los juristas la desconocen, los jueces la enmarañan y los médicos la confunden. Así, se ha perdido la articulación de los principios con las normas y reglas, hasta llegar a la solitaria racionalización social del trabajo como instrumento para la producción.

Los elementos tríadicos del derecho –legitimidad, validez y eficacia–, diferenciados en sus efectos dentro de las relaciones sociales y políticas del Estado por parte de Rawls desde la “Teoría del Justicia”, de Luhmann desde el “Paradigma autopoietico” y de Habermas en la “Teoría de la evolución social”, se buscaron en las relaciones jurídicas del trabajo que hicieron presencia en Colombia desde la sociedad aborigen hasta la sociedad de los derechos fundamentales, pasando por los cambios del Estado Liberal al Estado Social de Derecho, donde se incluyó la atención de la salud en el trabajo como mecanismo para controlar la pobreza y luego para reducir los costes de la producción en masa.

En atención a esta transformación política y económica del Estado –que inicialmente reconoció los principios del Derecho Laboral y la Seguridad Social para todos los trabajadores y que con el avance de las relaciones internacionales del comercio fue flexibilizando no solo las normas sino las formas de trabajo–, se decidió realizar una contrastación de las figuras jurídicas y decisiones judiciales referidas al cuidado de la salud en el trabajo con España, acentuando las decisiones que el país ibérico está tomando para

proteger la salud de los trabajadores/autónomos, ante el incontenible proceso de industrialización y tecnificación del trabajo.

Así, las conclusiones se presentan desde el alcance del objetivo general y los objetivos específicos planteados para la presente investigación y la configuración de las relaciones laborales en Colombia, las instituciones jurídicas creadas para la protección de la salud en el trabajo, la existencia de la validez y la ausencia de legitimidad y eficacia en la organización del trabajo.

5.2.1. La validez jurídica de los vínculos teóricos y jurídicos entre la previsión social y la seguridad social que llevaron a la construcción de las actuales relaciones laborales en Colombia

La **primera conclusión** nace al establecer que el Estado Social de Derecho, constituido en Colombia desde la Constitución Política de 1991, está en crisis, por no haber construido consensos para el resguardo de los derechos sociales, como el trabajo, ante el maremágnum de leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, directivas y circulares que desde los poderes legislativo y ejecutivo se han expedido. Algunas para cumplir promesas políticas –a las organizaciones de personas en condición de discapacidad, a las organizaciones de empresarios, a los sindicatos y asociaciones de trabajadores–, otras con la pretensión de simplificar el sistema jurídico para generar mayores acciones a los empresarios –flexibilización de jornadas, disminución de prestaciones laborales, temporalidad de los contratos y ampliación de las causas de despido–, que terminaron siendo normas válidas en su proceso de construcción, sin legitimidad ni eficacia.

Desde 1915, con la Ley 57 “sobre reparaciones por accidente de trabajo”, seguida por la Ley 72 de 1917 creadora de beneficios económicos para las fuerzas militares, la Ley 37 de 1921 que crea el seguro colectivo obligatorio para accidentes laborales, la Ley 32 de 1922 que reafirma el seguro comercial de la relación de trabajo, la Ley 133 de 1928 sobre seguro de vida obligatorio y accidentes de trabajo y la aprobación de los Convenios Internacionales de la OIT desde la Ley 129 de 1931, las normas se expiden para cumplir requerimientos políticos

internos y externos, orientadas al control de las enfermedades en los trabajadores que podían afectar la higiene pública y disminuir los niveles de producción.

Para la década de 1930 se inicia la expedición de normas reguladoras del trabajo. Con la Ley 10 de 1934 se regula el contrato de trabajo escrito. Se diferencian los empleados de los obreros y en la Ley 66 de 1936 se dan pasos para el ahorro y la previsión social de los empleados con la creación de la Caja Colombiana de Ahorros, que fue nonata por la inexistente legitimidad y eficacia en la consolidación de sus funciones.

En la década de 1940 la salud de los trabajadores no tenía normas jurídicas estructuradas, pero las muertes en el trabajo empiezan a visibilizarse, los trabajadores se organizan para reclamar derechos, lo propio hacen los empresarios para controlar al Estado en la concesión de las reclamaciones laborales, y surgen la ANDI en 1944 y FENALCO en 1945. Se fortalece la idea de agrupar normativamente los derechos y deberes de empleadores y trabajadores, así como disminuir las cargas del empresario. Así, se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales en 1945 y se expide el Código Sustantivo del Trabajo en 1950.

560

En este contexto, el Estado toma la concepción kelseniana del derecho, asegurando la legalidad que refleja la validez con enunciados normativos para evitar los abusos en las decisiones administrativas y en las judiciales relativas a los derechos laborales. Todos los poderes del Estado debían estar sometidos a la ley expedida en forma válida y cumplir la literalidad de su contenido.

Para las décadas de 1960 y 1970 el Estado colombiano enfrenta los fenómenos creados por movimientos sociales y políticos que vinculan la seguridad industrial con la seguridad social, modificando procesos y creando instituciones jurídicas de difícil comprensión para los trabajadores y de rechazo por los costos para los empleadores. Con la Ley 9 de 1979 inicia la regulación de la salud pública, que incluye la salud en el trabajo. Toda esta construcción normativa siempre estuvo dirigida por los conceptos decimonónicos del positivismo clásico.

El Código Sustantivo del Trabajo, con 103 reformas legislativas y decisiones judiciales modificatorias de expresiones provenientes de la sociedad agraria, conserva validez jurídica para regular las relaciones de trabajo dependientes en la actual sociedad. Fue seguido por la

Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social para desarrollar el derecho a la seguridad social descrito en el artículo 48 de la Constitución Política de 1991. Desde la validez como elemento triádico del derecho, el Sistema de Seguridad Social es creado desde la legalidad del orden político, para descentralizar los recursos destinados a las coberturas de las contingencias que afectan la vida de los ciudadanos y las derivadas del trabajo. Se combina el Sistema de Seguridad Social con el aseguramiento civil regido por el derecho mercantil que se fundamenta en la ley de oferta y demanda, permeando las relaciones laborales y la economía política del Estado. Cuatro subsistemas desarrollan los requerimientos de los ciudadanos: pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios. Cada uno con recursos propios y entidades administradoras inicialmente diferentes. Los procesos de atención en salud y la búsqueda de rentabilidad en la prestación de los servicios del Estado han permitido la participación de las aseguradoras comerciales en la administración de todos los recursos, y de allí surge la confusión entre el aseguramiento de la seguridad social y el seguro comercial.

La **segunda conclusión** se establece en considerar que las normas en la categoría de ley del Sistema de Riesgos Profesionales, expedidas por decisiones judiciales y requisitos de organismos internacionales con algún atisbo de legitimidad, conservan la validez desde la teoría de la autopoiesis, porque su producción se generó sobre la existencia de otra norma superior, admitiendo que no hay derecho por fuera del derecho, y los cambios se han dado para ampliar y transformar figuras jurídicas que lo componen, como el accidente de trabajo, la enfermedad laboral y la incapacidad temporal.

Llama la atención, la falta de voluntad política para la expedición de las normas reguladoras de estas instituciones jurídicas, en tanto fueron expedidas luego de reclamaciones de los trabajadores –utilizando vías de derecho y vías de hecho–. Se adelantaron reformas morosas en los procedimientos legislativos y por decisiones judiciales que ordenaron corregir la invalidez normativa, esto es la falta de cumplimiento de requisitos formales para la expedición, como lo sucedido con el Decreto 1295 de 1994 –declarado inexecutable en la sentencia C-858 de 2006–, que ordenó al legislador expedir una norma válida para regular el accidente de trabajo y la enfermedad laboral. Así, seis años después de interminables

procesos judiciales para definir la calificación de un evento como accidente de trabajo que en muchos casos fueron accidentes mortales, se expide la Ley 1562 de 2012.

Como **tercera conclusión** de este estudio, se indica que las reformas legales y reglamentarias de los derechos laborales inicialmente reconocidos en el Código Sustantivo del Trabajo –que fueron disminuidos desde 1990 por normas como la Ley 50 de 1990, la Ley 789 de 2002, Ley 797 de 2003 y la Ley 860 de 2003, entre otras–, expresan la hegemonía de las ideas del liberalismo, centradas en la libertad y seguridad jurídica de los dueños del capital y de las fuentes de trabajo. Las reformas de las instituciones jurídicas del Derecho Laboral y la Seguridad Social se instrumentalizaron para racionalizar los derechos laborales con la promulgación de ideas referidas a la legalidad, la imparcialidad de la autoridad y la universalidad de las leyes que reúnen la legitimidad y eficacia del derecho en la validez. Expedidas las leyes, las reglas de reconocimiento son obligatorias para los ciudadanos, y los jueces laborales y constitucionales se han encargado de validar su contenido con fundamento en la neutralidad de sus decisiones, soportadas únicamente en la lógica de los procesos y procedimientos previamente establecidos. Desde esta concepción del derecho, para los litigantes se ha convertido en una misión imposible obtener decisiones judiciales justas para todos y no buenas para algunos.

Según Luhmann, la teoría positivista del derecho subvalora el problema de la complejidad de las relaciones sociales y los sistemas jurídicos. El positivismo comprende el derecho desde la legislación. La libertad de la sociedad se establece desde la *validez normativa* para controlar el comportamiento de los actores y solo es posible cambiar si las instituciones competentes lo hacen. Desde la validez no es posible atender los desacuerdos ni las emociones de las personas. La comunicación no existe, el poder político decide aunque las normas que se expidan no se ajusten a las necesidades de la sociedad. Esto se puede verificar, como se enuncio en el apartado de “Los intentos fallidos del Estado para equilibrar la estabilidad laboral reforzada en la relación laboral”, desde el fracaso de todos los proyectos de ley tramitados por el poder legislativo, los movimientos sociales que generaron actos administrativos orientados a reglamentar las justas causas para despedir a los trabajadores en condiciones de discapacidad o en debilidad manifiesta, con fundamento en posiciones

económicas, y las sentencias judiciales que resolvieron en forma diferente casos con narraciones de hechos similares y sin dar continuidad a la línea jurisprudencial que, desde la validez de las decisiones judiciales, parece ser obligatoria para los jueces.

Los intentos jurídicos presentados para resolver el conflicto en estudio han resultado fallidos desde la validez, precisamente por la dificultad de articular la legitimidad y eficacia.

5.2.2. La débil legitimidad jurídica en las normas y decisiones judiciales configura la disyuntiva entre el principio de estabilidad laboral y la garantía judicial de estabilidad laboral reforzada

Logramos establecer que el razonamiento jurídico de los administradores de las instituciones jurídicas que hacen parte del Sistema de Riesgos Laborales y de los jueces laborales y constitucionales en la decisión judicial, actualmente se configura desde la validez del derecho, como único elemento reconocido en el contexto social colombiano. A partir de esta razón, la **cuarta conclusión** se soporta en la necesidad de retomar los lineamientos de la filosofía crítica del derecho, siguiendo a Luhmann, Rawls, Habermas, Alexy Gadamer y Cortina, para encontrar las respuestas a los conflictos sociales del trabajo desde la legitimidad del contenido normativo y las decisiones que afectan o cambian las condiciones laborales de los trabajadores/prestadores del servicio en Colombia. Vale la pena señalar que cuando se indica tomar los lineamientos de los filósofos en mención, no se espera una incorporación de todos los elementos teóricos particulares por ellos desarrollados, en tanto es claro para esta investigación, que la incorporación se pensó sin apartarse de las limitaciones sociales, políticas, económicas y culturales que el Estado colombiano tiene y lo diferencian de las sociedades y contextos de los filósofos referidos.

En la propuesta de reconstruir el Derecho Laboral y la Seguridad Social, se espera hacerlo desde la diferencia filosófica de los principios, normas y reglas en el Derecho, para que la estabilidad laboral recupere su legitimidad conceptual de principio en el negocio jurídico que define la relación laboral. Este ha sido un rasgo importante de la configuración del conflicto en estudio. Las diferentes divisiones que se le dieron al principio de estabilidad laboral lo

desvanecieron hasta llegar a ser ignorado por el empleador, el trabajador y los representantes de los poderes en el Estado. El principio no puede ser medido por modalidades de creación judicial como propia, impropia, absoluta, relativa, de entrada y de salida, ni puede depender de la temporalidad del contrato, ni clasificado como regla que limita su aplicación a las condiciones derivadas del estado de debilidad manifiesta del ciudadano.

Así, la estabilidad laboral es principio del Derecho Laboral, porque garantiza a las partes del contrato de trabajo y de prestación de servicios personales el balance, la simetría y la seguridad de la prestación que tiene a su cargo cada parte del contrato. En los contratos conmutativos, la falta de previsión de lo previsible genera incumplimiento de la parte causante del daño, y el desequilibrio sobreviniente y excesivo del contrato impone el deber de responder por el daño. Aquí se debe evidenciar la teoría de la relación laboral según la cual, bajo el amparo del principio de estabilidad laboral y el principio de buena fe contractual, surge el deber de regenerar el contrato para adaptarlo a las nuevas condiciones, mas no de terminarlo por causas objetivas alegadas por el empleador/contratante que, dicho sea de paso, ocasionó el deterioro de la salud del trabajador/prestador del servicio. El principio de estabilidad laboral hace prevalecer la seguridad y el control del riesgo en el contrato de trabajo y de prestación de servicios personales, superando los contenidos de las normas laborales y civiles que describen las causas para terminar los contratos.

Siguiendo a Ignasi Beltran, el principio de estabilidad laboral enlaza la condición resolutoria del contrato laboral únicamente a la seguridad y riesgo que permea el contrato desde su celebración, constituyendo limitación para el desequilibrio económico y la terminación anticipada que afecta al trabajador. Permitir la terminación por encima del principio de estabilidad laboral genera doble sanción para el trabajador/prestador del servicio, daño en la salud y daño en la vida laboral y personal. La seguridad en el negocio jurídico se debe garantizar desde los acuerdos previos al contrato, en tanto el empleador/contratante conoce la actividad que desarrolla y los riesgos que de ella se generan, así como el trabajador/prestador del servicio conoce el servicio que presta y los cuidados para prestarlo.

La estabilidad laboral, como principio, comprende la garantía de la conservación del trabajo frente a los cambios injustificados en la prestación del servicio y el cumplimiento del término

establecido en el acuerdo para el desarrollo. Así, se garantiza al trabajador/prestador del servicio los medios de vida propios, y al empleador/contratante la producción de los bienes en su negocio. El principio de estabilidad laboral no es norma, debe ser observado no desde el favorecimiento o la afectación económica, sino desde la prevalencia de la justicia, la equidad y los valores sociales. La estabilidad laboral enuncia una razón que tiene una dimensión de importancia superior y no puede limitarse a una condición descrita en una norma. El principio debe ponderarse con otro principio y no con una norma, pues en caso de esta ocurrencia, siempre deberá prevalecer el principio sobre la norma.

Y desde esta claridad conceptual, se formula la **quinta conclusión**: el empleador/contratante tiene la obligación contractual de prevenir el riesgo, garantizar la seguridad y la continuidad del contrato, cumpliendo con las normas establecidas para la seguridad y la salud en el trabajo. Ante la inexistencia de controles para la prevención del accidente y la enfermedad laboral por falta de acción del empleador, no es dable a este disponer la terminación del contrato de trabajo/prestación de servicios cuando se verifican las afectaciones en la salud del trabajador por causa del trabajo, y es aquí donde la primacía del principio de estabilidad laboral debe presidir la decisión judicial para impedir el despido o terminación del contrato. Le corresponde al juez reconocer la prevalencia de los principios sobre las normas. Siendo la estabilidad laboral principio del Derecho Laboral, tiene peso e importancia superior a las normas del trabajo, debe ser ponderado con otros principios del mismo nivel y no con normas de menos peso, como la temporalidad o las causas económicas alegadas por el empleador.

En este sentido, se pudo establecer que la justicia ordinaria laboral y constitucional ha dado un tratamiento judicial inadecuado al principio de estabilidad laboral, en tanto lo ha equiparado a norma y regla del Derecho Laboral. La prevalencia de las reglas de la temporalidad o de la economía sobre el principio, da paso a la incertidumbre en la decisión judicial, permitiendo a los actores del conflicto presentar demandas y dejar al libre albedrío del juez la decisión de proteger al trabajador con soporte en derechos fundamentales o respaldar al empresario en la decisión de despido.

En todo caso, las decisiones proferidas no han contribuido a dilucidar o solucionar el conflicto en estudio. Desde los supuestos judiciales planteados por la Corte Constitucional,

en la sentencia T-427 de 1992, se toma como referente las normas internacionales de protección a las personas inválidas, con deficiencias físicas o mentales, creando la concepción de “estado de debilidad manifiesta”; y en la sentencia C-470 de 1997 desarrolla los elementos diferenciadores de la estabilidad laboral como garantía de derechos fundamentales de trabajadores en condiciones diferentes. Dichos elementos normatizaron el principio y dieron paso a la garantía denominada “estabilidad laboral reforzada”, con la estructura positivista de llenar los vacíos y lagunas jurídicas; dejando espacios para la discrecionalidad judicial.

En las sentencias expuestas en detalle en el tercer capítulo se define la estabilidad laboral reforzada como un derecho que tienen los trabajadores –que se encuentran en una situación de vulnerabilidad– a permanecer en el trabajo y a gozar de cierta seguridad en la continuidad del vínculo laboral. Aunque la definición se acopla al interés protector del trabajador, hace una diferenciación negativa para la estabilidad laboral como principio. Se reconoce solo para quienes tienen condiciones de debilidad manifiesta, desdibujando el principio de seguridad del negocio jurídico, que no diferencia las condiciones especiales de las partes, pero con ello se dio espacio a los empresarios y juristas para clasificar a los trabajadores desde las afectaciones de salud y ocultar las causas que llevaron a afectar las condiciones del trabajador.

La estabilidad laboral no depende de la voluntad del trabajador/prestador del servicio ni del empleador/contratante, exige equidad y justicia en la relación laboral que se refleja en la dimensión de corrección moral y política; esto es, se sujeta a la legitimidad, que no es jurídica ni depende de la validez de la norma. La estabilidad laboral debe conservarse por el tiempo en que la naturaleza de la relación lo requiere y no solo mientras el trabajador observe la norma, se accidente, se enferme o muera. Si por causa de accidente o enfermedad laboral se suspende la prestación del servicio, aun cuando el contrato sea a término fijo, por obra o labor o de prestación de servicios, lo que debe interesar a las partes es establecer la ayuda mutua entre ellas y la determinación de la responsabilidad objetiva en el negocio jurídico, dentro del sistema de normas que componen las prestaciones económicas de la seguridad social. Es decir, se debe propender por la continuidad de la prestación del servicio, ahora con el cambio

de las condiciones de salud; y el desarrollo de la actividad económica que se debe ajustar a esas nuevas condiciones.

Desde la perspectiva económica del trabajo en Colombia, desde 1990 se han presentado reformas normativas para salvaguardar el empleo, para racionalizar la producción y controlar el desequilibrio financiero y la pérdida de puestos de trabajo. En los análisis del derecho económico, el principio de estabilidad laboral repercute negativamente en las decisiones de racionalizar los gastos para garantizar la actividad productiva. En consecuencia, el derecho económico sostiene la flexibilización de las relaciones de trabajo, para conservar las fuentes de empleo, pero no advierte la obligación preexistente al acuerdo contractual del empresario: cuidar la salud en el trabajo. Con la flexibilización laboral se ha pretendido permitir al empresario terminar la relación laboral abonando la indemnización consagrada en las normas; de manera que el principio de estabilidad laboral cede ante las normas de menor jerarquía. En esta línea, puede entenderse que las reformas laborales introducidas en las relaciones laborales no contribuyen a la conservación del negocio jurídico, están aminorando la responsabilidad del empleador en la prevención del riesgo que genera la actividad económica y delegando la atención de las consecuencias por el ATEL en las entidades de la Seguridad Social.

Así las cosas, se deben establecer las diferencias legítimas entre las responsabilidades del Sistema de Seguridad Social y del empleador/contratante relativas al cuidado de la salud en el trabajo, que forman la **sexta conclusión**: el cuidado de la salud en el trabajo es responsabilidad de todos. El reconocer la afectación del estado de salud del trabajador, por encontrarse en debilidad manifiesta o en condición de discapacidad, sin la intervención del empleador en la generación de dichos estados, es clave para diferenciar el problema social que divide a los empresarios y los trabajadores/prestadores del servicio. Los trabajadores no deben asumir la responsabilidad pública ni solidaria de la prevención de los riesgos en el trabajo que pueden afectar la salud, dado que en ellos no recae la función especial de organización y control del riesgo. La subordinación limita las decisiones del trabajador. La gestión de los riesgos laborales es responsabilidad del empleador. Este enfoque guarda una relación directa con la seguridad en el lugar de trabajo, con la obligación de garantizar la

mejor calidad de vida laboral y la productividad. El profesor Juan Diego Zamora (2011), señaló que esta es una inversión del capital de la empresa que garantiza el crecimiento de los niveles de felicidad dentro de la población.

Existe corresponsabilidad del empleador y los administradores del Sistema de Riesgos Laborales en desarrollar procesos legítimos que diferencien la prevención del ATEL en el trabajo de las acciones de promoción de la salud, mediante las cuales se promueven hábitos de vida saludable para garantizar la productividad empresarial. El cuidado de la salud tiene que ver con el derecho a la vida de las personas. Los organismos internacionales han expedido documentos, cartas, convenios y realizado conferencias, todos validando las gestiones para la atención primaria en salud y trascender el horizonte clínico de la atención secundaria. La promoción de la salud en el trabajo va más allá del simple cumplimiento de los requisitos legales que se describen en las normas válidas del Sistema de Seguridad Social. Se necesita voluntad política para la aprobación de los Convenios 155 y 187 de la OIT para que el Estado colombiano asuma la obligación de controlar, vigilar y sancionar a las empresas y las ARL que no realicen acciones efectivas para el cuidado de la salud de los trabajadores.

568

Asumir las responsabilidades individuales requiere nutrirse de legitimidad del derecho. Así el actuar de todos los actores será ético, para asumir o rechazar las acciones que dañan la salud. Las instituciones jurídicas con funciones de reglamentación, vigilancia y control, y la decisión judicial deben legitimar el derecho y, en la misma forma, aprobar o sancionar las conductas. Encontramos en Adam Smith el camino para legitimar las oportunidades de corrección del derecho: la sensibilidad y el autocontrol de la naturaleza humana para entender los sentimientos y sensaciones que mueven a las personas en todos los ámbitos de la vida. La relación de los elementos tríadicos del derecho –validez, legitimidad y eficacia– permite la interacción de los actores para que encuentren la solución de los problemas desde adentro. Esta postura seguirá siendo compleja mientras la eficacia del Derecho sea un acuerdo por cumplir.

5.2.3. El anhelo de la eficacia para salvar el negocio jurídico derivado de las relaciones laborales precluye toda vía compensatoria de los daños derivados del ATEL y alienta la teoría de la relación laboral en la regulación del trabajo

Una vez positivizado normativamente el principio de la estabilidad laboral, se amplían las causas de terminación del negocio jurídico sin que el empleador/contratante gestione debidamente los riesgos. En este sentido, se presenta la **séptima conclusión**: la expedición de leyes, decretos y reglamentos en el Sistema de Riesgos Laborales es una acción del Estado que resulta ineficaz. La emisión de normas con asignación de mayor peso que los principios, para controlar y sancionar el incumplimiento de las obligaciones legales y reglamentarias referidas al cuidado de la salud, no incluyó mecanismos idóneos para hacer efectivas dichas normas, sumado a las externalidades negativas que permean las relaciones político-administrativas del sistema y convergen en la oportunidad de cubrir los daños con el pago de indemnizaciones como equivalentes a la responsabilidad.

La perspectiva que se ha utilizado para la publicación de las normas gravita en las tendencias internacionales de mejorar la rentabilidad con la aceleración de la producción dentro de los conceptos de calidad del servicio que orientan las normas internacionales de sistemas de gestión de la calidad ISO, OHSAS, cuyo enfoque es la incorporación de la gestión del riesgo para obtener resultados centrados en la mejora continua del desempeño, el cumplimiento de los requisitos legales y el logro de los objetivos de la empresa. El concepto de eficacia obedece al grado de alcance de las metas de productividad, siendo necesario que las herramientas creadas en las normas internas garanticen el cumplimiento real de la promoción de la salud y la prevención del ATEL con miras a proteger el talento humano.

La estabilidad laboral ha sido un anhelo de la clase trabajadora, existente como principio desde la filosofía del derecho, pero ignorada en la ejecución de las relaciones contractuales. Es el escudo protector que permite dar eficacia al plano de igualdad en la relación laboral. Los trabajadores, sin esta protección, han tenido que renunciar a pertenecer o formar organizaciones sindicales, han aceptado la disminución del salario antes que el despido y han sido protagonistas de los fenómenos denominados presentismo y absentismo sin que la

sociedad y el Estado le hayan dado importancia al antagonista generador de estos, el empresario.

A partir del análisis de las posiciones trazadas por los empresarios, hemos indicado que el despido o terminación de la relación contractual de los trabajadores/prestadores del servicio, es vista como necesaria para disminuir los efectos negativos de la economía y generar mayor empleo, en la perspectiva de los empresarios. Sin embargo, el argumento pierde fuerza cuando se descubre que el efectivo desarrollo de las acciones descritas en los manuales de rehabilitación, reincorporación, el reintegro y la readaptación después de la IT –atendiendo las guías de la CIDMM-2– son eficaces para desarrollar el potencial biológico, psicológico y social de la persona con limitaciones, siendo factible la flexibilidad funcional mediante la formación del trabajador en nuevas tareas según sus nuevas condiciones.

La productividad siempre mejorará cuando el empresario coopere en la implementación de procesos que eliminen las barreras en el trabajo y se incluyan los aspectos derivados del déficit en el nivel corporal, la limitación en la actividad en el nivel individual, y la restricción en la participación en el nivel social. Siguiendo a Yolanda Valdeolivas García, la eficacia de las acciones para el cuidado de la salud en el trabajo están a cargo del Estado y los empresarios, quienes deben reconocer la línea de responsabilidad en la generación del daño al trabajador y la pérdida de capacidad laboral que impide prestar cualquier servicio, esto es la invalidez, para no seguir sancionando al trabajador que pierde capacidad laboral por causas del trabajo y además pierde el trabajo sin alcanzar el estado de invalidez para acceder a la pensión.

En el capítulo cuatro, al describir los enfoques y modelos de los sistemas normativos de calificación de la pérdida de capacidad laboral, se pudo establecer que este proceso –desde la primera reglamentación en Colombia con la Ley 57 de 1915 y en España con el Decreto Real de 1932– estuvo centrado en el patrimonio biológico y económico del trabajador, ignorando el centro en la persona y su capacidad residual para continuar siendo útil en todos los ámbitos del desarrollo humano (Montoya Echeverri & Escobar Pérez, 2012, pág. 88). Reglamentaciones que contemplaron el reconocimiento de indemnizaciones económicas a los trabajadores con pérdida de capacidad de origen laboral superior al 5% e inferior al 50%

a cargo de las administradoras del Sistema de Seguridad Social en riesgos laborales y en cuantías dependientes del salario básico del trabajador. Estas prestaciones además de beneficiar al trabajador en el componente económico, le permitían al empleador durante un periodo de gracia en promedio de dos años, liberarse de la responsabilidad prestacional con el trabajador enfermo, vincular a otro trabajador y definir al finalizar el término de la situación laboral entre el reintegro o la pensión definitiva por invalidez o gran invalidez.

La determinación del estado de pérdida de capacidad laboral pasó por los enfoques de la invalidez física a la invalidez profesional y luego al enfoque de la Incapacidad General de la Ganancia. En Colombia y España los baremos se ajustaron a los cambios de enfoque y métodos, pero se identificó como elemento estructural del conflicto en estudio, la eliminación sin exposición de motivos en el Estado Colombiano de las prestaciones indemnizatorias derivadas de los estados de incapacidad permanente parcial, incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, conservando en la actual legislación el reconocimiento económico solo por la incapacidad permanente parcial que se tasa entre 2 a 24 salarios del trabajador, dependiendo del grado de pérdida de capacidad laboral entre el 5% y menos del 50%. En España, por el contrario, el cambio de baremos y métodos para la calificación de PCL, ha estado acompañado del reconocimiento de todas las prestaciones mencionadas a cargo de las Mutuas de Accidente de Trabajo y la guarda del puesto de trabajo por parte del empleador por dos años, hasta la definición de la situación de salud del trabajador. Condiciones legales que evitan en el país ibérico el conflicto entre empleadores y trabajadores objeto de estudio en esta investigación en Colombia.

El desarrollo legislativo del proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral para los trabajadores afectados por el ATEL, lejos de disminuir la responsabilidad del empleador y de las Administradoras de Riesgos Laborales en el cumplimiento meramente formal de las obligaciones de rehabilitación, reincorporación, el reintegro y la readaptación después de la IT, permite establecer que es inexcusable exigir todas las acciones que permitan hacer eficaz el negocio jurídico, dando lugar a la **octava conclusión**: existe un vínculo íntimo entre medios y resultados del cuidado de la salud en el trabajo. Si los medios utilizados por el empresario son eficaces y suficientes para garantizar el cuidado de la salud de todos los

trabajadores/prestadores del servicio y la gestión del riesgo, la exclusión de responsabilidad del empleador no se limitaría a la demostración judicial del nexo causal entre el hecho y el daño. También se debe incluir la demostración de haber realizado en tiempo y oportunidad todas las acciones necesarias para evitar el daño, de tal forma que, cualquiera que hubiera sido la acción preventiva del ATEL y promocional de la salud, el daño necesariamente se habría causado. Hemos demostrado que incluir en el proceso de culpa patronal el nexo causal entre la promoción realizada y el daño en el trabajador, permite establecer si existió o no la vulneración del deber de protección del empleador, que pudo adoptar medidas más eficaces de protección de la salud, con una expresa y estrecha relación entre medios y resultados.

La eficacia de las normas referidas a la prevención del ATEL se refleja en la finalidad de su contenido. Gestionar el riesgo por el empleador y mantener alerta al trabajador de los peligros que pueden afectar su salud permite disminuir los conflictos laborales por los estados de IT y reducir los procesos judiciales para reclamar la garantía a la estabilidad laboral reforzada derivada de la incapacidad de cada actor para reconocer la responsabilidad individual. En efecto las Administradoras de Riesgos Laborales deben adoctrinar al empleador en sus responsabilidades por la generación del riesgo en las instalaciones de la empresa, acompañado de los trabajadores.

El largo proceso de formación normativa y decisión judicial, muestra que en nuestro sistema jurídico existen circunstancias atenuantes de responsabilidad del empresario aun generando el daño por el ATEL, pero no por ello, las cifras de absentismo y presentismo laboral pueden seguir siendo endosadas a los trabajadores. Los profesores José María Goerlich y Luis Enrique Nores aportan los elementos para considerar a los trabajadores “inimputables” de responsabilidad por estos fenómenos. El estado de IT de larga duración y la enfermedad de larga duración tienen procesos y procedimientos dependientes del componente médico. Son los administradores del Sistema de Salud y Riesgos Laborales quienes deben asumir la responsabilidad por la gestión de los procesos médicos ante la ocurrencia del ATEL. Los tardíos diagnósticos de origen, los demorados y confusos procesos de calificación de pérdida de capacidad laboral, la falta de conocimiento médico de los baremos, los métodos y enfoques existentes para la calificación, son los medios mal utilizados que contribuyen al

indeseado resultado para el trabajador de acudir a procesos administrativos y judiciales para que se resuelva su situación médica, cumplidos los términos legales sin respuesta. Entre tanto, el empleador por su parte se apoya en las dificultades económicas, de producción o de imposibilidad de adecuación del puesto de trabajo, para adelantar el proceso abreviado reglamentado por el Ministerio del Trabajo para la terminación del negocio jurídico, y alegando causas objetivas logra la autorización del despido.

Desde esta visión del derecho, los componentes médicos requieren del razonamiento judicial y luego integrar el razonamiento en una teoría trídica que reconstruya el concepto de la estabilidad laboral con los elementos médicos y jurídicos que den seguridad al negocio jurídico cualquiera que sea la denominación asignada entre contrato de trabajo o de prestación de servicios, razones que nos permiten desarrollar la **novena conclusión**. El cuidado de la salud de los trabajadores en Colombia no ha tenido desarrollos legislativos organizados. Las normas que describen los baremos para la calificación de la pérdida de capacidad laboral y los procedimientos jurídicos para llegar a la definición del estado de salud de los trabajadores, se han elaborado sin la participación de los representantes de los trabajadores para darle legitimidad al proceso.

En este punto cada actor estudiado considera cumplida sus responsabilidades y endilga a los demás las dificultades del sistema. Así, el legislador expresa cumplir con la expedición de las leyes que desarrollan el Sistema de Riesgos Laborales, dejando al ejecutivo la reglamentación. El Ministerio del Trabajo, a pesar de los estudios y proyecciones realizadas por especialistas neutros en los intereses económicos del sistema –quienes han proyectado la metodología para reglamentar los pagos mínimos y máximos en las cotizaciones del sistema y que han expuesto en términos científicos los cambios del baremo, para que el componente médico supere el enfoque de la invalidez profesional y pase al enfoque de la incapacidad general de la ganancia– no ha tenido voluntad política para reformar los reglamentos y manuales. El Estado valida la participación en la búsqueda de soluciones al conflicto en la expedición de decretos para controlar la expedición de incapacidades temporales y sancionar las situaciones de abuso del derecho por parte de los trabajadores y servidores de la salud, así

como en la eliminación de prestaciones económicas en favor de los trabajadores afectados en la salud que no alcanzan el estado de invalidez jurídica.

Siguiendo con las responsabilidades encubiertas de los actores, tenemos que los empresarios delegan en las IPS y ARL los procesos destinados a la recuperación de la salud de los trabajadores después de ocurrido el ATEL, crean barreras de comunicación físicas y legales para que los trabajadores sientan la presión de renunciar o no aceptar el estado de incapacidad temporal y regresar al trabajo y, finalmente, acuden a los procesos administrativos creados por el Ministerio para validar jurídicamente la decisión del despido. Las administradoras del sistema y los profesionales de la salud responsables de los diagnósticos, procesos terapéuticos y de calificación de PCL omiten resolver el diagnóstico en el menor tiempo posible, no adecúan los tratamientos a las patologías, no ofrecen servicios de atención temprana a patologías psíquicas y del aparato locomotor como principales causas de la IT, no se comunican asertivamente entre especialidades, evitan sancionar el silencio del empleador cuando omite el envío de la información que relacione las patologías con el trabajo. Finalmente los trabajadores buscan la medicalización, se mantienen en estado de incapacidad médica temporal por situaciones ajenas a la afectación de salud, se refugian en la compasión, la complacencia de los compañeros de trabajo y la desorganización administrativa del sistema, y se aferran al desquite con el empleador, incumpliendo los procesos terapéuticos.

En un país en el que no hemos aprendido a convivir con todo tipo de diversidades, es el trabajo el escenario donde convergen todas las diferencias de etnia, cultura, creencias y condiciones económicas de los ciudadanos, y donde se refleja la chocante desigualdad social. La tesis de Amartya Sen sintetiza el estado de cosas del problema desarrollado: la pobreza enfrentada a la libertad económica no permite reconocer la equidad en las relaciones contractuales que derivan en el trabajo. Los desarrollos legislativos responden a políticas económicas que reducen derechos laborales y aumentan beneficios empresariales, operación que está llevando al fracaso a todas las políticas públicas relativas a la generación y conservación del trabajo para los colombianos. Por lo tanto el conflicto existente por el reconocimiento judicial de la estabilidad laboral reforzada, puede encontrar solución siempre

que se acepten los elementos estructurales que lo han generado y se identificaron a lo largo de esta investigación, siendo estos:

- *Del orden filosófico*: La degradación del principio de estabilidad laboral a norma, regla y garantía judicial; la inexistencia de norma válida, legítima y eficaz que regule las diferentes formas contractuales y los mínimos derechos de los prestadores de servicio personal y la reducción del elemento legitimidad del Derecho al proceso de juridificación, que elimina los componentes subjetivos y psicológicos que hacen eficaz la decisión administrativa y judicial.
- *Del orden jurídico-económico*: el Sistema de Riesgos Laborales se financia con el aporte de las empresas y los trabajadores independientes, lo administran las compañías de seguros privados; para las empresas es un gasto y para las compañías es un negocio que debe rentar; continuar después de 25 años de creación del Sistema de Riesgos Laborales, el pago para todas las empresas en el valor inicial de la tabla de cotizaciones sin reglamentar los valores mínimos ni máximos y la ineficacia en la eliminación de las categorías incapacidad permanente parcial, incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez con las prestaciones económicas que de ellas se derivaban, reconocidas a los trabajadores en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993.
- *Del orden médico-jurídico*: la promoción de la salud y la prevención del ATEL en el trabajo, son conceptos considerados sinónimos por los actores de la relación laboral y las acciones que se desarrollan son ineficaces; la incapacidad temporal de larga duración generada por el ATEL o por enfermedades comunes agravadas por el trabajo, no tienen reconocimiento médico ni jurídico; los procesos de rehabilitación, reintegro, readaptación y reubicación del trabajador después del ATEL son ineficaces y el proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral del trabajador para definir su estado de salud después del ATEL es ineficaz.

En el largo proceso de fragmentación de las relaciones laborales cuando se afecta la salud del trabajador/prestador del servicio, se debe dejar espacio a la justicia para que unifique el orden social, en un proceso urgente con criterios filosóficos-jurídicos y médicos, la

responsabilidad de las partes, la exclusión del orden laboral de los criterios civiles, la eliminación de excepciones al principio de estabilidad laboral, la compatibilidad de la capacidad residual con el trabajo adecuado para el trabajador afectado y la aplicación de un baremo referencial y docto para todos los entes competentes en la calificación de PCL.

Esta es la **décima conclusión**: a nuestro parecer, en las decisiones judiciales se encuentra el inicio del camino para recuperar el equilibrio entre la salud y el trabajo, entre la seguridad jurídica en el coste económico de la producción y el coste de la garantía al cuidado de la salud en el proceso. En todo caso, si las decisiones judiciales emitidas desde el año 1992 han sobrellevado las confusiones filosóficas entre principios y normas, entre estabilidad laboral y estabilidad laboral reforzada, así mismo las propuestas que se presentan pueden acompañarse del debate que vale la pena iniciar al interior de la justicia desde la aclaración de voto expuesto por la magistrada Clara Cecilia Dueñas Cadena en la sentencia SL-2841 de 2020 de la Corte Suprema de Justicia, cuando indicó:

Entonces, como atrás se mencionó, en la actualidad la comprensión de la discapacidad basada en un modelo médico-rehabilitador y centrada exclusivamente en un criterio científico, más específicamente en las deficiencias o porcentajes de pérdida de la capacidad laboral de las personas, se abandonó en favor de una aproximación social que tiene en cuenta también los factores contextuales que discapacitan a las personas. Transición teórica que se itera se plasmó en la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad y en la Ley Estatutaria 1618 de 2013, al poner el acento en las barreras sociales y actitudinales. De ese modo, con apego en estas definiciones, en mi sentir, los trabajadores con discapacidad laboral son aquellos que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la vida laboral, en igualdad de condiciones con las demás. (Corte Suprema de Justicia, 2020a)

576

Desde esta compartida visión judicial de la comprensión de la discapacidad, se mantiene el ánimo en la realización de investigaciones como la que hemos terminado, para analizar y presentar los verdaderos problemas de la salud en el trabajo y darles valor sin ponerles precio.

5.3. Limitaciones y propuestas para la continuidad de la investigación

Dentro de la valoración global de los desarrollos legales, médicos y judiciales realizada en la presente investigación, se hicieron presentes las siguientes limitaciones que se describen con el propósito de informar al lector que esta es una tarea inacabada y que vale la pena sea

abordada en futuras investigaciones. Se requiere de continuidad y aporte multidisciplinario para que los abogados por lo menos aquellos que nos interesamos en el Derecho Laboral dejemos de considerarnos expertos porque conocemos el contenido de la norma y su aplicación lógica silogística y demos el paso a la argumentación jurídica para darle vida real a la “Teoría de la acción comunicativa” expuesta por Habermas. Para que llevemos a los jueces a tomar decisiones con un derecho construido desde la legitimidad y la eficacia que exponga soluciones a las necesidades reales de la sociedad del trabajo.

Dada la estrecha relación entre el derecho y las áreas de conocimiento científico como la medicina, la ingeniería, la filosofía y la sociología en la valoración de la información para comprobar la hipótesis planteada, encontramos que:

- a. La mencionada falencia en la formación filosófica dentro del programa académico en las Facultades de Derecho, se materializó en la trayectoria de la autora de esta investigación, razones que llevaron a plantear el reto teórico-metodológico para adquirir conocimientos en esta materia, comprender las teorías filosóficas para seleccionar la que desde sus contenidos permitiera conseguir los objetivos de la investigación.
- b. En el desarrollo de la investigación, se encontró que el estudio de la discapacidad comprende momentos históricos, conceptos, normas nacionales e internacionales, visiones jurídicas, médicas, económicas y sociológicas que tienen relación íntima con el trabajador en estado de incapacidad temporal y enfermo por el trabajo. Desde los objetivos y pregunta de esta investigación fue posible avanzar este desarrollo de manera parcial y es necesario una investigación única y detallada al respecto.
- c. El convencimiento en el ámbito de los jueces y abogados del área laboral de estar resuelto el problema de la “estabilidad laboral reforzada”, con las decisiones de las Altas Cortes, no permitió realizar ni profundizar en las entrevistas programadas a los actores del conflicto.
- d. La organización académica de los programas de especialización y maestrías en “Seguridad y Salud en el Trabajo” que ofrecen las universidades en el país, reflejó la incomprendida relación entre el componente jurídico-médico-económico del cuidado

de la salud en el trabajo. Así, los enfoques desde la medicina no incluyen los efectos jurídicos ni judiciales de la evaluación de los profesionales de la salud al trabajador sano o afectado por el ATEL. Los programas con enfoque desde la ingeniería se concentran en los procesos de implementación, evaluación y corrección de las condiciones de trabajo, pero no incluyen los conceptos jurídicos que se requieren para que los procesos y procedimientos sean eficaces y eviten el daño antijurídico. En las Facultades de Derecho no existe la especialidad en la salud en el trabajo, y se da por entendido que no hace parte del interés creado para los abogados.

- e. Los limitados recursos económicos no permitieron ampliar la investigación a países como México, Francia e Italia que tienen legislación, decisiones judiciales y relaciones laborales con desarrollos en el problema de investigación que se planteó.
- f. En el ámbito del Derecho Público, esto es las relaciones laborales entre los servidores públicos con las entidades del Estado, existe un mayor desarrollo de la teoría de la responsabilidad por el riesgo y por el riesgo excepcional en las actividades peligrosas que pueden generar el ATEL. Las decisiones judiciales de la justicia contenciosa administrativa han creado línea jurisprudencial de mayor responsabilidad para el Estado empleador en el cuidado de la salud en el trabajo, con inclinación de la carga de la prueba a cargo del Estado. Este contenido jurídico y judicial tiene componentes que merecen ser estudiados en correlación o comparación con la teoría de la culpa patronal por la ocurrencia del ATEL en el Derecho Privado y las decisiones judiciales de la justicia ordinaria laboral.
- g. El trabajador afectado en la salud por el trabajo, recibe del empleador y del Sistema de Riesgos Laborales compensaciones económicas e indemnizaciones que requieren un estudio desde las ciencias económicas con miras a establecer la correlación entre los reconocimientos y el daño. Estudio que no pudo realizarse en esta investigación.

Cada una de las limitaciones descritas, pueden soportar el planteamiento de nuevas preguntas de investigación que permitan a empleadores y trabajadores considerar la posibilidad que la sociedad del trabajo en Colombia encuentre la legitimidad y eficacia en el Derecho Laboral con el apoyo de la investigación socio-jurídica. Estas investigaciones permiten la entrada y

salida legítima de otros subsistemas sociales al sistema jurídico laboral y auto revisar su funcionamiento para la integración del derecho en la sociedad del mercado y no su debilitamiento como lo hemos encontrado. Llevar las acciones legales a formas más eficaces y abstractas del control social, para superar el normativismo en busca de doblegar las estructuras sociales que han avanzado destruyendo la moral social. La función del derecho en la sociedad actual no se debe limitar a solucionar los problemas que van surgiendo, debe identificar las condiciones que permiten tratar el problema desde la legitimidad sin destruir los otros sistemas, buscar el consenso entre los asociados y no la imposición de los más fuertes sobre los más débiles.

Referencias bibliográficas

Aceb Nacional. (2016). Retirado proyecto de ley que eliminaba estabilidad laboral reforzada para trabajadores discapacitados. Recuperado el 19 de 09 de 2019, de <https://aceb.org.co/retirado-proyecto-de-ley-que-eliminaba-estabilidad-laboral-reforzada-para-trabajadores-discapitados/>

Acosta Rodríguez, A. (2014). *Prácticas coloniales de la Iglesia en el Perú Siglo XVI-XVII*. Sevilla: Aconcagua Libros.

Agencia de Información Laboral – AIL. (2015). Trabajadores en condición de discapacidad podrían perder estabilidad laboral reforzada. Recuperado el 19 de 09 de 2019, de <https://ail.ens.org.co/mundo-sindical/trabajadores-en-condicion-de-discapacidad-podrian-perder-estabilidad-laboral-reforzada/>

Agencia de Información Nacional-ENS. (22 de junio de 2016). *Fue retirada de la Agencia Legislativa del Congreso de la República el proyecto de ley 018 de 2015, que eliminaba la estabilidad reforzada para los trabajadores en situación de discapacidad*. Obtenido de <https://aceb.org.co/retirado-proyecto-de-ley-que-eliminaba-estabilidad-laboral-reforzada-para-trabajadores-discapitados/>

Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo. (2010). Promoción de la salud en el lugar de trabajo para los trabajadores. *FACTS*.

Aguirre Pabón, J. O. (2011). Dignidad, Derechos Humanos y la filosofía práctica de Kant. *Vniversitas*, 60(123), 45-74.

Alcántara Moreno, G. (2008). La definición de salud de la Organización Mundial de la Salud y la interdisciplinariedad. *Sapiens. Revista Universitaria de investigación*, 93-107.

Alexy, R. (1988). Sistemas jurídicos principios jurídicos y razón práctica. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, 139-151.

- Almanza Pastor, J. M. (1991). *Derecho de la Seguridad Social*. Madrid: Tecnos S.A.
- Álvarez Undurruga, G. (2002). *Metodología de la investigación jurídica: Hacia una nueva perspectiva*. Santiago de Chile: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- Álvarez, S., Palencia, F., & Riaño-Casallas, M. (2019). Comportamiento de la accidentalidad y enfermedad laboral en Colombia 1994-2016. *Asociación Española de Especialistas en Medicina del Trabajo*, 28(1), 10-19.
- Alzaga Ruiz, I. (Abril-Junio de 2011). El absentismo del trabajador como causa de despido objetivo. *Civitas Revista española de Derecho del Trabajo*(150), 387-420.
- ANDI. (2017a). *Salud y estabilidad en el empleo: retos jurídicos y económicos para la sostenibilidad de las empresas*. Medellín: Editorial Mundo Libro.
- ANDI. (1 de septiembre de 2017b). <https://www.camara.gov.co>. Obtenido de <https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2017-10/Concepto%20D-ANDI%20PL%20Guarderías-1.pdf>
- ANDI. (2018). Novedades legislativas. Recuperado el 19 de 09 de 2019, de <http://www.andi.com.co/Uploads/NovedadesLegislativas-FindeLegislatura-julio%202018.pdf>
- ANDI. (14 de noviembre de 2019). *Noticias de la ANDI: resultados de la V Encuesta de Ausentismo Laboral e Incapacidades*. Obtenido de <http://www.andi.com.co/Home/Noticia/15604-andi-presento-resultados-de-la-encuesta>
- Arango Soler, J. M. (2011). *Desarrollo evolutivo en la normativa referente a riesgos profesionales y salud ocupacional desde el punto de vista del derecho del trabajo y la seguridad social y la salud pública*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Arango Soler, J. M. (2020). *Análisis sociopolítico de la trayectoria colombiana en riesgos profesionales y salud ocupacional (1979-2012) (tesis)*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

- Arenas Monsalve, G. (2007). *El derecho colombiano de la seguridad social*. Bogotá: Legis.
- Areta, M., Azagra, M., Barrios, G., Buendía, J. A., Cavas, F., Luján, J., Quintanilla, Y., Sempere, A. V., Tortuero, J. L. (abril de 2009). La calificación del despido por bajas médicas. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 1(21), 145-169.
- Arévalo Romero, L., Barbosa Ardila, L. C., Bermúdez Alarcón, K., & Varón Collazos, L. P. (2016). *Debilidad manifiesta: garantía de protección laboral constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arévalo, D., Ciro, E., & Gutiérrez, M. (2006). Contribuciones de la historiografía al estudio de la protección social en Colombia. Invitación a un diálogo interdisciplinario. En Y. Le Bonniec, & O. Rodríguez Salazar, *Crecimiento, equidad y ciudadanía: hacia un nuevo sistema de protección social* (págs. 177-196). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Arias Gallegos, W. L. (2012). Revisión histórica de la salud ocupacional y la seguridad industrial. *Revista Cubana de Salud y trabajo*, 45-52.
- Aristóteles. (1988). *Política*. Madrid: Biblioteca Clásica Gredos .
- Asamblea General de la ONU. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos (217 [III] A)*. París.
- ATEL Colombia. (2019). *Accidentes de trabajo y enfermedades laborales en Colombia*. Obtenido de <https://ccs.org.co/observatorio/atel-colombia-2019/>
- Avella Gómez, M. (2010). *Las instituciones laborales en Colombia. Contexto histórico de sus antecedentes y principales desarrollos hasta 1990*. Bogotá: Banco de la República de Colombia.
- Ayala Cáceres, C. L. (15 de Agosto de 2019). Entrevista: Visión del conflicto por la estabilidad laboral reforzada en Colombia (D. L. Ortega Suescún, Entrevistador).
- Azagra Solano, M. (2011). Reflexiones sobre el despido del trabajador enfermo. *Revista Aranzadi Doctrinal*(4), 57-67.

- Baptista, D., Méndez, S., & Zunino, N. (2016). Ausentimos laboral. *VI Jornadas Académicas de la Facultad de Ciencias Económicas y de Administración*. Montevideo: Universidad de la República (Uruguay).
- Barthas, B. (1997). La comunidad indígena como organización, caso de la Huasteca. *Encuentro de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA)* (pág. 14). Guadalajara: LASA.
- Bastidas Mora, P. (2009). El modelo constitucional del Estado Social y democrático de derecho, sus desafíos y la constitucionalización del proceso. *VIA IURIS*, 45-59.
- Bayona Rodríguez, H., Jiménez Moscoso, J. A., & Rodríguez Corredor, J. F. (2015). Tasa pura del riesgo para el Sistema General de Riesgos Laborales en Colombia. En E. Cortes Reyes, & J. Eslava Schmalbach, *Sistema General de Riesgos Laborales en Colombia: suficiencia y variación de la tasa de cotización* (págs. 135-163). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Bejarano Roncancio, J. J., & Díaz Beltrán, M. d. (1 de marzo de 2012). Alimentación laboral una estrategia para la promoción de la salud del trabajador. *Revista de la Facultad de Medicina*, 60(1). Recuperado el 12 de Diciembre de 2020, de [revistas.unal.edu.co: https://revistas.unal.edu.co/index.php/revfacmed/article/view/35479](https://revistas.unal.edu.co/index.php/revfacmed/article/view/35479)
- Beltrán Correa, P. A. (2016). *Posturas contradictorias entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia frente al tratamiento de la estabilidad laboral reforzada del trabajador en situación de discapacidad en Colombia 1991-2016*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Beltrán Correa, P. A. (2016). *Posturas contradictorias entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia frente al tratamiento de la estabilidad laboral reforzada del trabajador en situación de discapacidad en Colombia 1991-2016*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I. (2008). *La estabilidad en el empleo: la prevención frente a la contingencia del paro (tesis)*. España: ESADE.

- Blancas Bustamante, C. (2012). Flexiseguridad, derecho al trabajo y estabilidad laboral. *Derecho PUCP (Revista de la Facultad de Derecho)*, 68, 383-402.
- Boada Mojica, J. D., & Moreno Angarita, M. (2013). *Las ARP y el manual guía sobre procedimientos para la rehabilitación y reincorporación ocupacional de los trabajadores en el Sistema General de Riesgos Profesionales: una aproximación reflexiva*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Bobbio, N. (1990). *Teoría general del Derecho*. Madrid: Debate.
- Britton Nieto, S. D. (2014). *Constitucionalidad de la facultad de las administradoras de riesgos laborales para calificar el estado de invalidez-trasgresión al debido proceso y la seguridad social (tesis)*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
- Cabrera Suárez, L. A. (2011). El principio de igualdad en materia laboral a partir de la Constitución de 1991. Análisis jurisprudencial. *Criterio Jurídico*, 11(2), 89-114.
- Cáceres Rodríguez, C. (2004). Sobre el concepto de discapacidad. Una revisión de las propuestas de la OMS. *AUDITIO. Spanish Journal of Audiology*, 2(3), 74-77.
- Camacho Ramírez, A., & Romero Ramos, M. C. (2018). *De la estabilidad laboral relativa, ¿a la estabilidad laboral absoluta?* Bogotá: Universidad del Rosario.
- Campos Rivera, D. (2017). *Derecho laboral* (Octava ed.). Bogotá: Temis.
- Castel, R. (2004). *La inseguridad social ¿Qué es estar protegido?* Buenos Aires: Ediciones Manantial .
- Castillo, S., & Ruzafa, R. (2009). *La previsión social en la historia*. Madrid: Siglo XXI.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2019). La República. Ley para reducir, derechos para vivir. En *Tiempos de vida y muerte. Memorias y luchas de los pueblos indígenas en Colombia* (págs. 83-94). Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica.
- Cerquera Unda, S. C. (2018). El principio de estabilidad laboral en Colombia: la tensión entre los derechos sociales laborales vs. las políticas neoliberales de flexibilización.

Bogotá: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional de Colombia.

Chacartegui Javega, C. (2007). *El concepto de accidente de trabajo: su construcción por la jurisprudencia*. Albacete: Bormarzo S.L.

Chaves Bazzani, L., & Muñoz Sánchez, A. I. (2016). Promoción de la salud en los lugares de trabajo: un camino por recorrer. *Ciência & Saúde Coletiva*, 21(6), 1909-1920.

Comunidad Andina de Naciones. (2004). Decisión 584 "Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo". Guayaquil. Recuperado el 2 de 02 de 2021, de <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec584s.asp/>

Congreso de la República. (1915). Ley 57 de 1915 "Sobre reparaciones por accidente de trabajo". Bogotá: Congreso de la República.

Congreso de la República. (1922). Ley 32 de 1922 "Que adiciona y reforma la 57 de 1915 y la 37 de 1921, sobre seguros de vida". Bogotá: Congreso de la República.

Congreso de la República. (1934). Ley 10 de 1934 "Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados". Bogotá: Congreso de la República.

Congreso de la República. (19 de febrero de 1945). *Ley 6 de 1945 "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo"*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1167>

Congreso de la República. (7 de Junio de 1951). Código Sustantivo del Trabajo. *Diario Oficial*. Bogotá. Recuperado el 11 de Junio de 2019, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html

Congreso de la República. (1979). Ley 9 de 1979 (enero 24) "Por la cual se dictan medidas sanitarias". *Diario Oficial (35308)*. Bogotá: Congreso de la República.

Congreso de la República. (1993a). Ley 100 de 1993: "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones". Congreso de la República de Colombia.

Congreso de la República. (28 de octubre de 1993b). Ley 80 de 1993 "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública". *Diario Oficial*(41.094).

Congreso de la República. (7 de febrero de 1997). Ley 361 de 1997 (febrero 7) "Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas <en situación de discapacidad> y se dictan otras disposiciones". *Diario Oficial*(42.978). Bogotá: Imprenta Nacional.

Congreso de la República. (17 de diciembre de 2002). Ley 776 de 2002 (diciembre 17) "Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales". *Diario Oficial*(45.037). Bogotá.

Congreso de la República. (6 de septiembre de 2005). Ley 962 "Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos". *Diario Oficial*(46.023).

Congreso de la República. (11 de julio de 2012). Ley 1562 de 2012 (julio 11) "Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional". *Diario Oficial*(48.488). Bogotá. Recuperado el 23 de Febrero de 2020, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1295_1994.html

Congreso de la República. (27 de febrero de 2013). Ley estatutaria 1618 de 2013 "Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad". *Diario Oficial*(48.717).

Congreso de la República. (27 de julio de 2015). *Proyecto de Ley 018 de 2015 (julio 27) "Por la cual se promueve el acceso al trabajo para personas con discapacidad y se dictan*

otras disposiciones". Recuperado el 24 de 09 de 2019, de <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/pl-2015-2016/447-proyecto-de-ley-018-de-2015>

Congreso de la República. (2016). *Código Sustantivo del Trabajo*. Bogotá: Leyer.

Congreso de la República. (2017a). *Proyecto de ley 95 de 2016 "Por medio de la cual se establece la estabilidad laboral reforzada en favor de la mujer vinculada mediante contrato de prestación de servicios cuando sobrevenga el embarazo o la lactancia y se dictan otras disposiciones"*. Recuperado el 22 de 11 de 2021, de <https://www.camara.gov.co/estabilidad-laboral-reforzada-mujer>

Congreso de la República. (4 de octubre de 2017b). Conceptos jurídicos Minhacienda al informe de ponencia para segundo debate del proyecto de ley número 129 de 2017 Senado, 095 de 2016 Cámara. *Gaceta del Congreso(881)*. Imprenta Nacional de Colombia. Obtenido de https://www.redjurista.com/Compilaciones2018/gacetasCongreso/2017/gc_0881_2017.pdf#page=22

Congreso de la República. (2017c). *Proyecto de ley 003 de 2017 "Por medio de la cual se implementa un servicio de guarderías en las grandes y medianas empresas para los hijos menores de los trabajadores y se dictan otras disposiciones. [Guarderías en empresas]"*. Obtenido de <https://congresovisible.uniandes.edu.co/elespectador/proyectos-de-ley>

Congreso de la República. (12 de septiembre de 2018). Proyecto de ley 156 de 2018 "Por la cual se garantiza la estabilidad laboral reforzada de los miembros de la fuerza pública con disminución de la capacidad psicofísica". *Gaceta del Congreso(732)*. Obtenido de <https://www.camara.gov.co/imprimir/estabilidad-laboral-reforzada>

Congreso de la República. (2019a). Artículo 118 "Pago de incapacidades de origen común superiores a 540 días". *Gaceta del Congreso(135)*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

- Congreso de la República. (2019b). *Leyes de la Cámara de Representantes*. Obtenido de <https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2020-02/P.L.162-2019C%20%28ESTABILIDAD%20LABORAL%20MUJERES%20EMBARAZADAS%29.pdf>
- Congreso de la República. (2020). Proyecto de ley 241 de 2020 “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”. Bogotá: Congreso de la República.
- Consejo de Estado. (24 de abril de 1997). Sentencia 11801. Bogotá: [MP Carlos Arturo Orjuela Góngora].
- Consejo de Estado. (17 de mayo de 2012). Sentencia 2556-8. Bogotá: [MP Víctor Hernando Alvarado Ardila].
- Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2004). *Documento CONPES Social 80: Política Pública Nacional de Discapacidad*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.
- Corte Constitucional. (29 de mayo de 1992a). Sentencia C-221. Bogotá: [MP Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. (19 de junio de 1992b). Sentencia T-422. Bogotá: [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional. (24 de junio de 1992c). Sentencia T-427. Bogotá: [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional. (21 de agosto de 1992d). Sentencia T-499. Bogotá: [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional. (3 de septiembre de 1993a). Sentencia T-366. Bogotá: [MP Vladimiro Naranjo Mesa].
- Corte Constitucional. (12 de octubre de 1993b). Sentencia T-441. Bogotá: [MP José Gregorio Hernández Galindo].

Corte Constitucional. (28 de octubre de 1993c). Sentencia T-494. Bogotá: [MP Vladimiro Naranjo Mesa].

Corte Constitucional. (27 de enero de 1994a). Sentencia C-023. Bogotá: [MP Vladimiro Naranjo Mesa].

Corte Constitucional. (13 de mayo de 1994b). Sentencia T-230. Bogotá: [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional. (15 de septiembre de 1994c). Sentencia C-409. Bogotá: [MP Hernando Herrera Vergara].

Corte Constitucional. (13 de octubre de 1994d). Sentencia T-447. Bogotá: [MP Vladimiro Naranjo Mesa].

Corte Constitucional. (2 de diciembre de 1994e). Sentencia T-550. Bogotá: [MP José Gregorio Hernández Galindo].

Corte Constitucional. (29 de febrero de 1996a). Sentencia C-079. Bogotá: [MP Hernando Herrera Vergara].

Corte Constitucional. (6 de marzo de 1996b). Sentencia T-090. Bogotá: [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional. (30 de mayo de 1996c). Sentencia SU-256. Bogotá: [MP Vladimiro Naranjo Mesa].

Corte Constitucional. (25 de junio de 1996d). Sentencia T-281. Bogotá: [MP Julio César Ortíz Gutiérrez].

Corte Constitucional. (4 de septiembre de 1996e). Sentencia C-410. Bogotá: [MP Hernando Herrera Vergara].

Corte Constitucional. (26 de noviembre de 1996f). Sentencia T-645. Bogotá: [MP Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional. (15 de agosto de 1997a). Sentencia T-376. Bogotá: [MP Hernando Herrera Vergara].

Corte Constitucional. (25 de septiembre de 1997b). Sentencia C-470. Bogotá: [MP Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional. (4 de febrero de 1998a). Sentencia C-016. Bogotá: [MP Fabio Morón Díaz].

Corte Constitucional. (26 de mayo de 1998b). Sentencia SU-258. Bogotá: [MP Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional. (10 de mayo de 2000a). Sentencia C-531. Bogotá: [MP Álvaro Tafur Gálvis].

Corte Constitucional. (2 de noviembre de 2000b). Sentencia T-1496. Bogotá: [MP Marta Victoria Sáchica Méndez].

Corte Constitucional. (26 de septiembre de 2000c). Sentencia C-1316. Bogotá: [MP Carlos Gaviria Díaz].

Corte Constitucional. (27 de septiembre de 2001). Sentencia T-1040. Bogotá: [MP Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional. (28 de enero de 2003a). Sentencia C-034. Bogotá: [MP Eduardo Montealegre Lynett].

Corte Constitucional. (26 de junio de 2003b). Sentencia T-519. Bogotá: [MP Marco Gerardo Monroy Cabra].

Corte Constitucional. (2 de marzo de 2004a). Sentencia C-174. Bogotá: [MP Álvaro Tafur Galvis].

Corte Constitucional. (17 de mayo de 2004b). Sentencia T-469. Bogotá: [MP Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional. (12 de octubre de 2004c). Sentencia C-991. Bogotá: [MP Marco Gerardo Monroy Cabra].

Corte Constitucional. (12 de octubre de de 2004d). Sentencia C-1002. Bogotá: [MP Marco Gerardo Monroy Cabra].

Corte Constitucional. (12 de abril de 2005a). Sentencia C-381. Bogotá: [MP Jaime Córdoba Triviño].

Corte Constitucional. (26 de abril de 2005b). Sentencia C-425. Bogotá: [MP Jaime Araujo Montería].

Corte Constitucional. (24 de noviembre de 2005c). Sentencia T-1219. Bogotá: [MP Jaime Córdoba Triviño].

Corte Constitucional. (1 de noviembre de 2006). Sentencia C-898. Bogotá: [MP Manuel José Cepeda Espinosa].

Corte Constitucional. (16 de noviembre de 2007a). Sentencia T-968. Bogotá: [MP Manuel José Cepeda Espinosa].

Corte Constitucional. (13 de diciembre de 2007b). Sentencia T-1083. Bogotá: [MP Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional. (16 de mayo de 2008a). Sentencia T-504. Bogotá: [MP Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional. (28 de agosto de 2008b). Sentencia T-819. Bogotá: [MP Mauricio González Cuervo].

Corte Constitucional. (19 de noviembre de 2008c). Sentencia C-1141. Bogotá: [MP Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional. (15 de abril de 2009a). Sentencia T-725. Bogotá: [MP Mauricio González Cuervo].

Corte Constitucional. (3 de noviembre de 2009b). Sentencia T-791. Bogotá: [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

Corte Constitucional. (4 de febrero de 2010a). Sentencia T-065. Bogotá: [MP Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional. (16 de junio de 2010b). Sentencia T-490. Bogotá: [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional. (2 de noviembre de 2011a). Sentencia C-824. Bogotá: [MP Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional. (21 de enero de 2011b). Sentencia T-025 . Bogotá: [MP Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional. (26 de septiembre de 2012). Sentencia C-744. Bogotá: [MP Nilson Pinilla Pinilla].

Corte Constitucional. (7 de marzo de 2013a). Sentencia T-116. Bogotá: [MP Alexei Julio Estrada].

Corte Constitucional. (4 de julio de 2013b). Sentencia T-413. Bogotá: [MP Nilson Pinilla Pinilla].

Corte Constitucional. (4 de diciembre de 2013b). Sentencia C-914. Bogotá: [MP Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional. (3 de febrero de 2014a). Sentencia T-058. Bogotá: [MP Nilson Pinilla Pinilla].

Corte Constitucional. (4 de julio de 2014b). Sentencia T-455. Bogotá: [MP María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional. (16 de julio de 2014c). Sentencia C-509. Bogotá: [MP Mauricio González Cuervo].

- Corte Constitucional. (16 de octubre de 2014d). Sentencia C-767. Bogotá: [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].
- Corte Constitucional. (22 de julio de 2015). Sentencia C-458. Bogotá: [MP Gloria Stella Ortíz Delgado].
- Corte Constitucional. (9 de agosto de 2016a). Sentencia T-419. Bogotá: [MP María Victoria Calle Correa].
- Corte Constitucional. (21 de septiembre de 2016b). Sentencia T-521. Bogotá: [MP Alejandro Linares Cantillo].
- Corte Constitucional. (1 de febrero de 2017a). Sentencia C-042. Bogotá: [MP Aquiles Arrieta Gómez].
- Corte Constitucional. (2 de febrero de 2017b). Sentencia SU-049. Bogotá: [MP Maria Victoria Calle Correa].
- Corte Constitucional. (23 de junio de 2017c). Sentencia T-401. Bogotá: [MP Gloria Stella Ortíz Delgado].
- Corte Constitucional. (27 de febrero de 2017d). Sentencia T-122. Bogotá: [Luis Guillermo Guerrero Pérez].
- Corte Constitucional. (16 de mayo de 2018). Sentencia C-044. Bogotá: [MP José Fernando Reyes Cuartas].
- Corte Constitucional. (15 de mayo de 2019). Sentencia C-200. Bogotá: [MP Gloria Stella Ortíz Delgado].
- Corte Constitucional. (15 de abril de 2020). Sentencia C-120. Bogotá: [MP Diana Fajardo Rivera].
- Corte Suprema de Justicia. (24 de mayo de 1967). Exequibilidad del Decreto legislativo número 2351 de 1965, "por el cual se hacen unas reformas al Código Sustantivo del Trabajo". Bogotá: [MP Aníbal Cardoso Gaitán]. Recuperado el 21 de Mayo de 2020,

de

[http://www.suin-](http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30005316#ver_30005322)

[juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30005316#ver_30005322](http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30005316#ver_30005322)

Corte Suprema de Justicia. (16 de diciembre de 1997). Sentencia SL-9978. Bogotá: [MP Fernando Vásquez Botero].

Corte Suprema de Justicia. (29 de septiembre de 1999). Sentencia SL-11910. Bogotá: [MP Germán Valdés Sánchez].

Corte Suprema de Justicia. (31 de enero de 2001). Sentencia 15359. Bogotá: [MP Germán Valdés Sánchez].

Corte Suprema de Justicia. (7 de febrero de 2003). Sentencia 19343. Bogotá: [MP Luis Javier Osorio López].

Corte Suprema de Justicia. (16 de marzo de 2005a). Sentencia 23017. Bogotá: [MP Francisco Javier Ricaurte Gómez].

Corte Suprema de Justicia. (29 de agosto de 2005b). Sentencia SL-23202. Bogotá: [MP Isaura Vargas Díaz].

Corte Suprema de Justicia. (15 de julio de 2008). Sentencia 32532. Bogotá: [MP Elsy del Pilar Cuello Calderón].

Corte Suprema de Justicia. (25 de marzo de 2009). Sentencia 35606. Bogotá: [MP Isaura Vargas Díaz].

Corte Suprema de Justicia. (16 de marzo de 2010). Sentencia SL-36115. Bogotá: [MP Gustavo José Gnecco Mendoza].

Corte Suprema de Justicia. (24 de julio de 2012a). Sentencia SL-37892. Bogotá: [MP Rigoberto Echeverri Bueno].

Corte Suprema de Justicia. (26 de junio de 2012b). Sentencia SL-38614. Bogotá: [MP Luis Gabriel Miranda Buelvas].

- Corte Suprema de Justicia. (30 de enero de 2013). Sentencia 38272. Bogotá: [MP Carlos Ernesto Molina Monsalve].
- Corte Suprema de Justicia. (14 de octubre de 2015a). Sentencia 53083. Bogotá: [MP Rigoberto Echeverri Bueno].
- Corte Suprema de Justicia. (14 de octubre de 2015b). Sentencia SL15467-2015. Bogotá: [MP Clara Cecilia Dueñas].
- Corte Suprema de Justicia. (29 de noviembre de 2017). Sentencia SL-12998. Bogotá: [MP Jorge Mauricio Burgos Ruiz].
- Corte Suprema de Justicia. (11 de abril de 2018a). Sentencia SL-1360. Bogotá: [MP Clara Cecilia Dueñas].
- Corte Suprema de Justicia. (11 de abril de 2018b). Sentencia SL-360. Bogotá: [MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo] .
- Corte Suprema de Justicia. (3 de julio de 2019). Sentencia SL-2582. Bogotá: [MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo].
- Corte Suprema de Justicia. (22 de julio de 2020a). Sentencia SL-2841. Bogotá: [MP Omar Ángel Mejía Amador].
- Corte Suprema de Justicia. (7 de octubre de 2020b). Sentencia SL-3942. Bogotá: [MP Omar Ángel Mejía Amador].
- Corte Suprema de Justicia. (7 de julio de 2020c). Sentencia SL-2309. Bogotá: [MP Dolly Amparo Caguasango Villota].
- Cortés Cortés, M., & Iglesias León, M. (2004). *Generalidades sobre metodología de la investigación*. Ciudad de México: Universidad Autónoma del Carmen.
- Cortina, A. (1997). *El mundo de los valores. Ética mínima y educación*. Bogotá: Editorial El Búho.

- Cortina, A. (2001). El vigor de los valores morales para la convivencia. *Año internacional de los voluntarios*, (pág. 10).
- Cortina, A. (2013). *¿Para qué sirve realmente la ética?* Barcelona: Paidós.
- Cortina, A., & Conill, J. (2014). La responsabilidad ética de la sociedad civil. *Mediterráneo Económico*(26), 13-29.
- CP. (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente.
- Cuervo Díaz, D. (2016). Prevención y manejo de la discapacidad para trabajar: un análisis del sistema de riesgos laborales. *XXXVI Congreso de Ergonomía, Higiene, Medicina y Seguridad Ocupacional* (págs. 1-23). Medellín: Semana de la salud ocupacional.
- Cuervo Díaz, D. E., & Moreno Angarita, M. (2017). Análisis de de la siniestralidad en el sistema de riesgos laborales colombiano: reflexiones desde la academia. *Vniversitas*(135), 131-164.
- Cuervo Díaz, D., & Moreno Angarita, M. (2017). Prevención y manejo de la discapacidad para trabajar: un campo de estudios necesarios para abordar los retos del sistema colombiano de riesgos laborales. *Revista de Salud Pública*, 19(4), 567-573.
- Davis, R. (2001). BMJ bans "accidents": Accidents are not unpredictable. *British Medical Journal*(322), 1320-1321.
- De Antonio García, M. (2011). Problemática multifactorial del absentismo laboral, el presentismo y la procrastinación en las estructuras en que se desenvuelven el trabajador. *Medicina y Seguridad del Trabajo* , 111-120.
- De la Cueva, M. (1975). *El derecho del trabajo y la equidad*. México: Derecho Nuevo.
- De la Cueva, M. (1997). *El nuevo derecho mexicano del trabajo* (Vol. II). México D.F.: Porrúa S.A.
- De la Garza, E. (enero-noviembre de 2007). La evolución reciente de los significados del trabajo en los enfoques contemporáneos. *Revista de Trabajo*(4), 37-50.

Del Águila Umeres, L. M. (2007). *El concepto de discapacidad y su importancia filosófica*.
Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Departamento Administrativo de la Función Pública. (10 de enero de 2012). Decreto 019 de
2012 "Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones,
procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública".
Obtenido de
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0019_2012.html#1

Departamento de Derecho Laboral, Universidad Externado de Colombia. (25 de febrero de
2021). *Primer conversatorio laboral*. Obtenido de
<https://www.facebook.com/107813287219116/videos/2617377898552351>

Dueñas Herrero, L. (2014). *Ámbito preventivo básico de la salud en el trabajo*. En E.
González-Posada, L. Dueñas Herrero, & J. C. Pastor, *La siniestralidad laboral:
responsabilidades contractuales, administrativas y penales* (Primera ed.). Pamplona
(España): Lex Nova Thomson Reuters.

Duque Quintero, S. P., Quintero Quintero, M. L., & González Sánchez, P. (2016). Sobre la
protección en el trabajo para las personas con discapacidad. *Revista de Derecho*(45),
59-84.

Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel Derecho.

Echevarría Zuno, Á. J. (2009). La incapacidad temporal para el trabajo desde la perspectiva
médica. *Revista Médica del Instituto Mexicano del Seguro Social*, 565-573.

Engels, F. (1845). *La situación de la clase obrera en Inglaterra*. Barmen: Publicaciones
MIA.

Escuela Nacional Sindical. (15 de agosto de 2019). *Circular 49: ¿otro paso hacia la
desprotección de los trabajadores amparados con estabilidad laboral reforzada?*
Obtenido de [https://ail.ens.org.co/opinion/circular-49-otro-paso-hacia-la-
desproteccion-de-los-trabajadores-amparados-con-estabilidad-laboral-reforzada/](https://ail.ens.org.co/opinion/circular-49-otro-paso-hacia-la-desproteccion-de-los-trabajadores-amparados-con-estabilidad-laboral-reforzada/):

<https://ail.ens.org.co/opinion/circular-49-otro-paso-hacia-la-desproteccion-de-los-trabajadores-amparados-con-estabilidad-laboral-reforzada/>

Eslava Schmalbach, J., Alzate-Granados, J. P., Cortés Reyes, E., Murcia Ardila, N. V., Luque Angulo, S. C., & Suarez Ángel, M. C. (2015). Antecedentes de estudios previos en sostenibilidad financiera en riesgos laborales. En E. Cortés Reyes, & J. Eslava Schmalbach, *Sistema General de Riesgos Laborales en Colombia: suficiencia y variación de la tasa de cotización* (págs. 122-134). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

EUROSOCIAL. (2015). Colombia towards the occupational inclusion of persons with disabilities. Recuperado el 24 de 09 de 2019, de <http://eurosocial-ii.eurosocial.eu/en/noticia/colombia-hacia-la-inclusion-laboral-de-personas-con-discapacidad>

FASECOLDA. (2018). El fuero de salud. La necesidad de recuperar el equilibrio jurídico entre la protección a la estabilidad laboral y el mercado de trabajo. *Trabajo Formal en Colombia. Realidad y Retos*.

FASECOLDA. (s.f.). *Viva Seguro. Programa de Educación Financiera*. Bogotá: Cámara Técnica de Riesgos Laborales.

Fernández Alonso, E. (Julio-Diciembre de 2013). El derecho fundamental a la igualdad laboral. *Forum*(4), 37-58.

Fernández Muñoz, B., Montes Peón, J. M., & Vázquez Ordas, C. J. (2005). Antecedentes del comportamiento del trabajador ante el riesgo laboral: un modelo de cultura positiva hacia la seguridad. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, 207-234.

Fernández Sessarego, C. (1950). *Bosquejo para una determinación ontológica del derecho*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Ferrer Sais, A., Pérez Ortiz, L., & Ruesga Benito, S. (2015). Una economía volátil, un mercado de trabajo enfermo. *Anuario de relaciones laborales en España*(6), 7-14.

- Flores, I. (s.f.). El porvenir de la ciencia jurídica. Reflexión sobre la ciencia y el derecho.
- Gadamer, H.-G. (1998). *Verdad y Método II*. Salamanca: Ediciones Sígueme.
- Gallegos Díaz, L. (2000). *Realidad y ética en Xavier Zubiri*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Gallo Vélez, Ó. (2015). *Trabajo, medicina y legislación en Colombia 1910-1946*. Florianópolis: Universidad federal de Santa Catalina.
- Gallo Vélez, Ó. (2016). Luz sobre el fenómeno de un corazón aparentemente infatigable: la fatiga de la clase obrera en Colombia, 1898-1946. En Ó. Gallo, & E. Castaño, *La salud laboral en el siglo XX y el XXI: De la negación al derecho a la salud y la enfermedad* (págs. 219-253). Medellín: Escuela Nacional Sindical.
- Gallo Vélez, Ó., & Márquez Valderrama, J. (2011). La enfermedad oculta: una historia de las enfermedades profesionales en Colombia, el caso de la silicosis (1910-1950). *Historia Crítica*(45), 114-143.
- Gañán Echavarría, J. L. (2013). *Los muertos de la ley 100*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- García Amado, J. A. (1998). *El individuo y los grupos en el derecho laboral. Los dilemas del vínculo social*. León : Universidad de León .
- García Figueroa, A. (2002). Un punto de vista más sobre la filosofía del derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*(XIX), 334-356.
- García Morente, M. (2010). *Lecciones preliminares de filosofía*. Mexico D.F.: Porrúa.
- García, M., & Ceballos, M. (2019). *La profesión jurídica en Colombia: falta de reglas y exceso de mercado*. Bogotá: Dejusticia.
- Gaviria Quintero, H. (2019). Un manotazo a la estabilidad laboral reforzada en el Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022. *Agencia de Información Laboral – AIL*. Recuperado el 24 de 09 de 2019, de <https://ail.ens.org.co/opinion/un-manotazo-a-la-estabilidad-laboral-reforzada-en-el-plan-nacional-de-desarrollo-2018-2022/>

- Gaviria, R. (2014). Variación de la cotización en riesgos laborales: hoja de ruta. *Revista Fasecolda*(157), 40-41.
- Gijon-Machuca, M. A. (2017). *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*. Albacete-España : Editorial Bormarzo S.L.
- Goerlich Peset, J. M., & Nores Torres, L. E. (2018). El fraude a la incapacidad temporal como causa de despido. *Revista de Información Laboral*(11), 11-20.
- Gómez Buendía, H. (Octubre de 1975). La protección desigual: previsión y seguridad social en Colombia. *Coyuntura económica*, 5(3), 71-98.
- Gómez Vélez, M. A. (2014). Sobre la flexibilidad laboral en Colombia y la precarización del empleo. *Diversitas: Perspectivas en Psicología*, 10(1), 103-116.
- Gómez Vélez, M. A. (2017). Sobre el sentido del trabajo en la flexibilidad laboral en Medellín, Colombia. *Equidad & Desarrollo*(29), 83-104.
- Gómez Vélez, M. A., & Torres Granda, C. M. (enero-diciembre de 2015). ¿A qué trabajadores beneficia la flexibilidad? *Revista Facultad de Trabajo Social* (31), 13-32.
- González Baltazar, R., León Coryés, S., Contreras Estrada, M., & Hidalgo González, L. (2018). La educación en Salud Ocupacional. *Revista Colombiana de Salud Ocupacional*.
- González de Aleja, R. (2006). *La incapacidad permanente y sus efectos en el contrato de trabajo*. Albacete: Editorial Bomarzo S.L.
- González Rodríguez, A. L. (1998). Juicio por hechicería en Santiago del Estero, 1761: el caso de las indias Lorenza y Pancha. *Temas Americanistas*, 72-90.
- González Rodríguez, J. L. (2009). *La enfermedad profesional en Colombia: escenarios y procesos de mejora en el diagnóstico*. Valencia: Universidad de Valencia.

- Goyes Moreno, I., & Hidalgo Oviedo, M. (Enero-Abril de 2013). Principios Jurisprudenciales de los riesgos laborales en Colombia. Derecho, Constitución y Justicia. *Revista Pensamiento Jurídico*(36), 141-172.
- Guamán, A. (2013). *De la estabilidad en el empleo a la precariedad laboral por vía de la contratación temporal: la inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo como paradigma del trabajo precario*. Alcalá: Universidad de Alcalá VI.
- Guataquí, J. C. (Diciembre de 2001). La incidencia del contrato de trabajo en el mercado laboral colombiano. *Revista de economía del Rosario*, 4(2), 173-198.
- Guerrero Chaparro, G., Rueda Delgado, G., Rojas Gómez, C. J., & Rodríguez, J. (2015). Definición del límite de gastos de administración para las administradoras de riesgos laborales. En E. Cortés Reyes, & J. Eslava Schmalbach, *Sistema General de Riesgos Laborales en Colombia: suficiencia y variación de la tasa de cotización* (págs. 239-269). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Guerrero Figueroa, G. (2005). *Manual de derecho del trabajo* (Cuarta ed.). Bogotá: Leyer.
- Guevara Fletcher, D. A. (2003). Globalización y mercado de trabajo en Colombia: algunas consideraciones en el marco de la flexibilización laboral. *Reflexión Política*, 5(10), 102-114.
- Gustavo, Z. (1995). Los caracteres generales del derecho constitucional actual. En *El derecho ductil* (págs. 9-20). Madrid: Trotta.
- Gutiérrez Solar, B., & Lahera Forteza, J. (2009). *Compensaciones económicas derivadas del accidente de trabajo: problemática y reformas*. Granada: Comares.
- Hart, H. (1963). *El concepto del derecho*. Buenos Aires : Editorial Abeledo .
- Hernández Ávila, M. (2004). *La fragmentación de la salud en Colombia y Argentina*. Bogotá: UNIBIBLOS.
- Herrero Jaén, S. (Agosto de 2016). Formalización del concepto de salud a través de la lógica: impacto del lenguaje formal en las ciencias de la salud. *Scielo*. Recuperado el 12 de

Diciembre de 2012, de
http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1988-348X2016000200006&lng=es&tlng=es

Hirata, H., & Zarffian, P. (enero-noviembre de 2007). El concepto de trabajo. *Revista de Trabajo*(4), 33-36.

Hume, D. (2001). *Tratado de la naturaleza Humana*. Edición electrónica - Libros en la red. Obtenido de <https://www.dipualba.es/publicaciones/LibrosPapel/LibrosRed/Clasicos/Libros/Hume.pm65.pdf>

Hurtado de Barrera, J. (2000). *Metodología de la investigación holística*. Caracas: Instituto Universitario de Tecnología Caripito.

Hutcheson, F. (1720). *An inquiry into the original of our ideas of beauty and virtue*. Indianapolis: Liberty Fund.

ICBF. (2015). Encuesta Nacional de Situación Nutricional. Bogotá.

ICSS. (18 de diciembre de 1963). Acuerdo 155 de 1963 “Por el cual se expide el reglamento general del seguro social obligatorio de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”.

ICSS. (29 de noviembre de 1967). Acuerdo 258 de 1967 “Por el cual se adopta la Tabla de Valuaciones de Incapacidades originadas por lesiones, por accidentes de trabajo y Enfermedades Profesionales”.

Isaacs Charry, M. A. (2018). *Presentismo laboral: una mirada desde la salud ocupacional como nuevo factor de riesgo laboral (tesis)*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Jaramillo Jassir, I. D. (julio-diciembre de 2010). Presente y futuro del derecho del trabajo: breve historia jurídica del derecho del trabajo en Colombia. *Opinión Jurídica*, 9(18), 57-74.

Jefatura del Estado Español. (30 de diciembre de 1963). Ley 193 de 1963 "Sobre bases de la Seguridad Social". *Boletín Oficial del Estado*.

Jefatura del Estado Español. (21 de junio de 1972). Ley 24 de 1972 "De financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social". *Boletín Oficial del Estado* (149).

Jefatura del Estado Español. (15 de julio de 1997). *Ley 24/1997 "Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social"*. Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/pdf/1997/BOE-A-1997-15810-consolidado.pdf>

Jefatura del Estado Español. (5 de noviembre de 1999). Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. *Boletín Oficial del Estado*.

Jiménez Buñuales, M. T., González Diego, P., & Martín Moreno, J. M. (2002). La clasificación internacional del funcionamiento de la discapacidad y de la salud. *Revista Española de Salud Pública*, 271-279.

Larios Pino, J. L. (Enero de 2013). Flexibilidad laboral: Eufemismo a una política de regresión. *Justicia*(23), 137-156.

Lesmes Silva, C. (2016). *Los principios de dignidad humana, proporcionalidad y buena fe como límites a los derechos del trabajador (tesis)*. Burgos: Facultad de Derecho, Universidad de Burgos.

Linares, P., & López Martínez, V. (Junio-Diciembre de 2017). La intervención sindical en la salud laboral. *ARXIUS*(36-37), 89-96.

López Insua, B. d. (2012). *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la seguridad social*. Granada (España): Universidad de Granada.

López Roza, E., & Riaño Casallas, M. I. (2015). Presentismo y su relación con la seguridad y salud en el trabajo: una revisión de la literatura. *Movimiento Científico*, 50-59.

- López, S. A. (2007). Efectos individuales del despido y la resiliencia como facilitador en la búsqueda de empleo. *Panorama Socioeconómico*, 168-172.
- López-Ibor, R., Escot Mangas, L., Fernández Cornejo, J. A., & Olmedo Fernández, E. (2010). *La productividad, el absentismo laboral y el género en la Comunidad de Madrid*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid .
- Lousada Arochena, J. F. (2016). *La protección de la salud laboral en el trabajo temporal y en las empresas de trabajo temporal*. Albacete: Bomarzo.
- Luhmann, N. (1974). Tesis sobre la dogmática. En N. Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (págs. 25-42). Madrid: C.E.C.
- Luhmann, N. (1994). *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza Universidad.
- Luna García, J. E. (2002). *La participación en salud laboral de los trabajadores y trabajadoras en Colombia*. Bogotá: Editorial 28 de Julio.
- Luna García, J. E. (2015a). El sistema general de riesgos laborales en Colombia: del Instituto de Seguros Sociales a la actualidad. En E. Cortés Reyes, & J. Eslava Schmalbach, *Sistema General de Riesgos Laborales en Colombia: suficiencia y variación de la tasa de cotización* (págs. 17-67). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Luna García, J. E. (2016). El modelo de seguridad social en riesgos laborales: entre el seguro público y la administración privada. En A. Decsi, *Poder Político y mercado en las reformas a la seguridad social* (págs. 334-376). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Luna García, J. E. (2019). El modelo de la seguridad social en riesgos laborales: entre el seguro público y la administración privada. En D. Arévalo Hernández, *Poder político y mercado en las reformas a la seguridad social* (págs. 332-376). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

- Luna García, J. E., & Colmenares Mejía, C. C. (2015). Del programa de salud ocupacional al sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo. En E. Cortés Reyes, & J. Eslava Schmalbach, *Sistema General de Riesgos Laborales en Colombia: suficiencia y variación de la tasa de cotización* (págs. 71-163). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Luna García, J. E., Buitrago Gutiérrez, G., & Bayona Rodríguez, H. (2015). Tasa comercial y mecanismo de variación de la tasa de cotización de las empresas en el Sistema General de Riesgos Laborales en Colombia. En E. Cortés Reyes, & J. H. Eslava Schmalbach, *Sistema General de Riesgos Laborales en Colombia: suficiencia y variación de la tasa de cotización* (págs. 271-306). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Macías Vásquez, C., & Hernández Muñoz, G. (2012). El ofrecimiento del trabajo y la reinstalación, su eficiencia en la garantía de un trabajo digno y socialmente útil. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*(14), 113-157.
- Martínez Emperador, R. (2015). *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Martínez-Gijón Machuca, M. Á. (2017). *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*. Madrid: Bomarzo.
- Martínez-Gijón Machuca, M. Á. (2018). El despido por ineptitud sustentado en el informe del servicio de Previsión de Riesgos Laborales. *Trabajo y Derecho*.
- Marx, C. (1931). *El Capital: crítica de la economía política*. México: Ediciones Fuente Cultural.
- Méda, D. (1998). *El trabajo. Un valor en peligro de extinción*. Barcelona: Gedisa S.A.
- Méda, D. (enero-noviembre de 2007). ¿Qué sabemos sobre el trabajo? *Revista de Trabajo*(4), 17-32.

- Mejía Quintana, O. (2012a). *Filosofía del derecho contemporánea. Una reconstrucción del estatuto epistemológico*. Bogotá: Ibañez.
- Mejía Quintana, O. (julio-diciembre de 2012b). El Dilema Histórico de la Decisión Judicial: La teoría del derecho de Jürgen Habermas. *Revista panameña de política*(14), 67-103.
- Mejía Quintana, O. (2013). *Legitimidad, validez y eficacia: prolegómenos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del Derecho*. Bogotá: Temis S.A.
- Merlo, C. A. (2015). Los conceptos de evolución social y progreso en Marx y Habermas. *XI Jornadas de Sociología (Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires)*. Buenos Aires: Acta Académica.
- Ministerio de Empleo y Seguridad Social de España. (2015). Real Decreto Legislativo 8 de 2015 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social del 30 de octubre. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social de España.
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2018). *Solicitud de concepto proyecto de ley No 156 de 2018*. Bogotá: Ministerio de Hacienda.
- Ministerio de la Protección Social. (7 de Septiembre de 2004). Decreto 2879 de 2004. Por el cual se adoptan medidas para controlar la evasión y elusión de aportes parafiscales y se dictan disposiciones en materia de Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, Empresas Asociativas de Trabajo. *Diario Oficial*(45665). Bogotá, Colombia. Recuperado el 21 de Febrero de 2020, de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1497902>
- Ministerio de la Protección Social. (2009). *Manual de procedimientos para la rehabilitación y reincorporación ocupacional de los trabajadores en el Sistema General de Riesgos Profesionales*. Bogotá: Ministerio de la Protección Social.

Ministerio de la Protección Social. (2010). *Manual de procedimientos para la rehabilitación y reincorporación ocupacional de los trabajadores en el Sistema General de Riesgos Profesionales*. Bogotá: Ministerio de la Protección Social.

Ministerio de la Protección Social; Superintendencia de la Economía Solidaria. (27 de Agosto de 2004). Circular Conjunta 0067. Distinción entre las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA) y las Empresas de Servicios Temporales (EST). Bogotá, Colombia. Recuperado el 21 de Marzo de 2020, de <http://www.supersolidaria.gov.co/es/normativa/circulares-conjuntas/>

Ministerio de Salud y Protección Social. (2013). ABC del Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021. Bogotá. Recuperado el 12 de Diciembre de 2020, de https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/ED/PSP/MP_4feb+ABCminsalud.pdf

Ministerio de Salud y Protección Social. (6 de mayo de 2016). *Decreto 780 de 2016 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Salud y Protección Social"*. Obtenido de https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Decreto%200780%20de%202016.pdf

607

Ministerio de Trabajo de España. (23 de junio de 1972). *Decreto 1646 de 1972 "Para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social"*. Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/pdf/1972/BOE-A-1972-944-consolidado.pdf>

Ministerio de Trabajo de España. (20 de junio de 1994). Real Decreto Legislativo 01 de 1994 "Por el que se aprueba el texto refundido de la ley general de la seguridad social". *Boletín Oficial del Estado*. Obtenido de <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/37505/64927/S94ESP03.htm>

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. (1979). Resolución 2413 de 1979 (mayo 22) "Por la cual se dicta el Reglamento de Higiene y Seguridad para la Industria de la Construcción". Bogotá: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. (1989). Resolución 1016 de 1989 (marzo 31) "Por la cual se reglamenta la organización, funcionamiento y forma de los Programas de Salud Ocupacional que deben desarrollar los patronos o empleadores en el país". Bogotá: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. (1994). Decreto 1259 de 1994 (junio 22) "Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales". *Diario Oficial No. 41.405, del 24 de junio de 1994*. Bogotá.

Ministerio del Trabajo. (2013). Procedimiento de autorización de terminación del vínculo laboral o de trabajo asociativo a trabajadores con discapacidad. Bogotá. Recuperado el 29 de 08 de 2019, de <http://pactodeproductividad.com/inclusion/wp-content/uploads/2015/04/procedimiento-autorizacion-de-terminacion-del-vinculo-laboral-o-de-trabajo-asociativo-a-trabajadores-con-discapacidad1-2.pdf>

Ministerio del Trabajo. (12 de agosto de 2014). Decreto 1507 de 2014 "Por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional". *Diario Oficial(49.241)*.

Ministerio del Trabajo. (2018). *Resolución por la cual se establece el Programa de rehabilitación integral y reincorporación ocupacional y laboral en el SGRL*. Obtenido de <https://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/59676/PROYECTO+RESOLUCI%C3%93N+RHB.pdf/86e43987-04b4-9b92-8eac-ede27262ca3>

Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social. (13 de julio de 2018). *Decreto 1333 "Por el cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, se reglamenta las incapacidades superiores a 540 días y se dictan otras disposiciones"*. Obtenido de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201333%20DEL%2027%20DE%20JULIO%20DE%202018.pdf>

- Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. (7 de septiembre de 1998). *Circular No 002*.
Obtenido de
https://www.axacolpatria.co/arpc/docs/circular_mintrabajo_cit00298.htm
- Momm, W., & Ransom, R. (1998). Discapacidad: conceptos y definiciones. En J. M. Stellman, *Enciclopedia de salud y seguridad en el trabajo* (págs. 17- 17.49). Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España.
- Moncayo, V. M., & Rojas, F. (1 de octubre de 1978). *Luchas obreras y política laboral en*. Medellín: La Carreta.
- Monereo Pérez, J. L., & Rodríguez Iniesta, G. (4 trimestre de 2018). Las incapacidades laborales en el punto de mira de la administración de la seguridad social: entre exigencias “control” y necesidad ineludible de “racionalización integral” de su tratamiento jurídico. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*(17), 25-32.
- Montoya Echeverri, L., & Escobar Pérez, M. L. (2012). Presente y futuro de la calificación de la invalidez en Colombia. *Revista CES Derecho*, 3(2), 85-91.
- Montoya Guzmán, J. D. (2011). ¿Conquistar indios o evangelizar almas? Políticas de sometimiento en las provincias de las tierras bajas del Pacífico (1560-1680). *Historia Crítica*(45), 10-30.
- Montoya Melgar, A. (2001). La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio. *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*(33), 61-73.
- Montoya Melgar, A. (2005). La estabilidad en el empleo y su garantía jurisdiccional y administrativa. *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*(58), 135-150.
- Moqueda Blasco, J. (julio-septiembre de 2016). 20 años de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: Avances y retos de las profesiones sanitarias. *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 62(244), 175-177.
- Morales de Satien Rabian, C. (2000). La fuerza del derecho: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner.

- Morales Manchego, M. (2 de junio de 2019). Abusos en Colombia con las incapacidades médicas. *El Tiempo*.
- Moreno Angarita, M., & Boada Mojica, J. d. (2013). *Las ARP y el Manual Guía sobre Procedimientos para la Rehabilitación y Reincorporación Ocupacional de los Trabajadores en el Sistema General de Riesgos Profesionales: una aproximación reflexiva*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Moreno Angarita, M., Rubio, S. X., & Angarita, D. C. (2011). *Valoración de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional en Colombia: antecedentes, realidades y perspectivas de actualización*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Moreno Flórez, S. P. (2015). *La construcción jurisprudencial de los derechos fundamentales de los trabajadores en Colombia (tesis)*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Moreno Gené, J. (2014). Límites constitucionales e internacionales a la extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador. *Revista Doctrina Arizandi*.
- Moreno Gené, J. (2018). El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal de "larga duración": una de cal y otra de arena. *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 132-139.
- Naranjo Mejía, N. (julio-diciembre de 2006). Estabilidad laboral reforzada. Un mecanismo de protección para la igualdad de los discapacitados físicos. *Revista Derecho del Estado*(19), 157-170.
- Neves Mujica, J. (1987). La estabilidad laboral en la Constitución. *THEMIS: Revista de Derecho*(9), 28-32.
- Nieto, A. (2000). *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel.
- Nieto, J. (2014). Enfermedades laborales, una pandemia que requiere prevención. *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 60(234), 1-3.
- Nova Melle, P. (1996). El absentismo laboral como indicador de unas deficientes condiciones de trabajo. *Cuadernos de Relaciones Laborales*(9).

Núñez Méndez, J. A. (2005). Éxitos y fracasos de la reforma laboral en Colombia. *Documento CEDE*(43).

Obando Garrido, J. M. (2007). *Derecho Laboral* . Bogotá : Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Obregón Sevillano, T. M. (Marzo de 2016). Estabilidad laboral no es sinónimo de reposición. *Revista Derecho & Sociedad*(46), 199-206.

OIT. (1919). C003 - Convenio sobre la protección de la maternidad. Obtenido de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C003

OIT. (1981). C155 - Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores. Obtenido de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C155

OIT. (22 de Junio de 1982). C158 - Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo. Obtenido de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158

OIT. (1983). C159 - Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas).

OIT. (2006). C187 - Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo. Obtenido de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C187

OIT. (s.f.). *Herramientas de la OIT para el desarrollo sostenible de las empresas*. Recuperado el 12 de Diciembre de 2020, de <http://www.herramientasoit.org/solve/>

Olivecrona, K. (s.f.). *Lenguaje Jurídico y realidad*.

- OMS. (1986). Carta de Ottawa. Primera Conferencia Internacional para la Promoción de la Salud. Ottawa. Obtenido de <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2013/Carta-de-ottawa-para-la-apromocion-de-la-salud-1986-SP.pdf>
- OMS. (10 de 2006). *CONSTITUCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Documentos básicos, suplemento de la 45a edición*. Recuperado el 11 de 12 de 2020, de http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf
- OPS. (2020). Estrategia de promoción de la salud en los lugares de trabajo de América Latina y el Caribe. *TALLER ESTRATEGIA DE PROMOCIÓN DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE*. San José de Costa Rica.
- Ortega Suescún, D. L. (2016). *Elementos para la interpretación justa de la figura de la estabilidad laboral reforzada en Colombia, desde las teorías de los sistemas y de la justicia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Ortega Suescún, D. L. (2019). El movimiento pendular de la estabilidad laboral reforzada por salud en Colombia y España. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*(21), 199-213.
- Pallarès Piquer, M., & Chiva Bartoll, Ò. (2017). La teoría de la educación desde la filosofía de Xavier Zubiri. *Opción. Revista de la Universidad de Zulia*, 91-113.
- Páramo, P., Herrera, A. N., & Santana, A. C. (2013). *La investigación en ciencias sociales: estrategias de investigación*. Bogotá: Universidad Piloto de Colombia.
- Pardo, J. M. (Enero-Marzo de 2015). La profesión habitual: una referencia a modificar en la valoración de la incapacidad laboral. *Revista Medicina y Seguridad del Trabajo*, 68-77.
- Pardo, J. M. (2016). Reflexión sobre los problemas a la reincorporación laboral tras incapacidades médicas largas. *Revista de medicina y seguridad del trabajo*.

- Paz Menéndez, S. (Enero de 2017). La batalla entre el ser y el deber ser en la aplicación horizontal del principio de igualdad. A propósito de la problemática indemnización de los interinos. *Nueva revista española de derecho del trabajo*(194), 165-201.
- Pérez Dalmeda, M. E., & Chhabra, G. (2019). Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del concepto de discapacidad en las últimas cinco décadas. *Revista Española de Discapacidad*, 7-27.
- Pérez Leñero, J. (1956). *Fundamentos de la Seguridad Social*. Madrid: Aguilar S.A.
- Perilla Suárez, Jairo. (3 de septiembre de 2019). La polémica desatada por la circular que regula despido de personas con discapacidad. *El Espectador*.
- Pino, S. M. (2005). Transformaciones laborales en el campo vallecaucano. Siglo XIX. *Historia y espacio*, 79-111.
- Plácido, D. (2009). ¿Hubo previsión social en las sociedades preindustriales? Estado de la cuestión y vías de investigación. La Antigüedad. En S. Castillo, & R. Ruzafa, *La previsión social en la Historia. Actas del VI Congreso de Historia Social de España, Vitoria, 3-5 de julio de 2008* (págs. 3-20). Madrid: Siglo XXI.
- Polidura Castillo, A. (2017). El restablecimiento de las condiciones contractuales frente al desequilibrio sobreviniente en el derecho privado colombiano. *Revista de derecho privado*, 57, 1-36.
- Polo Rojas, I. E. (2017). *Fibromialgia en trabajadores ¿Es una enfermedad laboral?* Barranquilla: Universidad Libre de Colombia.
- Ponce Bravo, G. (2018). El fuero de salud. La necesidad de recuperar el equilibrio entre la protección a la estabilidad laboral y el mercado de trabajo. En H. Avendaño Cruz, *Trabajo formal en Colombia* (págs. 101-157). Bogotá: Fasecolda.
- Ponce Esteban, M. E. (2005). Los conceptos de justicia y derecho en Kant, Kelsen, Hart, Rawls, Habermas, Dworkin y Alexy. (UNAM, Ed.) *Jurídica: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*(35), 211-234.

Porras Ramírez, C. (2019). Autorización de despido para trabajadores con fuero de salud. *Semana*. Recuperado el 21 de 08 de 2019, de <https://www.semana.com/opinion/articulo/autorizacion-de-despido-para-trabajadores-con-fuero-de-salud/275526/>

Presidencia de la República. (1948). Código procesal del trabajo y de la seguridad social. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_procedimental_laboral.html

Presidencia de la República. (21 de diciembre de 1964a). Decreto 3169 de 1964 “Por el cual se aprueba el reglamento de inscripciones, clasificación de empresas y aportes para el seguro social obligatorio de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”. Obtenido de <http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Decretos/30041456>

Presidencia de la República. (21 de diciembre de 1964b). Decreto 3170 de 1964 "Por el cual se aprueba el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales". Obtenido de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30041457>

Presidencia de la República. (13 de julio de 1989). Decreto 1546 de 1989 “Por el cual se aprueba el Acuerdo número 470, emanado de la Junta Administradora del Instituto de Seguros Sociales”. Diario Oficial 38.897. Imprenta Nacional.

Presidencia de la República. (30 de junio de 1994a). Decreto 1346 de 1994 "Por el cual se reglamenta la integración, la financiación y el funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez". Diario Oficial 41.415. Bogotá: Imprenta Nacional.

Presidencia de la República. (6 de diciembre de 1994b). Decreto 2684 de 1994 “Por el cual se determina la vigencia de las Juntas de Calificación de Invalidez”. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=74115>

Presidencia de la República. (4 de agosto de 1994c). Decreto 1836 de 1994 "Por el cual se adopta la Tabla Única de Valuación de Incapacidades del Manual Único para la Calificación de la Invalidez". Diario Oficial 41.473. Imprenta Nacional.

Presidencia de la República. (28 de abril de 1995a). Decreto 692 de 1995 "Por el cual se adopta el Manual Único para la Calificación de la Invalidez". Diario Oficial 41.826. Bogotá: Imprenta Nacional.

Presidencia de la República. (13 de febrero de 1995b). Decreto 303 de 1995 "Por el cual se determina la vigencia de las Juntas de Calificación de Invalidez". Diario Oficial 41.714.

Presidencia de la República. (9 de junio de 1999). Decreto 917 de 1999 "Por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995". Diario Oficial 43.601. Bogotá: Imprenta Nacional.

Presidencia de la República. (22 de febrero de 2000). Decreto 266 del 22 de febrero de 2000 "Por el cual se dictan normas para suprimir y reformar las regulaciones, trámites y procedimientos". Diario Oficial 43.906. Bogotá: Imprenta Nacional.

Presidencia de la República. (21 de noviembre de 2001). Decreto 2463 de 2001 "Por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de invalidez". Diario Oficial 44.622. Bogotá: Imprenta Nacional.

Presidencia de la República. (10 de enero de 2012). Decreto 019 de 2012 "Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública". Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0019_2012.html#1

Presidencia de la República. (27 de junio de 2013). Decreto 1352 de 2013 "Por la cual se reglamenta la Organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones". Diario Oficial 48.834. Imprenta Nacional.

Presidencia de la República. (6 de mayo de 2016). Decreto 780 de 2016 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Salud y Protección Social". Obtenido de

https://www.mindeporte.gov.co/recursos_user/2019/Juridica/Normograma/Decretos/Decreto-780-de-2016-Sector-Salud-y-Proteccion-Social.pdf

Quiñones Tinoco, C. S., & Rodríguez Lugo, S. (Julio-Diciembre de 2015). La reforma laboral, la precarización del trabajo y el principio de la estabilidad en el empleo. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*(21), 179-201.

Real Academia Española de la Lengua. (2021). *Diccionario de la lengua española*. Obtenido de <https://dle.rae.es/>

Reale, M. (1953). El término "Tridimensional" y su contenido. En M. Reale, *La teoría tridimensional del derecho*.

Rearte, M. (2007). El cambio de paradigma científico y el derecho. (U. d. Rica, Ed.) *Revista de Ciencias Sociales, III-IV* (117-118), 197-210.

Recasens Siches, L. (1980). *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. México: Porrúa.

Red Europea de Promoción de la Salud en el Lugar de Trabajo. (1997). Declaración de Luxemburgo. Recuperado el 12 de Diciembre de 2020, de <https://www.insst.es/documents/94886/581928/Declaracion+de+Luxemburgo.pdf/3a8c8964-8f45-4a18-916c-11c6ba2cfbd1>

Restrepo Arango, M. M. (2017). Proyecto de ley 224 “Por medio de la cual se implementa un servicio de guarderías en las grandes y medianas empresas para los hijos menores de los trabajadores y se dictan otras disposiciones”. Obtenido de Cámara de Representantes: <https://www.camara.gov.co/servicio-de-guarderias-en-empresas>

Rodríguez Salazar, O. (1991). En los orígenes de la crisis de la seguridad social: el caso de los seguros sociales. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, 281-307.

Rodríguez Mesa, R. (2013). *Sistema de Riesgos Laborales*. Barranquilla: Universidad del Norte.

- Rodríguez Ortega, J. A. (2014). Crisis en la legitimidad del Estado, del derecho y de la democracia liberal. *Pensamiento Jurídico*, 105-126.
- Rodríguez Salazar, O. (2006). Del patronato al aseguramiento en el sistema de protección social en Colombia: asistencia, identificación y legitimidad. En Y. Le Bonniec, & O. Rodríguez Salazar, *Crecimiento, equidad y ciudadanía: hacia un nuevo sistema de protección social* (págs. 197-281). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Rodríguez Salazar, O. (2007). Regulación macroeconómica y equidad. En D. Restrepo, *Equidad y Salud: Debate para la acción*. Bogotá: Centro de Investigaciones para el Desarrollo.
- Rodríguez Santos, F. J. (2018). Reintegro tardío del trabajador tras la denegación de la incapacidad permanente: ¿dimisión o despido? *Aranzandi Instituciones*, 1-5.
- Rodríguez Sanz de Galdeano, B. (2014). La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad. *Temas laborales*(127), 85-120.
- Rodríguez, Y., Pedraza, X., & Martínez, J. (2017). Evaluación de la madurez de la gestión de la seguridad y salud en el trabajo: revisión literaria. *Revista Signos*, 9(1), 113-127.
- Romagnoli, U. (1997). *El derecho, el trabajo y la historia*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- Romero Ramos, M. C. (2016). Aspectos prácticos sobre el fuero de salud y sus implicaciones laborales. Visión empresarial. *XXXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*.
- Rosanvallon, P. (1995). *La nueva cuestión social. Repensar el Estado Providencia*. Buenos Aires: Manantial.
- Ruprecht, A. (Abril-Junio de 1966). La estabilidad en el empleo. *Revista de Política Social*(70), 215-226.

- Sanchis Almenara, M., Martínez Gómez, L., Valero Martínez, M., Serrano Ortiz, J., Marzo Roselló, R., & Ruiz Folgado, R. (2017). ¿Por qué se deben emprender acciones de promoción de la salud entre los trabajadores? *Instituto de Biomecánica*(64), 74-79.
- Schmitt, C. (2009). *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza.
- Sen, A. (2000). El desarrollo como libertad. *Gaceta Ecológica*(55), 14-20.
- Senado de la República. (2020). <http://leyes.senado.gov.co>. Obtenido de <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/cuatrenio-2018-2022/2020-2021/article/274-por-medio-del-cual-se-fortalece-la-estabilidad-laboral-de-las-mujeres-embarazadas-en-las-diferentes-modalidades-de-contratacion>
- Serrano Arguello, N. (2008). Trabajadores despedidos por enfermedad. Cuando el derecho se aleja de la justicia. (Universidad de Valladolid, Ed.) *Revista General del Derecho al Trabajo y Seguridad Social*.
- Serrano Argüello, N. (2008). Trabajadores despedidos por enfermedad: cuando el Derecho se aleja de la justicia. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 1-22.
- Sesma Arrastia, P. (2020). *Una revisión sobre el presentismo laboral (tesis)*. Pamplona (España): Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Pública de Navarra.
- Severo Rocha, L. (2013). Epistemología del Derecho: Revisitando las tres matrices jurídicas. *Revista de Estudios Constitucionales, Hermenéutica y Teoría del Derecho*.
- Silva Arévalo, E. (2005). Paul Ricoeur y los desplazamientos de la hermenéutica. *Teología y Vida*, 167-205.
- Silvent Hernández, N. (Febrero de 2012). La problemática calificación del despido del trabajador por ausencias debidas a su enfermedad. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 4(10), 65-72.
- Silvestre, J., & Pons, J. (2009). El seguro de accidentes de trabajo, 1900-1935. *XVI Encuentro de Economía Pública*, 1-30. Granada: Universidad de Granada.

- Sirgo Granada, P. (2016v). Nuevas perspectivas para la salud laboral en un marco público y privado. *Revista Medicina y Seguridad del Trabajo*, 178-187.
- Smith, A. (1774). De la división del trabajo. En *Investigación de la naturaleza y causas de las riquezas de las naciones*, 7-462. Valladolid.
- Smith, A. (1997). *La teoría de los sentimientos morales*. Madrid: Alianza Editorial.
- Supiot, A. (1996). *Crítica del derecho del trabajo*. Madrid: Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales.
- Supiot, A. (2007). *Homo jurídicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Tatamuez-Tarapues, R. A., Domínguez, A. M., & Matabanchoy-Tulcán, S. M. (2019). Revisión sistemática: Factores asociados al ausentismo laboral en países de América Latina. *Universidad y Salud*, 21(1), 100-112.
- Taylor, S., & Bogdan, R. (1994). *Introducción a los métodos cualitativos de investigación. La búsqueda de significados*. Barcelona: Paidós.
- Teubner, G. (1993). La nouvelle auto-referentialité en Le Droit: un Systeme Autopoiétique. 25-42.
- Teubner, G. (2000). Derecho reflexivo. En G. Teubner, & P. Bourdieu, *La fuerza del derecho* (págs. 123-143). Bogotá: Siglo del Hombre.
- Thompson, L. (s.f.). *El debate sobre la reforma de la seguridad social: en busca de un nuevo consenso. Un resumen*. Ginebra: Urban Institute Press.
- Toboso Martín, M., & Arnau Ripollés, M. S. (2008). La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 64-94.
- Toro Ramírez, C. C. (2016). Fuero de salud: una protección al trabajador en situación de discapacidad. En L. A. Montenegro Mora, *Retos de las relaciones de trabajo y de la seguridad social en el Siglo XXI* (págs. 51-64). San Juan de Pasto: UNIMAR.

- Torres Rey, C., Conde Sierra, J. V., Checa Guerrero, D., Díaz Criollo, S., Palma Parra, R., & Varona Uribe, M. (2012). Servicios de medicina del trabajo en Colombia. *Revista de Salud Pública* (14), 596-606.
- Torres Tovar, M. (2019). *Movilización social en Colombia para la protección de la salud en el trabajo en un contexto de inequidad*. Ginebra-Suiza: United Nations Research Institute for social Development.
- Torres Tovar, M. (2020). *Luchas obreras por la salud en Colombia: el caso de las asociaciones de trabajadores y extrabajadores enfermos por el trabajo*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Torres Tovar, M., Luna García, J. E., & Ruíz Vallejo, R. (2016). Derrota de la protección y la prevención de la salud en el mundo del trabajo. *Revista Salud y Trabajo*(92).
- Torres Tovar, M., Ortega Suescún, D., & Luna García, J. (11 de septiembre de 2019). Circular 049 refuerza más la inestabilidad laboral. *Periódico Universidad Nacional de Colombia*.
- Tortuero Plaza, J. L. (2009). *La reforma de la jubilación: políticas de pensiones y políticas de empleo*. Ministerio de Trabajo e Inmigración de España - Secretaría de Estado de Seguridad Social de España.
- Toscani Giménez, D. (2014). Las ampliaciones legales del concepto de accidente de trabajo. *Nueva revista española de derecho del trabajo*(161), 59-80.
- Trejo Sánchez, K. (2011). Estabilidad en el empleo y despido individual en la legislación laboral mexicana. (U. A.-U. Azcapotzalco, Ed.) *El Cotidiano*(170), 79-87.
- Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. (19 de diciembre de 2017). *Sentencia STSJ del País Vasco, del 19 de diciembre de 2017*. Obtenido de <https://vlex.es/vid/728481333>
- Uclés Villalobos, V., & Espinoza Reyes, R. (2018). Reinserción laboral como parte fundamental de la rehabilitación de la persona con discapacidad. *Revista Clínica de la Escuela de Medicina UCR-HSJD*, 8(1), 11-19.

- Uprimny Yepes, R., & Rodríguez Garavito, C. (2007). Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad en la educación primaria. En J. y. Centro de Estudios de Derecho, *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas* (págs. 24-70). Bogotá: Ediciones Antropos.
- Valdeolivas García, Y. (2012). *Aseguramiento y Protección Social de los riesgos profesionales: análisis a la luz de la responsabilidad empresarial en materia preventiva*. Albacete: Editorial Bomarzo.
- Valdés Sánchez, G. (2018). *Derecho laboral individual* (Primera ed.). Bogotá: Universidad del Rosario y Legis.
- Valencia Echeverri, C. (2018). *Comparación de la calificación emitida por los médicos laboral versus fisioterapeuta aplicando los MUCI colombiano (tesis)*. Medellín: Facultad Nacional de Salud Pública, Universidad de Antioquia.
- Valencia Echeverri, C., & Díaz Rodríguez, E. (2014). *Comparación de las deficiencias en los sistemas músculo esquelético, nervioso periférico y reumatológico, del decreto 917 de 1999, con el decreto 1507 del 2014, que fueron aplicadas en algunos dictámenes realizados por el CENDES*. Medellín: Universidad CES.
- Valero Pacheco, I. C. (2020). La incapacidad temporal y la enfermedad relacionada con el trabajo en la seguridad social. Una aproximación a partir de la revisión de literatura. *Verba Juris*(44), 1-28.
- Vasapollo, L. (2017). La “estabilidad” contraria al trabajo: una imposición de la mundialización capitalisata. *Laberinto*(24), 92-96.
- Vásquez Jiménez, N. L., & Delgado Henríquez, A. M. (2019). Estado del arte del reintegro laboral en trabajadores de países latinoamericanos entre 1998-2019. *Revista Colombiana de Salud Ocupacional*, 1-9.
- Vásquez, H. (01 de Abril de 2013). *Agencia de Información Laboral (AIL)*. Obtenido de <https://ail.ens.org.co/derecho-laboral/sistema-riesgos-laborales-sin-dialogo-social/>

- Vega Vargas, W. M. (2010). *Transformaciones en la protección social en Colombia (tesis)*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Maestría en Historia. Recuperado el 08 de Julio de 2020, de <http://bdigital.unal.edu.co/4507>
- Vela Orbegozo, B. (2015). *Colombia no es una isla: una contribución al debate sobre la formación del Estado colombiano en el entorno global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Vergeer, R., & Kleinknecht, A. (2014). ¿Cómo afecta la desreglamentación a la productividad laboral? Análisis de datos de panel de 20 países de la OCDE (1960-2004). *Revista Internacional del trabajo*, 133(3).
- Vernengo, R. (Julio-Septiembre de 1992). Legalidad y legitimidad: Los fundamentos morales del derecho. *Revista de Estudios Políticos*(77).
- Vicente Pardo, J. M. (2016). Reflexión sobre los problemas a la reincorporación laboral tras incapacidades médicas largas. *Revista de medicina y seguridad del trabajo*.
- Vida Soria, J. (1996). La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo. *Tribuna Social: Revista de seguridad social y laboral*(61), 7-31.
- Villar Borda, L. (diciembre de 2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. *Revista Derecho del Estado*(20), 73-96.
- Villavicencio Ríos, A. (2013). El derecho al trabajo: en tránsito del despido libre al derecho constitucional garantizado. *Revista de la Facultad de Derecho*, 309-339.
- Wendell Holmes, O. (s.f.). *La senda del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Zagrebelsky, G. (1995). Los caracteres generales del derecho constitucional actual. En *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia* (págs. 9-20). Madrid: Editorial Trotta.
- Zamora Salas, J. D. (Julio-Diciembre de 2011). Importancia de la actividad física, el ejercicio y la recreación en la salud laboral de los trabajadores. *Revista de la Sociedad Española de Salud Laboral en la Administración Pública*, II(12), 22-26.

Zapata Escobar, A. M., & Grisales Franco, L. M. (Julio-Diciembre de 2017). Importancia de la formación para la prevención de accidentes en el lugar de trabajo. *Revista Salud de los trabajadores*, 25(2), 156-166.

Zapata Escobar, A. M., & Grisales Franco, L. M. (2017). Importancia de la formación para la prevención de accidentes en el lugar de trabajo. *Revista Salud de los Trabajadores*.

Zúñiga Romero, M. (2012). Flexibilización laboral y ética empresarial. *Revista de Derecho*(37), 321-349.