**MONOGRAFRÍA**

**Título**

Los trabajadores en misión y la estabilidad laboral reforzada del fuero de salud

**Subtítulo**

Análisis de la estabilidad laboral reforzada del fuero de salud y los problemas que enfrentanlas Empresas de Servicios Temporales para garantizar el principio de estabilidad laboral, la salud y la igualdad de los trabajadores en misión.

**VALENTINA FERRER VANEGAS**

**MARIA CAMILA OROZCO GALVIS**

**ASESOR DE MONOGRAFÍA**

**JAIRO DANIEL CORTES RAMIREZ**

## Planteamiento del problema

Durante las últimas décadas, la estabilidad laboral se ha ido construyendo dentro de la jurisprudencia y normatividad de nuestro país, abriendo así camino para la protección de la parte débil del contrato laboral: el trabajador. En Colombia hay dos tipos de estabilidades: la *relativa* y la *reforzada*. La primera se desprende del artículo 53 de la Constitución Política y ampara a todos los trabajadores formales colombianos; se torna activa en el momento en que un empleador despide sin justa causa al trabajador y este debe ser indemnizado, garantizando el principio del cual trata el artículo 53:

> El Congreso expedirá el estatuto del trabajo y la Ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios: 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 normaslaborales; (Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, 1991).

La estabilidad laboral *reforzada*, por otro lado, otorga al trabajador una protección especial dado el mayor grado de vulnerabilidad que presenta frente a otros trabajadores. La ley señala una lista taxativa de los casos en los que este tipo de estabilidad debe ser aplicada, según las condiciones particulares con las que cuente el trabajador. Están ubicados por fueros de protección, tales como el fuero de maternidad, fuero sindical, fuero circunstancial, fuero de salud, entre otros. El despido de estos trabajadores debe ocurrir solo por justa causa y otorgada previa autorización del Ministerio de Trabajo, siguiendo las condiciones que cada fuero establezca.

El artículo 26 de la ley 361 de 1997 ha sido tema de discusión en las altas Cortes frente a la interpretación que debe darse para determinar en qué momento se está vulnerando al trabajador conforme a su debilidad manifiesta, es decir: cómo se puede probar que el empleador no terminó el contrato o dio fin a la relación laboral debido a su condición de salud.

> 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 Nacional de la República de

Colombia, 1997).

El presente proyecto adelantará un análisis de los trabajadores en misión, que en su mayoría son contratados bajo las figuras de contrato por obra o labor, o por contrato temporal, ocasional o accidental.

Los trabajadores en misión, según establece el artículo 74 de la Ley 50 de 1990, son aquellos enviados por las Empresas de Servicios Temporales (EST) a las empresas usuarias que lo requieren de manera temporal. La vinculación de estos trabajadores se da por un periodo de seis meses prorrogable únicamente por seis meses más, y las obligaciones laborales correspondientes al empleador no recaen sobre la empresa usuaria, sino sobre la EST, pues este es el verdadero empleador frente a los trabajadores en misión.

El *usuario* o la *empresa usuaria* podrán ser personas naturales o jurídicas y podrán hacer la contratación con la EST si cumplen con los requisitos establecido en el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006; de ser cumplidos, los trabajadores en misión serán enviados a desarrollar las actividades que se le fueron asignadas en sus instalaciones.

Actualmente el contrato suscrito por las partes (EST- empresa usuaria) no es de naturaleza laboral, pues lo que se contrata es la prestación de un servicio y no directamente al sujeto que va a prestar el servicio, y a partir de esto se despliegan varias problemáticas sobre la protección del trabajador, pues si bien él cuenta con un contrato laboral con la EST, los servicios los está prestando en otra dependencia y a otra organización (la empresa usuaria), por lo tanto, esto puede generar confusión a la hora de establecer como se protege su estabilidad laboral.

El planteamiento de la norma deja pie a un interrogante: ¿cómo un trabajador en misión que presente alguna debilidad manifiesta o afectación en su salud se puede proteger? Y, ¿cómo, al momento de dar por terminado el requerimiento por el cual fue contratado temporalmente, se protege su estabilidad laboral?

Los trabajadores en misión se han visto afectados al presentar una debilidad manifiesta en su salud, puesto que, al estar bajo el régimen de la tercerización, se han detectado varios vacíos normativos sobre los derechos con los que realmente cuenta este tipo de trabajador, tenida en cuenta su condición temporal y transitoria dentro de la empresa usuaria, a sabiendas de que el periodo de requerimiento no debe sobrepasar los seis meses, prorrogables hasta por seis meses más según el artículo 77 de la ley 50 de 1990.

## Introducción

El presente trabajo de investigación adelantará un estudio de la interpretación dada por las altas Cortes colombianas, la doctrina, las leyes y las normas, a la estabilidad laboral reforzada del fuero de la salud, haciendo énfasis en la tercerización y/o intermediación y los trabajadores en misión.

En Colombia, el derecho a la salud ha tenido diferentes impactos. La Constitución Política de 1991 consagró la salud como un derecho económico, social y cultural, es decir, un derecho de segunda generación, cuyo principal objetivo es garantizar el bienestar general de todo ciudadano colombiano. La Corte Constitucional, posteriormente, categorizó al derecho a la salud como fundamental, al establecer la relación que guarda con la dignidad humana, el derecho a la vida y la integridad del sujeto especial de protección (Cárdenas, 2013).

El campo de aplicación del derecho a la salud, al tratarse de un derecho de conexión con otros derechos fundamentales, se extiende tanto para personas trabajadoras como no trabajadoras, entendiéndose las primeras como personas con un vínculo laboral vigente con un empleador y en cuyo cumplimiento de sus funciones se puede generar el fenómeno de la *estabilidad laboral reforzada* al contraer una enfermedad de riesgo común o de riesgo laboral. En la presente investigación se realizará el estudio de cómo un trabajador puede llegar a adquirir la estabilidad laboral reforzada por la condición adquirida a su salud; pero esta condición se analizará desde el punto de vista de los trabajadores en misión, quienes están vinculados laboralmente, pero su relación está mediada por la figura de la tercerización por las Empresas de Servicios Temporales (EST) y las empresas usuarias que contratan su servicio.

La figura de las EST para trabajadores en misión se configuró con la ley 50 de 1990, que define el funcionamiento de estas empresas; en cuáles circunstancias una empresa usuaria puede contar con trabajadores en misión, los derechos y deberes que adquiere un trabajador en misión al prestar su servicio desde la intermediación, y en qué momentos dicha intermediación puede finalizar. Esta configuración laboral también se tratará a lo largo de este trabajo de investigación, que además apunta a arrojar luces sobre cómo las EST se ven afectadas por el hecho de que un trabajador en misión contraiga la *estabilidad laboral reforzada* por cuestiones de su salud mientras opera todavía la figura de la intermediación, pero, por motivos de incapacidad laboral, el trabajador no pueda realizar las

actividades por las cuales fue contratado.

## Justificación

El presente trabajo de investigación estará enfocado en analizar el alcance del derecho al trabajo de quienes se desempeñan en labores temporales; específicamente, en cómo este derecho es susceptible de ser vulnerado por las diferentes afectaciones en salud que puedan presentar los trabajadores luego de que culmine el término establecido en la ley, dado que, en la mayoría de los casos los trabajadores que son contratados por esta modalidad son aquellos enviados en misión por medio de un Empresa de Servicios Temporales (EST).

El objeto por el que se rigen las EST da cuenta del suministro de la mano de obra temporal para sus clientes o empresas usuarias, para que el trabajador colabore en las actividades específicamente requeridas por los usuarios. El artículo 77 de la ley 50 de 1990 indica en cuáles ocasiones pueden las empresas usuarias contratar con una empresa de servicios temporales:

> Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:
>
> 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo;
> 2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad;
> 3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más (Congreso Nacional de la República de Colombia, 1990).

Desde la promulgación de la Constitución Política de Colombia, los artículos 13, 25 y 53 han tenido como base la protección de varios principios mínimos fundamentales frente a los derechos laborales. Entre ellos está la estabilidad en el empleo, de la cual ningún tipo de trabajador puede ser excluido, en ninguna circunstancia como, por ejemplo, tener alguna debilidad manifiesta en su salud. Respecto al artículo 13 de la Constitución Política, la jurisprudencia ha desarrollado diferentes instituciones, tanto sustanciales como procesales, denominadas acciones afirmativas, para garantizar el pleno cumplimiento de dicho artículo y que todas las personas reciban la misma protección y gocen de los mimos derechos, libertades y oportunidades sin ser discriminados (Orjuela, 2011, pág. 129).

Las EST cuentan con una mayor responsabilidad porque una vez el término del contrato de trabajo del trabajador enviado en misión caduque, automáticamente este quedará desempleado. Pero como se deriva del carácter fundamental del derecho a la salud y su conexión en la vida cotidiana con la dimensión laboral, los trabajadores en misión que presenten una afectación o debilidad manifiesta en su salud merecen ser tratados en lineamientos distintos de los de la generalidad (Orjuela, 2011, pág. 130). Una vez el trabajador en misión se halle afectado en su salud, las empresas no pueden desprotegerlo, dado que, al momento de la terminación del contrato y hallándose desempleado, el trabajador automáticamente es retirado de la entidad prestadoradel servicio de salud a la cual estuviera vinculado por la EST durante su vínculo laboral. Alternativamente, si se hallase en condición de debilidad manifiesta o de afectación en su salud en el momento de estar laborando en la EST, la empresa terminaría su contrato temporal como trabajador en misión, pero lo vincularía como un trabajador de planta de la EST, cumpliendo con las actividades en las dependencias propias de la EST.

Por lo anterior, se analizará el recorrido que ha tenido el fuero de salud en la jurisprudencia colombiana, además de cómo las EST se ven obligadas a vincular al trabajador que en principio era temporal dada la titularidad de una protección especial por su condición de salud. Se busca entonces brindar claridad sobre 1) el funcionamiento de este fuero en las situaciones específicas que puede traer al recaer en trabajadores en misión y 2) quién cuenta con la responsabilidad sobre el mismo según el ordenamiento colombiano 3) analizar las alternativas de solución que puede llegar a tomar las EST frente a la problemática de la estabilidad laboral en sus trabajadores en misión.

**Palabras clave**

*Estabilidad laboral, estabilidad laboral reforzada, derecho al trabajo, derechos fundamentales, fuero de salud, empresa de servicios temporales, trabajadores en misión.*

**Abstract**

This paper aims to perform a doctrinal, jurisprudential and legal analysis on how health protection operates in contract workers and as a result of weakness as manifested, gives way to reenforced labor stability, keeping in mind the different postures present in the jurisprudence of the high Colombian Courts. It will question how it does affect Temporary Service Companies because of the timeframe that the contract worker is allowed tobe working at the user company.

**Resumen**

El presente trabajo apunta a realizar un análisis doctrinal, jurisprudencial y legal acerca de cómo opera el *fuero de salud* en los trabajadores en *misión* y cómo, producto de la *debilidadmanifiesta* en su salud, se origina la *estabilidad laboral reforzada*, teniendo en cuenta las diferentes posturas que se tiene en la jurisprudencia desarrollada por las altas Cortes. Además, se analizará la problemática que se presenta para las Empresas de Servicios Temporales cuando el requerimiento del servicio temporal finaliza y la estabilidad laboral reforzada con la que cuenta el trabajador en misión impide su desvinculación.

## Objetivos

### General

Abordar la interpretación normativa y jurisprudencial colombiana sobre la estabilidad laboral reforzada, haciendo énfasis en el fuero de salud y cómo esta condición afecta a los trabajadores de misión.

### Específicos

- Aclarar de qué trata la estabilidad laboral reforzada, específicamente frente al fuero de salud, y los requisitos que deben cumplirse para obtenerla;
- Sintetizar las posturas actuales de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional frente a la estabilidad laboral reforzada en el fuero de salud;
- Identificar la normatividad por la cual se rigen las Empresas de Servicios Temporales frente a la estabilidad laboral reforzada en el fuero de salud;
- Analizar la problemática que se presenta cuando la necesidad del servicio temporal finaliza y el trabajador en misión tiene estabilidad laboral reforzada que impide su desvinculación.

# Contenido

Planteamiento del problema ..... 2
Introducción ..... 4
Justificación ..... 6
Palabras clave ..... 8
Abstract ..... 8
Resumen ..... 8
Objetivos ..... 9
Marco teórico ..... 11
CAPÍTULO 1 ..... 11
DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN COLOMBIA ..... 11
I. Avances del derecho a la salud ..... 11
II. Estabilidad Laboral ..... 15
III. Estabilidad laboral reforzada ..... 16
IV. Fueros de protección especial laboral en Colombia ..... 18
CAPÍTULO 2 ..... 22
POSTURAS DE LAS ALTAS CORTES FRENTE A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA ..... 22
I. Recuento jurisprudencial del fuero de salud ..... 22
II. ..... ¿Cómo se adquiere la estabilidad laboral reforzada en el fuero de salud para la Corte Suprema de Justicia, según la sentencia SL-711-2021? ..... 25
III. ¿Cómo se adquiere la estabilidad laboral reforzada en el fuero de salud para para la Corte Constitucional, según la sentencia SU-380 de 2021? ..... 28
IV. Puntos en común y puntos en discordia de las altas Cortes ..... 29
CAPITULO 3 ..... 31
EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES ..... 31
I. ¿Qué son las Empresas de Servicios Temporales (EST)? ..... 31
II. Tipos de contratos en las EST ..... 33
III. Normatividad de las EST ..... 34
IV. Intermediación laboral ..... 35
V. Trabajadores en misión ..... 36
VI. Análisis de la afectación del fuero de salud por el tiempo determinado de los trabajadores en misión ..... 37
Referencias ..... 42

## Marco teórico

Este trabajo se realizará bajo el recuento jurisprudencial actual de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional frente a la *estabilidad laboral reforzada* en el *fuero de salud* y en el estudio para adquirir esta condición. De igual forma, se basará en el estudiode doctrina y normatividad de las EST y de sus trabajadores.

# CAPÍTULO 1
# DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN COLOMBIA

## I. Avances del derecho a la salud

La evolución del derecho a la salud en Colombia ha sido de mayor relevancia, dado que desde la Constitución de 1991 se erigió como un servicio público y prestacional, si bien no aún uno denominado como fundamental. A lo largo de los años, la Corte Constitucional, a través del mecanismo de la acción de tutela, lo protegió como derecho fundamental autónomo.

Con el fin de esclarecer la manera adecuada de proceder ante la conexidad entre el derecho a la salud y la vida y dignidad humanas, la Corte Constitucional estableció tres vías para interpretar el derecho a la salud como un derecho fundamental, las cuales son: a) la conexidad con derechos fundamentales, b) el reconocimiento de sujetos de especial protección y c) el aspecto fundamental intrínseco al derecho a la salud (Cárdenas, 2013).

A) Conexidad con derechos fundamentales

Según la Corte, en Sentencia T- 406 de 1992, los derechos tutelables son los derechos constitucionales de carácter fundamental; algunos criterios fueron dispuestos para que estos fueran tratados como tal: i) la conexidad directa con los principios constitucionales; ii) la eficacia directa y el contenido esencial. De esta sentencia se desprende la interpretación de la conexidad con otros derechos para que el derecho a la salud se declare como fundamental. La alta Corte señala, en esta misma Sentencia, que los principios constitucionales son la base sobre la cual todo el sistema jurídico es constituido y determina que los derechos fundamentales son el desprendimiento directo de un principio "su vinculación con estos es más directa, más inmediata, se aprecia con mayor

evidencia" (Corte Constitucional de Colombia, 1992).

La Corte es clara al señalar que la interpretación de los derechos que no aparecen como fundamentales en la Constitución Política debe hacerse de manera global entre los principios, valores y derechos fundamentales con aplicación inmediata, para así determinar la debida protección del derecho y no dejar que desaparezca por el hecho de no contar con eficacia legislativa frente a las normas constitucionales.

La *conexidad* de un derecho no consagrado como fundamental con el carácter fundamental de otro derecho es lo que permite determinar, en el caso del derecho a la salud, que la insatisfacción de cualquier sujeto del Estado social de derecho colombiano frente al desmejoramiento de su calidad de vida y salud se trate de un asunto, si bien indirectamente, de derechos fundamentales. Puesto que una de las finalidades sociales del Estado es la prestación de servicios públicos para el bienestar general, la deficiencia en la prestación de este tipo específico de servicios se puede servir de una interpretación global de la salud como derecho fundamental para su resolución.

B) Sujetos de especial protección

Ahora bien, la Corte Constitucional reconoció el derecho a la salud como fundamental dependiendo del sujeto que presentara una acción de tutela: considerando la vulneración de este derecho, las personas que la Corte considera con mayor grado de vulnerabilidad son: los niños, las personas con alguna debilidad manifiesta respecto a su discapacidad y los adultos mayores. Respecto a los primeros de este grupo de personas, la Corte, en sentencia unificada (SU- 225/98), establece que al permanecer en un Estado social de derecho estos deben recibir un trato preferencial que equilibre, con mayor protección, su estado de vulnerabilidad temporal al tener, entre otras, la esfera de participación y decisión política vedadas; así, el Estado debe garantizar su protección y participación indirecta por medio de representantes.

Respecto al derecho a la salud de los menores, considera la Corte que su violación consiste en un atentado grave contra la salud de los menores que pone en riesgo su vida, sus capacidades físicas o psíquicas donde interrumpan su proceso de aprendizaje o socialización, las acciones u omisiones de los agentes constitucionales dado que esta hace parte del núcleo esencial del derecho a la salud que tienen los menores (Corte Constitucional de Colombia, 1998).

Ahora bien, el derecho a la salud en los adultos mayores es considerado por la Corte Constitucional —en Sentencia 1081 de 2001— como un derecho fundamental autónomo, especialmente debido a la vulnerabilidad que presenta esta parte de la población. Del mismo modo, se torna fundamental al hallarse ligado al derecho fundamental de la vida y la dignidad humanas, y en general al encontrarse generalmente en condiciones de debilidad manifiesta, por lo cual los adultos mayores se encuentran en el régimen de protección especial que debe garantizar el Estado.

Por último y en conexión al tema de este trabajo, las personas con discapacidades tanto físicas como psíquicas gozan de la especial protección que debe brindar el Estado al encontrarse en una situación de *debilidad manifiesta*. Como se ha explicado anteriormente, acerca de los sujetos de especial protección, por el grado de vulnerabilidad en el que se encuentran, la Corte Constitucional en Sentencia T-850 señaló que:

> es indispensable que el Estado proteja de manera directa y eficaz a aquellas personas a quienes sus condiciones físicas o mentales les imponen barreras o las aíslan drásticamente, impidiéndoles desarrollar sus actividades diarias fundamentales de manera funcional, ubicándolos en condiciones de debilidad manifiesta (Corte Constitucional de Colombia, 2002),

Es decir que la Corte protege a la persona que no pueda afrontar el incumplimiento de la prestación del servicio por no valerse por sí misma y hallarse en necesidad de ayuda de un tercero. Por consiguiente, el Estado debe velar de manera fundamental por la protección de su vida y dignidad, y brindarle un trato especial. Considera, además, la Corte Constitucional, que el sistema de seguridad social colombiano cuenta con rígida normatividad por lo que el juez constitucional debe velar por el cumplimiento y exigibilidad de las prestaciones correspondientes al servicio público de la salud.

Para que este núcleo esencial sobre la prestación en salud sea protegido, dicha prestación debe demostrar lo necesaria que es para las condiciones de vida digna. Esto no quiere decir que al analizar la prestación del servicio se aplique un parámetro general, al contrario, se debe ponderar la condición individual de la persona vulnerada porque, como el estado de la salud es de carácter variable en cada sujeto y existen condiciones vitales para determinar su fundamentabilidad, es necesario evaluar en cada caso su conexidad con el derecho fundamental de la dignidad humana,

puesto que los mecanismos de prestación de la salud no se pueden aplicar simplemente para la superación de una condición patológica.

C) El aspecto fundamental intrínseco

La Corte Constitucional ha desarrollado un gran recorrido en torno al derecho a la salud: en el 2003, la Corte definió a qué se debía que un derecho contara con carácter fundamental. Es tal que en sentencia T- 227 de 2003, estableció como fundamental "todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo" (Corte Constitucional de Colombia, 2003).

Por consiguiente, la misma Corte, en sentencia T-859/03, consideró que el derecho a la salud tiene la clara naturaleza de un derecho prestacional y está enmarcado en la actividad y manejo que le dé el Estado. De igual forma, el derecho a la salud comporta la relación funcional con el logro de la dignidad humana dado que va encaminado a alcanzar la recuperación y el disfrute del máximo nivel individual posible de salud de un sujeto; es así como este derecho alcanza los requisitos de fundamentabilidad establecidos en la sentencia T-227/03:

> Dicha naturaleza fundamental parte de la manera autónoma que un sujeto tiene de recibir la atención de salud definidos en los planes básicos de salud, el plan obligatorio de salud y el plan obligatorio de salud subsidiado al ser equivalentes de los derechos prestacionales (Corte Constitucional de Colombia, 2002).

Adicionalmente, el artículo 53 de la Constitución ha consagrado como derecho de primera medida el mínimo vital, en donde se debe mantener la capacidad adquisitiva de los trabajadores, en aras de no desmejorar su calidad de vida. Al ser de primera medida se entiende entonces, como un derecho fundamental. Si se hace un análisis de cómo mantener vigente este principio, es necesario incluir lo que en algún momento entró por conexidad y ahora lo entendemos como derecho autónomo que debe ser protegido.

> 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. (Constitución Política de Colombia, 1991).

Teniendo en cuenta los avances previamente descritos, el derecho a la salud es fundamental de manera autónoma, pues su contenido es de inmediato cumplimiento, tal como lo establece la Jurisprudencia Constitucional, es por esto que se entiende por superada la entrada que se tuvo inicialmente como un derecho fundamental por conexidad, y es tiene esta connotación actualmente a partir del principio de progresividad y no regresión. (Corte Constitucional de Colombia, 2013).

En la Ley estatutaria 1751 de 2015, se reguló el derecho fundamental a la salud, con el cual se busca garantizarlo, regularlo y establecer sus mecanismos de protección, para esto se remite a la Constitución Política, específicamente en el artículo 49 en donde se establece que su ejecución es indelegable y de vital control del Estado. A su vez se establece que es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable tanto en lo individual como en lo colectivo y su contenido se basa en:

> *Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. (Congreso de la República, 2015).*

Si bien esta en la consideración que se le ha dado al derecho, la Corte Constitucional en sentencias como la T 760 de 2008 ha regresado a utilizar conceptos del derecho a la salud como fundamental por conexidad, y es un tema discutible, pero que en razón del principio de progresividad ya se entiende como superado y vigente su autonomía, y por esta razón se dicto que debía ser reconocida. En conclusión, este derecho es reconocido desde la Constitución e incluso a partir de varios instrumentos jurídicos internacionales que hacen partir de nuestro ordenamiento a partir del Bloque de Constitucionalidad, si bien ha sido un reconocimiento controversial y en ciertas ocasiones se pueden llegar a percibir "retrocesos", no se pone en duda su aplicación y su autonomía actualmente, como derecho fundamental en si mismo.

## II. Estabilidad Laboral

En Colombia, a partir de la Constitución de 1991, surge la *justicia distributiva*, que tiene como fin el acceso y la garantía equitativa e igualitaria a los derechos, deberes y protecciones constitucionales de los que todo nacional goza. Con esto se busca que aquellos que se encuentran en circunstancias de desigualdad como la pobreza, el hambre, la incapacidad, la debilidad manifiesta y, en fin, la vulneración de su vida digna, cuenten con los mecanismos necesarios y las

mismas oportunidades para ejercer sus derechos y reclamarlos de oficio; entre otros, encaminando sus vidas hacia su labor de preferencia. La Constitución de 1991, en su artículo 53, enuncia los principios mínimos fundamentales en materia laboral, a partir de los cuales se busca atajar las desigualdades entre la población atendiendo a las oportunidades para los trabajadores:

> 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 (Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, 1991).

De acuerdo con la Corte Constitucional, en Sentencia C-023 de 1994, la estabilidad laboral comporta una manifestación del principio de seguridad, pues el trabajo además de ser un medio de sustento vital, es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Para ello, señala la Corte que 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 contrato (Corte Constitucional de Colombia, 1994).

Es importante resaltar que la estabilidad laboral tiene vocación de permanencia para lograr brindar al trabajador la seguridad laboral necesaria para satisfacer sus necesidades a partir del cuidado de sus condiciones. Adicionalmente, la Corte establece en la Sentencia C-034 de 2003 que <u>es un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido</u>, que muestra 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 (Corte Constitucional de Colombia, 2003).

## III. Estabilidad laboral reforzada

En Colombia hay ciertos trabajadores que gozan de *estabilidad laboral reforzada* al ser sujetos de especial protección constitucional, pues se trata de personas que cumplen con los requisitos de

algunos de los fueros antes explicados, y por esta razón su despido puede ser calificado de abusivo si se entiende que se hace debido a la situación por la que se encuentra especialmente protegido. Un ejemplo de esto es la Sentencia C-531 del 2000 en donde se indica que el despido generado por alguna limitación (refiriéndose a discapacidad) sin que exista una *justa causa y previa autorización* del Ministerio de Trabajo.

Serán entonces sujetos de especial protección las mujeres embarazadas, los trabajadores discapacitados o con alguna limitación física que impida que pueda desempeñar a cabalidad las funciones laborales pertinentes en condiciones regulares y los trabajadores sindicalizados. Frente a estos se puede encontrar una afectación de los derechos fundamentales del trabajador en caso de ser despedidos debido a su condición.

La *estabilidad laboral reforzada*, teniendo en cuenta la Sentencia T-320 de 2016, consiste en que el trabajador va a conservar el empleo en el que se encuentre o encontraba laborando al momento de la manifestación de la situación que lo hace sujeto de protección; no podrá ser despedido en razón de su vulnerabilidad; va a mantener su empleo siempre y cuando no se presente una *justa causa* de terminación de contrato o caduque la razón por la que fue contratado y cuenta con previa autorización del Ministerio de Trabajo para poder ejercer alguna de esta dos. En caso de presentarse el despido sin cumplir con el requisito anterior, este no tendrá efectos jurídicos.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha establecido en la misma sentencia, frente a la salud este derecho será aplicado a quienes se encuentren en una situación de *debilidad manifiesta*, por lo que no es necesario que haya una previa calificación de la discapacidad para que pueda ser aplicable, si bien este es un requisito que debe ser cumplido, si antes de que se genere los certificados de calificación o se encuentre declarada la discapacidad ya aplica la estabilidad reforzada el trabajador.

En caso de que se configure el despido de alguna persona que se encuentra en una situación en donde es aplicable este derecho, se han establecido unas consecuencias por hacerlos sin autorización de Ministerio de trabajo:

1. *Que el despido sea absurdamente ineficaz;*
2. *Que en el evento de hacer presentado éste, corresponde al juez ordenar el reintegro del afectado y,*

3. *Que, sin perjuicio de los dispuesto, el empleador desconocedor del deber de solidaridad que le asiste con la población laboral discapacitada pagará la suma correspondiente a 180 días de salario, a título de indemnización, sin que ello signifique la validación del despido.* (Corte Constitucional de Colombia, 2014)*(Sentencia T-394 de 2014).*

Teniendo en cuenta los tipos de contrato de trabajo, la ley colombiana establece que los *contratos de aprendizaje* serán los únicos que no cuentan con este tipo de derecho, pues si bien no son contratos de trabajo, la Corte Constitucional establece que en los casos que se encuentra la misma vulneración, se está frente a una *estabilidad ocupacional reforzada* (Sentencia T-881 de 2012). En los contratos de *prestación de servicios*, la Corte Constitucional a partir de la Sentencia SU-040 de 2018, estableció que el tipo de vinculación no será un obstáculo para conceder la protección, haciendo énfasis en este tipo de contratos independientes y aplicación de la estabilidad ocupacional reforzada (Sentencia SU- 049 de 2017).

## IV. Fueros de protección especial laboral en Colombia

Hay un grupo de trabajadores que presentan una *estabilidad laboral reforzada*, estos se encuentran divididos por categorías y deben cumplir con ciertos requisitos para que esta se le sea aplicada. Principalmente se encuentran reguladas por el Código Sustantivo del Trabajo (CST), pero constitucionalmente se habla de la protección de derechos fundamentales por lo que estamos frente a un derecho innominado, es decir, así no se hable de forma explícita de esta protección, se entiende que el bien común que protege es un derecho fundamental.

### i. Fuero de maternidad

Se encuentra regulado por el artículo 239 a 241 del Código Sustantivo del Trabajo (CST) y el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia. El principal objetivo de este fuero es la protección a las mujeres que se encuentran en embarazo; este fuero no solo las protege durante el mismo, sino después del parto por un tiempo determinado, en donde todavía la mujer se encuentra en un estado donde necesita protección especial. Esto se hace para evitar la discriminación y la pérdida del empleo por la incapacidad laboral. La Sentencia C-005 de 2017 extiende la protección

de la mujer en embarazo —en concreto el hecho de que no podrá ser despedida en razón de su embarazo— al trabajador o trabajadora en condición de cónyuge, compañero o compañera permanente, o pareja de la mujer en embarazo que sea quien provee y responde económicamente por la anterior. (Sentencia C-005, 2017).

ii. Fuero sindical

Se encuentra consagrado en el artículo 405 a 408 del CST y articulo 39 de la Constitución Política. Este fuero es una garantía para los trabajadores que se encuentren sindicalizados: estos no podrán ser despedidos, trasladados o desmejorados de su situación de trabajadores sin una *justa causa* que pueda ser calificada por el juez laboral. El CST establece el tipo de trabajadores que se encuentran amparados por el fuero sindical:

> *TRABAJADORES AMPARADOS POR EL FUERO SINDICAL. Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000. El nuevo texto es el siguiente: Están amparados por el fuero sindical:*
>
> *a) Los fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses;*
> *b) Los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores;*
> *c) Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más;*
> *d) Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más, sin que pueda existir en una empresa más de una (1) comisión estatutaria de reclamos.* (Congreso Nacional de la República de Colombia, 1950)*(Artículo 406, Código sustantivo del Trabajo, modificado por ley 50, 1990).*

iii. Fuero circunstancial

Este fuero es de amplia aplicación sobre los trabajadores que hayan presentado un pliego de petición al empleador, pueden ser sindicalizados y no sindicalizados y no podrán ser despedidos sin justa causa, desde la fecha de la presentación del pliego de condiciones hasta la finalización de los términos legales de las etapas establecidas para dar arreglo al conflicto; para que este pueda ser establecido de la mejor manera se entenderá por terminado mediante la firma de la convención, el pacto o que ejecutoriado el laudo arbitral según el caso.

iv. Fuero de pre pensionados

Este fuero se da a partir de la ley 790 de 2002, en donde se entendía como una protección directa para el sector público, es su artículo 12 se estableció que:

> Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley. (Ley 790, 2002).

Este artículo luego fue extendido al sector privado a partir de la Sentencia T-638 de 2016, por lo que se cuenta con una protección especial sobre despidos injustificados, ilegales que vayan en contra de la disposición señalada.

v. Fuero de salud

Este es un fuero de origen mixto, pues tiene en cuenta lo legal y lo constitucional. El fuero de salud busca que en ningún caso, la limitación que presente una persona, sea motivo para negar una vinculación laboral, excepto si dicha limitación es incompatible (necesidad de prueba) con el cargo que se piensa desempeñar; es un mecanismo con el que se busca proteger además el derecho del trabajador a no ser desvinculado sin *causa objetiva* en el momento en que tenga alguna afectación en su estado de salud. Con esto se procura evitar la discriminación en razón a su condición física o psíquica. Las altas Cortes colombianas son las que han ido construyendo los diferentes fueros y el concepto de la *estabilidad laboral reforzada* con base en los artículos constitucionales. En la práctica, los jueces y magistrados aplican de diferente manera el concepto de estabilidad al momento de fallar sobre un problema jurídico que implique la afectación en salud de un trabajador, puesto que ambas Cortes, Suprema y Constitucional, dan conceptos diferentes de orientación para adquirir la protección frente a la afectación en salud al momento de un despido sin causa objetiva.

La ley 361 de 1997 establece que ninguna de las limitaciones que puedan presentarse por la salud de la persona podrá ser un obstáculo para una vinculación laboral, siempre y cuando esta no afecte las habilidades necesarias para ejercer el puesto; es por tal razón que ninguna persona podrá ser despedida con motivo de su discapacidad, salvo con autorización del Ministerio de Trabajo. Este fuero se ha ido extendiendo hacia los trabajadores en situación de *debilidad manifiesta*, en donde los daños a la salud se presentan a lo largo del tiempo y no a partir de un hecho en específico (Corte Constitucional de Colombia, 2006) (Sentencia T-198).

Teniendo en cuenta lo anterior, este será el fuero en el que irá centrada nuestro trabajo que, si bien se presentan otros mecanismos de protección, nuestro objeto está centrado en el fuero de salud y su aplicación a partir de las interrogantes presentadas.

# CAPÍTULO 2
# POSTURAS DE LAS ALTAS CORTES FRENTE A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

## I. Recuento jurisprudencial del fuero de salud

A lo largo de los años, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional se han manifestado, en diferentes oportunidades, acerca de los aspectos que configuran la *estabilidad laboral reforzada* en el *fuero de salud*. A continuación, se presentará un recuento de las sentencias más relevantes para el tema.

### i. Recuento jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia frente a la *estabilidad laboral reforzada* en el *fuero de salud*

En sentencia de la Sala de Casación Laboral No. 32532 del 15 de julio de 2008, se remite a lo indicado en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, que protege los derechos de los trabajadores discapacitados y los ampara para que no sean despedidos.

La sentencia hace énfasis en el régimen especial que brinda dicha ley, dado que logra cubrir muchas más garantías gracias al *mecanismo de integración social* para las personas en situación de salud de discapacidad severa o profunda (artículo1 de la ley 361 de 1997). En esta sentencia, la CSJ analiza la limitación del primer artículo de esta ley al mencionar que los sujetos de protección serán aquellos en situación de discapacidad severa o profunda. No obstante, se indica también que el artículo 5 de la misma ley integra a quienes se hallan en situación de discapacidad de grado moderada.

La Sala de Casación Laboral de la CSJ se concentra en la ley 361 de 1997 porque en el caso en cuestión, el juzgado en primera instancia no reconoció el grado de minusvalía del demandante en situación de discapacidad, arguyendo que su grado era apenas moderado y que la ley en su artículo primero limitaba la protección a las categorías mencionadas de discapacidad severa y profunda. La Corte Suprema de Justicia señaló la carencia de profundidad en la decisión, que solamente se basó en las garantías de asistencia y protección conforme al artículo primero de la ley en cuestión.

A partir de lo anterior, la Corte brindó en esta intervención la interpretación de las categorías que puede tener una persona en situación de discapacidad basándose en el articulado de la ley 361 de 1997, reiterando que ningún trabajador puede ser despedido debido a su discapacidad en salud y que, si tal llega a suceder, se tratará de un despido discriminatorio y sin justa causa.

Siguiendo la línea jurisprudencial de las sentencias que la CSJ consideró en su pronunciamiento, aparece la garantía de la *acreditación* y el postulado de que las personas en situación de discapacidad debían contar con ella. En la Sentencia de radicado 41845, la Corte se pronunció frente al debate que existía sobre dicha garantía, afirmando que

> Siguiendo con la línea jurisprudencial sobre las sentencias que la CSJ tuvo presentes y la garantía de la acreditación que debían tener las personas en situación de discapacidad –especificada en el artículo 5 de la Ley 361 de 1997–, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia con radicado 41845, se pronunció frente al debate que existía sobre dicha garantía, afirmando que para que opere la protección laboral no es requisito sine qua non que previamente la persona discapacitada tenga el carné o que se haya inscrito en la E.P.S., pues, aunque se constituye en un deber, el no cumplirlo o probarlo procesalmente no lleva como consecuencia irrestricta y necesaria la pérdida de la aludida protección (Corte Suprema de Justicia, 2012).

En la misma directriz, el decreto ley 2106 de 2019 en su artículo 99 hizo referencia al mismo requisito y radicó la prohibición de la exigencia de carné o certificado de afiliación al sistema general de seguridad social en salud.

Ahora bien, referente al tema del despido del trabajador con *estabilidad laboral reforzada*, la CSJ hizo referencia a la sentencia C-531 del 2000 de la Corte Constitucional, que apunta a que carece de todo efecto jurídico que a un trabajador le sea terminado su contrato laboral debido a su limitación en la salud, aunque sea con autorización objetiva por parte de la Oficina del Trabajo y que por ello se entienda como justa causa de terminación del vínculo laboral. La CSJ en sentencia SL-1360/2018 señaló la imposibilidad de que la *estabilidad laboral reforzada* sea un sinónimo de perpetuidad en el empleo, e indicó que esta debe ser analizada como un derecho de seguir laborando hasta que exista una causa objetiva para ser retirado, por ende, se conserva que la figura del Inspector del Trabajo debe reservar la constatación de la factibilidad de que el trabajador pueda seguir cumpliendo sus labores o no.

Y si el empleador llegase a despedir al trabajador luego de que el inspector considerara que este podía seguir trabajando y pagase una indemnización, esta de igual forma se categorizaría en ineficacia del despido y por ello, el trabajador se encontraría facultado para demandar ante la justicia laboral, y es allí donde al empleador se le traslada la carga de la prueba y debe demostrar la justa causa por la cual prescindió de los servicios del trabajador y que esta no se haya determinado por alguna deficiencia en su salud.

Analizado lo anterior, se evidencia que el camino por el cual la Corte Suprema de Justicia aplica *la estabilidad laboral reforzada* en el *fuero de salud* de los trabajadores en su sentencia hito SL 711-2021, favorece la protección de los derechos que de aquí se desprenden, favoreciendo tanto a los trabajadores como a los empleadores ya que la interpretación de este fuero puede ser encaminada a engaños, bien porque los despidos se pueden considerar injustos por parte del empleador cuando utiliza la figura de la indemnización en caso de que el trabajador cuente con cualquier grado de discapacidad, o también por parte de los trabajadores que pretenden que, al estar en situación de discapacidad, su empleo adquiera condición de perpetuidad. Pero la Corte Suprema de Justicia no está de acuerdo con este análisis que da la Corte Constitucional a dicha figura, arguyendo que sí puede existir un despido de un trabajador con *estabilidad laboral reforzada* justo, por *causa objetiva*.

Por otro lado, la CSJ en 2021 destaca las normas de carácter internacional con fuerza vinculante para Colombia. Que en el caso concreto acoge la normatividad de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad las cuales fueron aprobadas por la Ley 1346 de 2009 en dicho Convenio se hace mención sobre la prohibición a la discriminación de las personas con discapacidad en el territorio colombiano y en su artículo 27 hace mención al trabajo y empleo donde destacan que las personas con discapacidad tienen derecho a trabajar en igualdad de condiciones con las demás personas.

La Corte del caso en concreto hace una anotación sobre el Decreto 2463 de 2001 en el cual se reglamentó la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez las cuales son las encargadas de calificar el grado de pérdida de la capacidad laboral en caso de accidente o enfermedad de las personas y destaca que al ser el Convenio incorporado en la legislación no significa que dicho decreto haya quedado derogado tácitamente sino que estos

estatutos se ajustan a los conceptos internacionales incorporados dado que, el concepto de discapacidad no se mantiene estático y este depende del concepto social identificando los rangos que permitan parámetros objetivos y ciertos sin que queden al albedrio de cualquier persona.

La CSJ acoge en debida forma el articulado del Convenio y resalta el hecho que a la legislación adoptar dichas normativas las leyes nacionales son tendientes a ser modificadas o derogadas al constituir la discriminación en contra de las personas con grados de discapacidad; pero la Corte considera que al establecerse unos rangos de protección para dar cuenta sobre el grado de discapacidad de la persona y no establecerla por cualquier limitación a la afectación de la salud no se está evadiendo lo encomendado por el Convenio y desde el orden interno la legislación ha ido encaminada a verificar la discapacidad de las personas por medio de reglas, categorías de discapacidades avaladas por el ordenamiento jurídico y de los compromisos internacionales.

> buscan identificar con precisión alguna deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano o largo plazo, que es la definición concreta de la Convención y las normas que lo incorporaron al orden jurídico interno - que en realidad dificulte la prestación del servicio, es decir, una afectación relevante al estado de salud que impida el desempeño normal de las actividades que venía ejerciendo el trabajador, y de esa manera ser objeto de protección en el empleo. (Corte Suprema de Justicia. 2021)

## II. ¿Cómo se adquiere la estabilidad laboral reforzada en el fuero de salud para la Corte Suprema de Justicia, según la sentencia SL-711-2021?

Para acceder a la estabilidad laboral reforzada, la Corte Suprema de Justicia estableció criterios puntuales. Esta Corte toma como referencia el artículo 26 de la Ley 361, el cual hace énfasis en que en ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizarla vinculación laboral, lo cual aplica igualmente para las personas que ya están vinculadas ypresentan con una limitación física: estas no pueden ser despedidas en razón a su limitación(Congreso de la República, 1997). Este artículo procura que, en el momento del despido, el empleador no esté discriminando al trabajador en razón a su limitación.

Para aprobar la limitación, la persona debe ser calificada con una pérdida de capacidad laboral calificada en los siguientes rangos (Corte Suprema de Justicia, 2021):

| | |
|---|---|
| **MODERADA** | 15% al 25% |
| **SEVERA** | Inferior a 50% |
| **PROFUNDA** | 50% o más |

Fuente: elaboración propia con base en (Corte Suprema de Justicia, 2021).

Estos porcentajes son definidos por medio de un estudio, del cual se encargan las juntas de calificación de invalidez.

Para acceder a la protección, la persona debe estar calificada como mínimo en un 15%, o seaque su limitación debe estar categorizada como una pérdida moderada; también, para hacerse beneficiario, se debe confirmar, además, que el empleador tenga conocimiento de los hechosque lo llevaron a tener la pérdida y que el empleador termine la relación laboral por razón desu limitación física y sin previa autorización del Ministerio del Trabajo.

La Jurisprudencia de esta Corte apunta: "no es cualquier clase de limitación, sino aquella quesea significativa la cual ha sido fijada por el Legislador a partir del 15% concebida como moderada y, por tanto, como un factor objetivo de verificación del operador judicial" (Corte Suprema de Justicia, 2021).

Los empleadores deben acreditar la justa causa del despido y, si no logran justificarla, la sanción que se les debe imponer es el reintegro de la persona al cargo en el que estaba y el pago de la indemnización que señala el artículo 26 de la Ley citada anteriormente, indemnización que equivale a 180 días de salario sin perjuicio de las demás indemnizacionesy prestaciones a las hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo.

*ii.* Recuento jurisprudencial de la Corte Constitucional frente a la *estabilidad laboral reforzada* en el *fuero de salud*

Por otro lado, la Corte Constitucional analiza el articulado de la ley 361 de 1997 desde una postura garantista, dado que interpreta que la ley impide que una persona pierda su trabajo en razón a su situación de *discapacidad*, aunque exista una *causa objetiva* de despido; se entiende que esta

interpretación parte de la consideración de la afectación de derechos fundamentales como la salud, la integridad y la dignidad de la persona trabajadora. La Corte es garantista, entendiendo por esto que sus pronunciamientos "se expresan en el derecho como principios jurídicos que pretenden garantizar ciertos bienes o valores estipulados en el pacto, empero, a su vez buscan orientar el ordenamiento jurídico y proyectarse sobre él" (Torres, 2018).

La Corte Constitucional ha ido construyendo el derecho a la *estabilidad laboral reforzada* de forma tal que demuestra que la relación de trabajador empleador es el claro ejemplo del *estado social de derecho*, al incluir el mejoramiento progresivo de la calidad de vida de los sectores vulnerables (trabajador), y el papel que cumple el empleador de llevar la necesidad de la carga y garantizar el bien común del trabajador (Corte Constitucional de Colombia, 2011) (Sentencia T-711). Esta alta Corte profundiza en los fundamentos de la Constitución Política de 1991 para analizar quiénes son las personas de especial protección y se basa en el artículo 13 de ella para establecer que las personas con *debilidad manifiesta* tanto en su salud mental como física son sujetos de especial protección y como bien se mencionó anteriormente; para que se diera un alcance a esta protección por medio de los empleadores fue promulgada la ley 361 de 1997, la cual consagra los límites, sanciones y medidas que deben respetar los empleadores para los trabajadores que adquieren una debilidad manifiesta en el transcurso del vínculo laboral (Corte Constitucional de Colombia, 2010) (Sentencia T-417).

En sentencia C-531 del 2000, la Corte señalo que las personas a las que se les impida o dificulte el desempeño de sus actividades, en razón a su afectación en su salud, y se tema que pueda ser objeto de discriminación por parte de un empleador, dado que este último decida finalizar su vínculo laboral, simplemente implica una afectación directa los derechos fundamentales del trabajador con *debilidad manifiesta* y se configurará el *despido abusivo* como un acto ilícito. Así, no podrá resarcirse el daño ni siquiera con la indemnización, si no que el trabajador debe ser *reintegrado* en un cargo que su afectación en la salud le permita realizar.

De lo anterior la Corte ha manifestado que no necesariamente el sujeto con especial protección debe estar perpetuamente en su labor; pero de la única forma que un trabajador con esta situación puede llegar a ser despedido es cuando se configura una *causal objetiva* que conlleve la *desvinculación* y debe ser una *autoridad laboral* la que autorice el despido. La Corte ha reiterado en diferentes sentencias: por regla general, un trabajador en una situación de *discapacidad* o en *debilidad*

*manifiesta* que sea despedido por su empleador, podrá reclamar el *reintegro* vía acción constitucional de tutela alegando la vulneración de sus derechos fundamentales.

En la actualidad la Corte Constitucional en sentencia SU-061 de 2023 reitera su jurisprudencia precisando el carácter reglamentario que debe cumplirse para la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores, de igual forma ratifica la importancia de la fundamentación de los principios constitucionales de la igualdad y la prohibición de discriminación, solidaridad social y estabilidad en el empleo de las personas que adquieren situación de discapacidad en el ejercicio de sus funciones.

Por último, dado al análisis del precedente constitucional, se concluye que la jurisprudencia de la Corte afirma un estado garantista a través de la protección de las personas en *discapacidad* o *debilidad manifiesta*; si se presenta un despido sin *causa objetiva*, el empleador está vulnerando los derechos fundamentales del trabajador: el derecho al trabajo, a la dignidad y a la igualdad de la persona. A continuación, se analizará el caso concreto de la Corte Constitucional en su sentencia hito (SU-380-2021) y se expondrán las posibles causales que se pueden presentar para configurar un despido sin *justa causa* que refleje discriminación.

## III. ¿Cómo se adquiere la estabilidad laboral reforzada en el fuero de salud para para la Corte Constitucional, según la sentencia SU-380 de 2021?

Aunque para esta Corte el derecho a defender en las situaciones de despidos injustos es el mismo —la no discriminación de la persona por su limitación— esta tiene otra clase de requisitos para acceder a la protección de la estabilidad laboral reforzada. La Corte Constitucional no está de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia en que el requisito principal para dar la protección sea la *calificación* de la pérdida de *capacidad laboral* "cuya limitación comienza en el grado de moderada, esto es a partir del 15% de pérdida de capacidad laboral" (Corte Suprema de Justicia, 2021). Para la Corte Constitucional, también pueden acceder a esta protección las personas que se encuentren en situación de *debilidad manifiesta*, es decir, quienes presenten una afectación a su salud que impida o dificulte el desempeño ordinario de sus funciones en condiciones regulares, que además están expuestas a que las discriminen fácilmente. Para la Corte Constitucional es importante definir cómo saber que la situación de salud estáimpactando el desempeño de las actividades laborales de la persona afectada y por esto la Corte considera los siguientes aspectos:

> (i) El examen médico de retiro; (ii) las incapacidades médicas vigentes o previas al momento de terminación de la relación laboral; (iii) los diagnósticos y tratamientos médicos ordenados a la persona afectada; y (iv) accidentes de trabajo, como causa de incapacidades médicas o dictámenes de calificación de la pérdida de la capacidad laboral (Corte Constitucional de Colombia, 2021).

Para las afectaciones a la salud de carácter psicológico o psiquiátrico, la Corte considera que se debe evaluar al momento de establecer la *debilidad manifiesta*:

> Cuando (i) se acredita la presencia de estrés laboral; (ii) la existencia de tratamiento médico, incapacidades o recomendaciones laborales, al momento de la terminación del vínculo; (ii) que el accionante haya informado al empleador que enfrenta un bajo rendimiento por razones de salud; (iv) que la enfermedad persiste después de la terminación del vínculo; o (v) que la persona cuenta con un grado de pérdida de la capacidad laboral (aunque no sea moderada, severa o profunda) (Corte Constitucional de Colombia, 2021).

Por último, para que el trabajador obtenga la protección de la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, el empleador debe tener conocimiento brindado explícitamente por el trabajador, o bien la presunción confirmada por la existencia de síntomas notorios de la enfermedad, el trámite de incapacidades médicas, permisos para asistir a citas o recomendaciones de medicina laboral, o que el trabajador haya sido despedido durante un periodo de incapacidad laboral. La *presunción de debilidad manifiesta* puede ser desvirtuada, pero es el empleador quien tiene la carga de la prueba para demostrar la *justa causa* para terminar la relación laboral.

La Corte Constitucional ratifica en su jurisprudencia la sanción contra los empleadores que vulneran la *estabilidad laboral reforzada*, dispuesta por el artículo 26 de la ley 361 de 1997: multa de los 180 días de salario y el *reintegro* de la persona al mismo cargo que ocupaba antes del despido. La oportunidad que tiene el empleador para no sufrir la sanción o el reintegro de la persona depende de que demuestre "que el despido estaba fundado en razones distintas a la situaciónde salud del trabajador" (Corte Constitucional de Colombia, 2021). La Corte Constitucional hace especial énfasis en que esta multa no solo es aplicada a los empleadores que despiden sin justa causa a un trabajador con pérdida de *capacidad laboral* calificada como moderada, severa o profunda, sino que se extiende a toda persona que tenga *debilidad manifiesta*.

## IV. Puntos en común y puntos en discordia de las altas Cortes

Es conveniente resaltar que ambas Cortes se enfrentan en la manera de proteger los derechos fundamentales de la igualdad, la dignidad humana y el trabajo. Estos derechos sobresalen

en un Estado Social que tiene como principio y fundamento el amparo de las personas vulnerables, y por lo mismos la protección del extremo débil de la relación laboral: el trabajador; más aún cuando este padece de discapacidad o *debilidad manifiesta*.

De igual forma, tanto para la Corte Suprema de Justicia y para la Corte Constitucional, es razonable evitar la perpetuidad en los trabajos debido a la *discapacidad* o *debilidad manifiesta*; han de existir *causales objetivas justas* de despedido. Así, para las Cortes es pertinente analizar cada caso concreto bajo la luz de una presunta causa objetiva de despedido, la cual debe consumarse en su totalidad al margen, es decir, autónoma e independientemente, de la afectación en salud que causa la *estabilidad laboral reforzada*. Por esta razón, ambas Cortes concuerdan que un trabajador con *fuero de salud* puede a ser despedido justamente por otras situaciones proscritas por la ley laboral y el contrato de trabajo (hurto, abuso del derecho de la estabilidad reforzada… las contempladas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo).

Ahora bien, la discordia jurisprudencial riñe por las condiciones que cada Corte demanda para consumar el *fuero en salud*, es decir, para que un trabajador adquiera la *estabilidad laboral reforzada*. Para la Corte Suprema de Justicia el criterio es la discapacidad por lo que un trabajador alcanza la *estabilidad laboral reforzada* si y solo si ha sido calificado, dentro de los porcentajes establecidos, con una pérdida severa o profunda. Mientras tanto, para la Corte Constitucional, el criterio es la *debilidad manifiesta*, la cual no tiene la condición de ser calificada, sino que, como su nombre lo indica, se consuma jurídicamente solo por el hecho de padecerla; basta con que el diagnostico de médicos profesionales indiquen que se encuentra en una afectación en su salud.

¿Cuál es la diferencia fundamental entre *discapacidad* y *debilidad manifiesta* como condición para adquirir el *fuero en salud*, y por qué la doctrina de la Corte Constitucional es más favorable al trabajador y la protección de sus derechos? La *discapacidad* mide la posibilidad de un trabajador para desempeñar una tarea laboral, la *discapacidad* debe ser *calificada*; la protección que garantiza la discapacidad al trabajador es posterior, no a la causa que afectó la integridad de la persona, sino a la *valoración*. Bajo el criterio de la *discapacidad*, el trabajador es quien carga con la responsabilidad de hacerse *calificar,* y la protección del *fuero en salud* queda supeditada a su capacidad de trabajo y no a su bienestar integral como sujeto de derechos; por esto la *calificación* tiene como requisito que sea severa o profunda, pues no cualquier tipo de afectación a la capacidad de trabajo está amparado.

El cambio de criterio de la Corte Constitucional ubica la consumación del *fuero en salud* no con base a la capacidad de trabajo, sino con base a la salud y la integridad misma de la persona; alguien enfermo, simplemente por su padecimiento, y porque la enfermedad en sí es una amenaza contra su salud, su vida, su integridad, su dignidad y porque lo hace vulnerable al desempleo, a la pobreza, a la muerte debe tenerse como sujeto de especial protección; y el empleador, integrante de la nación, comprometido con el otro en virtud del deber constitucional de solidaridad, debe garantizar el trabajo, no atendiendo a la capacidad del empleado para trabajar, sino a la capacidad del trabajo digno, la remuneración y la seguridad social para cuidar, acompañar, asistir y recuperar a un individuo en desvarío y necesidad.

# CAPITULO 3
# EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES

## I. ¿Qué son las Empresas de Servicios Temporales (EST)?

Las Empresas de Servicios Temporales (EST) son empresas que prestan el servicio de emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una persona natural o jurídica denominada como *empresa usuaria*, quien es la encargada de determinar las tareas del trabajador, pero no cumple con la figura de empleador. El empleador es la EST, que tiene como objeto colaborar de manera temporal en la intermediación para la ubicación del trabajador en la empresa usuaria y la realización de las actividades. Los trabajadores enviados a las empresas usuarias son denominados *trabajadores en misión*, quienes son los encargadosde llevar a cabo el requerimiento que el usuario solicita (Pérez, 2013, pág. 86).

Las EST se encuentras reguladas a partir del artículo 71 hasta el 94 de la ley 50 de 1990, Decreto 1530 de 1996, Decreto 1703 de 2002, la ley 828 de 2003 y la más reciente regulación, en

el Decreto 4369 de 2006. Aquí se establece una lista taxativa de requisitos que deben cumplir las empresas para que puedan ser constituidas como EST:

> Artículo 7°. Trámite de autorización. La solicitud de autorización de funcionamiento de la Empresa de Servicios Temporales deberá ser presentada por su representante legal, ante el funcionario competente de la Dirección Territorial del Ministerio de la Protección Social del domicilio principal, acompañada de los siguientes documentos:
>
> 1. Escritura pública de constitución y certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio, en los que conste que su único objeto social, es contratar la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de las actividades de la empresa usuaria.
> 2. Balances suscritos por el Contador Público y/o el Revisor Fiscal, según sea el caso, y copia de los extractos bancarios correspondientes, a través de los cuales se acredite el capital social pagado, que debe ser igual o superior a trescientas veces el salario mínimo legal mensual vigente al momento de la constitución.
> 3. El reglamento de trabajo de qué trata el artículo 85 de la Ley 50 de 1990.
> 4. Formatos de los contratos de trabajo que celebrarán con los trabajadores en misión y de los contratos que se suscribirán con los usuarios del servicio.
> 5. Póliza de garantía, conforme se establece en el artículo 17 del presente decreto.
>
> El Ministerio de la Protección Social a través de la Dirección Territorial Respectiva, dispone de treinta (30) días calendario contados a partir del recibo de la solicitud, para expedir el acto administrativo mediante el cual autoriza o no su funcionamiento, decisión contra la que proceden los recursos de reposición y apelación.
>
> El acto administrativo mediante el cual se autoriza el funcionamiento de la Empresa de Servicios Temporales deberá ser motivado y en él se indicará el cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en la ley y en el presente decreto.
>
> En firme el acto administrativo, se procederá a informar de la novedad a la Dirección General de Promoción del Trabajo y a la Unidad Especial de Inspección, Vigilancia y Control de Trabajo del Ministerio de la Protección Social, en los formatos establecidos para el efecto.
>
> El Ministerio de la Protección Social se abstendrá de autorizar el funcionamiento de la Empresa de Servicios Temporales, cuando no se cumpla con alguno de los requisitos señalados en el presente artículo; cuando alguno(s) de los socios, el representante legal o el administrador, haya pertenecido, en cualquiera de estas calidades a Empresas de Servicios Temporales sancionadas con suspensión o cancelación de la autorización de funcionamiento, en los últimos cinco (5) años.
>
> Las Direcciones Territoriales del Ministerio de la Protección Social mantendrán actualizada la información para consulta pública, acerca de las Empresas de Servicios Temporales autorizadas, sancionadas, canceladas, así como los nombres de sus socios, representantes legales y administradores. (Presidencia de la República de Colombia, 2006) (Decreto 4369).

Los trabajadores que son vinculados en este tipo de empresas pueden ser de dos categorías:

A) Trabajadores de planta: se entiende que son los que desarrollas sus actividades dentro de la EST, es decir, en su dependencia.
B) Trabajadores en misión: se refiere a los trabajadores que son enviados a hacer las actividades a las instalaciones de los usuarios que solicitan el servicio a la EST.

Es posible afirmar que las EST serán los empleadores de ambos tipos de trabajadores, pues el contrato por el cual se vinculan, lo celebran entre ambas partes (EST- trabajador). En el caso de los trabajadores en misión, estos no cuentan con un contrato de trabajo con la empresa usuaria, pues es la EST quien celebra un contrato de prestación de servicios con el usuario.

## II. Tipos de contratos en las EST

Al tratarse de dos tipos de trabajadores distintos, la modalidad contractual cambia entre ambos pues si bien son trabajadores de la EST no todos tienen la misma vocación de permanencia en la empresa. En Colombia existen diferentes tipos de contrato de trabajo, los cuales son:

1. Contrato por obra o labor: es un contrato que se realiza para una labor específica y termina cuando la obra por la cual se contrató llega a su fin;
2. Contrato a término fijo: es un contrato que tiene una fecha de inicio y una fecha de terminación, debe ser un contrato de formalidad escrita;
3. Contrato a término indefinido: a diferencia del anterior contrato, la fecha de término de este contrato no se encuentra predeterminada, y su formalidad puede ser tanto escrita como verbal;
4. Contrato temporal, ocasional o accidental: este contrato se caracteriza por su duración, dado que no puede ser mayor a 30 días y las laborales o actividades por las cuales se contratan deben ser diferentes a las que normalmente el empleador realice; su formalidad puede ser escrita o verbal. (Ministerio del Trabajo, s.f.)

A los trabajadores de planta les aplica cualquiera de los contratos antes mencionados, pues estas personas cumplen con labores que generalmente se mantienen dentro de la empresa, es decir,

no son solicitados para un servicio temporal o especifico que pueda ser prestado, sino para labores necesarias dentro de la EST. A diferencia del anterior, los trabajadores *en misión*, dada la temporalidad de sus servicios, sus contratos son por obra o labor determinada y/o a término fijo según sea necesario, a partir del servicio por el que fue contratado por la EST. Entonces, se entiende que estos contratos siempre estarán por escrito y debe describirse a cabalidad el servicio que estarían prestando en otra dependencia teniendo en cuenta el tiempo, ya que este no puede exceder los seis meses prorrogables por un período igual o menor al mismo.

Adicionalmente, el tipo de contrato que es celebrado entre la EST y la persona jurídica o natural entendida como usuaria es de *prestación de servicios*; no se encuentra regulado por materia civil ni laboral, y por lo mismo en este contrato no se asumen obligaciones laborales entre quienes lo suscriben. Su objeto entonces será desarrollar una actividad o servicio en donde la duración de este puede ser pactado por las partes. Al no ser un contrato laboral, tienen una autonomía mayor y no cuenta con los requisitos que este establece para su renovación o terminación. Dentro de este tipo de contratos, en el caso concreto, si bien lo que se está pactando es un servicio, la persona que va a cumplir con la labor sí debe contar con todas las prestaciones de ley, es por esto que las EST sí deben contar con una relación laboral con los trabajadores en misión.

## III. Normatividad de las EST

La ley 50 de 1990 introduce reformas al Código Sustantivo del Trabajo y dicta otras disposiciones. Del artículo 71 en adelante, esta ley regula la Empresa de Servicios Temporales, iniciando por su objeto, que es el de contratar por medio de prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, labor que es llevada a cabo por personas naturales contratadas directamente por la EST como empleadora. Dichas empresas solo pueden ser constituidas como personas jurídicas con el objeto antes descrito; se denomina usuario a una persona natural o jurídica que contrate sus servicios.

El artículo 74 de esta ley indica los dos tipos de trabajadores que tiene una EST: de planta y en misión. Los primeros son los encargados de desarrollar sus actividades en las dependencias propias de la EST, y los segundos son quienes son enviados a las instalaciones de los usuarios para el cumplimiento de la labor contratada. Siendo los trabajadores en misión el objeto de esta tesis se

especificará lo concerniente a ellos. A los trabajadores en misión se les aplica todo lo pertinente en el Código Sustantivo del Trabajo y las normas del régimen laboral; los usuarios de las EST solo podrán contratar con estas en los casos que se indica en el artículo 77 de la ley 50 de 1990:

> 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo.
> 2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidadpor enfermedad o maternidad.
> 3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.
>
> (Congreso Nacional de la República de Colombia, 1990).

Esta ley bajo estudio es relevante para la indagación, dado que un trabajador en misión solo puede estar vinculado por los términos estipulados en la ley anterior y en el decreto 1707 de 1991, el cual reglamenta los artículos 71 a 94 de la ley 50 de 1990, en su artículo segundo:

> Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el ordinal 3 del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, la necesidad del servicio en la empresa usuaria subsiste, no se podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales para la prestación del servicio respectivo (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Colombia, 1991).

## IV. Intermediación laboral

La *intermediación laboral* se refiere al envío de trabajadores en misión a empresas usuarias por un tiempo determinado. A partir del artículo 71 de la ley 50 de 1990 se establece que los únicos aptos para la realización de esta actividad serán las Empresas de Servicios Temporales. Para esto es necesaria una autorización por parte del Ministerio de Trabajo (Decreto 1072, 2015). Las funciones que pueden ser pactadas a partir de esta intermediación se refieren a "aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa" (Presidencia de la República de Colombia, 2015)(Decreto 1072).

Es importante resaltar que la *temporalidad* que aquí se refiere es frente al servicio que solicita el tercero beneficiario, es decir, este no puede generarse sobre una labor o función que no sea fluctuante o cubierta por la empresa usuaria en momentos de normalidad, pues la intermediación se da en términos de suministro temporal por actividades excepcionales o para un incremento de

la actividad ordinaria de forma excepcional y no de forma permanente. Para explicar esto se acude al decreto 4369 de 2006 en su artículo 6 en donde se prohíbe la prorrogación del contrato más del tiempo permitidos, así como celebrar un nuevo contrato para el trabajador en misión después de que se cumpla el pazo establecido. Teniendo esto claro, es importante reiterar que el plazo de este contrato es de 6 meses y solo podrá ser prorrogable como máximo por 6 más en caso de que subsista la necesidad por la que se fue contratado.

El artículo 77 de la ley 50 de 1990 establece la lista taxativa de eventualidades que puede ser cubiertas por las EST y la figura de la intermediación. Es improcedente, entonces, pensar que este tipo de intermediación es aplicable en todos los casos, aun cuando no exceda el año de vigencia, pues si no se trata sobre labores netamente temporales o del giro ordinario de la empresa específicamente en busca de reemplazo, no será posible hacer uso de este mecanismo. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 4330-2020 y otras intervenciones, ha establecido que será considerada ilegal la intermediación en los casos en donde se contrate efectivamente por medio de la EST, pero en la realidad se desarrollen actividades misionales permaneces y no se esté cubriendo una necesidad temporal o excepciones a través de un tercero. En virtud de la realidad sobre las formas (artículo 53, Constitución Política de Colombia) cuando se presenta esta situación, la EST deja de ser empleador y se convierte en un simple intermediario, generando solamente una responsabilidad solidaria frente al trabajador. (Artículo 35-36, CST).

## V. Trabajadores en misión

Como se indicó anteriormente, las EST tienen dos tipos de vínculo laboral con los trabajadores, los cuales son los trabajadores de planta y los trabajadores en misión. Los primeros de estos son los encargados a realizar sus labores en las dependencias propias de la EST; los segundos son los que la EST envía en misión a las dependencias de los usuarios a cumplir las funciones específicas por las cuales fueron contratados. (Artículo 74 Ley 50 de 1990).

Ahora bien, no porque el tiempo de los trabajadores en misión sea transitorio en las empresas usuarias, estos cuentan con menos garantías que cualquier trabajador vinculado a una empresa en Colombia. Como bien se indica en la Cartilla del Trabajo "Tienen derecho a que se les reconozcan y paguen, por lo menos, las garantías y derechos mínimos establecidos en el CST

y demás normas que los consagran. Así las cosas, a estos trabajadores se les liquidarán y pagarán todos los conceptos proporcionalmente al tiempo laborado, cualquiera que este sea y cualquiera sea la modalidad de contrato de trabajo que tengan celebrado con la EST" (Cadavid & Arenas, 2023).

Por otro lado, la seguridad social de los trabajadores en misión será cargo a la EST; siendo esta su empleador, tiene la obligación de afiliar a todos los trabajadores contratados al sistema de seguridad social, cumpliendo con todas las prestaciones de ley. También tienen la obligación de reportar al usuario del servicio, dentro de los diez primeros días de cada mes, la afiliación y el pago de cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral (Cadavid & Arenas, 2023).

Como bien lo indica el artículo 79 de la ley 50 de 1990, los trabajadores en misión serán remunerados con un salario equivalente al de un trabajador vinculado directamente en la empresa usuaria que realice la función a la que el trabajador en misión ingrese; aplicando el efecto de las escalas de antigüedad que tenga la empresa usuaria. De igual forma, al establecer la ley que los trabajadores en misión cuentan con las mismas garantías que otro tipo de trabajador, se indica que las empresas usuarias deben conceder los auxilios de transporte, alimentación y recreación como a sus trabajadores vinculados.

## VI. Análisis de la afectación del fuero de salud por el tiempo determinado de los trabajadores en misión

Del vínculo laboral que tienen los trabajadores en misión con la EST y los usuarios surgen diferentes interrogantes dada la *solidaridad* que tienen ambas empresas; por ejemplo, al momento que se vence el término del contrato de un trabajador enviado en misión a una empresa usuaria, y esta no notifica a la EST por el hecho de que considera que la razón por la cual fue contratado no ha terminado, el interrogante que se presenta y ha sido resuelto es ¿Quién asume la sanción por incumplir las condiciones de la intermediación?. De igual forma se cuestiona: frente al hecho de

un accidente laboral, donde un trabajador en misión no tenía los materiales de prevención necesarios mientras prestaba el servicio, ¿Cuál de las dos empresas que están dentro de la figura de intermediación laboral, es la encargada de cubrir las incapacidades generadas por el accidente de trabajo que sufrió el trabajador en misión, dado que sucedió dentro de las dependencias de la usuaria y no tenía el equipamiento correspondiente para realizar su actividad?; incluso surge el interrogante de si un trabajador es enviado en misión y presenta una afectación en su salud antes de que caduque el término por el cual fue requerido para prestar sus servicios en la empresa usuaria ¿Quién es el responsable, la empresa de servicios temporales o la empresa usuaria? ¿Quién es garante de su *estabilidad laboral reforzada*? ¿Podría la empresa usuaria solo remitirlo de vuelta a la EST? o ¿Deber la empresa usuaria esperar que finalice la *estabilidad laboral reforzada* que adquiere el trabajador en misión por la afectación en su salud ya sea por enfermedad común o accidente laboral?

De la ley y la jurisprudencia analizada se desprenden estos distintos interrogantes, dado que, se considera que estos puntos de vista no están regulados o analizados a fondo desde la jurisprudencia o doctrina. Esto representa un vacío legal y las personas que se verían afectadas son los trabajadores en misión que tienen la afectación en su salud ya sea por algún accidente laboral que sufrió o alguna enfermedad común que adquirió dentro del término estipulado en ley para la prestación de sus servicios.

Ahora bien, en la práctica se ha identificado dentro de la relación de la EST y la empresa usuaria que, en ciertos contratos, que no podemos olvidar que son de naturaleza comercial , se pacta una cláusula en la que se delega la carga de responsabilidad a la empresa usuaria del trabajador que va a prestar el servicio. A partir de la sentencia SL 178 de 2020, se establece qué hay ciertos requisitos en donde queda delimitada la solidaridad que existe entre las partes (EST y empresa usuaria), pues al tratarse de un contrato civil- comercial es autónomo y podrá contar con todas las disposiciones que las partes consideren pertinentes siempre y cuando no vaya en contra de derechos adquiridos y sea sustancialmente sobre la relación de las partes; este tipo de cláusula es inoperable si lo que busca es cambiar parte de la regulación laboral, además, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia antes mencionada, recordó que las obligaciones que se lleguen a presentar por novedades, incidentes o accidentes de los trabajadores en misión son carga exclusiva de sus empleadores, es decir, de las EST dado que no existe una norma especial que imponga una

responsabilidad solidaria a las usuarias, que si puede ser pactada dentro del contrato comercial si así lo desean las partes. No obstante, en caso de que la contratación sea ilícita, la figura de la EST se convertiría en una ficción y se entendería como una intermediaria, pues al llevarlo a la realidad estaríamos ante un contrato laboral directo de la empresa usuaria con el trabajador en misión. Por esta razón esta cláusula es tomada por no escrita o simplemente inoperable en el contrato para la jurisdicción laboral al momento de presentarse ante la misma de una reclamación por parte del trabajador y la decisión de quien toma la responsabilidad.

Cuando un trabajador en misión cuenta con la *estabilidad laboral reforzada* en el *fuero de salud* y se termina el periodo estipulado por el cual puede ser requerido para prestar su servicio en la empresa usuaria, la responsabilidad de continuar la relación de empleo para proteger la estabilidad laboral y el derecho a la salud del trabajador recae sobre la EST, quien es su empleador, y debe integrar al trabajador en sus funciones de planta teniendo en consideración recomendaciones, incapacidades y demás situaciones que impidan al trabajador cumplir con la labor para la cual haya sido contratado.

Lo anterior va en perjuicio de las EST, las cuales solo se ven habilitadas para terminar el contrato con el trabajador con *estabilidad laboral reforzada* por *fuero de salud* cuando lleguen a término sus restricciones o incapacidades médicas y el Ministerio del Trabajo avale la finalización de la relación laboral.

De los interrogantes expuestos anteriormente, el Ministerio del Trabajo emitió concepto, que, si bien no es vinculante sirve como directriz frente a la garantía que se le debe aplicar a los trabajadores en misión que cuentan con la estabilidad laboral reforzada en el fuero de salud y menciona que "se debe observar el principio de solidaridad que existe entre la empresa usuaria y la EST" basándose en el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia T-614/ 2017:

> Así, por ejemplo, cuando se trata de garantizar la estabilidad laboral reforzada de un trabajador en condición de debilidad manifiesta sometido a estas condiciones, se ha ordenado el reintegro a la empresa usuaria, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Al efecto, se destacan, por ejemplo, las Sentencias T-1058 de 2007 y T-503 de 2015. Cabe advertir que, dependiendo de las particularidades del caso concreto, la condena se ha dirigido contra las empresas usuarias pero también contra las empresas de servicios temporales en virtud del deber de solidaridad que se genera entre ambas, conforme con el Decreto 4369 de 2006, artículo 20.

(Corte Constitucional de Colombia, 2017)

## CONCLUSIONES

Tras el análisis, podemos concluir que, el fuero de salud en Colombia ha sido de gran debate por las diferentes posturas de las altas Cortes, dado que, la Corte Suprema de Justicia establece ciertos porcentajes de calificación para que los trabajadores adquieran la estabilidad laboral reforzada por la afectación que tiene en su salud. Por otro lado, está la Corte Constitucional busca ser garantista  al denominar que una persona está protegida por el régimen de la estabilidad laboral reforzada por el hecho de presentar una debilidad manifiesta; es decir, con esta Corte se entiende el trabajador no debe ser calificado por cierto porcentaje para entrar en dicho régimen, que como bien se demostró en las sentencias hito referidas en el texto; la Corte Constitucional deja en claro que al obtener la debilidad manifiesta solo debe existir el criterio desfavorable de un médico especialista desde su análisis de la trayectoria que tuvo el trabajador para adquirir dicha condición.

Ahora bien, referente a los trabajadores en misión que adquieren esta afectación en su salud dentro del término del vínculo de intermediación laboral, se considera que las EST al ser las empleadoras de estos trabajadores, por ley deben responder por este hasta el momento en que no existan más debilidades manifiestas referentes a dicha enfermedad o se llegue al alta médica, pero el hecho de que el trabajador se debe vincular directamente a la empresa de servicios temporales, es decir, deja de ser un trabajador en misión al que se le pagaba por el termino de los 6 meses prorrogables a 6 meses más, a ser un trabajador de planta del que no se conoce el término del vínculo laboral, esto podría ser denominado como un tipo de perpetuidad en la relación laboral que habla la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional. Por ende, no es razonable que un trabajador que estaba estimado para estar en un periodo de tiempo y gastos determinados, pase a ser un trabajador que no se tiene conocimiento del momento de su salida, por esto se entiende que las mayores afectadas en este caso son las EST; pero, como indicó el Ministerio del Trabajo

en concordancia con la normatividad vigente y vinculante, se presenta la figura de la solidaridad, en la que se ha dicho que al existir esta figura en la intermediación laboral que estas empresas conllevan en el transcurso de su relación comercial, que no deja de ser reprochable a la hora de analizar la responsabilidad que posee la empresa usuaria sobre la situación vulnerable en la que se encuentra el trabajador, dejando en ocasiones gran inconformidad sobre la responsabilidad sobre la estabilidad laboral reforzada qué hay en el momento ¿Si debemos ver la situación en donde estos sólo serán responsables de la parte comercial de la contratación? O ¿Se debe ver una realidad en donde la empresa usuaria toma las responsabilidades correspondientes sobre esta estabilidad reforzada que se vive?

En respuesta a los interrogantes dispuestos, la empresa usuaria sí debería contar con más responsabilidad de la que actualmente tiene frente a los trabajadores en misión en el transcurso del cumplimiento de su contrato, pues si bien la relación comercial no hace referencia exacta sobre la persona que va a cumplir la labor solicitada, el trabajador que va a prestar el servicio a la dependencia puede adquirir una estabilidad laboral reforzada en el fuero de salud por situaciones dadas dentro de la misma empresa y no sería objetivo que la EST asuma toda la carga que pueda devengar este tipo de trabajador, pues esta debería entrar con las mismas condiciones de un simple intermediario respondiendo frente a la solidaridad y ser la usuaria la titular de la relación laboral. Consideramos que la ley puede llegar a ser laxa sobre el tema de la solidaridad y restar responsabilidad a la empresa usuaria haciendo que sea casi nula y se vea desdibujada la figura de la intermediación laboral.

De lo anterior concluimos que los trabajadores en misión, entendidos como la parte débil de la intermediación no tienen claridad frente a cuál de las empresas dirigirse en el momento de alguna reclamación sobre sus derechos; al momento de iniciar una demanda ante juez laboral que en su mayoría son por el hecho de que alguna de las dos empresas implicadas incumplieron con su deber de proteger los derechos del trabajador, decidieron terminar la relación laboral que se tenía sin percatarse del hecho de que el trabajador adquirió la estabilidad laboral reforzada al tener una afectación en su salud dentro del vínculo laboral. Por ende, el demandante (trabajador en misión) al reclamar sus derechos y garantías demanda ambas empresas, esto se da por el hecho de que la ley no es clara al definir cuál de las empresas es la que debe responder por los daños causados al trabajador y por esto se deja al arbitrio de la decisión del juez, quedando en una vulneración

constante hasta que esto sea resuelto.

La solución que se considera para los casos expuestos anteriormente es la de definir hasta qué punto aplica la solidaridad para ambas empresas, es decir, en qué circunstancias y momentos responde la empresa usuaria o la EST, para garantizar que la EST no es la responsable de todo lo que puede llegar a suceder con un trabajador en misión, dado que, en todos los casos donde se presta el servicio es en las dependencias de la empresa usuaria y es allí donde los trabajadores en misión adquieren la estabilidad laboral reforzada en el fuero de salud. En el momento que esto sea resuelto, los trabajadores en misión tendrán un proceso mucho más claro y eficiente haciendo que la vulneración se reduzca en el tiempo.

## Referencias


Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia. *Artículo 53*.

Cadavid, I., & Arenas, E. (2023). *Cartilla del Trabajo.*

Cárdenas, E. (2013). *Alcances del derecho a la salud en Colombia. Una revisión constitucional, legal y jurisprudencial.* Revista de Derecho.

Congreso Nacional de la República de Colombia. (1950). *Código Sustantivo del Trabajo, modificado por la ley 50 de 1990.*

Congreso Nacional de la República de Colombia. (1990). Ley 50. *Artículo 77, 39618*. Diario oficial.

Congreso Nacional de la República de Colombia. (1997). Ley 361. *Artículo 26, 42978*. Diario oficial.

Congreso Nacional de la República de Colombia. (2015). Ley 1751. Artículo 1 y 2, 49427. Diario oficial.

Corte Constitucional de Colombia. (1992). *Sentencia T-406.*

Corte Constitucional de Colombia. (1994). *Sentencia C-023.*

Corte Constitucional de Colombia. (1998). *Sentencia U- 225.*

Corte Constitucional de Colombia. (2002). *Sentencia T-850.*

Corte Constitucional de Colombia. (2003). *Sentencia C-034.*

Corte Constitucional de Colombia. (2003). *Sentencia T-227.*

Corte Constitucional de Colombia. (2006). *T-198.*

Corte Constitucional de Colombia. (2010). *T-417.*

Corte Constitucional de Colombia. (2011). *T-711.*

*Corte Constitucional de Colombia (2013). T-745.*

Corte Constitucional de Colombia. (2014). *T-394.*

Corte Constitucional de Colombia. (2017). *Sentencia T-614.*

Corte Constitucional de Colombia. (2021). *Sentencia U-380*

*Corte Constitucional de Colombia (2023). Sentencia U-061..*

*Corte constitucional de Colombia (2023). Sentencia T-448.*

Corte Suprema de Justicia. (2012). *Sentencia Radicado No. 41845.*

Corte suprema de Justicia. (2020). Sentencia SL 178.

Corte Suprema de Justicia. (2021). *Sentencia L-711.*

Corte Suprema de Justicia. (2021). *Sentencia L-711.*

Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social de Colombia. (s.f.). Conoce los tipos de contrato de trabajo.

*Empleo sin fronteras*.
Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Colombia. (4 de julio de 1991). *Decreto 1707 de 1991. Por el cual se reglamentan los artículos 71 a 94 de la Ley 50 de 1990.* (Vol. 39888). Diario oficial .
Orjuela, L. E. (2011). *Protección del Derecho al Trabajo: jurisprudencia constitucional.* Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Laboral, Centro de Investigaciones Laborales.
Pérez, M. (2013). *Contratación laboral, intermediación y servicios.* Legis.
Presidencia de la República de Colombia. (2006). *Decreto 4369* .
Presidencia de la República de Colombia. (2015). *Decreto 1072.*
Torres, J. (2018). La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado contemporáneo. *Revista de Derecho*, 138-166.