

Ley de estabilidad laboral reforzada para personas que tengan a su cargo el cuidado y/o manutención de personas en condición de discapacidad

Proyecto de Ley No. 062 DE 2014

Por medio de la cual se implementan medidas de estabilidad reforzada para personas que tengan a su cargo el cuidado y/o manutención de personas en condición de discapacidad

EL CONGRESO DE COLOMBIA,

DECRETA:

Artículo 1 – modifíquese el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 el cual quedará así:

*En ningún caso la limitación **o la condición de discapacidad** 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 o en condición de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación o condición de discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo. **Esta condición de estabilidad se extenderá a personas que tengan a su cargo el cuidado y/o manutención de personas en condición de discapacidad.***

*No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación o condición de discapacidad **o por el desempeño de actividades de cuidado a favor de personas con discapacidad cuando estas se encuentren a su cargo,** 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.

Artículo 2 – modifíquese el artículo 27 de la Ley 361 de 1997 el cual quedará así:

Artículo 27º.- *En los concursos que se organicen para el ingreso al servicio público, serán admitidas en igualdad de condiciones las personas con limitación o **en condición de discapacidad**, y si se llegare a presentar un empate, se preferirá entre los elegibles a la personas con limitación o en condición de discapacidad y **aquellas personas que tengan a su cargo el cuidado y/o manutención de personas con discapacidad**, siempre y cuando el tipo o clase de limitación no resulten extremo incompatibles o insuperable frente al trabajo ofrecido, luego de haberse agotado todos los medios posibles de capacitación*

Parágrafo: Los servidores públicos que se encuentren nombrados en provisionalidad dentro de las entidades u organismos a los cuales se les aplica el sistema de carrera general o los sistemas específicos y especiales, no podrán ser despedidos o su contrato terminado por causales diferentes a aquellas contenidas en la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, o la que haga sus veces, sin que *medie autorización de la oficina de Trabajo*

Artículo 3 – El Ministerio de Salud y Protección Social deberá definir las condiciones a partir de las cuales se considera que una persona tiene a su cargo el cuidado y/o manutención de una persona con discapacidad.

El Ministerio de Salud y Protección Social deberá incluir una categoría en el Registro para la Caracterización de Personas en situación de Discapacidad, o el que haga sus veces en caso de

modificación, para que se incluya la información de personas que tengan a su cargo el cuidado y/o manutención de la persona con discapacidad que se registren en el mismo.

Para estos efectos, se podrán registrar las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad de la persona con discapacidad que se registre en el RLCPD y la posibilidad de registrarse se extenderá a máximo una persona adicional que no comparta esta condición de consanguineidad.

Artículo 4 – Cuando se requiera el cuidado especial de una persona con discapacidad, las personas a cargo de su cuidado y manutención tendrán derecho a un permiso para ausentarse de su trabajo por el número de horas equivalentes a cinco jornadas ordinarias de trabajo al año, distribuidas a su elección en jornadas completas, parciales o combinación de ambas, previo aviso de cinco días hábiles al empleador. Para todos los efectos legales, estas jornadas se considerarán como trabajadas y deberán ser remuneradas sin que sea posible la subrogación de su pago a través de otras prestaciones sociales.

Parágrafo: El uso de este mecanismo de flexibilización horaria deberá ser justificado ante el empleador por medio de certificación médica verificable u otro medio que sirva este propósito, dentro de los tres días hábiles siguientes al día en que se retoman las labores de trabajo ordinarias. En caso de no aportarse el soporte correspondiente se entenderá como injustificado el uso de las prerrogativas consagradas en la presente ley con las consecuencias legales previstas en el Código Sustantivo del trabajo y demás legislación laboral pertinente.

Artículo 5. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación.

MYRIAM PAREDES AGUIRRE

Senadora de la República

NORA MARIA GARCIA BURGOS

Senadora de la República

OLGA LUCIA SUAREZ MIRA

Senadora de la República

NIDIA MARCELA OSORIO

Senadora de la República

NADIA BLEL SCAFF

Senadora de la República

YAMINA PESTANA ROJAS

Senadora de la República

AIDA MERLANO REBOLLEDO

Representante a la Cámara

INES LOPEZ FLORES

Representante a la Cámara

LILIANA BENAVIDES SOLARTE

Representante a la Cámara

LINA MARIA BARRERA RUEDA

Representante a la Cámara

Ley de estabilidad laboral reforzada para personas que tengan a su cargo el cuidado y/o manutención de personas en condición de discapacidad

Proyecto de Ley No. ____

Por medio de la cual se implementan medidas de estabilidad reforzada para personas que tengan a su cargo el cuidado y/o manutención de personas en condición de discapacidad

Exposición de Motivos

Política de discapacidad en Colombia

El concepto de discapacidad ha evolucionado a través del tiempo, trascendiendo en diferentes modelos que han caracterizado y determinado visiones y marcos de actuación frente a la población con discapacidad.

La Organización Mundial de la Salud –OMS promulgó en el 2001 la CIF, en la que se establece: “Discapacidad es un término genérico que incluye: deficiencia o alteración en las funciones o estructuras corporales, limitación o dificultades en la capacidad de realizar actividades y restricción en la participación de actividades que son vitales para el desarrollo de la persona”. Así, la discapacidad representa las alteraciones en el funcionamiento del ser humano considerando que éste es producto de la interacción del individuo con el entorno en el que vive y se desarrolla.

Coherente con lo establecido por la OMS, la Convención sobre los Derechos de las personas con condición de discapacidad (ONU, 2006), reconoce que “La discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras

debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”

En este sentido, en Colombia se ha buscado consolidar procesos de configuración normativo mediante los cuales se garanticen los derechos de las personas con discapacidad, dando cumplimiento a mandatos superiores, contenidos en la Constitución Política y en leyes como la 361 de 19971, 1145 de 20072, 1438 de 2013 y 1618 de 2013, entre otras. Igualmente, es necesario destacar que en Colombia se han venido incorporado preceptos desarrollados a través de organismos multiláteras que propenden por el planteamiento de un enfoque bio-psico-social en el que la sociedad debe fortalecer y ajustar sus instituciones, normas, actores y cultura para valorar y respetar la condición de discapacidad, en un marco de diversidad humana.

Dichos desarrollos, se desprenden principalmente a partir de lo expuesto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a través del cual se incorpora el concepto de discapacidad en un sentido amplio, describiendo los aspectos que incluyen este concepto. En ese sentido, el artículo 1° de la Ley Estatutaria 1618 de 2013 estableció una definición amplia e incluyente a partir del cual se estableció que *“las personas con discapacidad incluyen aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales, o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*

En la exposición de motivos del Proyecto de la ahora Ley de Discapacidad, se estableció, a su vez, que:

“La discapacidad debe ser entendida como una condición integral de la persona que excede cualquier ámbito sectorial. Para una adecuada intervención se deben generar objetivos y estrategias desde la salud, la educación, el trabajo, el deporte, el bienestar familiar y social, a dirigir sus acciones al fortalecimiento de las habilidades y potencialidades del individuo, sin descuidar, por supuesto, sus carencias. Los avances

alcanzados hasta el momento en Colombia, en términos de la formulación de la Política pública en discapacidad, toman como fundamento teórico el modelo planteado por la OMS, según lo expresado en el CONPES 80 de julio de 2004.

(...)

En conclusión, el enfoque de derechos plantea que los individuos deben reconocerse, asumirse y ser considerados como sujetos de derechos fundamentales inalienables e irrenunciables. El desarrollo está entonces orientado sobre los intereses del pueblo a partir de procesos de gerencia y gestión social en los que las comunidades tienen el poder y la capacidad de definir y decidir sus derroteros para su desarrollo.”

A partir del desarrollo normativo en mención, el Gobierno Nacional rediseñó la política pública de discapacidad establecida en el Documento CONPES 80 de 2004. A través del Documento CONPES Social No. 166 el objetivo de la política es precisar los compromisos necesarios para la implementación de la política como parte del Plan Nacional de Desarrollo 2010 - 2014, “Prosperidad para Todos”. Así mismo, se busca definir los lineamientos, estrategias y recomendaciones que con la participación de las instituciones del Estado, la sociedad civil organizada y la ciudadanía, permitan avanzar en la construcción e implementación de la Política Pública de Discapacidad e Inclusión Social- PPDIS, que se basa en el goce pleno en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las Personas con Discapacidad, como lo establece la Convención sobre los Derechos de las de Naciones Unidas.

Estabilidad laboral reforzada

Dentro de esta orbita de derechos se encuentra el derecho al trabajo de personas con discapacidad. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha establecido que:

“Hay distintas formas de discapacidad y diversos niveles y, en algunos casos el grado de discapacidad le impide a la persona continuar su desempeño laboral o concurrir al mercado abierto de trabajo para obtener una ocupación. En este último supuesto las medidas más habituales de protección a los discapacitados encuentran un límite, ya que están concebidas para facilitar la incorporación laboral de personas con una afectación menos severa y quedan descartadas cuando se comprueba que la invalidez le impide a la persona cumplir cometidos de índole laboral y que, por lo tanto, es indispensable pensar en otras formas de protección del ingreso económico y de la integridad física y síquica del discapacitado.”¹

En este sentido, se hace necesario que se garanticen condiciones que en la práctica permitan que las personas con discapacidad puedan acceder y desarrollarse en el tiempo a partir de su incursión en el ámbito profesional. El medio idóneo para que el supuesto anterior se cumpla es mediante una estabilidad laboral reforzada, concepto que ha sido desarrollado jurisprudencialmente de forma extensa. Al respecto, el Alto Tribunal Constitucional ha establecido que:

“En general el derecho a la estabilidad laboral consiste en la garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. Una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad. La protección tiene entonces que ser eficaz, por lo cual su regulación y aplicación está sometida a un control constitucional más estricto pues, la Constitución ordena un amparo

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-810 de 2007

especial a la estabilidad laboral de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, por lo cual no es suficiente que el ordenamiento legal asegure unos ingresos monetarios a esas trabajadoras, sino que es necesario protegerles eficazmente su derecho efectivo a trabajar”

Igualmente, se ha establecido mediante desarrollo jurisprudencial el alcance del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, objeto de modificación por parte de esta iniciativa, el objeto de la especial protección a la que se encuentran sujetos personas con condición de discapacidad. Veamos:

“Lo que pretende garantizar la norma es la no discriminación laboral por la existencia de limitaciones físicas, garantizando así una estabilidad laboral mayor. El artículo 26 fue declarado exequible de manera condicionada toda vez que la Corte estimó que en todo despido por razón de la limitación de la persona deberían concurrir dos factores: la autorización de la oficina del trabajo y el pago de ciento ochenta días de trabajo. Estas dos cargas para el empleador son instrumentos previstos por el legislador para evitar que se presente de manera arbitraria el despido de la persona limitada”.²

Esta situación se ve reforzada por una presunción de despido discriminatorio, el cual refuerza la órbita de protección laboral de las personas con discapacidad. Al respecto, se ha dicho que:

Cuando se comprueba que el empleador (a) despidió a un trabajador que se encuentra en debilidad manifiesta o en estado de vulnerabilidad, que se manifiesta a través de factores que afectan su salud, bienestar físico, mental o fisiológico; (b) sin solicitar la autorización de la oficina del trabajo; (c) conociendo de la situación de discapacidad del empleado, y (d) no logró desvirtuar la presunción de despido discriminatorio.

² Corte Constitucional. Sentencia T-519 de 2003

Esta situación resulta aplicable para las personas con discapacidad a partir de los instrumentos legales en mención, el desarrollo jurisprudencia y la incorporación de disposiciones de orden internacional. En este sentido, se destaca que el Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la “readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas” y adoptado en Colombia mediante la Ley 82 de 1988, tratándose del trabajo, señala en su artículo 1º que es inválida “toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida”.

Por ellos, a partir de la definición transcrita, en el ámbito laboral la incapacidad tiene incidencia sobre la conservación del empleo y, además, sobre la obtención del empleo. En el primer evento, una relación laboral en curso resulta afectada por una incapacidad sobreviniente y, como medida de protección, al trabajador que adquiere una “limitación física, sensorial o psicológica” se le garantiza su permanencia en el empleo gracias a una estabilidad laboral reforzada y mediante el desarrollo de programas de rehabilitación y capacitación.³

Con todo, es claro que existen instrumentos idóneos para garantizar la tutela del derecho al trabajo de las personas con discapacidad. No obstante, esta situación no se puede predicar respecto de las Personas que tienen a cargo el cuidado y/o manutención de personas en condición *de discapacidad*

Personas que tienen a cargo el cuidado y/o manutención de personas en condición *de discapacidad*

Actualmente, son escasos los estudios que han profundizado en las necesidades que tienen los cuidadores de las personas en situación de discapacidad toda vez que las principales iniciativas, estudios y ajustes normativos se han realizado respecto de las personas con discapacidad

³ Corte Constitucional, Sentencia C-531 de 2000

propriadamente. Lo anterior, si bien resulta destacable y se impulsa mediante esta iniciativa, desconoce el ámbito social en el que se desenvuelven las personas con discapacidad e interacción con personas a cargo de su cuidado.

En este sentido, el marco jurídico colombiano resulta claro y es extenso al consagrar los beneficios y necesidades de las personas con discapacidad. No obstante, existe un vacío normativo en relación a las personas que tienen a su cargo el cuidado y manutención de personas con discapacidad. Sobre este aspecto, encontramos que estas personas son sujetos que afrontan las mismas dificultades y obstáculos a los que se enfrentan las personas con discapacidad.

Al respecto, la doctrina especializada ha señalado que:

Unida de manera estrecha e irrefutable a la comunidad de personas en situación de discapacidad se encuentra la familia que debe, en gran parte, encargarse de la atención e integración de la persona con discapacidad a la sociedad. Esta tarea, es en muchas ocasiones, asignada a un miembro de la familia por diversas razones, por disponibilidad de tiempo, por características personales particulares o simplemente porque no hay otro participante de la familia que pueda hacerlo.

Esta asignación de quién debe ejercer el oficio del cuidador la mayoría de las veces obedece a factores de disponibilidad o de obligación, lo que hace que quien realice este trabajo por lo general no está preparado. Esta falta de preparación lleva a los cuidadores a cometer errores elementales que van en perjuicio de su propia salud y de la independencia de la persona en situación de discapacidad. En este escenario, el cuidador puede convertirse en “sujeto de cuidado” y aumentar así la necesidad de involucrar a más miembros de la familia y perder la acción del cuidador original.

Igualmente, el costo indirecto generado por los cuidadores de las personas con discapacidad fue planteado por C. Rodríguez en septiembre de 2005, en el cual denomina economía del cuidado

a la acción desarrollada por los cuidadores de personas con cualquier tipo de discapacidad, y ha señalado la importancia de esta acción. Por su parte, el estudio citado estableció a partir de otro estudio (Hernández y Hernández 2005), la necesidad del uso de un cuidador como uno de los costos indirectos que genera la discapacidad y en el caso de los adultos mayores que requieren ayuda permanente (61%) se calcula que al menos el 2.6% de ellos tienen un cuidador Externo contratado que como mínimo devenga un salario mínimo vigente.

Por su parte, la importancia del cuidador no es de menor relevancia y constituye un aspecto fundamental del desarrollo de las personas con discapacidad en diferentes ámbitos. A modo de ejemplo, encontramos que algunas de sus funciones consisten en:

- Ayudar en las actividades básicas cotidianas (higiene, alimentación, etc.)
- Ayudar en los desplazamientos en el interior del domicilio
- Ayudar en el transporte fuera del domicilio
- Administración de los medicamentos
- Colaboración en tareas de enfermería
- Ayuda en las actividades domésticas
- Ayudar en la administración de bienes y dinero
- Resolver situaciones conflictivas derivadas del cuidado (crisis, casos de agitación, necesidad de atención por el equipo de salud, etc.)
- Ayudar en la comunicación con terceros
- Atender las visitas a la persona cuidada
- Ayudar en el acceso a los servicios de salud
- Manejo de equipos de ayuda (oxígeno, sillas de ruedas, etc.)
- Ayudar en la integración de la familia con la persona cuidada; y
- Manejo del ocio

Si bien en Colombia no se ha desarrollado un análisis integral sobre los cuidadores o personas que tienen a su cargo el cuidado de personas con discapacidad, el estudio “*Situación del cuidador y características del cuidado de personas con discapacidad en Santiago de Cali*”, publicado en la Revista Chilena de Salud Pública (2011; Vol. 15 (2): 83 – 89), arroja datos relevantes y concluyentes sobre su importancia. A modo de ejemplo, el estudio concluye que:

- *Tanto en el cuidador como en la persona receptora predominó el género femenino, edad avanzada y el bajo nivel de escolaridad.*
- *La discapacidad motora y múltiple fueron los principales tipos y la enfermedad general la primera causa*
- *El 58.3% de los cuidadores se dedica exclusivamente a las actividades del hogar; el 11.1% a hogar y trabajo, independiente, el 11.2% además del hogar se ayuda para el sostenimiento con ventas en casa, sólo el 11.1% es empleada.*
- *Esto indica que 80% de los cuidadores está presente en el hogar y que el 86.1% no recibe remuneración económica por el hecho de cuidar.*

Lo anterior, denota los altos índices de desempleo, informalidad laboral y dificultades a los que se enfrentan este grupo de personas. No obstante, a pesar de su importancia no existen medidas que hagan frente a muestras como las que anotaron.

Con todo, su importancia no se ve reflejada en nuestro marco jurídico. Por lo anterior, este Proyecto, teniendo en cuenta la necesidad estrategias que permitan generar un proceso de apoyo actualmente se desempeñan como cuidadores no formales –principalmente familiares-, se orienta a extender una serie de beneficios a estas personas. Así las cosas, se desarrollan mecanismos de flexibilización y estabilidad laboral que les permitan asistir a las personas a su cargo cuando la especial condición y urgencias que se presenten lo exijan. Con todo, es fundamental que se actualice el ordenamiento jurídico de modo tal que se contemplen las particularidades de las mismas.

En merito de lo expuesto, solicitamos al Honorable Congreso de la República dar debate a la presente iniciativa.

MYRIAM PAREDES AGUIRRE

Senadora de la República

NORA MARIA GARCIA BURGOS

Senadora de la República

OLGA LUCIA SUAREZ MIRA

Senadora de la República

NIDIA MARCELA OSORIO

Senadora de la República

NADIA BLEL SCAFF

Senadora de la República

YAMINA PESTANA ROJAS

Senadora de la República

AIDA MERLANO REBOLLEDO

Representante a la Cámara

INES LOPEZ FLORES

Representante a la Cámara

LILIANA BENAVIDES SOLARTE

Representante a la Cámara

LINA MARIA BARRERA RUEDA

Representante a la Cámara