

LOS CUIDADOS PRIMARIOS DE FAMILIARES DEPENDIENTES COMO GENERADORES DE DERECHOS Y GARANTÍAS PARA TRABAJADORES EN COLOMBIA

Deissy Gabriela Martínez Cuarán¹

Fecha de recepción: 18 de agosto de 2022

Fecha de aceptación: 28 de octubre de 2022

Referencia: Martínez, D. (2022). Los cuidados primarios de familiares dependientes como generadores de derechos y garantías para trabajadores en Colombia. *Revista Científica Codex*, 8(15), 68-100.

RESUMEN

A partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, el derecho al trabajo se convirtió en uno de los pilares y fines esenciales del Estado, y pasó a gozar del estatus de derecho fundamental, con miras a garantizar el ejercicio del mismo en condiciones dignas. Uno de los derechos mínimos de los trabajadores, consiste en no ser discriminado y gozar de igualdad de oportunidades. No obstante, en la actualidad, existe un grupo de trabajadores, que se encuentran en posición de desigualdad, al tener a su cargo la responsabilidad de cuidado de familiares en situación de enfermedad y no contar con figuras jurídicas efectivas, que permitan conciliar sus obligaciones laborales con su deber de cuidado. El objeto del presente artículo, es estudiar la viabilidad de implementar en el ordenamiento jurídico colombiano, una licencia especial por enfermedad de familiar dependiente del trabajador. Para tal fin, se abordará el marco

-
1. Abogada egresada destacada de la Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social XV promoción de la misma institución. Profesional de apoyo en posgrados en Derecho del Centro de Investigaciones y Estudios Sociojurídicos de la Universidad de Nariño.

normativo de los derechos y prerrogativas laborales en Colombia. Posteriormente, se estudiará específicamente la normativa respecto a las licencias que se conceden a los trabajadores para atender familiares en situación de enfermedad. Finalmente, se analizará lo dispuesto por el Convenio No. 156 de la OIT y su implementación en la legislación interna de algunos estados miembros, con el fin de proteger a los trabajadores con responsabilidades familiares.

Palabras clave: derecho al trabajo en condiciones dignas, licencia o permiso por enfermedad de familiar directo, grave calamidad doméstica, trabajadores con responsabilidades familiares.

ABSTRACT

Since the enactment of the Political Constitution of 1991, the right to work has become one of the pillars and essential purposes of the State, and has been given the status of a fundamental right, with a view to guaranteeing its exercise in decent conditions. One of the minimum rights of workers is not to be discriminated against and to enjoy equal opportunities. However, at present, there is a group of workers who are in a position of inequality, as they are responsible for the care of sick family members and do not have effective legal figures that allow them to reconcile their work obligations with their duty of care. The purpose of this article is to study the feasibility of implementing in the Colombian legal system, a special leave of absence due to illness of the employee's dependent family member. To this end, the regulatory framework of labor rights and prerogatives in Colombia will be addressed. Subsequently, we will specifically study the regulations regarding the leaves granted to workers to take care of family members in a sick situation. Finally, the provisions of ILO Convention No. 156 and its implementation in the domestic legislation of some member states will be analyzed in order to protect workers with family responsibilities.

Keywords: right to work in decent conditions, leave of absence for illness of immediate family member, serious domestic calamity, workers with family responsibilities.

INTRODUCCIÓN

La familia constituye el núcleo esencial de la sociedad, por lo cual, el Estado debe garantizar su protección integral. Lo anterior fue estipulado en la Carta Política de 1991 y permea en las diferentes esferas del ordenamiento jurídico.

En Colombia, la mayoría de familias encuentran su sustento económico en padres o madres trabajadores, sometidos bajo la facultad subordinante de su empleador, en el desarrollo de las labores para los cuales fueron contratados, sin embargo, esto no significa que las responsabilidades para con sus familiares desaparezcan o deban ser desatendidas. Los trabajadores con responsabilidades familiares, derivadas de enfermedad o grave riesgo a la salud, cuentan con figuras como la licencia por grave calamidad doméstica o la licencia ordinaria no remunerada, para solicitar ausentarse de su cargo de forma temporal, y acudir al cuidado de los menores o familiares bajo su custodia, no obstante, actualmente estas figuras dependen de la voluntad de sus empleadores, lo que genera en la mayoría de ocasiones, se incurra en la vulneración de los principios constitucionales de solidaridad, dignidad humana y el interés superior de los niños.

Con miras a analizar las figuras jurídicas que pueden implementarse en el ordenamiento jurídico colombiano y ofrecer una posible solución a la problemática planteada, en el presente artículo se estudiará el marco constitucional y legal de los derechos de los trabajadores, en especial las facultades con las que cuentan, para atender situaciones de enfermedad de sus familiares. Seguidamente, se analizará la complementación de la norma existente, a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el precedente fijado respecto a la licencia por grave calamidad doméstica, su duración y condiciones para su otorgamiento. Finalmente, se estudiará el Convenio No. 156 de la Organización Internacional del Trabajo –en adelante OIT– relativo a los trabajadores con responsabilidades familiares, su reglamentación y como algunos estados miembros, en virtud de su ratificación, han optado por implementar en sus legislaciones internas licencias obligatorias, para que los trabajadores puedan acudir al cuidado de sus hijos o miembros de la familia, que se encuentren en situación de enfermedad.

1. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO A PARTIR DE 1991

La llegada al ordenamiento jurídico colombiano de la nueva Constitución Política en el año 1991, marcó un punto de referencia, entre el antes y después de la adopción de un modelo de Estado social de derecho. Eso significó una transformación de las fuentes del derecho, la jerarquía y

aplicabilidad de las normas y, principalmente, la protección y garantía de los derechos fundamentada en valores y principios constitucionales.

En el ámbito de los derechos de los trabajadores, desde su preámbulo, la Carta Política estableció los fines esenciales del Estado, entre los cuales se encuentra el derecho al trabajo Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia T-426 de 1992, precisó que el mandato contenido en el preámbulo tiene poder vinculante, por lo cual, cualquier norma, sin importar si es de carácter legislativo u otro, no puede ir en contravía de los fines del Estado, so pena de ser declarada inconstitucional (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-426, 1992).

Seguidamente, el artículo 1 de la Constitución reafirma el trabajo como uno de los principios fundamentales del Estado social de derecho. De forma específica, el artículo 25 consagra el trabajo como un derecho fundamental e insta al Estado a garantizar una especial protección a las diferentes modalidades que este derecho pueda adoptar, propendiendo siempre su ejercicio bajo condiciones dignas y justas (C.P., 1991).

En obediencia a lo anterior, dado que una de las obligaciones constitucionales del Estado es proteger el derecho al trabajo y garantizar su realización, el artículo 53 establece un mandato dirigido al Congreso de la República, quien deberá expedir un estatuto del Trabajo, fijando como contenido mínimo y obligatorio una serie de principios fundamentales del trabajo (C.P., 1991).

Si bien treinta años después de la expedición de la Carta Política, el órgano legislativo ha evadido la obligación constitucional de expedir el estatuto del trabajo y desarrollar de forma amplia la regulación, protección y garantía de los derechos de los trabajadores, gracias a los postulados sobre el derecho al trabajo como fundamento del Estado social de derecho y como un derecho fundamental de las personas, la creación de la jurisdicción constitucional en cabeza de la Corte Constitucional, y la implementación de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, se ha garantizado la protección de los derechos laborales y de la seguridad social, complementando a través de la jurisprudencia los vacíos legales que antes permitían la vulneración de dichos derechos.

En palabras de Dacosta (2020):

La acción de la Corte Constitucional ha incidido en todo el ordenamiento jurídico general y el Derecho del Trabajo en particular. De manera que no resultó gratuito que se constitucionalizara el derecho al trabajo ya que, por vía de acción de tutela, al tener la dimensión de fundamentales múltiples derechos laborales, la Corte ha conocido un número considerable de situaciones laborales o de seguridad social, al punto que estos asuntos desde su creación han ocupado mayoritariamente la atención de las salas de revisión de la Corte y, por vía de acción de inexequibilidad, se ha modificado considerablemente el ordenamiento jurídico laboral colombiano donde la Corte Constitucional, por permisión creada de su propia jurisprudencia, ha aplicado técnicas de modulación de sus sentencias. (p. 301)

Ahora bien, el artículo 53 constitucional determinó que los convenios internacionales en materia de normas laborales que sean debidamente ratificados, entran a ser parte de la legislación interna (C.P., 1991). Lo anterior, aunado a lo dispuesto en el artículo 93 constitucional, elevan estas normas a ser parte del bloque de constitucionalidad, lo que marca una considerable diferencia si se compara la regulación y protección de los derechos de los trabajadores, antes y después del año 1991, dado que, desde la expedición de la nueva norma constitucional y la ratificación de normas internacionales como las expedidas por la OIT, los trabajadores se encuentran cobijados en muchos más aspectos, a tal punto que los derechos laborales han cobrado el título de garantías jurídicas inalienables (Almanza, 2020).

Actualmente, Colombia ha ratificado 61 convenios expedidos por la OIT, de los cuales 49 están en vigor y entre los cuales están ocho de los diez convenios fundamentales (Organización Internacional del Trabajo [OIT], s.f.a). Acogiendo la división propuesta por Beaudonnet (como se citó en Almanza, 2020), las normas expedidas por la OIT se pueden clasificar dentro de 4 grandes ejes temáticos: 1) Libertad de asociación y reconocimiento del derecho a la negociación colectiva –Convenios 87 y 98–; 2) Eliminación de toda forma de trabajo forzoso u obligatorio –Convenios 29 y 105–; 3) Abolición efectiva del trabajo infantil –Convenios 138 y 182–; y 4) Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación –Convenios 100 y 111–.

Colombia, como Estado miembro de la Organización Internacional del Trabajo, ha adquirido una serie de compromisos relativos al mejoramiento

de las condiciones laborales de los trabajadores y cumplimiento de unos mínimos fundamentales en materia de derechos de trabajo, en observancia de los objetivos y postulados de la política de trabajo decente planteada por la OIT. Si bien la OIT manifiesta en diversos de sus instrumentos, entre ellos la Declaración de Filadelfia de 1944, que la aplicación de las declaraciones y convenios debe hacerse teniendo en cuenta el grado de desarrollo social y económico de cada Estado, es decir, de manera progresiva. No obstante, esto no constituye una justificación para retrasar o dejar de aplicar convenios o directrices de la OIT que regulan verdaderos derechos adquiridos por los trabajadores (OIT, 1944).

Respecto al concepto de trabajo decente, el director general de la Organización Internacional del Trabajo, lo empleó por primera vez en la Conferencia Internacional del Trabajo del año 1999, argumentando que, debido al surgimiento de modelos inequitativos de la distribución de riquezas y el incremento de la desigualdad entre la población, la política de la OIT debía velar por la promoción del trabajo decente, entendido como aquel que se desarrolla en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana (OIT, 1999). Adicionalmente, se fijaron cuatro objetivos estratégicos de la política de trabajo decente, los cuales fueron desarrollados a profundidad por el Instituto Internacional de Estudios Laborales de la OIT –en adelante IIEL– (Procuraduría General de la Nación, 2010).

En dicha ocasión, el IIEL (como se citó en Procuraduría General de la Nación, 2010) precisó que, estos objetivos estratégicos no solo constituyen una meta, sino que se traducen en los componentes o elementos del concepto de trabajo decente y son los siguientes: 1) Oportunidad de empleo e ingresos: refiriéndose a la posibilidad de acceder a las diferentes formas de trabajo existentes, entre las cuales se encuentra, el empleo formal, empleo en condiciones informales y el autoempleo. Este elemento se materializa o traduce en la suficiencia de la oferta de empleo en determinado país, para satisfacer la demanda del mismo. Si la remuneración es la adecuada para asegurar calidad de vida digna al trabajador y su familia, y si las condiciones de desarrollo de las labores son dignas; 2) Derechos de los trabajadores: constituyen el elemento normativo laboral que busca la protección y garantía de los derechos y libertades de los trabajadores, por lo cual, está condicionado tanto a su reconocimiento como aplicación efectiva por las instituciones estatales; 3) Protección social: entendido como la necesidad de brindar tanto al trabajador como a su familia, protección frente a las

contingencias de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, desempleo, muerte entre otras; 4) Diálogo social: este componente busca asegurar, la comunicación entre los trabajadores, empleadores y el Estado, basado en el sistema de comunicación tripartita adoptada por la OIT, esto con miras a solucionar conflictos del sector laboral.

Es así como, a partir del año 1991, el eje central del derecho laboral colombiano es la Carta Política, de la cual se deriva el carácter fundamental del derecho al trabajo y la seguridad social, a tal punto de adoptar una triple calidad, dado que constitucionalmente el trabajo es considerado como principio, deber y derecho (Procuraduría General de la Nación, 2010). Esto ha permitido que, a través de mecanismos judiciales como la acción de tutela y la acción pública de constitucionalidad, se establezca una corriente jurisprudencial garantista de los derechos laborales, e incluso se suplan vacíos legales y normativos derivados de la insuficiencia de la labor legislativa.

Con miras a desarrollar el tema materia del presente artículo, se procederá a estudiar y especificar las figuras normativas con las que actualmente cuenta el ordenamiento jurídico laboral colombiano, para proteger y garantizar los derechos de los trabajadores con familiares dependientes en situación de enfermedad y que requieran asistencia.

2. DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS TRABAJADORES CON FAMILIARES DEPENDIENTES EN SITUACIÓN DE ENFERMEDAD EN EL MARCO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL COLOMBIANO

Actualmente, Colombia cuenta con diversidad de tipos de familias, diferentes al modelo tradicional conformado por dos padres y sus hijos, encontrando en su gran mayoría núcleos familiares integrados por una madre o padre, cabeza de familia a cargo de hijos, hermanos u otros familiares que requieren ciertos tipos de cuidados. Respecto al cuidado de hijos o familiares dependientes que se encuentran en situación de enfermedad o dependen de un tercero para su subsistencia, lo normal es que esta responsabilidad recaiga exclusivamente en las mujeres, quienes históricamente han asumido el rol de cuidadoras del hogar, representando un riesgo para su salud física, psicológica y social (Cruz et al., 2017).

Cruz et al. (2017) consideran que, dicha carga impuesta a las mujeres se debe a que existe un posicionamiento sociocultural, que tiende a señalar a las mujeres como las personas idóneas para estas labores, a saber:

Las mujeres tienden a interiorizar el cuidado y contemplarlo como una competencia de estricta responsabilidad personal, lo que les orilla a asumir la carga total de cuidado, no delegar responsabilidades sobre el mismo y poner en riesgo su propio autocuidado (párr. 16).

Ahora bien, adicionalmente a la obligación de cuidado con sus familiares dependientes, los responsables del hogar o el núcleo familiar, generalmente desempeñan el rol de trabajadores, razón por la cual es necesario, existan herramientas que permitan cumplir con los roles laborales y familiares, sin entrar a perjudicar derechos fundamentales propios o de terceros.

De la revisión del ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra que los trabajadores con familiares dependientes en situación de enfermedad, cuentan únicamente con dos figuras legales para acudir y cumplir sus deberes de cuidado: la licencia o permiso por grave calamidad doméstica y las licencias no remuneradas. Estas figuras varían, dependiendo del sector al que pertenezca el trabajador, sea el sector privado o el sector público. A continuación, se abordará cada figura y su reglamentación legal, para finalmente estudiar la complementación y regulación de estas figuras a través de la jurisprudencia constitucional.

2.1 Licencia por grave calamidad doméstica y licencia no remunerada en el sector privado

El Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 57, consagra una serie de obligaciones especiales del empleador. Precisamente en el numeral 6, se estableció el deber de conceder las licencias necesarias para que el ejercicio de actividades como: “el ejercicio del sufragio; para el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación; **en caso de grave calamidad doméstica debidamente comprobada**” (Código Sustantivo del Trabajo [C.S.T.], 1950, art. 57) (negrita fuera de texto) entre otras situaciones. Al finalizar el numeral, la norma contempla la posibilidad de regular las condiciones para otorgar las licencias enunciadas, mediante los reglamentos de trabajo.

Respecto al concepto, alcance, requisitos, forma y remuneración de la licencia en caso de grave calamidad doméstica, la norma guardó silencio,

dado que solo se estableció que dicha situación deberá ser debidamente comprobada y facultativamente puede ser regulada en los reglamentos de trabajo internos de cada empresa. Así entonces, en principio, se puede concluir, que depende del arbitrio del empleador, determinar qué situaciones se pueden contemplar como una grave calamidad doméstica, y la concesión de una licencia, remunerada o no.

Inicialmente, el artículo 57, numeral 6 del Código Sustantivo del Trabajo, determinaba que, el empleador tenía la facultad de descontar del salario o exigir compensación en tiempo al trabajador, por los días concedidos bajo el término de las licencias mencionadas; no obstante, este aparte fue demandado por inconstitucionalidad en el año 2009, dado que los accionantes consideraban que dicho aparte iba en contravía del preámbulo de la Constitución Política, los fines esenciales del Estado, el trabajo en condiciones dignas, entre otros derechos (Corte Constitucional, Sala Plena, C-930, 2009).

En virtud de lo anterior, en la sentencia C-930 de 2009, la Corte Constitucional determinó que la obligación de conceder licencias a los trabajadores se deriva del respeto a los principios de solidaridad y dignidad humana, así como el respeto de los derechos de los trabajadores. Posteriormente, refiriéndose específicamente a la licencia en caso de grave calamidad doméstica, se reiteró que, si bien el Código Sustantivo del Trabajo no definió que es una grave calamidad doméstica, esta debe ser entendida como:

Todo suceso familiar cuya gravedad afecte el normal desarrollo de las actividades del trabajador, en la cual pueden verse amenazados derechos fundamentales de importancia significativa en la vida personal o familiar del mismo, como por ejemplo una grave afectación de la salud o la integridad física de un familiar cercano –hijo, hija, padre, madre, hermano, cónyuge o compañero–, el secuestro o la desaparición del mismo, una afectación seria de la vivienda del trabajador o de su familia por caso fortuito o fuerza mayor, como incendio, inundación o terremoto, para citar algunos ejemplos. Todas estas situaciones, u otras similares, pueden comprometer la vigencia de derechos fundamentales de los afectados, o irrogarles un grave dolor moral, y los obligan a atender prioritariamente la situación o la emergencia personal o familiar, por lo cual no están en condiciones de continuar la relación laboral prestando su servicio personal, existiendo un imperativo de rango constitucional para suspender el contrato de trabajo. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-930, 2009)

Finalmente, el Tribunal Constitucional resolvió declarar inexecutable el apartado demandado, dado que permitir al empleador descontar del salario o exigir al trabajador compensar el tiempo que fue concedido para gozar de una licencia, iba en contravía de principios constitucionales y representaba una vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores y su familia (Corte Constitucional, Sala Plena, C-930, 2009).

Dado que el fallo constitucional mencionado es de gran relevancia para el tema desarrollado en el presente artículo, se estudiará de forma concienzuda en el acápite posterior sobre la regulación de la licencia por grave calamidad doméstica, a través de la jurisprudencia constitucional.

La segunda figura legal que permite al trabajador con familiares en situación de enfermedad apartarse de sus funciones sin que implique la terminación del vínculo laboral es solicitar una licencia temporal no remunerada a su empleador. Esta posibilidad se encuentra entre las causales para suspender el contrato de trabajo, que se disponen en el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, el numeral 4 establece que el contrato de trabajo se puede suspender “por licencia o permiso temporal concedido por el empleador al trabajador o por suspensión disciplinaria” (C.S.T., 1950, art. 51).

Nuevamente, la norma condiciona la posibilidad de conceder la licencia o permiso temporal, a la voluntad del empleador, quien es el encargado de valorar si la situación que expone el trabajador, si justifica que se ausente de su cargo. Aunado a lo anterior, dado que la licencia o permiso temporal suspende el contrato de trabajo, se deben tener en cuenta los efectos que causa dicha suspensión a la relación laboral, los cuales fueron fijados en el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo. En primer lugar, la suspensión implica que el trabajador no debe cumplir con la obligación de prestar el servicio para el cual fue contratado, en consecuencia, el empleador no debe cumplir con su obligación de pagar los salarios, durante el término que dure la licencia o permiso temporal. En segundo lugar, el periodo de suspensión puede ser descontado por el empleador, al momento de liquidar cesantías y vacaciones. Finalmente, el empleador deberá cumplir con su obligación de realizar los aportes correspondientes a seguridad social en salud y pensión (C.S.T., 1950, art. 53).

De lo anterior, se puede concluir, que tanto la licencia en caso de grave calamidad doméstica como la licencia temporal no remunerada, son

garantías que, si bien son una obligación del empleador, al momento de concederla, están sometidas a la voluntad y decisión de los empleadores. Adicionalmente, la norma no fue más allá, estableciendo unos mínimos y máximos de duración de las licencias mencionadas, escenarios o situaciones que originen derecho a solicitarlas, y, en el caso de la licencia por grave calamidad doméstica, no se especifica si es una licencia remunerada o si el empleador puede determinar si se condiciona el permiso con la no cancelación de salarios durante el tiempo concedido.

2.2 El permiso remunerado en caso de calamidad doméstica y la licencia ordinaria no remunerada en el sector público

El equivalente a la licencia en caso de grave calamidad doméstica establecida para los trabajadores del sector privado, está representado en la figura del permiso remunerado para los servidores públicos. El Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública fijó en su artículo 2.2.5.5.17 la posibilidad del trabajador de solicitar un permiso remunerado hasta por 3 días hábiles, cumpliendo dos requisitos: el permiso se debe solicitar por escrito al nominador y debe mediar justa causa. Adicionalmente, la norma establece que, cuando el permiso se origine por una calamidad doméstica, el empleado debe informar de forma inmediata al área de recursos humanos, los motivos de la calamidad y aportar los soportes que la demuestren. Si se determina que no existió mérito suficiente para ausentarse de las funciones, se habilita al empleador de descontar los salarios por el día o días no laborados (Decreto 1083, 2015, art. 2.2.5.5.17).

La primera diferencia visible entre la regulación de la licencia por calamidad doméstica para los trabajadores del sector privado y el permiso remunerado por calamidad doméstica para servidores públicos radica en que la norma del sector público si se pronunció sobre la duración y carácter de remunerado de dicho permiso. Sin embargo, las dos figuras comparten la condición de depender del juicio del empleador, quien es el encargado de valorar si la situación aludida por el trabajador corresponde o no a una calamidad doméstica, y de serlo, conceder el permiso.

Dado el carácter limitado de la figura del permiso remunerado, el Decreto 1083 de 2015 permite que los servidores públicos puedan acceder a una licencia ordinaria no remunerada. El artículo 2.2.5.5.5 regula esta figura, determinando que, la licencia ordinaria se otorgará a solicitud escrita del trabajador y en todo caso será sin remuneración. Respecto al término

de duración, la norma fijó que podrá ser concedida hasta por sesenta (60) días hábiles al año, los cuales podrán ser continuos o discontinuos. En caso de existir justificación, se podrá solicitar al nominador, una prórroga hasta de treinta (30) días hábiles más (Decreto 1083, 2015, art. 2.2.5.5.5).

Respecto a la figura de la licencia no remunerada del sector privado, la norma del sector público regula los aspectos de requisitos y duración de la misma, adicionalmente, la norma dicta que “cuando la solicitud de esta licencia no obedezca a razones de fuerza mayor o de caso fortuito, el nominador decidirá sobre la oportunidad de concederla, teniendo en cuenta las necesidades del servicio” (Decreto 1083, 2015, art. 2.2.5.5.5).

Lo anterior permite deducir que las licencias ordinarias no remuneradas, solicitadas con fundamento en situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, no pueden ser negadas a voluntad del empleador, lo que representa una ventaja a nivel de garantías laborales, para los servidores públicos, frente a los trabajadores del sector privado.

2.3 Los permisos remunerados y licencias no remuneradas para trabajadores de la Rama Judicial

Es relevante mencionar, que las normas que regulan el ejercicio de la administración de justicia y la carrera judicial, también consagran figuras jurídicas para atender diferentes circunstancias, entre las cuales se puede enmarcar, la necesidad de atención y cuidado por parte del trabajador, de sus familiares en situación de enfermedad.

Inicialmente, el artículo 26 del Decreto 250 de 1970, mediante el cual se expide el Estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público, determinó que los funcionarios tienen derecho a permisos remunerados en un mes, cuando media justa causa. Seguidamente en el artículo 27 se establece la figura de la licencia no remunerada, con una duración hasta de tres meses en el año (Decreto 250, 1970, art. 27).

Posteriormente, el permiso remunerado y la licencia no remunerada para los servidores públicos de la Rama Judicial se reglamentaron en la Ley 270 de 1996, mediante la cual se expidió la Ley Estatutaria de Administración de Justicia. La ley determinó en su artículo 142, que la licencia no remunerada, podrá tener una duración hasta de tres (3) meses por cada año calendario, de forma continua o discontinua, y el empleador deberá considerar las necesidades del servicio a la hora de concederla (Ley

270, 1996, art. 142). Por otro lado, el artículo 144 estableció, que el permiso remunerado se concederá únicamente cuando medie causa justificada y sea solicitado por escrito por el funcionario, dependiendo enteramente del superior del empleado, si autoriza o no su concesión (Ley 270, 1996, art. 144).

2.4 La figura de la calamidad doméstica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: precedente jurisprudencial y su aplicación en fallos de tutela

En el año 2009 se interpuso demanda de inconstitucionalidad, con el fin de que se declare inexecutable el aparte del numeral 6 del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, que facultaba a los empleadores exigir al trabajador compensar el tiempo otorgado para licencias o descontarlo del salario del trabajador. Los demandantes consideraban, que esta disposición atentaba contra los postulados de la dignidad humana, el patrimonio y derechos de los trabajadores, el principio de solidaridad y el deber de especial protección a la familia, dado que los trabajadores deben ausentarse de sus labores por motivos insuperables y con el objetivo de atender obligaciones de diferente índole (Corte Constitucional, Sala Plena, C-930, 2009).

Ahora bien, siguiendo la línea de estudios planteada en el presente artículo, se resaltarán los postulados planteados por la Corte Constitucional referentes al fundamento, concepto y alcance de las licencias concedidas por grave calamidad doméstica.

Inicialmente, el Tribunal hizo un estudio sobre el alcance de la norma demandada y su interpretación en armonía a normas posteriores que regulan las licencias por luto, la licencia para ejercicio del sufragio, licencia para desempeño de cargos oficiales transitorios de aceptación forzosa y las licencias para desempeñar funciones sindicales, dado que era necesario determinar, que a pesar de las modificaciones y regulaciones posteriores, el numeral 6 del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo aún se encontraba vigente. Posteriormente, la Corte entra a resolver el problema jurídico, para lo cual inicia reiterando que, el trabajo es un derecho fundamental, que, en conjunto con el principio de dignidad humana, representan uno de los fines mismos del Estado social de derecho, razón por la cual, se debe ejercer en condiciones que no impliquen concebir al trabajador como un objeto, sino como un sujeto de la relación laboral (Corte Constitucional, Sala Plena, C-930, 2009).

Es así como, si bien uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo es la continuada subordinación o dependencia del trabajador frente al empleador, dicha facultad aplica únicamente para exigir el cumplimiento de las actividades o propósitos para lo cual se suscribió el contrato, y, bajo ninguna circunstancia, las órdenes o reglamentos establecidos por el empleador, pueden afectar el honor, dignidad o los derechos del trabajador. Esto significa, que la subordinación derivada de la relación laboral está limitada. Ahora bien, para la Corte Constitucional, la subordinación encuentra un límite en el deber constitucional de solidaridad:

En efecto, el artículo 95 superior, al referirse a los deberes de las personas, recoge aquel conforme al cual a todos corresponde *“obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”*. Así pues, cuando los trabajadores están en tal clase de situaciones, es deber del empleador responder de forma humanitaria, por lo cual sus órdenes no deben impedir que el empleado pueda superar razonablemente tal clase de *“calamidades”*. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-930, 2009)

Dado que el Código Sustantivo del Trabajo no precisó el concepto de calamidad doméstica, la Corte la definió como *“todo suceso familiar cuya gravedad afecte el normal desarrollo de las actividades del trabajador, en la cual pueden verse amenazados derechos fundamentales de importancia significativa en la vida personal o familiar del mismo”* (Corte Constitucional, Sala Plena, C-930, 2009). Entre los ejemplos más comunes de situaciones de calamidad doméstica, está la grave afectación a la salud de un familiar cercano, daños a la vivienda del trabajador o su familia derivados de un incendio, terremoto o inundación, entre otras circunstancias.

Para el Tribunal Constitucional, la suspensión temporal de la prestación del servicio no obedece a la voluntad del empleador, ni a la voluntad del trabajador, pues se deriva de circunstancias ajenas, en la mayoría de ocasiones, constitutivas de fuerzas mayor o caso fortuito, no obstante, al ser situaciones personales o familiares del trabajador, se podría entender que, el peso del reconocimiento de la licencia debe recaer en este último, lo que justificaría la norma demandada (Corte Constitucional, Sala Plena, C-930, 2009).

Sin embargo, a criterio de la Corte, se debe considerar lo dispuesto por el principio de solidaridad y el deber constitucional de responder humanitariamente a situaciones que pongan en peligro la vida o salud de

las personas, que, en armonía al derecho al trabajo digno, implica actuar sin desconocer las necesidades mínimas del trabajador. Es por ello que, recae en el empleador la obligación de apoyar y brindar soporte en las situaciones de grave calamidad doméstica debidamente comprobada, concediendo por un lapso razonable, una licencia obligatoria y remunerada, que permita al trabajador superar su dificultad sin ver afectado su mínimo vital o su derecho al descanso.

Para determinar la duración de la licencia por calamidad doméstica y el periodo mínimo durante el cual esta licencia será remunerada, la Corte acude al principio de razonabilidad, dado que dependerá de cada caso concreto, por ende, el empleador y el trabajador deberán convenir la extensión temporal de la licencia remunerada, sopesando las particularidades del caso, por un lado, la gravedad de la calamidad, la presencia o ausencia de otros familiares que puedan apoyar y contribuir en la superación de la misma y los recursos materiales o morales de vida del trabajador. Por otro lado, se debe tener en cuenta la afectación a la labor encargada al trabajador y su repercusión en la empresa (Corte Constitucional, Sala Plena, C-930, 2009).

En virtud de lo anterior:

La Corte [resolvió declarar] inexecutable la expresión *“salvo convención en contrario, el tiempo empleado en estas licencias puede descontarse al trabajador o compensarse con tiempo igual de trabajo efectivo en horas distintas de su jornada ordinaria, a opción del empleador”* contenida en el numeral 6° del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-930, 2009)

Además de eliminar la carga impuesta al trabajador, de compensar el tiempo concedido para el goce de una licencia por grave calamidad doméstica o permitir que los días sean descontados del salario recibido, la sentencia C-930 de 2009 constituye un pronunciamiento hito en materia de protección de derechos fundamentales de los trabajadores y sus familiares, que se encuentren en situación de calamidad doméstica debido a enfermedad o afectación a la integridad. Lo dispuesto en dicho fallo, ha permitido la resolución de conflictos derivados de la negativa de empleadores, en conceder o permitir al trabajador una licencia para atender situaciones específicas de cuidado a sus familiares en condición de enfermedad (Corte Constitucional, Sala Plena, C-930, 2009). A continuación, se estudian tres fallos de tutela relevantes, en los cuales la Corte Constitucional analiza

el deber de conceder licencias en virtud de situaciones de calamidad doméstica.

En la sentencia T-489 de 2014, la Corte analizó el caso de Diana María Medina, trabajadora de la empresa Avianca S.A., residente en la ciudad de Medellín, quien solicitó a su empleador, traslado a la ciudad de Bogotá, dado que su hijo menor de edad padece autismo, y el tratamiento requerido solo se brindaba en la ciudad de Bogotá. La respuesta del empleador fue negativa, aludiendo que no existían vacantes disponibles. La accionante envió nuevamente una petición, en esa ocasión solicitó nuevamente el traslado y de forma subsidiaria se conceda una licencia por grave calamidad doméstica, hasta que el traslado fuera posible. Avianca S.A. dio respuesta en el sentido de reiterar que no existían vacantes disponibles en la ciudad de Bogotá, pero no se pronunció respecto a la solicitud de la licencia por grave calamidad doméstica, razón por la cual la trabajadora interpuso acción de tutela (Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, T-489, 2014).

En primera instancia, se concedió el amparo constitucional, dado que Avianca S.A. no respondió de fondo, de manera clara y precisa, la negativa a la licencia por grave calamidad doméstica, no obstante, en segunda instancia se revocó el fallo, dado que se consideró que la respuesta dada por el empleador si fue precisa y clara, configurándose un hecho superado (Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, T-489, 2014).

En esta ocasión, la Corte reiteró que, aun cuando existan medios de defensa judicial en la jurisdicción ordinaria laboral, se debía valorar la condición del hijo de la accionante, dado que, por su diagnóstico de autismo, es imperativo que esté cerca de sus padres y se evite su separación, tal como recomendó su médico tratante en documento aportado como prueba, y que Avianca S.A. no desvirtuó. Sobre la solicitud de traslado laboral, el empleador se limitó a dar una respuesta negativa, sin cumplir con la obligación de explicar a su trabajadora, la necesidad de que existan vacantes disponibles para ejecutar el traslado, ni demostró que la planta de personal no cuenta con un cargo similar en la ciudad de Bogotá (Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, T-489, 2014).

Aunado a lo anterior, Avianca S.A. no se pronunció de forma completa y de fondo frente a la petición de conceder una licencia por grave calamidad doméstica, desconociendo lo consignado en el artículo 57 numeral 6 del Código Sustantivo del Trabajo y el precedente fijado en la sentencia C-930

de 2009, que estableció el deber constitucional del empleador, de definir en cada caso concreto, de mutuo acuerdo y analizando las circunstancias y la gravedad de la situación, el tiempo durante el cual la trabajadora podría disfrutar de una licencia por grave calamidad doméstica remunerada, para que la madre pueda atender el autismo de su hijo, mientras se dan las condiciones que posibiliten el traslado a la ciudad de Bogotá (Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, T-489, 2014).

En consecuencia, la Corte Constitucional decidió revocar la sentencia de segunda instancia y en su lugar conceder el amparo a los derechos fundamentales de petición y protección familiar, invocados por la trabajadora, en consecuencia, se ordenó dar respuesta de fondo a la solicitud de traslado y de concesión de licencia por calamidad doméstica, de conformidad a lo dispuesto en la sentencia C-930 de 2009. Adicionalmente, se ordenó a Avianca S.A., disponer lo necesario para que, en un término prudente, se capacite a los integrantes de la Gerencia de Relaciones Laborales en un curso de derechos humanos y la relevancia de cumplir con las decisiones de constitucionalidad (Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, T-489, 2014).

Sobre el segundo fallo de tutela relevante, en el año 2015, el Tribunal Constitucional conoce el caso de Josefina Vera Hernández, trabajadora de la rama judicial en el cargo de escribiente y madre cabeza de familia, quien solicitó a su jefe inmediato permiso para ausentarse de sus labores con fundamento a que su hijo menor de edad sufrió un infarto cerebral, que conllevó su hospitalización y necesidad de cuidado (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, T-113, 2015). El juez, quien funge como jefe inmediato de la accionante, concedió permiso remunerado durante 3 días, no obstante, la trabajadora solicitó la ampliación del término de la licencia, con fundamento al certificado médico, que establecía la necesidad de que la señora Josefina Vera en calidad de madre del menor, prestara acompañamiento permanente, por tratarse de un paciente de alto riesgo. La licencia por grave calamidad doméstica de carácter remunerado, solo fue concedida durante los 3 días que consagra la ley para los trabajadores de la rama judicial, por lo cual la accionante solicitó, mediante acción de tutela, que la licencia por calamidad doméstica sea remunerada por todos los días que estuvo pendiente de la recuperación de su hijo, es decir desde el día 14 de julio hasta el día 25 de julio cuando el menor obtuvo el alta médica y en consecuencia se ordene el pago de los días de salario adeudados.

Adicionalmente, que, en futuras ocasiones, se ordene al empleador conceder los permisos labores a los que haya lugar, para el acompañamiento del menor a citas médicas, exámenes y terapias, hasta su recuperación. En primera instancia, se declaró la acción improcedente, por carencia actual de objeto, dado que el menor ya no se encontraba hospitalizado. En segunda instancia se confirmó la decisión, bajo las mismas consideraciones (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, T-113, 2015).

En la parte motiva del fallo, se reitera como la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, la facultad subordinante del empleador, encuentra límites en principios como la dignidad humana, los derechos mínimos de los trabajadores y las normas que regulan las relaciones laborales. Dentro del conjunto de normas laborales, se encuentra la obligación de conceder licencias y permisos para atender la circunstancia específica de calamidad doméstica debidamente comprobada, que para el caso de los servidores públicos que pertenecen a la Rama Judicial, se encuentra en el artículo 144 de la Ley 270 de 1996 (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, T-113, 2015). Seguidamente, se resalta lo dispuesto en la sentencia T-113 de 2015, donde se interpretó el significado de grave calamidad doméstica, para darle la aplicación en el caso concreto, concluyendo lo siguiente:

La protección constitucional recae, principalmente, sobre el menor. No se trata del derecho de la trabajadora de la rama judicial a obtener premios remunerados adicionales a los que la normatividad para ella permite, sino, al derecho fundamental del menor, a ser atendido por su madre, cuando el médico tratante así lo requiera. Entonces, los permisos solicitados por la accionante, que no son capricho de ella, y que no son imputables a su conducta, pretenden salvaguardar los derechos fundamentales y en particular el derecho a la vida digna de un sujeto de especial protección constitucional no solo en su calidad de menor de edad sino también por su precario estado de salud, de acuerdo a los principios y mandatos constitucionales de prevalencia de los derechos de los niños y el interés superior del menor. (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, T-113, 2015)

Así entonces, el empleador debió valorar, a la luz del principio de razonabilidad, la situación de la trabajadora y su hijo, buscando alternativas diferentes a negar el pago de los permisos remunerados, que contrarresten el perjuicio ocasionado por la ausencia de la trabajadora, como permitir el trabajo en casa de forma temporal, durante el tiempo necesario para la recuperación del menor.

La Corte Constitucional decidió declarar la carencia actual de objeto frente a la primera pretensión de la acción, dado que la hospitalización del menor había finalizado. No obstante, respecto a la segunda pretensión, se revocó el fallo de segunda instancia, y en su lugar se ordenó al empleador, conceder los permisos necesarios para que la trabajadora pueda atender el proceso de recuperación y rehabilitación de su hijo menor de edad, durante el término que el médico tratante considere imprescindible el acompañamiento, por lo cual siempre deberá mediar orden médica donde se consigne de forma expresa la duración y la necesidad de acompañamiento permanente de la madre del paciente. En dichos casos, el empleador cuenta con la facultad de aplicar medidas para que no se afecte la prestación del servicio (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, T-113, 2015).

En el último fallo estudiado, mediante sentencia T-460 de 2018, la Corte resuelve el amparo constitucional solicitado por Kelly Carolina Zapata, en calidad de madre y representante de su hijo menor de edad Martín Mera. La accionante manifestó que se encontraba vinculada con la ESE Hospital San Jorge de Pereira, durante el desarrollo de dicha relación laboral, se vio en la necesidad de solicitar una licencia para ausentarse de su cargo y atender a su hijo menor de edad, quien por quebrantos de salud fue hospitalizado. El empleador concedió durante el 27 de mayo de 2017 al 14 de octubre del mismo año, licencias ordinarias no remuneradas, para que la trabajadora atienda la calamidad doméstica comprobada. No obstante, una vez transcurrido el término máximo que la norma establece para el disfrute de licencias ordinarias no remuneradas, el empleador requirió a la trabajadora reintegrarse a sus funciones. La accionante, mediante petición radicada el día 25 de octubre de 2017, solicitó se continúe otorgando la licencia para cuidar de su hijo, sin que implique su desvinculación del cargo, dado que la evolución del menor no era favorable, y se encontraba pendiente procedimiento de trasplante de médula ósea, donde la madre del menor sería la donante (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-460, 2018).

El empleador no accedió a la petición y convocó a la trabajadora a realizar descargos por ausentismo, para finalmente declararla insubsistente y finalizar la relación laboral. La trabajadora interpuso acción de tutela, buscando la salvaguarda de los derechos fundamentales de su hijo menor de edad, a la salud, vida digna y mínimo vital. En consecuencia, solicitó, se ordene al Hospital San Jorge, reintegre a la accionante y conceda los

permisos necesarios para atender las necesidades del menor. En primera y segunda instancia, se negó el amparo, argumentando que el empleador otorgó los permisos laborales que consagra la legislación laboral para servidores públicos, por el máximo de 90 días, para que la trabajadora acompañe al menor de edad en su tratamiento médico. Adicionalmente, se sostuvo que la accionante no demostró que la situación genere un perjuicio irremediable, que hiciera procedente la acción de tutela, pues no acreditó ser madre cabeza de familia, ni la ausencia de familiares que puedan acompañar al menor en su lugar (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-460, 2018).

La Corte Constitucional, planteó como problema jurídico, determinar si existe vulneración de los derechos al trabajo, mínimo vital, a la seguridad social, y el principio de interés superior de los niños, si basados en la norma laboral, solo se autorizan licencias ordinarias no remuneradas por un término máximo de 90 días, en situaciones de grave calamidad doméstica y se niega la prórroga de la licencia, declarando la vacancia del cargo (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-460, 2018).

En principio, la Corte estudia la normativa que regula las relaciones laborales del sector público, en la cual se dispone, que la calamidad doméstica es causal de justificación, para que se conceda permiso remunerado por un lapso de tiempo limitado o licencia no remunerada, que permita al servidor público atender las circunstancias de orden personal o familiar, por un término más prolongado. Ninguna de estas figuras conlleva la terminación del vínculo con la entidad (Presidencia de la República de Colombia, 2015). Si bien la normativa pertinente establece unos máximos de duración del permiso remunerado y la licencia ordinaria no remunerada, la Corte a través de su jurisprudencia consagró que existen casos excepcionales, que van más allá del marco legal, que implican la valoración de las condiciones específicas en las que se presenta la calamidad doméstica, y que la aplicación estricta de la norma referente a la duración de las licencias concedidas en estos casos, podría derivar en una decisión del empleador que vulnere principios y derechos fundamentales, como la dignidad humana y el principio de solidaridad (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-460, 2018).

La Corte manifestó, adicionalmente, que varios países con economías de mercado consideradas como desarrolladas, han establecido en su legislación laboral, la obligación de conceder licencias por urgencia familiar

o cuidado de dependientes, por el tiempo que sea necesario y con diferentes condiciones respecto a la remuneración, a saber:

Así, se encontró que, en Noruega, Italia y los Países Bajos, la licencia por urgencia familiar o cuidado de dependientes, es decir, para atender a un familiar enfermo de gravedad, ha sido reconocida por todo el tiempo necesario y remunerada. En Francia, España, Reino Unido, Japón y Finlandia, también se ha concedido por todo el tiempo necesario, pero al contrario del anterior escenario jurídico no da lugar a remuneración económica. Además de los anteriores países, existen otros casos donde se limita el tiempo de duración, como sucede con Irlanda, que ha consagrado 65 semanas remuneradas y en Bélgica, igualmente remuneradas. En Australia, Canadá, Dinamarca y Portugal también se ha delimitado el tiempo, esta vez a una licencia de 12 a 18 semanas remuneradas. (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-460, 2018)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Constitucional determinó, que, en obediencia a la Constitución, la legislación laboral y el precedente jurisprudencial sobre las licencias por grave calamidad doméstica, el caso concreto de la accionante desbordaba el marco legal aplicable, y, en consecuencia, el empleador debió conceder la licencia por el término requerido para superar la situación personal o familiar, determinando un lapso razonable de remuneración cada mes a cargo del empleador (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-460, 2018).

Finalmente, la Corte concluyó, que el empleador incurrió en violación de los derechos fundamentales al trabajo y al mínimo vital de la trabajadora e igualmente, desconoció los principios de interés superior de los niños y la solidaridad social, al negarse a conceder a la accionante licencia por grave calamidad doméstica remunerada por un plazo razonable y en su lugar, desvincular a la trabajadora y declarar vacante su cargo, sin razones objetivas y legítimas. Es por ello que se revocó el fallo que negó el amparo constitucional y en su lugar se ordenó al empleador, el reintegro de la accionante a su cargo o uno similar, dejando sin efectos la resolución mediante la cual se declaró el abandono de las funciones (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-460, 2018).

Una vez abordado el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, se puede concluir, que la normativa laboral del sector público y privado referente al deber de conceder licencias en caso de grave calamidad doméstica, derivada de la enfermedad del familiar del trabajador,

no es suficiente para garantizar el derecho al trabajo digno y la salvaguarda de los derechos fundamentales del trabajador y sus familiares. En virtud de lo anterior, los trabajadores deben acudir a medios judiciales como la acción de tutela, ante la negativa de los empleadores de conceder los permisos necesarios para atender las obligaciones derivadas del deber de cuidado de sus familiares, con la finalidad de que sea el Juez constitucional, quien ordene el otorgamiento de dichas licencias.

Sin embargo, aun cuando existen subreglas jurisprudenciales a partir de la sentencia C-930 de 2009 y posteriores fallos de la Corte Constitucional que rectifican lo dispuesto, aún se presentan fallos judiciales que niegan el amparo constitucional y permiten la vulneración de derechos fundamentales de trabajadores y sus familiares en situación de enfermedad, dejando entrever la necesidad de que exista una regulación normativa más clara, precisa y detallada de las licencias concedidas para la atención y cuidado de estos sujetos de especial protección.

Para concluir este artículo, se abordará la normativa de la Organización Internacional del Trabajo respecto a los trabajadores con responsabilidades familiares y como algunos países miembros han implementado este instrumento en sus legislaciones internas, como una alternativa frente al déficit que presenta la legislación colombiana frente a la materia.

3. CONVENIO NÚMERO 156 DE LA OIT, RELATIVO A LOS TRABAJADORES CON RESPONSABILIDADES FAMILIARES Y SU IMPLEMENTACIÓN EN LA LEGISLACIÓN DE ALGUNOS PAÍSES MIEMBROS

Colombia, como Estado miembro de la Organización Internacional del Trabajo, ha adquirido una serie de compromisos relativos al mejoramiento de las condiciones laborales de los trabajadores y cumplimiento de unos mínimos fundamentales en materia de derechos de trabajo, todo en observancia de los objetivos y postulados de la política de trabajo decente planteada por la OIT. Si bien la OIT manifiesta en diversos de sus instrumentos, entre ellos la Declaración de Filadelfia, del año 1944, que la aplicación de las declaraciones y convenios debe hacerse teniendo en cuenta el grado de desarrollo social y económico de cada Estado, es decir, de manera progresiva, esto no constituye una justificación para retrasar o dejar de aplicar convenios o directrices de la OIT que regulan verdaderos derechos adquiridos por los trabajadores (OIT, 1944).

Uno de los instrumentos fundamentales expedidos por la Organización Internacional del Trabajo, fue la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada en el año 1998. En dicha declaración se recuerda a los Estados miembros que, al incorporarse libremente a la OIT, aceptan los principios y derechos que se consagran en su Constitución en la Declaración de Filadelfia, y se comprometen a cumplir los objetivos de la organización dentro de sus posibilidades, dado que se trata de derechos y obligaciones fundamentales tanto dentro como fuera de la Organización. Entre los compromisos reafirmados en esta declaración, se encuentra la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación (OIT, 1998).

En el año 1981, en observancia a que los Convenios existentes hasta la fecha, no se pronuncian específicamente sobre las distinciones que se realizan a los trabajadores, teniendo como fundamento las responsabilidades familiares que estos pudieran tener, y reconociendo la necesidad que garantizar una igualdad de condiciones y oportunidades para los trabajadores que cuenten con dichas responsabilidades respecto a los demás trabajadores, la OIT expide el Convenio No. 156 relativo a los trabajadores con responsabilidades familiares (OIT, 1981a). Este convenio tiene como sujetos de aplicación, a los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades hacia sus hijos u otros miembros de su familia directa, que de forma evidente necesiten de su cuidado, limitando así sus posibilidades para prepararse para la actividad económica, ingresar y permanecer en ella. Así entonces, los trabajadores que cumplan con estas condiciones se denominarán trabajadores con responsabilidades familiares (OIT, 1981a).

La disposición relevante que conllevó la expedición de este convenio, fue la creación de un nuevo compromiso para los Estados miembros, que consiste en lo siguiente:

Cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales. (OIT, 1981a, art. 3)

Con miras a complementar y dar claridad sobre este nuevo objetivo, la OIT (1981b) expidió la Recomendación No. 165 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, manifestando que, los Estados Miembros

deben tener dentro de las metas fijadas para las políticas nacionales, permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares acceder y permanecer en un empleo, sin ser objeto de discriminación y preferiblemente, sin generar un conflicto entre sus obligaciones laborales y su deber de cuidado para sus familiares.

Seguidamente, se recomienda adoptar medidas tendientes a garantizar que los trabajadores con responsabilidades familiares “puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo, así como reintegrarse a ella tras una ausencia debida a dichas responsabilidades” (OIT, 1981b, párr. 12).

Entre las condiciones de empleo que deben cumplir los Miembros frente a estos trabajadores, la OIT (1981b) sugiere la reducción progresiva de la jornada de trabajo y las horas extraordinarias, flexibilidad de los horarios laborales, organización de periodos de descanso y vacaciones, y, finalmente, la posibilidad de que los trabajadores con responsabilidades familiares cuenten con la posibilidad de obtener permiso en caso de enfermedad de hijo u otro miembro de su familia directa que necesite de su cuidado.

Ahora bien, según la OIT (s.f.b), actualmente el Convenio No. 156 ha sido ratificado por 45 Estados Miembros, entre los cuales se encuentran: Venezuela -1984-; España -1985-; Perú -1986-; Uruguay -1989-; Chile -1994-; Guatemala -1994-; Bolivia (1998); El Salvador -2000-; Paraguay -2007-; Ecuador -2013-; Costa Rica -2019-, entre otras naciones. A continuación, se explicará, como algunos de estos Estados Miembros, en cumplimiento del compromiso internacional adquirido, adecuaron su legislación interna para garantizar los derechos de los trabajadores con responsabilidades familiares.

3.1 Ayudas sociales para trabajadores con responsabilidades familiares en España y Países Bajos

En el año 2016, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad de España (MISAN, 2016), expidió la *Guía de ayudas sociales y servicios para las familias*, donde se resumen los instrumentos con los que cuentan los trabajadores, para afrontar diferentes situaciones de responsabilidad familiar. En primer lugar, se concibe la posibilidad de que los trabajadores soliciten la reducción de la jornada laboral, por diferentes razones, como alimentar al recién nacido menor de nueve meses, para cuidar de familiares

u otros. La concesión de esta reducción no afecta el cargo que desempeñe el trabajador ni sus derechos, solo se realizará la reducción del salario con proporción al cambio solicitado.

Los trabajadores que están facultados para solicitar la reducción de la jornada laboral, serán quienes tengan la guarda legal o cuidado directo de un menor de doce años, o de una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial que dependa económicamente del trabajador, inclusive aplica para los trabajadores que tenga bajo su cuidado un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad como abuelos de ambos cónyuges, nietos, padre, madre, hermanos, cónyuge, hijos, cuñados, suegros y que por su edad, o por haber tenido un accidente o padecer una enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no realice ninguna actividad económica que le brinde sustento (MISAN, 2016).

Respecto al límite de reducción de la jornada de trabajo, se podrá reducir la jornada laboral, mínimo en una octava parte de la jornada diaria y máximo la mitad. El trabajador tiene derecho a decidir cuál será el horario y la duración del permiso, condiciones que podrán ser reglamentadas mediante convención colectiva. Finalmente, el trabajador debe informar a su empleador y solicitar el permiso, 15 días antes del día en que se pretenda inicie la reducción de la jornada laboral, salvo los casos de fuerza mayor (MISAN, 2016).

Finalmente, cuando la reducción de la jornada laboral, no sea suficiente para que el trabajador pueda cumplir con sus responsabilidades familiares, podrá solicitar una excedencia, que se define como “el permiso a que tiene derecho el/la trabajador/a durante un período de tiempo, pero sin derecho a seguir recibiendo el salario que venía cobrando” (MISAN, 2016, p. 33). La excedencia conlleva que el trabajador no recibirá salario por parte del empleador, pero se mantendrá el vínculo laboral y durante el primer año, este tiempo será contabilizado para efectos de aportes a seguridad social.

Por otro lado, el documento oficial Notas OIT: Trabajo y Familia, No. 6 relativo a Licencias y responsabilidades familiares, citó la Ley sobre trabajo y Cuidado Familiar de Países Bajos, que establece el derecho de los trabajadores a tomar una licencia para el cuidado de miembros de la familia o por emergencias, la cual podrá ser de corto plazo, en el caso de cuidado de familiares, estableciendo como término máximo diez días al año que serán

remunerados al nivel del salario mínimo o al 70 % del salario pactado, el que resulte más beneficioso para el trabajador (OIT, 2009).

3.2 Implementación normativa de las licencias para trabajadores con responsabilidades familiares en el ordenamiento interno de Chile, Bolivia y Perú

En virtud del compromiso adquirido en el año 1998, al ratificar el Convenio No. 156 relativo a los trabajadores con responsabilidades familiares (OIT, s.f.b), el presidente de Bolivia, Evo Morales Ayma decidió dar un paso más allá, y en el año 2013, expidió el Decreto Supremo No. 1455, mediante el cual se crea:

El beneficio de 'Licencia Especial' a todas las madres, padres, tutores y responsables que trabajen en el sector público y privado que tengan hijos menores de doce años que requieran atención personal con motivo de un accidente grave o enfermedad grave. (Decreto Supremo No. 1455, 2013, art. 1)

El decreto permite que se conceda licencia especial remunerada, hasta por tres días hábiles, en caso de accidente grave o enfermedad de menor de doce años, que sea hijo o esté bajo custodia del trabajador, siempre que medie el aporte del documento que compruebe la baja médica del menor. La disposición aplica para los trabajadores del sector privado y los funcionarios del sector público que no estén cobijados por el Estatuto del funcionario Público (Decreto Supremo No. 1455, 2013). Se observa como la norma, establece la obligación del empleador de conceder la licencia especial, en todos los casos que se compruebe o aporte la certificación médica del menor, sin dar lugar a que dependa del arbitrio del empleador, si la razón es suficiente para justificar la ausencia del trabajador y si se debe conceder de forma remunerada o no.

De forma similar, el Estado de Chile expidió en el año 2017, la Ley No. 21.063, mediante la cual se modifica el Código de Trabajo y se crea un seguro para el acompañamiento de niños y niñas que padezcan enfermedades. Así entonces, se reemplazó el artículo 199 bis del Código del Trabajo chileno, estableciendo que, cuando se compruebe mediante certificado médico, que la salud de un niño menor de un año requiera de atención en el hogar, con motivo de enfermedad grave, la madre trabajadora tendrá derecho a permiso y la concesión de subsidio, durante el periodo que se determine necesario. Si los dos padres del menor son trabajadores, a elección de

la madre se podrá elegir cualquiera de los dos para ser beneficiario del permiso y el subsidio establecido. También tendrá derecho al permiso y subsidio referidos, los trabajadores que posean la custodia de un menor de edad inferior a un año, por providencia judicial (Ley No. 21.063, 2017).

Además, la Ley No. 21.063 también modificó el artículo 199 bis del Código de Trabajo, en el sentido de establecer que, en el caso de accidente grave o enfermedad grave, aguda y con riesgo de muerte, de un niño o niña mayor de un año y menor de dieciocho años, que requiera el cuidado personal de su padre o madre y este se encuentre laborando o ejerciendo un cargo, el trabajador podrá solicitar permiso para ausentarse:

Por el número de horas equivalentes a diez jornadas ordinarias de trabajo al año, distribuidas a elección del trabajador o trabajadora en jornadas completas, parciales o combinación de ambas, las que se considerarán como trabajadas para todos los efectos legales. (Ley No. 21.063, 2017, art. 2)

Si el menor se encuentra bajo custodia de una persona diferente a su padre o madre, será esta persona quien pueda hacer uso del permiso establecido en la norma.

El trabajador deberá solicitar el permiso de manera formal, mediante cualquier escrito al empleador, sea en físico o electrónico, acompañando con el certificado médico correspondiente. El tiempo que no sea laborado, se compensará por el trabajador, laborando horas extraordinarias o en el próximo feriado anual, lo que se deberá pactar de mutuo acuerdo con el empleador. Finalmente, se establece, que las personas que tengan bajo su cuidado menores con discapacidad, o mayores de dieciocho años “con discapacidad mental, por causa psíquica o intelectual, multidéficit, o bien, presenten dependencia severa” (Ley No. 21.063, 2017, art. 2), que no sean sus hijos o familiares directos, podrán ser beneficiarios del permiso y subsidio antes referido.

Otro de los Estados Miembros de la OIT que implementó en su legislación interna beneficios para los trabajadores con responsabilidades familiares fue la República de Perú, que, en el año 2013, expidió, a través del Congreso, la Ley No. 30012 de 2013, mediante la cual se concede el derecho de licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave.

La ley estableció para los trabajadores del sector público y privado, el derecho a disfrutar de licencia, cuando un hijo, padre o madre, cónyuge o conviviente, o persona bajo su custodia, sea diagnosticado con enfermedad grave o terminal, o en caso de que sufra accidente que ponga en riesgo serio su vida, todo con el fin de que el trabajador o la trabajadora pueda acudir y asistirlo (Ley No. 30012, 2013).

La duración de la licencia es de máximo siete días calendario, prorrogables hasta por un lapso no mayor de treinta días, que se compensará del derecho vacacional del trabajador. No obstante, cuando se presente una situación excepcional, en la que la asistencia del trabajador al familiar directo enfermo sea necesaria, se podrá ampliar el plazo previsto, compensando el tiempo adicional de la licencia, con trabajo en horas extraordinarias. Adicionalmente, cuando el trabajador informe de diagnóstico médico de cáncer de su hijo o menor bajo custodia, se podrá otorgar una licencia por un periodo no mayor a un año, que será remunerada los primeros veintiún días por el empleador y el tiempo restante por la EsSalud (Ley No. 30012, 2013).

El trabajador deberá comunicar al empleador de la necesidad de tomar el beneficio de la licencia, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes del suceso o conocimiento del diagnóstico y necesidad de cuidado, aportando el certificado médico que acredite el estado grave o terminal o el riesgo serio para la vida derivado de accidente sufrido por el familiar directo (Ley No. 30012, 2013).

Posteriormente, en el año 2017, el presidente de la República de Perú expidió el Decreto Supremo No. 008-2017-TR, mediante el cual se expide el Reglamento de la Ley N.º 30012. En este decreto se establecen definiciones de conceptos relevantes para la aplicación de la ley, se define con mayor detalle la duración de la licencia, la forma en que se puede disfrutar, el trámite a seguir para acceder al beneficio, especificando que se debe presentar la solicitud mediante comunicación escrita o correo electrónico dirigido al empleador, y estableciendo, que de forma excepcional, si no es posible presentar la documentación en el plazo de cuarenta y ocho horas, se deberá suscribir declaración juramentada, para solicitar el beneficio y aportar la documentación dentro de las veinticuatro horas siguientes después de la obtención de los documentos faltantes (Decreto Supremo No. 008-2017-TR, 2017).

Una vez más, Estados como Perú implementan en su ordenamiento jurídico interno, beneficios a los trabajadores con responsabilidades familiares, de carácter obligatorio para los empleadores, sin condicionar su otorgamiento a la voluntad y razonamiento del empleador, dado que se impone como única obligación al trabajador demostrar mediante el aporte de la documentación médica, el diagnóstico de la enfermedad o riesgo a la salud del familiar directo que necesita de su cuidado y acompañamiento (Decreto Supremo No. 008-2017-TR, 2017).

CONCLUSIONES

En Colombia, los trabajadores del sector público y privado, cuentan con herramientas para solicitar el otorgamiento de licencias o permisos, con el fin de atender responsabilidades familiares derivadas de la enfermedad o accidente grave sufrido por sus hijos o familiares a cargo. No obstante, en el caso del sector privado, estas licencias no están reglamentadas sobre su término de duración, requisitos o si deberán ser remuneradas o no. Adicionalmente, independientemente del tipo de trabajador, la facultad de otorgar o no la licencia, está en cabeza del empleador, quien deberá valorar la justificación alegada y determinar si existe o no la necesidad de que el trabajador se ausente de su cargo para cumplir con su deber de cuidado.

Ante la deficiencia de la legislación laboral, la Corte Constitucional ha realizado una labor de complementación de la norma, estableciendo la definición de la figura de calamidad doméstica y determinando el origen y fundamento de las licencias solicitadas por los trabajadores con responsabilidades familiares, en los principios de solidaridad social, dignidad humana, interés superior de los niños, así como los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas, mínimo vital y seguridad social. Así entonces, en el precedente jurisprudencial se estableció la obligación del empleador de conceder las licencias en casos de grave calamidad doméstica debidamente comprobada, la cual será remunerada por un lapso razonable, que será fijado de mutuo acuerdo entre el empleador y el trabajador.

Si bien las subreglas jurisprudenciales creadas por la Corte Constitucional, han permitido resolver conflictos jurídicos entre empleadores y trabajadores, en la mayoría de los casos, las licencias por grave calamidad doméstica no se otorgan, y los empleadores que si lo hacen, conceden los permisos bajo una duración corta y sin remuneración,

lo que no llega a ser suficiente para solventar la dificultad que atraviesa el trabajador, teniendo que acudir a un trámite adicional ante la jurisdicción constitucional, que no implica una respuesta favorable a sus pretensiones, en todos los casos.

Existen instrumentos internacionales como el Convenio No. 156 de 1981, relativo a los trabajadores con responsabilidades familiares, que establecieron la necesidad de que los Estados Miembros incluyan, dentro de sus políticas públicas y de Estado, medidas de protección para los trabajadores con responsabilidades familiares, de manera que estén en igualdad de condiciones frente a los demás trabajadores y puedan conciliar sus responsabilidades laborales con las obligaciones derivadas del deber de cuidado. Actualmente, Colombia no ha ratificado el Convenio No. 156 de la OIT, a pesar de que han transcurrido cuarenta y un años desde su promulgación, lo que podría considerarse un incumplimiento al compromiso internacional adquirido, cuando ratificó la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

En conclusión, teniendo como ejemplo, la reglamentación interna de países latinoamericanos como Chile, Bolivia y Perú, el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, y la creciente necesidad de que se equilibren las condiciones laborales de los trabajadores con responsabilidades familiares, en atención a los principios constitucionales de solidaridad, dignidad humana y el interés superior de la niñez, es necesario que el Estado colombiano priorice la ratificación del Convenio No. 156 de la OIT y, reglamente de forma concienzuda, el beneficio de licencias especiales en caso de enfermedad de familiares directos, a través de la expedición de normas de obligatorio cumplimiento, tanto para los trabajadores del sector público como del sector privado.

REFERENCIAS

- Almanza, J. (2020). Incidencia de la OIT en la legislación laboral colombiana: Balance de los últimos cincuenta años. En C. Carballo, H. Villasmil y L. Tarazona. (Eds.). *Derecho laboral iberoamericano. Influencias del sistema normativo de la OIT* (pp. 283-296). Tirant Lo Blanch.
- Congreso de la República de Colombia. (1996, 7 de marzo). Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. [Ley 270 de 1996]. DO: 42.745
- Congreso de la República de Perú. (2013, 28 de abril). Ley que concede el derecho de licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave. [Ley No. 30012]. <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/93504/109337/F1382736060/PER93504.pdf>
- Congreso Nacional de Chile. (2017, 30 de diciembre). Crea un seguro para el acompañamiento de niños y niñas que padezcan las enfermedades que indica, y modifica el Código del Trabajo para estos efectos. [Ley No. 21.063]. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1113014>
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Corte Constitucional, Sala Plena. (2009, 10 de diciembre). Sentencia C-930 [M.P.: Pretelt, J.].
- Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. (2014, 9 de julio). Sentencia T-489 [M.P.: Palacio, J.].
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (1992, 24 de junio). Sentencia T-426 [M.P.: Cifuentes, E.].
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (2015, 26 de marzo). Sentencia T-113 [M.P.: González, M.].
- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (2018, 3 de diciembre). Sentencia T-460 [M.P.: Guerrero, G.].
- Rangel, Y., Mendoza A., Hernández L., Cruz, M., Pérez, M. y Gaytán, D. (2017). Aportes del enfoque de género en la investigación de cuidadores primarios de personas dependientes. *Índex de Enfermeria*, 26(3), 157-161. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1132-12962017000200008&lng=es&tlng=es
- Dacosta, A. (2020). Sistema normativo de la OIT y Derecho laboral colombiano. En C. Carballo, H. Villasmil y L. Tarazona. (Eds.). *Derecho laboral iberoamericano. Influencias del sistema normativo de la OIT* (pp. 297-318). Tirant Lo Blanch.

- Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad de España [MISAN]. (2016). *Guía de ayudas sociales y servicios para las familias 2016*. <https://www.sindromedown.net/wp-content/uploads/2016/05/Gu--a-Ayudas-Sociales-Familias-2016.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1944). Declaración de Filadelfia. <https://www.ilo.org/legacy/spanish/inwork/cb-policy-guide/declaraciondefiladelfia1944.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1981a). Convenio No. 156 relativo a los trabajadores con responsabilidades familiares. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C156
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1981b). Recomendación No. 165 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R165
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1998). Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. <https://www.ilo.org/declaration/lang--es/index.htm#:~:text=La%20Declaración%20de%20la%20OIT,nuestras%20vidas%20en%20el%20plano>
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1999). Memoria del director general. 87ª reunión. <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (2009). Notas OIT: Trabajo y Familia, No. 6. Licencias y responsabilidades familiares. https://www.ilo.org/americas/publicaciones/notas-trabajo-y-familia/WCMS_189335/lang-es/index.htm
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (s.f.a). *Ratificaciones de Colombia*. http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::p11200_country_id:102595
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (s.f.b). *Ratificaciones Convenio No. 156*. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312301
- Presidencia Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia. (2013, 9 de enero). Por medio del cual se crea el beneficio de “Licencia Especial” a todas las madres, padres, tutores y responsables que trabajen en el sector público y privado que tengan hijos menores de doce (12) años que requieran atención personal con motivo de un accidente grave o enfermedad grave. [Decreto Supremo No. 1455 de 2013]. <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/92218/107284/F-1402565298/BOL92218.pdf>

Presidencia de la República de Colombia. (1950, 20 de diciembre). Código Sustantivo del Trabajo. [Decreto Ley 2663 de 1950]. DO: 27.622

Presidencia de la República de Colombia. (1970, 19 de febrero). Estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público. [Decreto 250 de 1970]. DO: 33.023

Presidencia de la República de Colombia. (2015, 26 de mayo). Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública. [Decreto 1083 de 2015]. DO: 49.523

Presidencia de la República de Perú. (2017, 31 de mayo) Reglamento de la Ley N.º 30012, Ley que concede el derecho de licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedades en estado grave o terminal o sufran accidente grave. [Decreto Supremo No. 008-2017-TR]. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/1351466Decreto+Supremo+N%C2%B0+008-2017-TR.pdf/17be247f-1bdb-60a9-514b-2738a91f786a>

Procuraduría General de la Nación. (2010). *Trabajo digno y decente en Colombia seguimiento y control preventivo a las políticas públicas*. https://apps.procuraduria.gov.co/gp/gp/anexos/trabajo_digno_y_decente_en_colombia_seguimiento_y_control_preventivo_a_las_politicas_publicas.pdf