

**PONENCIA “ASPECTOS PRACTICOS SOBRE FUERO DE SALUD Y SUS
IMPLICACIONES LABORALES” – VISION EMPRESARIAL
XXXIV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA
SEGURIDAD SOCIAL- MAYO DEL AÑO 2016**

POR: MARIA CATALINA ROMERO RAMOS

Durante muchos años llevamos analizando el tema del Fuero de Salud y hemos examinado la problemática que emerge de algunas sentencias de tutela excesivamente protectoras, con su grave impacto en el empleo y la seguridad jurídica. Hemos compartido con escepticismo con nuestros colegas y las empresas las dramáticas experiencias que vivimos en el día a día, pero muy poco nos hemos dedicado a la tarea de arriesgarnos a tomar decisiones, en las juntas directivas, comités jurídicos, debates académicos y tertulias, y la mayoría de veces nos quedamos derrotados cuando llegamos a la conclusión de que si los jueces de tutela y la misma Corte Constitucional no varían su posición de conceder de manera general el amparo constitucional, cualquier esfuerzo que se haga desde otro frente será inútil, ni siquiera una reglamentación por parte del Ministerio del Trabajo, casi siempre tenemos la certeza que nada cambiaría la inexorable necesidad de solicitud de autorización de despido, y ahí suspendemos cualquier actividad sencillamente manteniendo la inamovilidad, independientemente de la afectación para la empresa, lo cual conduce incluso a que en muchas Empresas de manera desacertada se creen sitios especiales de trabajo para trabajadores con algún tipo de discapacidad, generando sin duda una discriminación para este grupo de personas.

Cuando se me encomendó la importante tarea de participar en el panel “Aspectos prácticos sobre fuero de salud y sus implicaciones laborales”, la primera decisión que se vino a mi mente fue la de no repetir más planteamientos jurídicos sin

soluciones, no porque yo los tenga, sino porque lo que ustedes esperan es la sugerencia de opciones y estrategias diferentes, y que sin soslayar la problemática existente, tengamos la convicción de que hay salidas con una mirada general al panorama y con la ayuda de importantes cambios jurisprudenciales que empiezan a surgir para dar respuestas adecuadas.

Por esta razón, el objetivo de esta intervención es la de, a partir de las herramientas jurídicas, jurisprudenciales y las que existen al interior de las organizaciones, compartir la experiencia que han tenido algunas Empresas del manejo práctico de los fueros de salud.

Necesariamente debemos iniciar el tema de fuero de salud resaltando el concepto de **“responsabilidad social”** y el **“principio de solidaridad”** de todo tipo de empresa, por el simple hecho de que las organizaciones funcionan con personas y son éstas quienes dedican su mayor parte del tiempo al crecimiento económico de la compañía y sin ese aporte humano sería imposible el funcionamiento de una organización.

En una empresa que vende vehículos, es tan importante la gestión del vendedor que está en la vitrina mostrando el vehículo y hablando con conocimiento de todas sus especificaciones técnicas, como la labor del vicepresidente comercial que está todos los días planeando nuevas estrategias comerciales para poder hacerle frente a la competencia y a las nuevas realidades del mercado. En el primer caso por el hecho de desempeñar sus funciones en su mayoría de pie, se podrían presentar enfermedades vasculares, por ejemplo, y en el segundo caso por el contrario se estaría más propenso a presentar enfermedades de tipo nervioso por estrés.

De tal manera que las empresas, en desarrollo de un principio de ética social elemental, sí tienen el deber de cuidado de sus trabajadores, pero no es menos cierto que éstos también tienen el deber de autocuidado, no se trata de una responsabilidad de una sola vía sino de una **responsabilidad compartida o de doble vía**.

Así es innegable que las legislaciones han avanzado hacia un “modelo de prevención” en el que las empresas tienen un **papel relevante y definitivo**, por lo cual se hace necesario comprometerlas para que se promueva el cuidado de sus trabajadores a través de la creación de prácticas saludables en los ambientes de trabajo, creación de valores organizacionales de auto cuidado, programas para la detección de posibles riesgos dentro de la empresa, y de esta manera involucrar a todos los miembros de la organización empresarial, pues finalmente resulta siendo una responsabilidad **de todos** impulsada, controlada y liderada por el empresario.

Las consecuencias de estas medidas revisten una gran importancia social y económica: (i) Reducción de los accidentes y enfermedades (ii) Aumento de la productividad con beneficio social para los trabajadores. (iii) Menos costos para las empresas.

Actualmente encontramos una política social del gobierno encaminada a proteger y prevenir los posibles riesgos a los que se exponen los trabajadores como consecuencia de la actividad que desarrollan; es por esta misma razón, que la ley diseña un mecanismo de control y vigilancia completamente fortalecido con unas cuantiosas multas en caso de incumplimiento, que consideramos buscan que las obligaciones en esta materia no sean solo letra muerta, que las empresas entiendan la importancia de este tema, y se fortalezcan de manera inmediata en todos los aspectos.

La problemática fundamental sobre el tema que nos convoca referente al llamado fuero de salud, desde el punto de vista jurídico se incrementa por dos posiciones opuestas de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional en relación con el fundamento y razón de ser de dicha protección. Para la Corte Suprema de Justicia el fundamento estriba en el contenido y alcance mismo de las disposiciones consagradas en la ley 361 de 1997, poniendo énfasis a una regulación taxativa de situaciones de discapacidad moderada, severa y profunda, debidamente calificada por autoridad competente; mientras que para la Corte Constitucional el núcleo esencial de la protección emana de los principios y valores constitucionales y en particular de la protección reforzada que merecen las personas que se encuentran en una situación de “debilidad manifiesta” que impone que en virtud del principio de solidaridad consagrado en la carta política quienes se beneficiaron de los servicios de un trabajador sano, le conserven el empleo cuando se encuentra en situación de discapacidad.

Actualmente los actores del problema, empresarios y trabajadores deben moverse en estos dos escenarios y enfrentar la problemática de la manera más acertada posible, de tal manera que en la práctica encontramos dos etapas en las que las organizaciones deben enfrentar los temas de salud: (i) Una etapa del manejo preventivo y (ii) y otra etapa del manejo del problema cuando ya se ha presentado algún tipo de debilidad manifiesta.

Pero lo que se pretende con esta intervención es derrumbar los paradigmas académicos pasados que muchas veces se han limitado a la etapa de diagnóstico, y de encarar la problemática existente, lo que buscamos ante todo es abrir las ventanas a un nuevo panorama donde se aprecie también la necesidad de adoptar políticas y acciones preventivas. Nuestro mensaje es que no solo es necesario apagar incendios, sino evitarlos con un adecuado manejo preventivo.

1. ETAPA DEL MANEJO PREVENTIVO DE LOS TEMAS DE SALUD AL INTERIOR DE LA EMPRESA.

En esta etapa encontramos una serie de herramientas a nivel legal y de recursos humanos, que nos pueden servir para encaminar nuestros primeros esfuerzos a la prevención de enfermedades y accidentes laborales y atacar el problema desde este momento en un 50%.

1.1 Creación y desarrollo integral del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo. (SG-SST)

Con la expedición del decreto 1443 de 2014, se crea un sistema de gestión de la seguridad y salud en las empresas con el fin de prevenir los accidentes de trabajo y enfermedades laborales, con una serie de obligaciones tanto para las empresas, los trabajadores, las administradoras de riesgos laborales como el Estado mismo, con el fin de crear un andamiaje donde todos los actores del sistema, incluidos los trabajadores entiendan cuál es su responsabilidad en esta etapa preventiva. Si las Empresas logran concientizarse de la importancia de este sistema y cumplir con su regulación, se robustece esta etapa preventiva y lograremos solucionar en un 50% este gran problema de los fueros de salud mal entendidos.

Con la creación de este sistema, las Empresas deben (i) crear la **Política de Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo (Antes de la expedición del decreto 1443 de 2014, llamado Programa de salud ocupacional)**. Este documento escrito debe contener la planeación y ejecución de actividades de medicina e higiene y seguridad industrial de cada una de las empresas y su objetivo es el de determinar cuáles son las **actividades de promoción y prevención de accidentes y enfermedades laborales**, que se realizarán en la

empresa para mejorar las condiciones de trabajo y de salud de cada uno de los empleados. Debe ser revisada una vez al año y se debe publicar y difundir a todos los niveles de la organización.

(ii) Creación del **Plan de Trabajo Anual en Seguridad y Salud en el Trabajo**.

Los empleadores deben diseñar y desarrollar un Plan de Trabajo Anual, con el fin de alcanzar todos los objetivos del sistema de Gestión y Salud en el Trabajo, éste debe contener cronograma de actividades, recursos, objetivos y responsabilidades.

(iii) **Programa de capacitación y Salud en el Trabajo**. Los empleadores deberán desarrollar un programa de capacitación con el fin de que se puedan identificar los peligros y controlar los riesgos relacionados con el trabajo.

(iv) **Exámenes periódicos ocupacionales**: Constituye una gran herramienta en la medida en que si se realiza un seguimiento juicioso se pueden detectar posibles enfermedades o trabajadores propensos a padecer alguna enfermedad.

(v) Reuniones del **Comité Paritario en Seguridad y Salud en el Trabajo (antes COPASO)** Igualmente, la compañía debe contar con la existencia de un Comité Paritario en Seguridad y Salud en el trabajo o el Vigía en Seguridad y Salud en el trabajo, si la empresa cuenta con menos de 10 trabajadores. Cuyo objetivo debe ser la solución de temas de salud, higiene, seguridad y el medio ambiente de trabajo. - Lleva a cabo investigaciones sobre los riesgos y factores que probablemente se manifiestan a través de accidentes o enfermedades que se presentan dentro del área laboral. – Velan por los adecuados elementos o equipos de protección que se suministran a los trabajadores en las zonas de trabajo. - Analiza las causas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. - Inspecciona las zonas de trabajo de manera periódica. - Revisa los equipos las máquinas y en general las operaciones y actividades de los

trabajadores con el fin de que la empresa tenga claridad sobre la posible existencia de riesgo. En general, deben velar porque se cumpla la política de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Este comité constituye una verdadera herramienta para las empresas si se trabaja de la mano del Departamento de Recursos Humanos, con los recursos económicos necesarios, si se ejecutan y ponen en marcha todas las recomendaciones y correctivos del comité; y si se eligen de manera acertada a sus miembros quienes deben concientizarse del papel trascendental que desempeñan.

- 1.2 **Asertividad en los procesos de selección:** Si en el momento de los procesos de selección, los departamentos de recursos humanos eligen adecuadamente al personal de acuerdo con las competencias y calidades que deban tener de conformidad con el cargo a desempeñar, seguramente se está reduciendo en un 50% el riesgo de padecer una enfermedad. Por ejemplo una persona de un carácter tranquilo que ocupa el cargo de Gerente financiero y que recaen sobre él una serie de responsabilidades, puede ser mucho menos propensa a sufrir de estrés, que una persona nerviosa en ese mismo cargo.
- 1.3 **Identificación de cargos que necesitan rotación:** En muchas empresas existen cargos que suponen un mayor desgaste físico en alguna parte del cuerpo, por ejemplo una persona encargada de tender la cama en un hotel, tendrá un mayor desgaste en las extremidades superiores que otros trabajadores, siendo proclive a tener molestias en el “manguito rotador” razón por la cual lo aconsejable es que se rote a las personas que desempeñen estos cargos con el fin de evitar este desgaste y se eviten problemas de salud por permanecer demasiado tiempo en esa actividad.
- 1.4 **Tener un médico ocupacional:** Es aconsejable que las Empresas tengan su

propio médico ocupacional, esta labor no debe ser exclusiva de las ARL (Administradoras de Riesgos Laborales). Una Empresa responsable y que brinda una óptima seguridad y salud en el trabajo, cuenta con un médico que conoce específicamente los riesgos laborales a los que está expuesta la compañía, y trabaja de la mano con el departamento de Recursos humanos y comité paritario en seguridad y salud en el trabajo, privilegiando la prevención y detección de posibles enfermedades laborales.

- 1.5 Otro mecanismo de prevención es **concientizar a los trabajadores de la importancia de la adecuada utilización de los elementos de protección en materia laboral**, y que todas sus acciones estén encaminadas al cuidado personal, incluyendo las recomendaciones médicas en caso de que existan. Si el trabajador luego de ser capacitado en este tema hace caso omiso al cumplimiento de las mismas, la empresa en su deber de cuidado de sus trabajadores, una vez fracasado el proceso persuasivo correspondiente debe poner en funcionamiento el régimen disciplinario de la organización y sancionar drásticamente este tipo de conductas, e incluso terminar un contrato de trabajo por justa causa si es necesario, pues en este caso debe primar el cuidado de la salud de sus trabajadores y para evitar que esa negativa injustificada de un trabajador de un mal ejemplo y ponga en riesgo el cabal cumplimiento de estos deberes legales por parte de toda la comunidad laboral. De ahí la importancia de señalar claramente en los reglamentos, circulares, memorandos y documentos en general de la Empresa, todas las obligaciones específicas que deben cumplir los trabajadores en esta materia con el fin de que las empresas tengan las herramientas necesarias para tomar decisiones de tipo disciplinario, incluyendo el despido justificado, frente al incumplimiento de las mencionadas normas, pues conviene recordar que el mismo numeral 12 del artículo 7 del decreto 2351 de 1965 establece que es justa causa autónoma para terminar el contrato de trabajo *“..la renuencia sistemática del trabajador a aceptar las medidas preventivas,*

profilácticas o curativas, prescritas por el médico del {empleador} o por las autoridades para evitar enfermedades o accidentes.”. Conviene precisar también que ésta es una de las justas causas que exige dar aviso al trabajador con por lo menos quince días de anticipación.

2. ETAPA DEL MANEJO DEL PROBLEMA CUANDO YA SE ESTÁ FRENTE A UNA SITUACIÓN DE DEBILIDAD MANIFIESTA

Esta es una etapa muy distinta de la anterior, pues ya se está en presencia de un hecho consumado que configura una debilidad manifiesta. Para esta fase en el manejo práctico de tal situación es muy importante tener como referentes ineludibles en la actualidad dos sentencias relativamente recientes de la Corte Constitucional que constituyen una luz que ilumina la penumbra jurisprudencial anterior que permiten un mejor manejo de este tema y que sirven como verdaderas herramientas para las áreas de recursos humanos en estas situaciones tanto en vigencia de la relación laboral como a la terminación de la misma.

Conviene recordar que antes de estos pronunciamientos jurisprudenciales en caso de debilidad manifiesta de un trabajador, originada en situación de discapacidad, irremediablemente empezaba a operar la llamada estabilidad laboral reforzada y por tanto, para proceder a la terminación unilateral de cualquier modalidad de contrato laboral, se imponía la necesidad de solicitar al inspector de trabajo la autorización de despido, so pena de que se presumiera que el despido había sido motivado por la situación de discapacidad. Por tanto sobre el empleador recaía exclusivamente la carga de la prueba de demostrar que había sido por una causa distinta, pero aún logrado ello, si se produjo la desvinculación sin el permiso de dicha autoridad laboral, el trabajador tenía derecho al reintegro al empleo y al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, más la

indemnización equivalente a 180 días de salario.

* CORTE CONSTITUCIONAL. **SENTENCIA T-647 DE 2015 de fecha 13 de octubre del año 2015**

1. **Reitera el principio de solidaridad:** Destaca que el fundamento de la protección de la estabilidad reforzada de personas en situación de discapacidad es el **deber de solidaridad** que deben observar los empleadores al momento de tomar cualquier decisión laboral.

2. **La carga de la prueba: El trabajador** debe demostrar:

- **El perjuicio irremediable**, demostrando la existencia de (i) un perjuicio inminente (ii) urgente (iii) grave (iv) e impostergable que efectivamente genere una incapacidad permanente o estado de invalidez.

● Según esta sentencia, la Corte sujeta el concepto de pérdida de la capacidad laboral a la prueba del perjuicio irremediable por parte del trabajador.

- y debe demostrar la **debilidad manifiesta aportando:**

- (i) Incapacidades **relevantes**
- (ii) Recomendaciones de salud ocupacional
- (iii) Restricciones o indicaciones de reubicación laboral
- (iv) Calificaciones de enfermedad profesional o dictámenes de pérdida de capacidad laboral.

La empresa debe demostrar las causas verdaderas de la terminación del contrato y que no hay un nexo causal entre la terminación del contrato y el estado de discapacidad.

De tal manera que además de señalar que la carga de la prueba de la debilidad manifiesta la tiene el trabajador, lo cual representa un viraje importantísimo en la jurisprudencia, pues ahora al accionante no le basta con afirmar que se encuentra en debilidad manifiesta, sino que debe acreditarlo, y esta sentencia hace un listado de lo que el juez de tutela debe tener en cuenta para determinar o no si se trata de un caso de debilidad manifiesta.

Así mismo, es de vital importancia esta sentencia, pues señala por primera vez que no se trata de cualquier incapacidad o enfermedad, sino de *“incapacidades relevantes”*, y que por supuesto que tengan el mismo origen, no podrán ser consideradas si su diagnóstico es diferente, podrían existir muchas incapacidades, que en nada se relacionan la una con la otra y no podrían ser consideradas como relevantes, por ejemplo: una persona que ha estado incapacitada en forma discontinua durante seis meses por diferentes razones: una enfermedad viral, un dolor muscular, un procedimiento odontológico, un esguince; tales incapacidades no podrían ser consideradas como **“relevantes”** razón por la cual claramente no se estaría frente a un caso de debilidad manifiesta.

3. El deber del juez constitucional debe estudiar cuales fueron las causas que dieron lugar a la terminación del contrato y si las mismas

pueden considerarse una actuación discriminatoria por parte del empleador.

Esta sentencia le impone la obligación al juez de (i) realizar un estudio de las causas que dieron origen al despido. (ii) las circunstancias propias del despido (iii) las circunstancias del estado de salud de quien alega la vulneración (iv) el material probatorio.

4. Algo de suma importancia. Contrario a la jurisprudencia de tutela precedente, acepta la Corte en esta sentencia que la terminación del contrato a término fijo y la terminación del contrato por obra o labor no constituyen despidos y por sí solos no puede reputarse que el despido ha estado motivado en la situación de discapacidad, y por tanto no necesariamente configuran per se una discriminación.

*** SENTENCIA T- 217 DE 2014 de fecha 1 de abril de 2014**

Es trascendental invocar esta sentencia como antecedente jurisprudencial del manejo de los fueros de salud, toda vez que como problema jurídico plantea el interrogante de si un empleador vulnera los derechos fundamentales al dar por terminada la relación laboral de un trabajador que padecía una enfermedad diagnosticada en vigencia del contrato laboral, a través de un acuerdo conciliatorio sin que tal situación fuere puesta en conocimiento del inspector de trabajo.

Los aspectos a destacar de este fallo son:

1. El análisis que hace la Corte Constitucional frente a la conducta que debe desplegar el empleador ante una situación de debilidad manifiesta de un empleado *debe estar inspirada en el “principio de solidaridad”* y no puede hacer más gravosa la situación del trabajador, lo cual va en concordancia con lo manifestado en esta intervención en el sentido del buen actuar del empleador frente al manejo preventivo de los temas de salud al interior de la Empresa, los cuales sin lugar a dudas deben ser analizados por el juez de tutela al momento de estudiar el actuar del empleador e integrarlo con la conexidad o no entre la terminación de un contrato de trabajo y el estado de salud del trabajador, toda vez que si el Juez de tutela encuentra que bajo el cumplimiento de las obligaciones del empleador frente al trabajador en cuanto al cuidado de su salud se da cumplimiento al principio de solidaridad y efectivamente determina que no hubo conexidad entre la terminación del contrato y el estado de salud, tendrá que negar el mencionado amparo.
2. Obsérvese que si bien la Corte Constitucional en esta sentencia fija unas restricciones a los acuerdos de terminación de contratos de trabajo con trabajadores en situación de debilidad manifiesta, permite tal posibilidad con tal de que se suscriba un acta de conciliación laboral, lo que constituye un gran avance en el pensamiento de los jueces de tutela que en principio señalaban el camino hacia una estabilidad absoluta en esta materia y dejaba tanto a empresarios como a trabajadores sin posibilidades de acción ni decisiones en estos temas de salud.

A diferencia de lo que han expuesto algunos respetables asesores consideramos que en esta sentencia se abre la posibilidad de que la conciliación pueda servir para alcanzar acuerdos que permitan la

terminación de un contrato de trabajo en condiciones de equidad para ambas partes, para así solucionar situaciones que en el pasado se consideraban irremediables o insolubles, y se señalan los requisitos bajo los cuales es EFICAZ la suscripción del acta de conciliación:

- Dar a conocer al inspector (o juez conciliador) las razones por las cuales el trabajador está en debilidad manifiesta.
- Cerciorarse de que el trabajador conozca las protecciones constitucionales y legales por su especial condición de salud
- Que el Inspector (o juez conciliador) apruebe la terminación del contrato

Lo anterior debe quedar consignado en el acta de conciliación lo cual es requisito indispensable para que tenga plena validez jurídica.

Luego de haber señalado los aspectos más importantes de las sentencias, en esta etapa del manejo del problema, el primer inconveniente con el que se enfrentan las empresas todos los días es el hecho de no tener la certeza de si se trata o no de un asunto que encaja en fuero de salud, y si el trabajador en realidad se encuentra inmerso en la llamada “debilidad manifiesta” a la que se refiere la Corte Constitucional.

Así las cosas, se sugiere:

2.1 Identificación de los casos de debilidad manifiesta:

En este sentido, es muy útil inspirarse en los criterios fijados en la sentencia T-647 pues constituye una **herramienta** valiosa para los empleadores a la hora entrar a definir si está enfrentado o no a un tema de fuero de salud con el fin de poder

decidir su adecuado manejo:

- Realizar una revisión exhaustiva de la situación actual de salud, verificando si existen incapacidades **relevantes**, recomendaciones de salud ocupacional, restricciones o indicaciones de reubicación laboral, y calificaciones de enfermedad profesional o dictámenes de pérdida de capacidad laboral. Al respecto, verbigracia, no será incapacidad “relevante” una incapacidad de corta duración o la originada en una patología leve o una que produzca una secuela mínima o un porcentaje de pérdida de capacidad muy reducido. En cambio, sí lo será una que afecte de manera determinante el oficio específico que desempeña el trabajador o que le impida durante un tiempo prudencial desarrollar cualquier labor remunerada o le cause dolencias significativas o le ocasione pérdida significativa de un órgano o de una función. Naturalmente todo ello a juicio del respectivo médico.
- De acuerdo con lo anterior, las áreas de talento humano tendrán que actuar como verdaderos jueces de tutela al momento de analizar cada caso y realizar un análisis juicioso con criterios de solidaridad, razonabilidad y proporcionalidad, teniendo muy presente que no existen criterios absolutos, y deberá hacerse un análisis integral de la situación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar **de cada caso**, y privilegiando el respeto a la dignidad del trabajador, sin causarle perjuicio alguno.

2.2 Manejo de los casos de debilidad manifiesta al interior de la organización en vigencia del contrato.

Si ya se tiene la certeza de que se está en frente de un caso de debilidad manifiesta, se deben desplegar al interior de la organización una serie de acciones con el fin de que la empresa en conjunto con los trabajadores en vigencia del contrato vele por la salud y recuperación del mismo.

En estas acciones la empresa puede válidamente:

- Hacer un Seguimiento del caso por parte del médico ocupacional
- Cumplir estrictamente las órdenes de restricción del médico, con lo cual válidamente el empleador podrá hacer cambios de cargo, pausas activas, disminución de funciones y hasta de jornada si es necesario.
- Asesoría psicológica y de trabajo social. Este aspecto reviste señalada importancia porque muchas veces más que frente a un problema de salud corporal se está en presencia de un problema psicológico, que puede llegar hasta un estado depresivo, en ocasiones con consecuencias más devastadoras que una grave enfermedad somática.
- Aún frente a un trabajador en debilidad manifiesta pero con capacidad para realizar normalmente sus labores, el empleador no está inhibido para iniciar procesos disciplinarios, en casos de faltas disciplinarias no imputables a su patología.

2.3 Manejo de los casos de debilidad manifiesta al momento de la terminación del contrato de trabajo.

En el giro ordinario de las organizaciones, las cuales acuden a las diversas formas de contratación establecidas en la ley, tales como los contratos a término indefinido, por duración de obra o labor, o contratos a término fijo, es muy común que se enfrenten al hecho de que a la terminación del contrato de trabajo, no

puedan hacerlo en razón a una supuesta debilidad manifiesta de un trabajador aun cuando la obra para la cual fue contratado, por ejemplo la construcción de una carretera, materialmente ha terminado.

En estos casos y bajo el entendido de que la empresa ha actuado con todo su deber de solidaridad, desplegando todas las acciones que debe ejecutar en vigencia del contrato para propender por la salud del trabajador, es claro que no existiría un nexo causal entre la terminación del contrato de trabajo y la condición de debilidad manifiesta del trabajador.

Aunque cada caso se debe analizar con detenimiento en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que lo rodean, en la hipótesis planteada se parte del supuesto de una empresa que ha cumplido con su deber de solidaridad en vigencia de la relación laboral, y que bajo la forma de modalidad contractual utilizada no le queda más remedio que terminar el contrato de trabajo, al desaparecer efectivamente las causas que le dieron origen.

Sin embargo, de acuerdo con la interpretación que hacen los jueces de tutela del artículo 26 de la ley 361 de 1997, donde se dispone que si el *“el trabajador es despedido o su contrato es terminado por razón de su discapacidad”*, en principio y bajo el supuesto que estamos analizando no tendría que solicitarse permiso, sin embargo en la práctica y en razón a la errónea interpretación de muchos jueces de tutela, es prudente que el empleador trámite la solicitud de permiso para despedir. No obstante lo anterior, es claro que si se le da aplicación estricta por los jueces de tutela al nuevo criterio plasmado en la referida sentencia T-647, no sería necesario en esta hipótesis solicitar la autorización del Inspector, pero insistimos ante una defensa en una eventual acción de tutela por prudencia el empleador puede presentar el procedimiento previo de solicitud de autorización ante el Ministerio del Trabajo, aunque éste en varias ciudades del país a la fecha se ha

declarado incompetente para conocer de la solicitud de autorización de despido, cuando se trata de una justa causa.

Ante un caso de certeza de debilidad manifiesta, y necesidad irremediable de despido sin justa causa, necesariamente la empresa en virtud del artículo 26 de la ley 361 de 1997, deberá solicitar la respectiva autorización al Ministerio del Trabajo.

De todos modos, a pesar de la evolución jurisprudencial, más que una solución jurídica perfecta, más que el adecuado blindaje para la empresa en el mundo del derecho, debe pensarse en la necesidad de un tratamiento equitativo, donde se de prioridad a las soluciones de concertación y acuerdo con el trabajador, donde más que la imposición unilateral se intente hasta lo racionalmente posible un acuerdo, que si bien en muchos casos resulta altamente oneroso para las empresas es la garantía efectiva de seguridad jurídica, y la fuente de solución pacífica de conflictos dentro de una nueva concepción de relaciones laborales donde se valore que es más importante la concertación viable que la confrontación estéril y desgastante.

Lo cual también significa que el mensaje de cara a situaciones extremas ante la obstinación irracional de personas que vean el fuero de salud como mecanismo de abuso o de protección desmedida, **la empresa no puede maniatarse** y si la situación de discapacidad no es el real motivo de despido, no puede detenerse por el simple temor infundado de decisiones judiciales adversas, especialmente frente a casos de justa causa que cuentan con claro respaldo probatorio y están fundadas en hechos graves, como los que constituyen las seis primeras causales de despido justificado previstas en la legislación laboral.

Y curiosamente este mismo enfoque es proclamado por las propias asociaciones de personas con discapacidad que han visto como las posibilidades de acceso al trabajo se han reducido en la práctica por la errónea concepción de un fuero de salud, cómo las posibilidades de empleo para ellos son escasas, cómo el fuero y la protección jurisprudencial han sido utilizados muchas veces por quienes menos lo requieren.

Es así como tales asociaciones han elaborado un proyecto de ley “*por el cual se promueve el acceso al trabajo para los discapacitados*”. Se pretende entre otros aspectos para estimular que las empresas contraten personas discapacitadas, la modificación del artículo 26 de la ley 361 de 1997, toda vez que según ellos mismos, este artículo o su desarrollo en sentencias de tutela, antes que permitir la inclusión al mundo laboral, han aparejado una discriminación y les ha impedido el ingreso a los puestos de trabajo. En el proyecto de ley se propone que cuando el contrato de trabajo termine con justa causa no se requiere autorización del Ministerio del Trabajo.

El texto del proyecto es el siguiente:

*“ARTÍCULO CUARTO. Adiciónese al Código Sustantivo del trabajo lo siguiente: **Artículo 103B. Terminación del contrato de trabajador con discapacidad.** Los contratos de trabajo se rigen por las normas del presente Código y las que lo adicionan y modifican. Para la terminación del contrato de un trabajador con discapacidad, se adicionan las siguientes reglas:*

- 1. Ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.*
- 2. Sin perjuicio de lo establecido en el numeral anterior, no se*

requerirá de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador con discapacidad incurra en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato. (El resaltado es nuestro)

Para la terminación del contrato de trabajador con discapacidad siempre se garantizará el derecho al debido proceso, teniendo en todo momento en cuenta la discapacidad de trabajador.”

CONCLUSIONES

1. Para las empresas el llamado fuero de salud por su alcance jurisprudencial representa una situación de difícil manejo pero hay soluciones prácticas, eficaces y viables.
2. El panorama jurisprudencial del 2016 no es tan caótico como el de los años inmediatamente anteriores.
3. Es indispensable no mirar la problemática únicamente desde una óptica jurídica, sino interdisciplinaria.
4. Prevenir es mejor que curar. Antes de cualquier decisión es menester adoptar medidas preventivas.
5. Integrar a todos los actores del sistema.
6. Dar énfasis a los aspectos psicológicos del tratamiento del problema (muchas veces los problemas y las soluciones más que analizadas y aconsejadas por la medicina son tarea propia de la psicología)

7. Frente a casos de situaciones de discapacidad dudosas no es aconsejable terminar el contrato sin justa causa.
8. Por el contrario frente a justas causas de despido evidentes, graves y sin ninguna relación con la discapacidad, la empresa debe actuar.
9. Procurar previamente medidas de reubicación, rehabilitación, capacitación, ayuda psicológica, responsabilidad social en la medida de las disponibilidades de cada empresa.
10. Si la decisión irremediable es el despido del trabajador con discapacidad, el objetivo principal es la terminación del contrato mediante conciliación.
11. **Asesorarse bien jurídicamente en casos complejos.**