

XXXIV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA

Ponencia Aspectos prácticos sobre el fuero de salud y sus implicaciones Laborales.

Ponente: Misael Triana Cardona.

El Doctor MISAEL TRIANA CARDONA, es Abogado egresado de la Universidad Católica de Colombia y Especialista en Derecho de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Javeriana.

Se destaca dentro de su trayectoria académica, el Grado de Honor otorgado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Es Miembro del Colegio de Abogados del Derecho del Trabajo de Colombia, Miembro de la Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, catedrático universitario en las asignaturas de Práctica Laboral y Seguridad Social, autor de varios escritos sobre pensiones y conferencista en temas pensionales.

Actualmente se desempeña como Gerente y Socio principal de la Firma Triana Abogados, dedicada a la Asesoría, Consultoría y Litigios en materia laboral y de seguridad social. Se desempeña como Apoderado para Asuntos Laborales de empresas nacionales y multinacionales y fue funcionario de la Rama Judicial.

PONENCIA

Agradecemos especialmente al Señor Gobernador del Colegio de Abogados del Trabajo y la Seguridad Social, Doctor Víctor Julio Díaz Daza, a los miembros del Consejo Directivo y Consejo Académico por la invitación para intervenir en el presente panel.

Debo agradecer igualmente el aporte que el Doctor Cristian Alonso Ramírez, Médico Especialista en Medicina del Trabajo, realizó a mi ponencia.

Saludo Especial a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Corte Constitucional, miembros del Colegio de Abogados del Trabajo y demás asistentes al evento.

El propósito de nuestra ponencia, como ya lo afirmó la Dra. Claudia Martínez, será exponer y dejar a los asistentes algunos Aspectos prácticos que rodean el llamado fuero de salud y las implicaciones Laborales que el mismo tiene para todos los actores implicados, como son trabajadores, empleadores, jueces, Ministerio del Trabajo, Administradoras del Sistema de Seguridad Social y Junta de Calificación de Invalidez, con la intención no solo de plantear la normatividad y la posición actual de los jueces, sino de exponer las varias alternativas de manejo, no utilizadas en la mayoría de los casos y que consideramos de gran importancia para el manejo de las situaciones que originan el ingreso de una persona o el sostenimiento de su contrato de trabajo.

La fuente normativa concreta en donde encontramos la protección laboral que la Doctrina y la Jurisprudencia han titulado como fuero de salud, corresponde al Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en donde se estableció:

NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la limitación <discapacidad>^{<1>} de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación <discapacidad>^{<1>} sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. **Así mismo, ninguna persona limitada <en situación de discapacidad>^{<1>} podrá ser despedida o su contrato terminado**

por razón de su limitación <discapacidad>^{<1>}, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

...

La norma fuente, tuvo un importante giro con la expedición de la sentencia C-458 de 2015, en donde al declarar su exequibilidad condicionada, la Corte Constitucional reemplazó las expresiones de persona con limitación o personas limitadas, por personas en situación de discapacidad que se encontraban en el mencionado artículo, modificación que incluso abarcó todos los artículos de la Ley 361 de 1997, en donde se encontraban los términos limitado, minusválido o disminuido, los cuales fueron cambiados como se mencionó por el nombre de persona en situación de discapacidad.

La razón principal de los demandantes para incoar la acción constitucional, consistió en que los vocablos utilizados inicialmente por el legislador - persona con limitación o personas limitadas o minusválidas o disminuidas- tienen una carga peyorativa y ofensiva en contra de este grupo de personas.

Algunos extractos de la mencionada sentencia de constitucionalidad, que importan a la ponencia y son los siguientes:

"No obstante, el uso del lenguaje ha cambiado, ha tomado un papel importante como elemento para eliminar la discriminación y, sin duda, es relevante para la construcción e interpretación de las normas.

Como ya lo ha reconocido esta Corporación (**sentencia C-035 de 2015**) en Colombia coexisten los enfoques "social" y "médico". Con todo, uno de los instrumentos internacionales más importantes en la materia, la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, desarrolla un enfoque social, lo que hace que éste adquiera cada vez mayor fuerza normativa en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, el enfoque médico mantiene relevancia para el diseño de políticas de seguridad social, y de atención en salud y educación de la población con discapacidad, lo que explica su permanencia, pese a sus falencias e incompletitud.

No obstante, a pesar de la tendencia hacia el modelo social, persisten normas que han usado expresiones que pueden ser consideradas peyorativas e indignas. El propio texto constitucional emplea expresiones como "*los minusválidos*" o "*personas con limitaciones físicas o mentales*", como cuando en el artículo 54 se dispone que "*el Estado debe (...) garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud*", o como cuando en el artículo 68 se determina que "*la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado*".

Los fragmentos acusados generan discriminación porque corresponden a un tipo de marginación sutil y silenciosa consistente en usar expresiones reduccionistas y que radican la discapacidad en el sujeto y no en la sociedad. Con ello, definen a los sujetos por una sola de sus características, que además no les es imputable a ellos, sino a una sociedad que no se ha adaptado a la diversidad funcional de ciertas personas.

La discriminación aludida se manifiesta porque las expresiones acusadas -"los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales", "y minusvalía", "minusvalía" "y minusvalías", "los discapacitados", "personas con limitaciones físicas, sensoriales y psíquicas", "personas con limitaciones físicas, sensoriales, psíquicas, cognitivas, emocionales", "personas con limitaciones físicas, sensoriales, psíquicas o mentales", "personas con limitaciones", "personas discapacitadas", "limitado auditivo", "limitados auditivos", "personas con limitación", "personas con limitaciones", "persona con limitación", "población con limitación" o "personas limitadas físicamente", "población limitada", "limitación", "limitaciones", "disminución padecida", "limitados", "limitada",

“población minusválida”, “minusválidos”, “discapacitado” y “discapacitados”- contribuyen a la generación de una mayor adversidad para las personas en situación de discapacidad, pues ubican su situación como un defecto personal, que además los convierte en seres con capacidades restringidas que tienen un menor valor. Esta carga propia de las palabras citadas hace que los procesos de dignificación, integración e igualdad sean más complejos.

La Corte en su sentencia determinó:

“personas con limitación”, “personas con limitaciones”, “persona con limitación”, “población con limitación” o “personas limitadas físicamente”, “población limitada” contenidas en el título y en los artículos 1º, 3º, 5º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 30, 34, 35, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 49, 54, 59, 66, 69 y 72 de la Ley 361 de 1997, en el entendido de que deberán reemplazarse por las expresiones “persona o personas en situación de discapacidad”.

“limitación”, “limitaciones” o “disminución padecida” contenidas en los artículos 5º, 7º, 8º, 9º, 11, 12, 14, 18, 22, 26, 27, 31, 34, 35, 36, 43, 45, 50, 51, 59, 60, 63, 67 de la Ley 361 de 1997, en el entendido de que deberán reemplazarse por las expresiones “discapacidad” o “en situación de discapacidad”.

“limitados” o “limitada” contenidas en los artículos 13, 18, 19, 21, 26, 33, 40 y 42 de la Ley 361 de 1997, en el entendido de que deberán reemplazarse por la expresión “personas en situación de discapacidad”.

El cambio de la terminología contenida en la Ley 361 de 1997 y especialmente en su Artículo 26, trae para la Protección Laboral Reforzada por fuero de salud un impacto de suma importancia, por las siguientes razones:

- 1.** La normatividad relacionada con la calificación de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional, contenida principalmente en el Decreto 1507 de 2014, no incluye una definición que permita identificar el alcance del término persona limitada o persona con limitación.

En el Artículo 3, se utiliza el termino limitado para definir el alcance de los conceptos minusvalía y discapacidad, pero no lo define.

El Artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, el cual fue derogado expresamente por el Decreto 1352 del 2013, establecía unos grados de severidad de la limitación, sin definir el alcance del concepto, por lo que se concluye que según el mencionado decreto, la limitación se medía por el porcentaje de PCL.

Para este Decreto limitación significaba PCL.

En todo el texto del Manual Único para la calificación de la invalidez se utiliza el termino limitación para referirse a la restricción que tiene una persona en su humanidad.

- 2.** Como la legislación no define el alcance del concepto limitado o limitación, ni establece una herramienta para su medición diferente a un porcentaje de PCL, la Sala Laboral de la CSJ y la Corte Constitucional, han asumido posturas sobre lo que debe entenderse, las cuales han resultado dispares.
- 3.** La Sala Laboral de la CSJ, ha venido entendiendo el término limitado o limitación que estaba contenido en el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, apelando a la graduación de la limitación que estaba contenida en el derogado Artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, en donde se establecían tres tipos de limitación, con base en unos porcentajes de pérdida de la capacidad laboral.

En conclusión, para la SL de la CSJ, el término limitación se define como la persona que tiene una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15% y será moderada, severa o profunda, según la graduación que estaba contenida en el mencionado decreto.

Moderada: Entre el 15% y el 25% de PCL
Severa: PCL Mayor al 25% pero inferior al 50%
Profunda: PCL igual o mayor al 50%.

La posición de la Corte es que la restricción contenida en el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997 "procede exclusivamente para las personas que presenten limitaciones **en grado moderado, severo y profundo y no para las que padezcan cualquier tipo de limitación, ni, menos aún, para quienes se hallen en incapacidad temporal por afecciones de salud**" ... "de no haberse fijado, por el legislador, este tope inicial, se llegaría al extremo de reconocer la estabilidad reforzada de manera general y no como excepción, dado que bastaría la pérdida de la capacidad en un 1% para tener derecho al reintegro." (Sentencia SL - 14134, del 14 de octubre de 2015, Sentencia SL 41867, del 30 de enero de 2013, fallos del 25 de marzo de 2009, radicación 35606, 16 y 24 de marzo de 2010, radicaciones 36115 y 37235 y 28 de agosto de 2012, radicación 39207).

Atendiendo la posición de la SL de la CSJ, el único medio de prueba válido para declarar la violación del fuero de salud, corresponde al dictamen de pérdida de capacidad laboral o al certificación de discapacidad o limitación, y existirá protección para el trabajador, cuando la PCL sea igual o superior al 15%.

Según la SL de la CSJ, esta es la única prueba mediante la cual es posible determinar la limitación, pues los únicos documentos en los cuales se determina el porcentaje de PCL que puede llegar a tener una persona es el Dictamen y el certificación de discapacidad o limitación.

4. La Corte Constitucional ha venido entendiendo el término limitado o limitación que estaba contenido en el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indicando que se asimila a cualquier problema de salud o situación médica que genere en el trabajador la existencia de una circunstancias de debilidad manifiesta o de indefensión.

En la sentencia T- 474 de 2014, se consignaron las siguientes consideraciones que resultan relevantes para lo que nos proponemos plantear en la presente exposición.

- "el sistema jurídico colombiano distingue los trabajadores discapacitados a quienes se les ha calificado su pérdida de capacidad laboral, de aquellos que solo han sufrido una disminución física durante la ejecución de un contrato de trabajo".
- No obstante lo anterior, este Tribunal Constitucional ha dispuesto que, pese a no existir calificación de pérdida de capacidad laboral, la debilidad manifiesta del trabajador también puede predicarse de "individuos cuyo estado de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus obligaciones laborales en condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados"

De lo expuesto, se concluye que está en circunstancias de debilidad manifiesta, y por ende, cuenta con estabilidad laboral reforzada, según la mencionada sentencia:

- "un trabajador que **razonablemente** pueda catalogarse como persona (i) con discapacidad, (ii) con disminución física, síquica o sensorial en un **grado relevante**, y (iii) en general todas aquellos que (a) tengan una afectación grave en su salud; (b) esa circunstancia les "**impida[a] o dificulte sustancialmente** el desempeño de sus labores en las condiciones regulares", y (c) se tema que, en esas condiciones particulares, pueden ser discriminados por ese solo hecho"

Como puede verse, la Corte Constitucional amplía a algunos panoramas o eventos, en la mayoría de los casos de difícil determinación, el alcance de la protección contenida en el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, especialmente cuando se refiere a afectación grave en la salud e impedimento o dificultad sustancial para el desempeño de las labores en las condiciones regulares, pues no existe un parámetro específico de medición para determinar cuando se está frente a estas situaciones, permitiendo que los jueces interpreten documentos técnicos (historia clínica, epicrisis, incapacidades médicas, fotografías, etc) diferentes al dictamen de pérdida de capacidad laboral o al certificación de discapacidad o limitación, que si bien pueden resultar indicativos de la existencia de esos eventos, la adecuada interpretación sobre su alcance, es de resorte exclusivo de un profesional de la salud especialista en el asunto, que deberá hacer constar necesariamente en el dictamen o en el certificado mencionado.

Significa lo anterior, que para la CC, los medios de prueba validos para establecer la violación del fuero de salud, son adicional al DPCL y al certificado, cualquier otro documento, e incluso testimonio, interrogatorio o inspección, indicativo o demostrativo de la existencia de una circunstancia de debilidad manifiesta o de indefensión por estado de salud.

Los otros documentos que normalmente se ventilan dentro de las acciones de tutela y que son admitidos por la CC para establecer la debilidad manifiesta por el tema que nos ocupa, corresponde en la práctica a historia clínica, epicrisis, incapacidades médicas, fotografías. Incluso se han conocido acciones de tutela falladas por jueces en primera y segunda instancia con base en declaraciones de terceros o del mismo accionante sobre su estado de salud.

La amplitud probatoria permitida por la CC, permite otorgar la protección mediante documentos que no determinan expresamente la existencia de una limitación sobrevenida en el trabajador, en cualquier grado, concediendo la estabilidad a personas que bien pueden tener derecho a ella, pero con base en pruebas que no acreditan la condición exigida por la norma.

En mi criterio, una persona con problemas de salud, puede estar en alguna de las siguientes tres situaciones:

PERSONA CON INCAPACIDAD MÉDICA
PERSONA CURSANDO UNA SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD
PERSONA DISCAPACITADA

La presente ponencia no controvierte la posición de la Corte Constitucional, sino que plantea la obligación de recurrir a material probatorio idóneo y técnico que permita concluir la existencia de algunas de las condiciones señaladas por la Corporación.

Hasta acá, hemos visto la fuente normativa y la posición de ambas corporaciones respecto al fuero de salud, con base en la terminología que traía el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, antes de la declaratoria de exequibilidad condicionada impuesta por la sentencia C -458 de 2015. Veamos ahora cual es el impacto que trae el cambio de terminología de limitación por el término discapacidad.

Contrario a lo afirmado de manera antecedente respecto del término limitado o limitación, el termino discapacidad encuentra dentro de la legislación una definición establecida por el Decreto 1507 de 2014, cuando afirma:

Discapacidad: Término genérico que incluye limitaciones en la realización de una actividad, esta se valorará en el Título Segundo "Valoración del Rol Laboral, Rol Ocupacional y otras áreas Ocupacionales".

Discapacidad Intelectual. Se trata de un estado de desarrollo intelectual incompleto o detenido caracterizado por deficiencia en la

organización de las capacidades que contribuyen al nivel global de inteligencia, tales como las funciones cognitivas, el lenguaje y las habilidades motrices o sociales. Puede estar asociada con otras alteraciones mentales o físicas.

Adicionalmente, la discapacidad, al lado de la deficiencia y minusvalía, es uno de los factores para determinar la PCL y encuentra adicional a una definición un factor de medición, que permite establecer determinado porcentaje de PCL.

Significa lo anterior, que con el cambio normativo será obligatorio para quien pretenda acreditar la existencia del fuero de salud, demostrar su estado de discapacidad, el cual solo podrá demostrarse con el certificado que emiten las EPS o con el Dictamen de PCL, expedido por cualquiera de las entidades facultadas para ello. En mi criterio, luego de la sentencia de exequibilidad condicionada, no será posible acudir a otras pruebas diferentes a las mencionadas.

Dicho lo anterior, pasaré a exponer los aspectos prácticos del fuero de salud, en el aspecto que me correspondió.

Muchas son las soluciones prácticas e incluso exóticas, legales y también ilegales a las cuales acuden las partes del contrato de trabajo involucradas en una situación de fuero de salud, para intentar superar el evento, pero en mi criterio, el camino más sencillo y efectivo cuando nos encontramos con un trabajador en situación de discapacidad, es iniciar de manera conjunta e integrada con todos los actores, el proceso de rehabilitación y de no ser posible este, el proceso de Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral.

Lo primero que debemos distinguir es la incapacidad temporal de la discapacidad e incluso de la misma invalidez, pues son conceptos diferentes.

La incapacidad temporal es aquel evento de origen común o laboral que impide al trabajador contar con el normal desempeño de las funciones asignadas, pero que atendiendo su temporalidad será superada en un determinado interregno.

La incapacidad temporal se acredita con el certificado que emite las EPS o ARL por el tiempo que el médico considere como necesario para la recuperación física o mental y al término de la misma se entiende superada la incapacidad.

La incapacidad temporal no siempre es discapacidad, pero durante su permanencia y atendiendo lo dispuesto en el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y el estado de debilidad manifiesta en que se encuentra el trabajador, debe predicarse la existencia de la protección a su favor, para no ser despedido.

Existen eventos en los cuales durante la incapacidad temporal no es posible la rehabilitación del trabajador, lo cual resulta independiente del número de días de incapacidad, pues una persona incluso puede ser invalido desde el primero día de su incapacidad, pero dicha condición solo se acreditará con el dictamen correspondiente.

Cuando no es posible la rehabilitación, podemos estar frente a dos eventos:

- (i) La persona cuenta con una discapacidad
- (ii) La persona es invalida

Las anteriores dos condiciones solo es posible acreditarlas, mediante el dictamen de pérdida de capacidad laboral o con el certificado de discapacidad que permita establecer el porcentaje de discapacidad y con la suma de este, más la deficiencia y la minusvalía, el porcentaje de PCL, el cual de ser igual o superior al 50% llevarán a una invalidez.

El primer gran error que cometen trabajador y empleador cuando se enfrentan a un posible fuero de salud, es creerse médicos y pretender analizar documentos diferentes al certificado de discapacidad o Dictamen de PCL para

determinar la existencia de la protección. Culminado el proceso de rehabilitación o en curso del mismo, las partes deben solicitar inicialmente ante la EPS o ARL, según corresponda el origen, la calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral, documento que en mi sentir es el **UNICO** que permitirá determinar la existencia o no del fuero de salud.

El gran problema que rodea los casos de salud, sin lugar a dudas, es la injustificada demora de todas las entidades encargadas, para emitir el DPCL.

Las siguientes son apreciaciones personales que no comprometen ni al Colegio ni a mis compañeras, simplemente se refieren a la experiencia obtenida en el tratamiento de problemas de salud en trabajadores.

LOS GRANDES ERRORES

- Creerse médico.
- Analizar documentos diferentes al DPCL o certificado de discapacidad y concluir sobre ellos la existencia del fuero.
- Alejarse del trabajador
- Alejarse del empleador
- Desde el trabajador, creer que mi empleador me quiere despedir, creer que no me quiere.
- Desde el empleador, creer que mi trabajador es una carga que afecta mi operación y utilidad.
- Por parte del trabajador, reducir sin justificación su desempeño laboral.
- Por parte del empleador, rezagar al trabajador, creerlo inútil o imponer cargas adicionales o desencajadas de su perfil o rol en la compañía.
- Extender en el tiempo el proceso de calificación.

LA SOLUCION PRACTICA

- Permitir al trabajador disfrutar de su incapacidad temporal para lograr su rehabilitación.
- Acompañar al trabajador en su proceso de rehabilitación. Apoyarlo en la consecución de citas médicas y de terapia ocupacional. Conceder oportunamente los permisos que se requieran para esas actividades.
- Mantener dialogo constante con el trabajador para conocer el avance de su recuperación, sin afectar el derecho a la intimidad.
- Cuestionar al trabajador, independiente de las recomendaciones o restricciones laborales, en que actividad considera que puede hacer un mejor aporte a la compañía, sin poner en riesgo su salud y por ende su proceso de rehabilitación.
- El mayor aporte – sin duda – lo hace el trabajador, quien pese a su situación de salud demuestra al empleador su intención de aportar su fuerza de trabajo en condiciones incluso superiores a otros trabajadores.
- De no ser posible la rehabilitación, iniciar el trámite de calificación para determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.
- Presionar a la entidad, incluso con la interposición de acciones de tutela, para que se emita el DPCL.
- Si el trabajador alcanza un 50% o mas de PCL, tramitar la pensión de invalidez. Acompañar al trabajador en el trámite.
- Si el trabajador no alcanza el estado de invalidez, se abren varias posibilidades para las partes y su grado de acceso dependerá necesariamente de la forma en que las partes decidan asumir la situación:
 - Reubicación del trabajador para el desempeño de funciones acordes con su situación de salud, para lo cual debe acudir a las recomendaciones y/o restricciones médicas que debe emitir la EPS o ARL.
 - Mutuo acuerdo para dar por terminado el contrato de trabajo.
 - Solicitud ante el MT para el despido.