

# **LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO DE PERSONAS DISCAPACITADAS E INCAPACITADAS**

**Pautas para el manejo empresarial de la  
jurisprudencia Constitucional**



**Todo el contenido de la presente presentación es de propiedad de GODOY CORDOBA ABOGADOS SAS., los nombres, enseñas, graficas, dibujos, diseños, textos y cualquier otra propiedad que aparezca en esta obra, así como los contenidos, esta amparados por las Leyes y Tratados Internacionales en materia de derechos de autor. Se autoriza el uso de la presente para asuntos estrictamente académicos propios de la capacitación que se encuentra adelantando. Por lo tanto la utilización no autorizada de la obra constituye infracción civil y penal. En consecuencia, no podrá ser utilizada, modificada, transmitida, comunicada públicamente o distribuida de ninguna manera, salvo autorización escrita y expresa de GODOY CORDOBA ABOGADOS SAS.**

**1**

**ALTERNATIVAS DEL  
EMPLEADOR EN LOS CASOS  
DE INCAPACIDAD Y  
DISCAPACIDAD**

## 1. Alternativas del Empleador

# A. Respeto del fuero de salud según su fuente

### 1. La ley 361 de 1997 en su artículo 26

*Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones.*

### 2. Sentencia de constitucionalidad del artículo 26 de la ley 361 de 1997

Se declaró la exequibilidad del inciso 2o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, bajo el entendido de que el despido del trabajador por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria. (*Subrayado no original*)

**Sentencia C-531 de 2000. Corte Constitucional. Magistrado ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis**

## 1. Alternativas del Empleador

### **A.1 Causas del fuero de salud**

*Decreto 1295 de 1994. Artículos 8 y 12*

**Las disminuciones físicas sobrevinientes durante la ejecución del contrato de trabajo pueden provenir de:**

- **Accidente de trabajo**
- **Enfermedad profesional**
- **Enfermedad o accidente de origen común**



## 1. Alternativas del Empleador

### **A.2 Situaciones generadoras del fuero de salud**

1. Incapacidad
2. Invalidez
3. Proceso para la calificación de invalidez.
4. Enfermedades catastróficas a las que no aplica ninguno de las anteriores situaciones.

## 1. Alternativas del Empleador

### **A.2.1 Incapacidad (temporal y permanente)**

**(Corte Constitucional, Sentencia C – 401 de 2003/ Convención Interamericana par la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad)**

*“deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”*

## 1. Alternativas del Empleador

### **A.2.2 Invalidez (Con derecho o sin derecho a pensión)**

#### 1. Origen profesional:

- a. **Enfermedad profesional:** “Todo estado patológico, permanente o temporal, que sobrevenga como consecuencia obligada y directa de la clase de trabajo que desempeña el trabajador, o del medio en el que se ha visto obligado a trabajar.” (Art. 11 D. 1295/1994)
- b. **Accidente de trabajo:** Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aun fuera del lugar y horas de trabajo. Las legislaciones de cada país podrán definir lo que se considere accidente de trabajo respecto al que se produzca durante el traslado de los trabajadores desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa. (Comunidad Andina de Naciones. Artículo 1° literal n Decisión 584).
- c. **Con derecho a pensión:** la persona que por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el cincuenta por ciento (50%) o más de su capacidad laboral de acuerdo con el Manual Único de Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la calificación. (Art. 9 Ley 776/2002)

**Sin derecho a pensión:** Cuando el porcentaje de pérdida sea inferior al 50%.

## 1. Alternativas del Empleador

### **A.2.2 Invalidez (Con derecho o sin derecho a pensión)**

#### 2. Origen común:

Enfermedad o patología, accidente o muerte que no haya sido clasificado de origen profesional (Art. 12 D. 1295 / 1994)

- i. **Derecho a pensión:** persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral y que acredite haber cotizado 50 semanas en los últimos tres años (Arts. 38 y 39 Ley 100/1993 – C – 428 /2009)
- ii. **Sin derecho a pensión:** Trabajador que no cumpla con los requisitos para obtener derecho a pensión.

## 1. Alternativas del Empleador

# A.2.3 Proceso de calificación de pérdida de capacidad

### Artículo 41 de la ley 100 (Modificado por el artículo 52 ley 962 de 2005)

*“...Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, a las Administradoras de Riesgos Profesionales, ARP, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y a las Entidades Promotoras de Salud, EPS, determinar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de las contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación, dentro de los cinco (5) días siguientes a la manifestación que hiciere sobre su inconformidad, se acudirá a las Juntas de Calificación de Invalidez del orden regional, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.*

*El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de aquellas entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional...”*

## 1. Alternativas del Empleador

### **A.2.4 Pagos a los trabajadores luego de los primeros 180 días de incapacidad**

#### Según la sentencia T – 212 de 2010 de la Corte Constitucional

*“...ORDENAR al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, que a más tardar en el término de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, cancele las incapacidades dejadas de pagar por el empleador al trabajador ARNOL GUILLERMO SÁNCHEZ ROMERO, desde el mes de marzo de 2009, hasta que su dictamen de pérdida de la capacidad laboral quede en firme y el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. asuma la obligación legal que le corresponde. Lo anterior conllevó a que la AFP fuera la llamada al cubrimiento de las prestaciones económicas (las asistenciales continúan en cabeza de la E.P.S.), una vez superados los primeros 180 días de incapacidad...”*

La sentencia citada constituye un precedente, que **si bien NO garantiza que la AFP proceda con el pago inmediato de la incapacidad, sí abre una posibilidad de que luego de un proceso de tutela, sea condenada al pago de las incapacidades.** Mientras que se define la situación, consideramos que con base en el principio de solidaridad, podrán reconocerle a título de préstamo, una cifra que apoye al trabajador para su subsistencia.

## 1. Alternativas del Empleador

### **A.2.5 Enfermedades catastróficas no previstas en los anteriores supuestos**

*“La Corte Constitucional ha establecido en reiterada jurisprudencia que la estabilidad laboral reforzada no aplica únicamente a los trabajadores que han sido calificados como discapacitados o inválidos conforme a las normas vigentes, sino que se extiende a todas aquellas personas que se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta” (t- 504 de 2008)*

#### VIH

*“Además de las garantías señaladas normativamente, cuando se ha despedido de manera unilateral a un empleado debido a su condición de portador o enfermo de (VIH/SIDA), la jurisprudencia de la Corte ha encontrado que tal trato constituye una discriminación inaceptable, evento en el cual, el amparo de la tutela y respectivo reintegro laboral como mecanismo de protección ante la debilidad manifiesta de los trabajadores” (T – 295 / 2008)*

#### Cáncer

*“si bien a futuro se tendrá que determinar si el carcinoma es de origen laboral o común, para a su vez señalar si es la ARP o la EPS la que debe asumir los servicios de salud en lo referente al tratamiento del carcinoma basocelular del señor Rafael Eugenio Artuz Urbina; en el ámbito del juez de tutela se brindará la protección. ” (T – 519/2003)*

## 1. Alternativas del Empleador

# **B. Obligaciones del empleador derivadas del fuero**

### **INCAPACIDAD TEMPORAL (Decreto 2351 de 1965 (Art. 16) y Decreto 2177 de 1989)**

#### **• REINSTALACIÓN**

Una vez ésta termine y el trabajador recupere su capacidad laboral, el empleador debe reinstalar al trabajador en el mismo cargo que tenía o a uno de igual categoría.

#### **• REUBICACIÓN**

No será obstáculo para la reinstalación, si los dictámenes médicos determinan que el trabajador puede continuar desempeñando el trabajo. Si esto no es posible, se debe proporcionar al trabajador incapacitado parcialmente un trabajo compatible con sus aptitudes, para lo cual se deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios. (T – 062 de 2007)

#### **• CAPACITACIÓN**

El derecho a la reubicación laboral no se limita al simple cambio de funciones, sino que comporta la proporcionalidad entre las labores y los cargos previamente desempeñados y los nuevos asignados, así como el deber del empleador de brindar al trabajador la capacitación necesaria para que se desempeñe adecuadamente en su nueva labor( T – 198 de 2006)

## 1. Alternativas del Empleador

# **B. Obligaciones para el empleador derivadas el fuero**

### Incapacidad Permanente

•Indemnización sustitutiva: A cargo del SISS o del empleador cuando no haya afiliación o pago de aportes.

•Reinstalación

•Reubicación

•Capacitación

Igual a la incapacidad temporal

## 1. Alternativas del Empleador

# **B. Obligaciones del empleador derivado del fuero**

## **IMPOSIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE REUBICACIÓN**

*“Si la reubicación desborda la capacidad del empleador, o si impide lo dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador. Sin embargo, éste tiene la obligación de poner tal hecho en conocimiento del trabajador, dándole además la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación”*

**(Corte Constitucional, 27 de septiembre de 2001, Radicación T – 1040 de 2001)**

## 1. Alternativas del Empleador

# **B. Obligaciones del empleador derivado del fuero**

## **IMPOSIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE REUBICACIÓN**

*“Si la reubicación desborda las necesidades y la infraestructura del empleador, si le impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, si a pesar de recibir una capacitación los conocimientos del trabajador son insuficientes para desempeñar otro cargo en la misma empresa, si incumple con sus obligaciones, o si se presenta cualquier otra situación objetiva que implique que la exigencia de renovar el contrato de trabajo desborda la carga que debe asumir el empleador, éste se exime de cumplir con su deber constitucional.” (Subrayado no original)*

**(Corte Constitucional 17 de mayo de 2004. Radicado T – 469 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil)**

## 1. Alternativas del Empleador

# **B. Obligaciones para el empleador derivadas el fuero**

### Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones

De acuerdo a reciente jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, se entenderá que el despido fue violatorio de derechos fundamentales y en consecuencia procede el reintegro por vía de tutela:

- Que el peticionario pueda considerarse una persona discapacitada, o en estado de debilidad manifiesta;
- Que el empleador tenga conocimiento de tal situación; y,
- Que se halle probado el nexo causal entre el despido y el estado de salud del trabajador.

(Corte Constitucional, 31 de agosto de 2009, Radicación T – 603 de 2009. Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

## 1. Alternativas del Empleador

# C. Alternativas frente al fuero

## 1. Mutuo acuerdo de terminación del contrato: Parámetros económicos

Hacer estimativo de una suma conciliatoria con base en:

- Lo que tendría derecho por indemnización por despido sin justa causa (Art. 64 del CST).
- Tener presente la indemnización señalada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, equivalente a 180 días de salario.
- Tiempo razonable de aportes al SISS para conservar la cobertura asistencial.

## 1. Alternativas del Empleador

# C. Alternativas frente al fuero

## 1. Mutuo acuerdo de terminación del contrato: Parámetros asistenciales

Procurar que el monto que se le pague al trabajador, de alguna manera cubra los gastos de seguridad social por un periodo prudente iniciando una vez finalice el contrato, para que la terminación del contrato no sea impedimento a la posibilidad de tener acceso a salud. Para lo cual será indispensable tener en cuenta un periodo adicional que cubre la EPS.

## 1. Alternativas del Empleador

# C. Alternativas frente al fuero

## 1. Mutuo acuerdo de terminación del contrato: Parámetros asistenciales

Decreto 806 de 1998:

**ARTICULO 75. DEL PERIODO DE PROTECCION LABORAL.** Una vez suspendido el pago de la cotización como consecuencia de la finalización de la relación laboral o de la pérdida de la capacidad de pago del trabajador independiente, el trabajador y su núcleo familiar gozarán de los beneficios del plan obligatorio de salud hasta por treinta (30) días más contados a partir de la fecha de la desafiliación, siempre y cuando haya estado afiliado al sistema como mínimo los doce meses anteriores.

PARAGRAFO. Cuando el usuario lleve cinco (5) años o más de afiliación continua a una misma Entidad Promotora de Salud tendrá derecho a un período de protección laboral de tres (3) meses, contados a partir de la fecha de su desafiliación.

**ARTICULO 76. BENEFICIOS DURANTE EL PERIODO DE PROTECCION LABORAL.** Durante el período de protección laboral, al afiliado y a su familia sólo les serán atendidas aquellas enfermedades que venían en tratamiento o aquellas derivadas de una urgencia. En todo caso, la atención sólo se prolongará hasta la finalización del respectivo período de protección laboral. Las atenciones adicionales o aquellas que superen el período descrito, correrán por cuenta del usuario.

## 1. Alternativas del Empleador

# C. Alternativas frente al fuero

## 2. Permiso para despedir

Se declaró la exequibilidad del inciso 2o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, bajo el entendido de que el despido del trabajador por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria. (*Subrayado no original*)

Sentencia C-531 de 2000. Corte Constitucional. Magistrado ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis

## 1. Alternativas del Empleador

# C. Alternativas frente al fuero

## 3. Terminación del contrato a riesgo

Excepcionalmente, es posible realizarlo, siempre y cuando se logre acreditar que no existe nexo causal entre terminación y la discapacidad que aqueja al trabajador temporal o permanentemente, por ejemplo de reestructuración empresarial debidamente comprobada.

Nota: En cierta forma es obtener el permiso para despedir por vía judicial tratando de demostrar en el trámite de la acción de tutela la inexistencia de nexo causal entre el despido y la discapacidad

## 1. Alternativas del Empleador

# C. Alternativas frente al fuero

## 3. Terminación del contrato a riesgo

*“Si el trabajador no recupera su capacidad de trabajo y los dictámenes médicos determinan que el trabajador no puede continuar desempeñando el trabajo, y que aún así el empleador proporciona al trabajador un trabajo compatible con sus actitudes efectuando los movimientos de personal necesarios, asignándole funciones acordes con el tipo de limitación, y aún así la capacidad impide el cumplimiento de sus nuevas funciones e impliquen un riesgo para su integridad, el empleador podrá dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por justa causa.”*

(Corte Constitucional 4 de junio de 2006. Radicado T – 279 de 2006. M.P. Alfredo Beltran Sierra)

## 1. Alternativas del Empleador

# C. Alternativas frente al fuero

## 3. Terminación del contrato a riesgo

### **Sentencia T-066 de 2000**

Desde esta sentencia se establece la teoría de la motivación de los despidos sin justa causa en el caso de los discapacitados para poder comprobar la inexistencia o existencia del nexo causal entre la terminación y la condición de desprotección de que es víctima el trabajador bien por su estado de salud o por su discapacidad misma

### **Sentencia T-826 de 1999**

Acepta la viabilidad de terminar el contrato sin justa causa a un trabajador discapacitado puesto que según la Corte, lo que es reprochable no es el despido en si mismo sino la circunstancia (la cual debe ser probada) de que la terminación unilateral del contrato haya tenido origen en la condición misma de salud o discapacidad que padezca el trabajador.

### **Sentencia T-519 de 2003**

Para que proceda la acción es necesario que exista un nexo causal entre las condiciones de salud que coloca al individuo en manifiesta debilidad y la desvinculación laboral de que este es víctima.

1. Alternativas del Empleador

## **C. Alternativas frente al fuero**

### 3. Terminación del contrato a riesgo

Vía Rápida: Se desvincula al trabajador y corre el riesgo por acción de tutela, frente a la cual se tratara de desvirtuar el nexo causal (en algunos casos ha prosperado).

Vía Lenta: Tramitar el permiso ante el inspector de trabajo.

**Nota:** Hay que ponderar, tiempo, costo y eficacia.

# 2

## **LAS OBLIGACIONES DEL TRABAJADOR SUJETO A PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL**

## 2. Las Obligaciones del Trabajador

### **Discapacitado desempleado**

**VS**

### **Discapacitado empleado**

1. Espíritu de lucha
2. Búsqueda de alternativas de todo tipo
3. Casos extraordinarios de superación

1. El problema es de mi empleador
2. El fuero me garantiza el salario
3. Yo soy una víctima

## 2. Las Obligaciones del Trabajador

### **B. El derecho al trabajo implica relaciones correlativas**

La disminución física que ha sufrido un trabajador no puede verse reflejada en improductividad, al cumplir el empleador sus obligaciones de reubicar al trabajador y capacitarlo para que pueda ejecutar las nuevas funciones que le han sido encomendadas, éste asume la obligación de potencializar las capacidades que conserva dando todo de sí.



Una vez cumplidas las obligaciones citadas, puede exigir a los trabajadores que den lo máximo aun cuando tenga una limitación física.

## 2. Las Obligaciones del Trabajador

### **B.2 El derecho al trabajo implica relaciones correlativas**

#### **Frente al cuidado de la salud**

Artículo 22 del Decreto 1295 de 1994

- Procurar el cuidado integral de su salud.
- Suministrar información clara, veraz y completa sobre su estado de salud.



Cuya inobservancia deriva en un incumplimiento de las obligaciones especiales, según el numeral 1º del Artículo 58 del CST.

# 3

## **OTROS TEMAS RELACIONADOS CON EL MANEJO ESTRATÉGICO DEL FUERO DE SALUD**

# **OTROS TEMAS ESTRATEGICOS DEL MANEJO DEL FUERO DE SALUD**

**EXÁMENES DE INGRESO**

**EXÁMENES DE SALIDA**

**CORRELACIONADOS CON  
EL MANEJO ESTRATÉGICO  
DEL FUERO DE SALUD**



## **OTROS TEMAS ESTRATEGICOS DEL MANEJO DEL FUERO DE SALUD**

Importancia de las relaciones armónicas entre empresa, EPS y ARP, instituciones co-responsables del manejo del trabajador con fuero de salud.

# 4

## LOS TRÁMITES

### 3. Los trámites

#### **A. ¿Existe Reglamentación Especial?**

**El concepto interno número 25039363 de la dirección jurídica del Ministerio de la Protección Social , establece unas pautas a los inspectores para ésta tarea.**

### 3. Los trámites

## **B. ¿Cómo está operando actualmente?**

### **Trámite:**

- ✓ Practica pruebas – Para probar que efectivamente han ocurrido los hechos que configuran la justa causa.
- ✓ Derecho de Defensa – Se lleva a cabo citando al trabajador a rendir su versión de los hechos.
- ✓ Pronunciamiento mediante Acto Administrativo - Es la decisión del Inspector de Trabajo. Autorizar o no el levantamiento del fuero de la persona incapacitada.

**MUCHAS GRACIAS POR SU ATENCION**

**GODOY CORDOBA ABOGADOS**

Cra 7 # 71-21 Torre B Oficina 303

Bogotá Colombia

PBX +57 1 3174628

[info@godoycordoba.com](mailto:info@godoycordoba.com)

 **GODOY  
CORDOBA**  
Abogados