

CONCEPTO ICBF No 11

Fecha: 2020-05-12

Asunto: Respuesta a solicitud de concepto sobre alcance de la Circular 005 de junio 18 de 2019.

De manera atenta y en el marco de nuestras competencias, esta Oficina emite concepto jurídico sobre el alcance de la Circular 005 de junio 18 de 2019, relacionada con el “permiso remunerado por exposición al riesgo psicosocial”.

Previo análisis del ordenamiento jurídico vigente y con fundamento en los artículos 23 de la Constitución Política, 26 del C.C., 13 del C.P.A.C.A sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, y el numeral 4º del artículo 6º del Decreto 987 de 2012, esta Oficina da respuesta en los términos que siguen.

1. PROBLEMA JURÍDICO

En el presente concepto se dará respuesta al siguiente problema jurídico:

¿El beneficio otorgado por la Circular 005 de junio 18 de 2019 a los miembros de los equipos interdisciplinarios puede extenderse a los profesionales que cumplen funciones propias del proceso de relación con el ciudadano en Centro Zonal y Regional?

2. RUTA METODOLÓGICA PARA RESPONDER EL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta al problema jurídico: (i) se establecerá el marco jurídico aplicable; (ii) se hará el respectivo análisis jurídico, y finalmente (iii) se presentarán las conclusiones y recomendaciones.

2.1 ANTECEDENTES

Mediante Memorando No. xxxxxxla Directora de Servicios y Atención señaló lo siguiente:

1. El 1 de junio de 2018, el ICBF suscribió acuerdo colectivo con las organizaciones sindicales xxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, en el cual se estableció “El ICBF reconocerá como justa causa la exposición al riesgo psicosocial y otorgará permiso remunerado hasta por 3 días hábiles, por una vez al año. Sin perjuicio de las demás situaciones de justa causa que se adviertan por parte del servidor...”

2. La Circular 005 de junio 18 de 2019, emitida por la Dirección General del ICBF, reconoce como “justa causa la exposición al riesgo psicosocial para los equipos interdisciplinarios, situación por la cual podrá otorgarse permiso remunerado hasta por 3 días hábiles, por una vez al año.
3. La Resolución 26246 de 2008, emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social, en el capítulo II “Identificación y evaluación de los factores psicosociales en el trabajo y sus efectos” incluye ***las demandas emocionales (por atención de clientes)*** en los factores psicosociales intralaborales que deben evaluar los empleadores.
4. Los Responsables de Servicios y Atención son quienes brindan el servicio y la atención al ciudadano en todos los puntos de atención de la Entidad (Centro Zonal y Regional) a nivel nacional, y dadas sus funciones, la exposición al riesgo psicosocial es elevada y constante ya que son el primer contacto que tienen los ciudadanos con el Instituto; carga que genera estrés laboral, alta rotación y ausentismo, dadas las consecuencias que a nivel de salud se presentan. Lo anterior, se afirma con base en las informaciones que hemos recibido de ellos.

Estos colaboradores, de acuerdo con lo establecido en el Manual de Funciones vigente del ICBF, son profesionales en derecho, psicología, sociología y trabajo social.

Con fundamento en lo anterior, se solicita concepto a esta Oficina para conocer si el beneficio otorgado por la Circular 005 de junio 18 de 2019 a los miembros de los equipos interdisciplinarios puede extenderse a los profesionales que cumplen funciones propias del Proceso de Relación con el Ciudadano en Centro Zonal y Regional.

2.1 MARCO NORMATIVO APLICABLE

Son normas aplicables para la resolución de los problemas jurídicos planteados, las siguientes: Constitución Política, Ley 1616 de 2013, Ley 1755 de 2015, Resolución 2646 de 2008 del entonces Ministerio de Protección Social, Resolución 2404 del 2019 del Ministerio de Trabajo.

También las sentencias de la Honorable Corte Constitucional: T-417 de 2017 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger) y T-562 de 2014. (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

2.2 ANÁLISIS JURÍDICO

2.2.1 La salud y el riesgo psicosocial

Comencemos por señalar que la Corte Constitucional reconoce que la salud es un derecho fundamental, así lo ha indicado a través de su jurisprudencia, al precisar que:

“3.2. La Corte Constitucional, como intérprete autorizado de la Constitución Política, reconoce que la salud es un derecho fundamental, a pesar de que tenga características de garantía prestacional. Mediante Sentencia T-760 de 2008, luego de realizar un recuento jurisprudencial en materia de protección a este derecho, la Sala Segunda de Revisión de esta Corporación aclaró que “*el derecho a la salud es un derecho fundamental, así sea considerado usualmente por la doctrina como un derecho social y, además, tenga una importante dimensión prestacional*”.”¹

De otro lado, esta Corporación, consideró que:

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-417 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

“(…) la protección al derecho a la salud no implica únicamente el cuidado de un estado de bienestar físico o funcional, incluye también el bienestar psíquico, emocional y social de las personas. Todos estos aspectos permiten configurar una vida de calidad e inciden fuertemente en el desarrollo integral del ser humano. Dicho en otras palabras, el derecho a la salud se verá vulnerado no sólo cuando se adopta una decisión que afecta física o funcionalmente a la persona, sino cuando se proyecta de manera negativa sobre los aspectos psíquicos, emocionales y sociales del derecho fundamental a la salud”.²
(Negrilla y subrayado fuera de texto).

A nivel legal, la Ley 1751 de 2015, determina que el derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo y que comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.

Adicionalmente, la Ley 1616 de 2013 establece que “la salud mental se define como un estado dinámico que se expresa en la vida cotidiana a través del comportamiento y la interacción de manera tal que permite a los sujetos individuales y colectivos desplegar sus recursos emocionales, cognitivos y mentales para transitar por la vida cotidiana, para trabajar, para establecer relaciones significativas y para contribuir a la comunidad. La Salud Mental es de interés y prioridad nacional para la República de Colombia, es un derecho fundamental, es tema prioritario de salud pública, es un bien de interés público y es componente esencial del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de colombianos y colombianas”.³

Así mismo, dicha ley establece en el artículo 9 que “*Las Administradoras de Riesgos Laborales* dentro de las actividades de promoción y prevención en salud deberán generar estrategias, programas, acciones o servicios de promoción de la salud mental y prevención del trastorno mental, y deberán garantizar que sus empresas afiliadas incluyan dentro de su sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo, el monitoreo permanente de la exposición a factores de riesgo psicosocial en el trabajo para proteger, mejorar y recuperar la salud mental de los trabajadores.”

Por su parte, del Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 2646 de 2008 en la cual define los factores de riesgo psicosociales como “aquellas condiciones psicosociales cuya identificación y evaluación muestra efectos negativos en la salud de los trabajadores o en el trabajo.”

Frente a este tema la Organización Mundial de la Salud -OMS⁴, ha señalado que “hay muchos factores del entorno laboral que pueden afectar a la salud mental. En la mayoría de los casos, los riesgos que conllevan se deben a una interacción inadecuada entre el tipo de trabajo, el entorno organizativo y directivo, las aptitudes y competencias del personal y las facilidades que se ofrecen a este para realizar su trabajo”.

² Corte Constitucional. Sentencia T - 562 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³ Ley 1616 de 2013. Artículo 3.

⁴ https://www.who.int/mental_health/in_the_workplace/es/

En Colombia, la mencionada Resolución 2646 de 2008 obliga, entre otros, a los empleadores públicos y privados, a los trabajadores dependientes e independientes, y a los contratantes de personal bajo modalidad de contrato civil, a realizar una valoración anual del riesgo psicosocial al que se enfrentan los trabajadores durante la ejecución de sus funciones, para lo cual deberán, en concordancia con el objeto de dicha norma: “establecer disposiciones y definir responsabilidades para la identificación, evaluación, prevención, intervención y monitoreo permanente de la exposición a factores de riesgo psicosocial en el trabajo y para la determinación del origen de las patologías causadas por estrés ocupacional”. El no cumplimiento de lo preceptuado en esa norma se sancionará con multas.

En concordancia con lo anterior, el Ministerio de Trabajo expidió la Resolución 2404 de 2019, mediante la cual se adoptaron referentes técnicos mínimos obligatorios para la identificación, evaluación, monitoreo permanente e intervención de los factores de riesgo psicosocial.

En el artículo 3 esta Resolución señala que la periodicidad de evaluación de los factores de riesgo psicosocial debe realizarse de acuerdo con el nivel de riesgo de las empresas.

2.2.2 Circular 005 de junio 18 de 2019

La Circular No 005 de 2019 fue expedida teniendo como precedentes la Resolución 2646 de 2008, del entonces Ministerio de la Protección Social⁵, y el acuerdo colectivo suscrito por el ICBF con las organizaciones xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxx, en el cual se estableció que “EL ICBF reconocerá como justa causa la exposición al riesgo psicosocial y otorgará permiso remunerado hasta por 3 días hábiles, por una vez al año. Sin perjuicio, de las demás situaciones de justa causa que se adviertan por parte del servidor (...)”.

En el marco del Programa de Vigilancia Epidemiológica de Riesgo Psicosocial, el ICBF determinó los criterios para la intervención de los factores psicosociales en el trabajo y durante la fase de diagnóstico realizó medición a través de la Batería de riesgo de conformidad con lo establecido por el Ministerio de Trabajo.

Teniendo en cuenta los resultados que arrojó la batería de riesgo psicosocial, en la Circular No. 005 se estableció que “los equipos técnicos interdisciplinarios integrados por el defensor de familia, psicólogo, trabajador social y nutricionista; se encuentran expuestos a un mayor nivel de riesgo, en demandas emocionales, cuantitativas, de carga mental, entre otras, lo cual genera signos y síntomas de estrés en el ejercicio de sus funciones dentro de la misionalidad del Instituto”.

Bajo esa circunstancia, la Entidad reconoció como justa causa la exposición al riesgo psicosocial para los equipos interdisciplinarios, situación por la cual podrá otorgarse

⁵ Por la cual se establecen disposiciones y se definen responsabilidades para la identificación, -evaluación, prevención, intervención y monitoreo permanente de la exposición a factores de riesgo psicosocial en el trabajo y para la determinación del origen de las patologías causadas por el estrés ocupacional.

permiso remunerado hasta por 3 días hábiles por una vez al año, sin perjuicio de las demás situaciones de justa causa que se adviertan por parte del servidor, en concordancia con lo señalado por el artículo 2.2.5.5.17 del Decreto 1083 de 2015 (que señala que el empleado tiene derecho al permiso remunerado hasta por tres (3) días hábiles cuando medie justa causa).

2.2.3 Caso concreto

En el caso bajo estudio se solicita determinar si el beneficio otorgado por la Circular No. 005 de junio 18 de 2019 a los miembros de los equipos interdisciplinarios, puede extenderse a los profesionales que cumplen funciones propias del Proceso de Relación con el Ciudadano en Centro Zonal y Regional.

En relación con esto, la Dirección de Servicios y Atención indica que “Los responsables de Servicios y Atención son quienes brindan el servicio y la atención al ciudadano en todos los puntos de atención de la Entidad (Centro Zonal y Regional) a nivel nacional, y dadas sus funciones, la exposición al riesgo psicosocial es elevada y constante ya que son el primer contacto que tienen los ciudadanos con el Instituto; carga que genera estrés laboral, alta rotación y ausentismo, dadas las consecuencias que a nivel de salud se presentan. Lo anterior, se afirma con base en las informaciones que hemos recibido de ellos.”

La Constitución Política en el artículo 48, establece que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable a cargo del Estado; más adelante, el artículo 49 señala que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios que el Estado debe garantizar a todas las personas, a través del acceso a los servicios de promoción, prevención y recuperación de la salud.

Como lo indica la normatividad relacionada en párrafos anteriores, la salud como derecho fundamental debe ser considerada de manera integral, es decir, comprende tanto el bienestar físico o funcional, como también el bienestar psíquico, emocional y social de las personas, el desequilibrio en cualquiera de estos aspectos afecta o puede afectar los otros.

La OMS en su folleto sobre La Organización del Trabajo y el Estrés, considera que “el estrés laboral afecta negativamente a la salud psicológica y física de los trabajadores, y a la eficacia de las entidades para las que trabajan, por tanto, examina la naturaleza del estrés laboral, sus causas y efectos, así como las estrategias de prevención y los métodos de evaluación y gestión del riesgo⁶.”

En dicho folleto se indica que cuando se está sometido al estrés, el individuo puede, entre otros, ser incapaz de relajarse o concentrarse, sentirse cansado, deprimido e intranquilo,

⁶ La Organización del Trabajo y el Estrés. Serie Protección de la Salud de los Trabajadores No. 3. Estrategias sistemáticas de solución de problemas para empleados, personal directivo y representantes sindicales.

sufrir problemas físicos graves, como: cardiopatías, trastornos digestivos, aumento de la tensión arterial y dolor de cabeza, trastornos musculoesqueléticos.

El Congreso de la República, expidió la Ley 1616 de 2013, con el objeto de garantizar el ejercicio pleno del Derecho a la Salud Mental a la población colombiana, mediante la promoción de la salud y la prevención del trastorno mental, la Atención Integral e Integrada en Salud Mental en el ámbito del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 49 de la Constitución y con fundamento en el enfoque promocional de calidad de vida y la estrategia y principios de la Atención Primaria en Salud⁷.

Con este fin, entre otras medidas de promoción de la salud y prevención de la enfermedad mental, estableció en el artículo 9 que *Las Administradoras de Riesgos Laborales* dentro de las actividades de promoción y prevención en salud deberán generar estrategias, programas, acciones o servicios de promoción de la salud mental y prevención del trastorno mental, y deberán garantizar que sus empresas afiliadas incluyan dentro de su sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo, el monitoreo permanente de la exposición a factores de riesgo psicosocial en el trabajo para proteger, mejorar y recuperar la salud mental de los trabajadores. (...).

Así mismo, estableció que el Ministerio de Trabajo y el Ministerio de Salud determinarán y actualizarán los lineamientos técnicos para el diseño, formulación e implementación de estrategias, programas, acciones o servicios de promoción de la salud mental y la prevención del trastorno mental en el ámbito laboral y evaluarán y ajustarán periódicamente este lineamiento técnico para enfrentar los riesgos laborales en salud mental.

Dentro de este marco, el Ministerio del Trabajo expidió la Resolución 2404 de 2019 mediante la cual se adoptaron los Instrumentos de Evaluación y Guías de Intervención, como referentes técnicos mínimos obligatorios, para la identificación, evaluación, monitoreo permanente e intervención de los factores de riesgo psicosocial.

Entre otros instrumentos de evaluación, se encuentra la Batería para la Evaluación de Factores de Riesgo Psicosocial cuya aplicación permite establecer la presencia o ausencia de factores de riesgo psicosocial intralaboral y extralaboral, así como los efectos en la salud de los trabajadores o en el trabajo⁸.

En cuanto al lapso de aplicación de la evaluación de los factores de riesgo psicosocial, el artículo 3 de la mencionada Resolución estableció que debe realizarse de forma periódica, de acuerdo al nivel de riesgo de las empresas. Por tanto, las empresas con un nivel de factores psicosociales nocivos, evaluados como de alto riesgo, o que están causando efectos negativos en la salud, en el bienestar o en el trabajo, deben realizar la evaluación de forma anual, enmarcado dentro del sistema de vigilancia epidemiológica de factores de riesgo psicosociales.

⁷ Ley 1616 de 2013. Artículo 1.

⁸ Artículo 4 de la resolución 2404 de 2019.

Por su parte, según lo indica el párrafo del mismo artículo, las empresas en las cuales se ha identificado un nivel de riesgo medio o bajo, deben realizar acciones preventivas y correctivas, y una vez implementadas, realizar la evaluación correspondiente como mínimo cada dos años, para hacer seguimiento a los factores de riesgo y contar con información actualizada.

Para el caso del ICBF, existe el Programa de Vigilancia Epidemiológica Ocupacional de Prevención del Peligro Psicosocial⁹, que tiene por objetivo “Establecer y desarrollar un programa de identificación, control e intervención de los factores de riesgo psicosocial, que se presentan durante la ejecución de las labores de la población trabajadora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con el fin de establecer estrategias que permitan mitigar el impacto en el ambiente laboral, la salud mental y física de los colaboradores”.

Dentro del marco de este programa, se realiza el diagnóstico de los factores de peligro psicosocial, utilizando la Batería de Instrumentos válida para la evaluación de factores de riesgo psicosocial.

Así mismo, en el numeral 3.1 del programa, se encuentran establecidos los factores psicosociales en el trabajo, los cuales: “Comprenden los aspectos intralaborales, los extralaborales o externos a la organización y las condiciones individuales o características intrínsecas del trabajador, los cuales, en una interrelación dinámica, mediante percepciones y experiencias, influyen en la salud y el desempeño de las personas”.

Es así que se realizó la medición a través de la batería de riesgo de conformidad con lo establecido por el Ministerio de Trabajo, instrumento que es idóneo y válido, para identificar, evaluar y prevenir los factores de esta clase de riesgos.

Los resultados de la medición, según se indica en la misma Circular No. 005 de 2019, arrojaron que los equipos técnicos interdisciplinarios integrados por el defensor de familia, psicólogo, trabajador social y nutricionista, se encuentran expuestos a un mayor riesgo, en demandas emocionales, cuantitativas, de carga mental, entre otras, lo cual genera signos y síntomas de estrés en el ejercicio de sus funciones, dentro de la misionalidad del ICBF.

En ese sentido, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1083 de 2015, artículo 2.2.5.5.17, se estableció como justa causa la exposición al riesgo psicosocial para los equipos interdisciplinarios mencionados.

Conforme con lo anterior, se observa que existe un procedimiento legal y reglado para determinar la presencia o ausencia de los factores de riesgo psicosocial en el trabajo, por lo que no es posible extender mecánicamente o por analogía el beneficio otorgado a los equipos interdisciplinarios de las defensorías de familia mediante la Circular No. 005 de 2019, a los

⁹ PROCESO GESTIÓN DEL TALENTO HUMANO. Versión 3. Del 12-04-2018.

profesionales que cumplen funciones propias del Proceso de Relación con el Ciudadano en Centro Zonal y Regional.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Teniendo en cuenta el análisis del acápite anterior, podemos realizar las siguientes conclusiones y recomendaciones:

- De conformidad con las razones expuestas, se concluye que no es posible extender por analogía el beneficio establecido mediante la Circular 005 de 2019, que se otorga a los equipos interdisciplinarios de las defensorías de familia, a los profesionales que cumplen funciones propias del Proceso de Relación con el Ciudadano en Centro Zonal y Regional,
- El ICBF como entidad Pública tiene la obligación de cumplir la normatividad relacionada con la salud mental en el trabajo, y por lo tanto, debe aplicar la Batería de Instrumentos para la Evaluación de Factores de Riesgo Psicosocial y demás instrumentos establecidos para la identificación, evaluación, monitoreo permanente e intervención de los factores de riesgo psicosocial de los empleados, con la periodicidad establecida en la Resolución 2404 de 2019, de conformidad con lo indicado en la ley y normas reglamentarias. En otras palabras, la entidad podrá evaluar a los empleados que cumplen sus funciones dentro del proceso de relación con el ciudadano, a partir de los lapsos y la batería de riesgo, de conformidad a las disposiciones legales mencionadas.

La presente respuesta tiene naturaleza de concepto jurídico y constituye un criterio auxiliar de interpretación de conformidad con lo establecido en los artículos 26 del Código Civil y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 8 y 15 del Artículo 6º del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica