

**PAGO INCAPACIDADES DE ORIGEN COMÚN ANALIZADO DESDE LA
JURISPRUDENCIA**

María Isabel Duque Álvarez

Manuela Granada Restrepo

Universidad Pontificia Bolivariana

Nota de las autoras:

Estudiantes de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín.

Artículo para optar al grado de abogado, asesorado por la Magister Sol Leonor Mejía Pulgarin, realizado en el marco de la práctica corporativa.

Más información sobre el artículo: maisabelduquea@gmail.com;
manuela.gradarestrepo@gmail.com;

RESUMEN:

En el siguiente artículo entraremos a analizar la jurisprudencia que actualmente regula el tema de reconocimiento y pago de las incapacidades por enfermedad o accidente de origen común, todo esto con el objetivo de esclarecer cuál es la entidad encargada de asumir las mismas a partir del día quinientos cuarenta (540). Esto, teniendo en cuenta que, el Código Sustantivo del Trabajo, solo regulaba dicha obligación hasta el día ciento ochenta (180) y el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012 lo hacía únicamente hasta el día quinientos cuarenta (540), por lo tanto, hubo un vacío legal en los casos en los que el afiliado a pesar de seguir incapacitado no contaba con el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral necesaria para ser beneficiario de la pensión de invalidez.

Sin embargo, con la ley 1753 del 2015, este tema tomó otra dirección, lo cual será analizado en el presente trabajo.

PALABRAS CLAVE:

Incapacidad, capacidad laboral, pérdida de la capacidad laboral, Entidad Promotora de Salud, Administradora de Fondo de Pensiones, auxilio por incapacidad, subsidio de incapacidad.

INTRODUCCIÓN

La legislación nacional establece que cuando se presenten las incapacidades laborales que surjan como consecuencia de una enfermedad de origen común existe el derecho de que alguna de las entidades del Sistema General de Seguridad Social las pague. No obstante, existe un vacío legal frente al obligado a pagar cuando se superan los 540 días de incapacidad sucesiva, existiendo dos panoramas: 1) que el trabajador tenga un porcentaje inferior al 50% de pérdida de capacidad laboral y se sigan expidiendo incapacidades laborales o, 2) que la disminución en la capacidad laboral sea superior al 50%. (Sentencia T 004, 2014)

Según la legislación laboral colombiana, hay dos regímenes aplicables que determinan las prestaciones asistenciales y económicas para el pago de las incapacidades que garantiza el Sistema de Seguridad Social Integral, estos son el Sistema General de Riesgos Laborales y el Sistema General de Seguridad Social; la aplicación de alguno de los anteriores dependerá de la calificación del origen de la enfermedad o accidente que ocasione la incapacidad.

Bajo este entendido, si la incapacidad tiene origen en un accidente de trabajo o enfermedad laboral, es decir, “todas aquellas que sobrevengan con causa o con ocasión del trabajo” (ley 1562, 2012), esta será asumida por la Administradora de Riesgos Laborales (ARL) a la que se encuentre afiliado el trabajador en el momento del accidente o de requerir la prestación en caso de ser una enfermedad laboral. Por el contrario, si la incapacidad tiene como causa una enfermedad de origen común, es decir, toda aquella enfermedad o accidente, que como establece

el Decreto Ley 1295 de 1994, no haya sido calificada como de origen profesional, será asumida por el empleador, la Entidad Promotora de Salud y por la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentra afiliado el trabajador.

Sin embargo, aunque en principio este tema pareciera tener una regulación completa, se ha presentado un problema en cuanto a quién es el responsable pagar las prestaciones sociales que tienen como causa una incapacidad por enfermedad o accidente de origen común, pues se han presentado conflictos de competencia negativa entre las Entidades Promotoras de Salud y las Administradoras de Fondos de Pensiones con respecto a la asunción del pago de las incapacidades cuando estas superan el día quinientos cuarenta (540). Razón por la cual, la Corte Constitucional, vía revisión de tutelas, ha venido llenando vacíos y regulando este tema, es entonces así como se procederá con un recorrido jurisprudencial por las sentencias que se han pronunciado sobre el tema.

Este tema será abordado a raíz de las inquietudes que surgieron como consecuencia del acercamiento que tuvieron las autoras en sus prácticas corporativas con el tema de las incapacidades. Como metodología para el desarrollo del presente artículo, se comenzará con un análisis de la normatividad vigente en materia de las incapacidades, para posteriormente estudiar tres sentencias trascendentales, esto con la finalidad de comprender cómo ha regulado la jurisprudencia de las Altas Cortes, el pago de la prestación económica de la incapacidad de origen común en Colombia.

MARCO LEGAL

Para empezar, se procederá con una breve contextualización sobre la legislación colombiana en el tema de la responsabilidad del pago de las prestaciones sociales por las incapacidades que son ocasionadas por accidentes y enfermedades de origen común.

El pago de las incapacidades por accidente y enfermedad de origen común durante los dos (2) primeros días de esta, tal y como lo señala el Decreto Reglamentario 2943 de 2013 está en cabeza del empleador y el monto de esta obligación lo regula el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y lo hace en el sentido de establecer que el monto de la prestación será de las dos terceras (2/3) partes del salario hasta el día noventa (90). Por lo tanto, los dos (2) primeros días de incapacidad correrán por cuenta del empleador y su monto es el equivalente a las dos terceras (2/3) partes del salario.

A partir del día tres de la incapacidad por accidente y enfermedad de origen común y hasta el día ciento ochenta (180), según el Decreto Reglamentario 2943 de 2013, el pago de la prestación económica le corresponderá a la Entidad Promotora de Salud (EPS) y, el monto de esta prestación, está regulado en artículo 227 del Código Sustantivo del trabajo, el cual establece que, por los primeros noventa (90) días se le pagarán al trabajador las dos terceras (2/3) partes del salario y la mitad del salario por los noventa (90) días restantes para completar los ciento ochenta (180) días. Por lo tanto, el pago de la mencionada prestación estará a cargo de la Entidad Promotora de Salud (EPS) desde el día tres (3) hasta el día ciento ochenta (180) y el monto de

esta dependerá si han transcurrido o no los primeros 90 días contados a partir del primer día de la incapacidad, pues si se está dentro de los primeros noventa días, el pago será el equivalente a las dos terceras (2/3) partes del salario y si se está en los noventa restantes, el pago será el equivalente a la mitad del salario.

Cabe precisar que la sentencia C- 543 del 2007, cuyo Magistrado Ponente fue Álvaro Tafur Galvis, se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo condicionando su exequibilidad a que el auxilio monetario que se deriva de la incapacidad, no sea inferior al salario mínimo legal mensual vigente en Colombia.

Ahora, del día ciento ochenta y uno (181) al quinientos cuarenta (540), la obligación del pago está en cabeza de la Administradora de Fondos de Pensiones tal y como lo establece el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 del 2012. Para ello, es necesario que haya un concepto favorable de rehabilitación, que deberá ser emitido por la Entidad Promotora de Salud a la cual está afiliado el trabajador.

Según el artículo 41 de la ley 100 de 1993 (modificado por el Decreto Ley 19 del 2012), el concepto de rehabilitación tiene por finalidad dar un dictamen sobre la posible recuperación del trabajador incapacitado, este deberá ser emitido antes de que se cumpla el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo a la Administradora de Fondos Pensionales a la que se encuentra afiliado el trabajador incapacitado antes del día ciento cincuenta (150), en caso de que este concepto no sea expedido por la Entidad Promotora de Salud en el tiempo fijado para ello, la ley consagra una sanción, la cual consiste en pagar un subsidio equivalente a la respectiva

incapacidad temporal después de los ciento ochenta días (180) iniciales con cargo a sus propios recursos, esta sanción correrá hasta que dicha entidad expida el concepto.

Este concepto podrá ser o no favorable de rehabilitación, en este último evento, se debe iniciar el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral que en el caso de que esta sea superior al cincuenta por ciento (50%), y de cumplir con los requisitos de la ley 100 de 1993, el trabajador podrá ser beneficiario de la prestación económica de Pensión de Invalidez. Por el contrario, si el concepto es favorable de rehabilitación, el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral se podrá postergar hasta por trescientos sesenta (360) días adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad laboral.

Igualmente, el artículo 41 de la ley 100 de 1993 (modificado por el Decreto Ley 19 del 2012) señala que el pago de la incapacidad durante este periodo en el cual se posterga la calificación de la pérdida de capacidad laboral, por haber un concepto favorable de rehabilitación, estará a cargo de la Administradora de Fondo de Pensiones a la cual está afiliado el trabajador y el monto de la prestación será el equivalente a la incapacidad que aquel venía disfrutando, es decir que este equivaldrá a la mitad del salario devenido por el trabajador.

Ahora, terminados estos quinientos cuarenta (540) días, se tendrá que proceder con el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral del trabajador incapacitado y dicho trámite podrá arrojar como resultado, que efectivamente hay una pérdida de capacidad laboral superior al cincuenta por ciento (50%) y por lo tanto se deberá proceder con el reconocimiento de la pensión de invalidez siempre y cuando se cumplan con los requisitos exigidos para ello, que están

consagrados en el artículo 39 de la ley 100 de 1993; en cambio, si el resultado del trámite, no arroja el porcentaje mínimo para que el trabajador adquiriera el derecho a la pensión de invalidez, este deberá reincorporarse al trabajo siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello.

Sin embargo, hay otro escenario y es cuando esa persona que no fue calificada con el cincuenta por ciento (50%) o más de pérdida de capacidad laboral, sigue presentando síntomas o complicaciones y por lo tanto se emiten nuevas incapacidades, lo que generaba el problema de la titularidad del reconocimiento y pago de las mismas.

Dicho problema, en el 2015, con la expedición de la Ley 1753 de 2015, “Plan de Desarrollo nacional 2014-2018” ha sido medianamente resuelto, toda vez que en su artículo 67, establece que la entidad que se encargue de administrar los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud se encargará del reconocimiento y del pago a las Entidades Promotoras de Salud, entre otros, del pago de las incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. Por lo tanto, serán las Entidades Promotoras de Salud quienes se encarguen del pago de la prestación posterior al día quinientos cuarenta (540).

Se dice medianamente resuelto porque pese a que la ley dice que el Gobierno Nacional reglamentará este tema, aun no se ha hecho, dejando nuevamente vacíos en la aplicación de este asunto.

MARCO JURISPRUDENCIAL:

La Corte Constitucional se ha venido pronunciando sobre el pago de las incapacidades por accidentes y enfermedades de origen común. A continuación, se analizarán algunas de las sentencias que se han pronunciado sobre el tema y en este sentido se pondrá en evidencia cómo ha venido tratando la jurisprudencia el tema de la prestación económica que se deriva de las incapacidades ocasionadas por accidentes o enfermedades de origen no laboral antes y después de la ley 1753 de 2015.

Para iniciar el análisis, se estudiará la sentencia T-468 del 16 de junio de 2010 de la Sala quinta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados: Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. La Sala para esta sentencia, analizó tres expedientes, en los cuales a los accionantes se les negaron el reconocimiento y pago de sus incapacidades posteriores al día 180.

Por esta situación, la Sala entró a analizar entre otros aspectos, el “déficit de protección legal en el sistema integral de seguridad social” (Sentencia T-468, 2010), y comienza su análisis explicando que el Sistema Integral de Seguridad social, protege al trabajador incapacitado por un accidente o enfermedad de origen laboral, desde el primer día de incapacidad hasta el día en que la incapacidad termine, hasta que se califique o hasta que se declare la invalidez; mientras que, cuando se trata de un accidente o enfermedad de origen común, el Sistema protege al incapacitado hasta el día 540, esto quiere decir que, a partir del día 541 no hay legislación que proteja al trabajador, toda vez que en este punto, el afiliado puede no poseer el porcentaje

necesario para ser beneficiario de una pensión de invalidez, pero puede seguir presentando dolencias que le generan incapacidades superiores a dicho término.

Por lo tanto, la Corte Constitucional explica que el trabajador incapacitado por un accidente o enfermedad de origen común, se puede ver en tres situaciones:

En primer lugar, que el trabajador se encuentre incapacitado por un periodo inferior a los 180 días, lo cual no genera ningún problema, toda vez que la ley es clara en poner la obligación del pago de la prestación económica en cabeza de la Entidad Promotora de Salud o la Administradora de Riesgos Laborales, según sea el caso.

En segundo lugar, puede ocurrir que el trabajador esté incapacitado, pero presente incapacidades posteriores al día 180 pero inferiores al día 540, lo cual no resulta ser un problema teniendo en cuenta que la ley es clara en poner en cabeza de las Administradoras de Fondo de Pensiones o las Administradoras de Riesgos Laborales, según sea el caso, el pago de las incapacidades.

Finalmente, en tercer lugar, puede ocurrir que el trabajador presente incapacidades superiores al día 540, en este caso a causa de la falta regulación, el trabajador se encuentra desprotegido toda vez que no hay claridad respecto a cuál es la entidad encargada de asumir el pago de estas incapacidades. Adicional a esto, la situación no mejora cuando el empleador logra demostrar la imposibilidad del reintegro del trabajador al lugar donde laboraba, generándose de esta manera un despido con justa causa, el cual está regulado en el artículo 62, numeral 14 del Código

Sustantivo del Trabajo. Todo esto resulta una vulneración al trabajador porque este queda sin sustento económico para su congrua subsistencia, vulnerándose los principios constitucionales que deben regir la Seguridad Social, especialmente el de integralidad.

Igualmente, en esta sentencia se señala la falta de armonización entre las entidades que componen el Sistema Integral de Seguridad Social, teniendo en cuenta que en los tres casos que se revisaron, los trabajadores señalan la falta de coordinación que hay entre dichas entidades, en lo relacionado con las prestaciones derivadas de las incapacidades originadas en accidentes o enfermedades de origen común, lo que termina generando grandes perjuicios para los afiliados. Por esta razón, la Sala entró a señalar cuáles son las entidades encargadas de responder por las incapacidades de origen común.

En la sentencia T-468 del 2010, la Corte concluye que según el Decreto 1406 de 1999, vigente para el momento en el que se revisa el caso, prescribía que los tres primeros días la incapacidad, era asumida por el empleador; y a partir del día cuarto era asumido por la Entidad Promotora de Salud (EPS), siempre y cuando no se tratara de una prórroga. Por lo tanto, en cabeza de esta entidad recaía el pago de las incapacidades hasta el día 180, tal como lo señala el artículo 206 de la Ley 100 de 1993 Sin embargo, en este término, el valor del auxilio por incapacidad no siempre es igual; según el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, por los primeros 90 días el valor del auxilio es del sesenta y seis por ciento (66.66%) del salario sobre el cual se cotizó en el último mes, y por los 90 días restantes corresponde al cincuenta por ciento (50%), siempre y cuando el auxilio monetario no sea inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

Cuando se generan incapacidades superiores al día 180 y hay concepto favorable de rehabilitación, está en cabeza de la Administradora de Fondo de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, la obligación de responder por el auxilio de incapacidad hasta por 360 días adicionales.

Finalmente, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en esta sentencia, después del día 540 no hay regulación que obligue a alguna entidad a responder por las incapacidades por accidentes o enfermedades de origen común que corresponden a este término; por lo tanto, los únicos derechos que le son legalmente reconocidos al trabajador son, en primer lugar el derecho a que el empleador le siga realizando en su favor los aportes a la seguridad social, en segundo lugar, el derecho a que una vez terminado el periodo de incapacidad, el empleador reintegre al trabajador a su puesto habitual y por último, la protección que le asiste al trabajador para que su relación laboral no sea terminada sin que se surta el procedimiento adecuado para ello.

La Sala finaliza haciendo un llamado para que las Entidades Promotoras de Salud y las Administradoras de Fondo de Pensiones junto con las Juntas Regionales y la Nacional trabajen de forma armónica para poder establecer de forma precisa el origen del accidente o enfermedad, toda vez que a partir del origen de la incapacidad, la ley consagra consecuencias distintas.

La posición que la Corte Constitucional asume en esta sentencia sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades con posterioridad al día 540, también fue sostenida en la sentencia T-876 de 2013, cuyo Magistrado Ponente fue Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en donde se

determinó que ni las Entidades Promotoras de Salud ni las Administradoras de Fondo de Pensiones eran las responsables de pagar por las incapacidades posteriores al día 540, toda vez que cada una respondió con lo estipulado por la ley.

Sin embargo, la Corte Constitucional expone otra posición frente al pago de las incapacidades por enfermedades de origen común en la sentencia T- 920 del 7 de diciembre de 2009 de la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Mauricio González Cuervo. Esta sentencia analiza el expediente de un accionante al que se le niega el pago del auxilio de la incapacidad pues el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Rionegro (Antioquia) considera que después del día 540, la ley no obliga a ninguna de las Entidades del Sistema General de Seguridad Social.

Para revisar esta tutela, la Corte hace un breve análisis de la ley 100 de 1993, enfocado en el tratamiento diferencial que la misma le da a las incapacidades según sea su origen; de esta manera, para las incapacidades que son generadas por enfermedad profesional o accidente de trabajo, se creó el Sistema General de Riesgos Laborales, bajo este Sistema, todas las prestaciones económicas y asistenciales que se deriven de las incapacidades de origen laboral, sin importar cuanto sea la duración de esta, están en cabeza de la Administradora de Riesgos Laborales a la cual está afilado el trabajador y para las incapacidades que son generadas por accidentes o enfermedades de origen común, el artículo 206 de la ley 100 de 1993 dispone que, las Entidades Promotoras de Salud, reconocerán estas incapacidades, quienes para estos efectos, deberán actuar de conformidad con la normatividad vigente sobre este asunto; de ahí que se

pueda remitir al artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, en el que se establece que se le debe reconocer al trabajador “un auxilio monetario de hasta por ciento ochenta (180) días”.

Para estos efectos, la Corte señala lo establecido en el decreto 2461 de 2001, que determina que la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentra afiliado el trabajador, podrá postergar el trámite de la calificación de la invalidez hasta por trecientos sesenta (360) días adicionales a los primeros ciento ochenta (180), en este caso, la Administradora de Fondos de Pensiones deberá pagar un subsidio equivalente al que la Entidad Promotora de Salud venía pagando al trabajador. Por lo tanto, concluye la Sala, que desde el día ciento ochenta y uno (181) hasta el día quinientos cuarenta (540) las Administradoras de Fondos de Pensiones son las encargadas del pago de las incapacidades mientras se produce la calificación de invalidez por parte de la Junta de Calificación de Invalidez.

La Corte, le recuerda a las Entidades Promotoras de Salud que la sentencia T-980 de 2008 les impuso una obligación de acompañamiento que consiste en continuar oficiosamente el trámite ante la Administradora de Fondos de Pensiones, por lo tanto, será la Entidad Promotora de Salud quien se debe encargar de remitir los documentos necesarios para continuar el trámite del pago de las incapacidades posteriores al día ciento ochenta (180).

En este orden de ideas, la Administradora de Fondo de Pensiones deberá iniciar el trámite de calificación de invalidez a más tardar el día quinientos cuarenta (540) y dicho trámite podrá arrojar como resultado que el trabajador tenga una pérdida de capacidad laboral inferior al cincuenta por ciento (50%), es decir, que no tenga derecho al reconocimiento de la pensión de

invalidez, pero sigue presentando incapacidades laborales, situación que no está regulado en la ley. Sin embargo, la Corte Constitucional, mediante la sentencia aquí analizada, T-920 de 2009, resuelve este problema interpretando el artículo 23 del decreto 2463 de 2001 de manera que la Administradora de Fondos de Pensiones le corresponderá pagar las incapacidades que se presenten con posterioridad al día ciento dieciocho (180) hasta el día en que se califique la incapacidad del trabajador siempre y cuando dicha calificación arroje como resultado una pérdida de capacidad laboral superior al cincuenta por ciento (50%) y por lo tanto tenga derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, pero si el trabajador no alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de capacidad laboral y sigue presentando incapacidades laborales, concluye la Corte, le corresponderá al Fondo de Pensiones continuar con el pago de estas hasta que el médico tratante emita un concepto favorable de recuperación o se pueda efectuar una nueva calificación de invalidez.

Finalmente, recuerda la Corte en la sentencia T-920 de 2009 que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, consagra la protección laboral reforzada del trabajador incapacitado, por lo tanto el empleador tiene el deber de mantener el vínculo laboral con el trabajador mientras dure la incapacidad, y adicionalmente la Jurisprudencia de esta corte, el empleador seguirá teniendo la obligación de realizar, durante el periodo de la incapacidad, los respectivos aportes a salud, pensiones y riesgos profesionales.

A partir de la Ley 1753 de 2015, el vacío normativo que se señalaba en las sentencias antes mencionadas y la confusión que se venía presentando, como consecuencia de las distintas posiciones adoptadas por la Corte, comienzan a desaparecer, pues esta ley, por la cual se expide

el “Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018”, reguló el tema de las incapacidades posteriores al día 540, señalando, en su artículo 67, lo siguiente:

ARTÍCULO 67. RECURSOS QUE ADMINISTRARÁ LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. La Entidad administrará los siguientes recursos:

(...)

Estos recursos se destinarán a:

a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades. (Ley 1753, 2015)

Por lo tanto, desde 9 de junio de 2015 que entró en vigencia esta ley, en donde se establece que les corresponde a las Entidades Promotoras de Salud el reconocimiento y pago de las incapacidades posteriores al día 540. Lo anterior, sin perjuicio de que estas Entidades Promotoras de Salud , puedan ir ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud para que dicha entidad les reconozca las sumas pagadas.

Lo regulado por esta ley, fue ratificado en la sentencia T- 144 de 2016, en donde la Sala Quinta de la Corte Constitucional entró a revisar el expediente T-5.205.582, en donde la señora Maritza Cartagena Oviedo interpuso acción de tutela en contra de la Entidad Promotora de Salud (EPS) Salud Total y el Fondo de Pensiones Porvenir S.A.

En el caso que se revisa, la accionante sufrió un accidente de origen común, lo cual le generó incapacidades. Los primeros 180 días de incapacidad fueron reconocidos y pagadas por la Entidad Promotora de Salud, y las posteriores hasta el día 540 fueron asumidas por la Administradora de Fondo de Pensiones. Sin embargo a partir del día 541 ninguna entidad asumió dicha responsabilidad. El Juzgado Sexto (06) Penal Municipal de Bucaramanga amparó los derechos fundamentales de la accionante y ordenó a la Administradora de Fondo de Pensiones a pagar dichas incapacidades. Sin embargo, Porvenir S.A. impugnó tal decisión argumentando que se ignoró lo estipulado por el artículo 67 de la ley 1753 de 2015. Conforme a esto, el Juez Cuarto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bucaramanga revocó el fallo y negó el amparo.

La Corte Constitucional, en esta sentencia, entró en un primer momento a analizar el marco normativo y jurisprudencial respecto al pago de las incapacidades superiores a los 540 días, de la siguiente manera:

Desde el Código Sustantivo de trabajo, en su artículo 227 señaló los auxilios económicos por incapacidad laboral cuando su origen fuera común y el Decreto 2351 de 1965, se estableció la

obligación que tiene el empleador con sus empleados incapacitados de reincorporarlos al trabajo. Posteriormente una vez se expidió la Ley 100 de 1993, se reguló el tema de las incapacidades y en el artículo 206 se estableció que los afiliados al régimen contributivo en salud tendrán el reconocimiento dinerario por incapacidades generadas por enfermedad común y con posterioridad a esta ley, llegó el Decreto 2463 de 2001, modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 019 del 2012, el cual reguló el tema de las incapacidades posteriores al día 180, otorgándole a las Administradoras de Fondo de Pensiones la obligación de pagar las mismas hasta el día 540, esto es, dispuso que estas entidades podían postergar la calificación de invalidez hasta por 360 días adicionales, y en dicho término como el afiliado no podía estar desprotegido, tiene la obligación de pagar un subsidio de incapacidad por el mismo valor que venía percibiendo por parte de la Entidad Promotora de Salud.

Una vez conociendo esto, la Sala entró a señalar quiénes son las entidades encargadas de reconocer y pagar las incapacidades de origen común:

- Los dos primeros días están en cabeza del empleador, tal y como lo señala el parágrafo 1, del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el cual fue modificado por el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.
- A partir del día tercero hasta el día 180, la obligación recae en la Entidad Promotora de Salud (EPS).
- Respecto del reconocimiento y pago de las incapacidades posteriores al día 180 hasta el día 540, el Decreto 1463 de 2001 le impone dicha obligación a las Administradoras de Fondos de Pensiones siempre y cuando exista un concepto favorable de rehabilitación, el cual debe ser emitido por la Entidad Promotora de Salud (EPS) antes

del día 120 de la incapacidad y debe ser enviado a la Administradora de Fondo de Pensiones antes del día 150 y en caso de no realizarlo dentro dicho término, la ley trae una consecuencia y es que será dicha entidad la encargada de seguir asumiendo las incapacidades hasta que emita el concepto. Esto anterior se encuentra plasmado en el Decreto Ley 019 del 2012.

En el caso de presentarse concepto desfavorable de rehabilitación, hay lugar a la calificación de pérdida de la capacidad laboral.

Una vez la persona es valorada y hay un concepto de la pérdida de la capacidad laboral puede arrojar tres posibles resultados. En primer lugar, puede suceder que la persona tiene una pérdida de la capacidad entre 0% y 5%, lo cual resulta ser irrelevante para el Sistema General de Seguridad Social.

También puede suceder, que la persona tiene una pérdida superior al 5% pero inferior al 50%, lo cual constituye una incapacidad permanente parcial. Caso en el cual, la persona no es inválida, y por tal motivo tiene derecho a ser reintegrada a su trabajo, todo esto porque la persona tiene derecho a la estabilidad reforzada que habla el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 desarrollado por la Corte.

Finalmente, si la persona tiene una pérdida de la capacidad laboral superior al 50% es inválida y por lo tanto cumple con uno de los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de invalidez.

- Sin embargo, el problema surge cuando la persona presenta una incapacidad permanente parcial, es decir, inferior al 50% pero no puede ser reintegrada en su puesto de trabajo porque sigue generando incapacidades, los cuales resultan ser superiores al día 540.

Esta última situación, esto es, aquella en que la persona presenta una incapacidad permanente parcial, es decir, no puede acceder a la pensión de invalidez, pero sigue presentando incapacidades con posterioridad al día 540, la Corte Constitucional en la sentencia T-144 de 2016 la analiza desde dos puntos de vista:

El primero señala la necesidad de poder reevaluar la pérdida de la capacidad laboral del afectado, teniendo en cuenta que esta tiene que ver con el medio en el que se desenvuelve la persona y las labores que esta realiza, por lo tanto, una persona que no es inválida porque no tiene una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, debe poder contar con un mecanismo para analizar su caso en particular y tener en cuenta las labores y el medio en el que se desenvuelve.

En segundo lugar, la Sala señala que las personas que siguen generando incapacidades posteriores al día 540 sufrían de una desprotección porque no existía regulación alguna sobre el tema, el cual fue mencionado por la Corte en las Sentencias T- 468 de 2010, T-684 de 2010, T-876 de 2013.

Sin embargo, a partir de la Ley 1753 de 2015 “Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018”, se reguló el tema de las incapacidades posteriores al día 540, señalando en su artículo 67 la obligación de pagar las incapacidades posteriores al día 540, responsabilidad que recae en cabeza de las Entidades Promotoras de Salud. Esta ley aclara que estas entidades pueden ir ante la

entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud para que se les reconozca las sumas pagadas por este concepto.

La Sala advierte que antes de la Ley 1753 de 2015, existía un vacío normativo respecto del reconocimiento y pago de las incapacidades posteriores al día quinientos cuarenta (540) y por lo tanto, para ese momento era viable el argumento de la Entidad Promotora de Salud y de la Administradora de Fondo de Pensiones respecto del cumplimiento de las obligaciones que estipula la ley; sin embargo, la Sala ordenó en el presente caso “la aplicación retroactiva del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, basada principalmente en el principio de igualdad material ante un déficit de protección previamente advertido por la Corte Constitucional”.

Lo anterior fue ordenado por la Sala argumentado que el hecho de que la mencionada Ley, a pesar de traer la solución, no trajo consigo un régimen de transición que permitiera establecer qué sucedía en los casos en que se hubiese causado las incapacidades con anterioridad a la expedición de la ley 1753 de 2015 y por lo tanto dicha situación genera una desigualdad entre los trabajadores que presentaron incapacidades con anterioridad a la mencionada ley y los que generaron incapacidades con posterioridad a esta adicionalmente porque en repetidas ocasiones se advirtió del vacío normativo y de la desprotección que sufrían los afiliados en este tema. Por lo tanto, la Sala no encuentra una justificación para que se pueda presentar tal diferenciación.

Por lo señalado anteriormente, la Sala ordena a la Entidad Promotora de Salud, EPS Salud Total a reconocer y pagar la incapacidades posteriores al día 540 de la accionante sin perjuicio

que dicha entidad pueda solicitar el reintegro de dicho dinero ante la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la cual está en cabeza del Estado.

CONCLUSIONES

El Sistema de Seguridad Social Integral compuesto por el Sistema General de Riesgos Laborales y el Sistema General de Seguridad Social establecen de forma diferente el reconocimiento y pago de las incapacidades por accidente o enfermedad. Esto porque la primera solo radica la obligación del reconocimiento y pago de las incapacidades en cabeza de las Administradoras de Riesgos Laborales (ARL), siempre y cuando se presente el accidente o la enfermedad por origen laboral. Dicha situación permite que no se presenten conflictos entre distintas entidades a la hora de reconocer la prestación económica. Por lo tanto, sin importar la duración de la incapacidad, el monto de las mismas será siempre del cien por ciento (100%), siendo una condición mucho más beneficiosa que la regulación que trae el Sistema General de Seguridad Social, teniendo en cuenta que cuando se presenta accidentes o enfermedades de origen común, la titularidad de la obligación, según la ley, dependerá de la duración de la incapacidad, por lo tanto, será el empleador, la Entidad Promotora de Salud (EPS) y las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) las encargadas de pagar y reconocer la prestación económica de incapacidad, situación esta que puede generar conflictos entre dichas entidades a la hora de responder al afiliado, situación que se ve agravada por el hecho de recibir el pago de las incapacidades en porcentajes menores al salario devengado por el afiliado lo que termina generando una situación desfavorable al incapacitado, quien además de tener que

soportar la disminución del estado de salud, debe seguir viviendo con un ingreso inferior al que percibía.

Es importante resaltar que, tal como se ha venido señalando, la Ley 1753 de 2015 “Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018”, solucionó, en teoría, el problema que había sido identificado por la Corte Constitucional en repetidas ocasiones. Este problema consistía en determinar la entidad encargada de responder por el reconocimiento y pago de las incapacidades a partir del día quinientos cuarenta y uno (541), esto porque en Colombia, solo estaba definido dicha obligación hasta el día quinientos cuarenta (540). En este sentido, esta Ley otorga, en cabeza de las Entidades Promotoras de Salud, la obligación de reconocer y pagar por esta prestación económica cuando se supera el día quinientos cuarenta (540), sin embargo, hace la salvedad que dichas entidades podrán repetir contra la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud para que esta les reintegre lo pagado.

Finalmente, cabe recordar que la Corte Constitucional le impone obligaciones tanto a las Entidades del Sistema General de Seguridad Social como a los empleadores, en este sentido les impone a los últimos, la obligación de seguir realizando los aportes que le corresponden durante el periodo de la incapacidad del trabajador, y además les recuerda a estos la protección especial que recae sobre los trabajadores incapacitados según la cual, el empleador no podrá terminar la relación laboral con sus trabajadores mientras estos se encuentren incapacitados sin realizar el trámite legal establecido para ello.

Referencias Bibliográficas.

Decreto que reforma el Código Sustantivo del Trabajo, 2351 (1965)

Decreto por medio del cual se adoptan unas disposiciones reglamentarias de la ley 100 de 1993, se reglamenta parcialmente el artículo 91 de la Ley 488 de diciembre 24 de 1988, se dictan disposiciones para la puesta en Operación del Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral, se establece el regimen de recaudación de aportes que financian dicho sistema y se dictan otras disposiciones, 1406 (1999)

Decreto por medio del cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez 2461 (2001)

Decreto por medio del cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública, 019 (2012)

Decreto Ley por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales, 1295 (1994)

Decreto Ley que adopta el Código Sustantivo del Trabajo, 2663 (1950)

Decreto Reglamentario por medio del cual se modifica el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, 2943 (2013)

Ley por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones, 100 (1993).

Ley Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones, 361 (1997)

Ley por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional ,1562 (2012).

Ley por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo de 2014-2018 "Todos por un nuevo país",1753 (2015).

Sentencia C-543 (Corte Constitucional, Sala Plena 18 de Julio de 2007)

Sentencia T-980, (Corte Constitucional, Sala Tercera 10 de Octubre de 2008)

Sentencia T-920, (Corte Constitucional, Sala Cuarta 7 de Diciembre de 2009)

Sentencia T-468 (Corte Constitucional, Sala Quinta 16 de Junio de 2010).

Sentencia T-684 (Corte Constitucional, Sala Sexta 2 de Septiembre de 2010)

Sentencia T 004, (Corte Constitucional, Sala Segunda 13 de Enero de 2014).

Sentencia T-876, (Corte Constitucional, Sala Cuarta 3 de Diciembre de 2013)

Sentencia T-144, (Corte Constitucional, Sala Quinta 28 de Marzo de 2016)