



# **Subsidio por incapacidad como prestación económica a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social. Aproximaciones a las responsabilidades de los distintos subsistemas\***

## **Disability allowance in charge of the comprehensive social security system. Approaches to the responsibilities of the different subsystems**

**{ Jorge Mario Dávila Villegas }\*\***

---

\* Recibido: 30 de septiembre de 2017. Aprobado: 5 de noviembre de 2017.

\*\* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Público de la misma universidad, participó en el curso Derecho Internacional de la Seguridad Social: Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social de la Fundación Centro de Educación a Distancia para el Desarrollo Económico y Tecnológico y la oiss. Fue coordinador del Departamento de Seguridad Social y Mercado del Trabajo de la Universidad Externado de Colombia (2014-2016). DOI: <https://doi.org/10.18601/25390406.n2.05>

## RESUMEN

El subsidio por incapacidad derivada de enfermedad o accidente de origen común es una prestación económica que inicialmente corresponde al empleador y, luego, la responsabilidad de su reconocimiento y pago, se traslada al Sistema Integral de Seguridad Social. Del día tres al día ciento ochenta la obligación corresponde al subsistema de salud, en cabeza de la Entidad Promotora de Salud. A partir de allí, y hasta el día quinientos cuarenta, previo el cumplimiento de ciertos requisitos, será el subsistema de pensiones el encargado de asumir el pago de la prestación. En el evento de que pasados los quinientos cuarenta días la incapacidad persista, será nuevamente el subsistema de salud el responsable de continuar su pago.

## PALABRAS CLAVE:

Subsidio por incapacidad; accidente de origen común; Sistema Integral de Seguridad Social; estabilidad laboral.

## ABSTRACT

The disability allowance that has a common origin is an economic payment that initially corresponds to the employer and then, the responsibility for their recognition and payment is transferred to the Comprehensive Social Security System. From the third day to day one hundred and eighty, the obligation corresponds to the health system throughout the Health Promoting Entities, from there until day five hundred and forty, prior to the observation of certain requirements; the retirement system will be responsible for the payment of the benefit. In the event that after five hundred and forty days, the incapacity persists, the Health System will be again responsible for the payment of this allowance.

## KEYWORDS:

Disability allowance; non-occupational disease; comprehensive social security system; labor stability.

## INTRODUCCIÓN

El subsidio por incapacidad como prestación económica, a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social, ha suscitado un debate tanto desde un plano normativo como desde uno jurisprudencial, en torno al reconocimiento y posterior pago de las incapacidades médicas, pues encontramos inmersos, en esta prestación, derechos laborales y derechos constitucionales fundamentales.

Por lo anterior, este artículo busca definir el alcance de este subsidio, así como analizar su marco normativo y complementarlo con el estudio de los principales pronunciamientos que han realizado los operadores jurídicos involucrados. Esto, con el propósito de evidenciar las responsabilidades de los administradores de los subsistemas y así aclarar cuál es la vía por la que opta el ordenamiento jurídico colombiano para su reconocimiento y pago.

## CONCEPTO

Para comenzar es indispensable aclarar que las incapacidades laborales pueden tener un origen común o un origen profesional. La enfermedad de origen profesional temporal es definida como “aquella que según el cuadro agudo de la enfermedad o lesión que presente el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales<sup>1</sup>, le impida desempeñar su capacidad laboral por un tiempo determinado”<sup>2</sup>. En estos eventos, el afiliado recibe el 100 % de su salario base de cotización, por concepto de subsidio por incapacidad<sup>3</sup>.

Por otro lado, para construir el concepto de lo que constituye una incapacidad laboral de origen común, en primera medida hay que remitirse a las consideraciones que, al respecto, hace el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo (CST) que la define como una “incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional”. Asimismo, este define el alcance del auxilio como el “derecho a que el patrono le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días” y seguidamente consagra la fórmula para su liquidación de la siguiente manera: “las dos terceras (2/3) partes del salario durante los noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante”<sup>4</sup>.

Con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, las prestaciones económicas derivadas de las enfermedades de origen común fueron asumidas por el Sis-

1 Hoy Sistema General de Riesgos Laborales.

2 Colombia, Ley (776 de 2002), sobre sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales, art. 2.

3 Cabe resaltar que para el reconocimiento y pago de las incapacidades de origen profesional estas observan lo preceptuado en las Leyes 776 del 2002 y 1562 de 2012.

4 Colombia, Código Sustantivo de Trabajo, art. 227.

tema Integral de Seguridad Social, específicamente por el subsistema de salud. El artículo 206 de esta Ley se ocupa del tema en los siguientes términos: “Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157 el régimen contributivo reconocerá incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes”<sup>5</sup>.

Por otra parte, la Resolución 2266 de 1998 del desaparecido Instituto de los Seguros Sociales (ISS), en su artículo 1, definió la incapacidad laboral como aquel “estado de inhabilidad física o mental de una persona que le impide desempeñar en forma temporal o permanente su profesión u oficio”<sup>6</sup>.

Asimismo, la Corte Constitucional ha definido la incapacidad de origen común como aquella inhabilidad que sobreviene a una enfermedad o un accidente no relacionado con la clase de trabajo que desempeña<sup>7</sup>.

En este orden de ideas, podemos afirmar que el subsidio por incapacidad es el reconocimiento de una prestación económica de carácter temporal con el que benefician las Entidades Promotoras de Salud (EPS) a sus afiliados cotizantes durante el tiempo que se encuentran inhabilitados física o mentalmente para desempeñar su profesión u oficio, con ocasión o como consecuencia de un accidente o enfermedad de origen común. Y que corresponde por los primeros noventa días al 66 % y al 50 % durante los 360 días de prórroga de las incapacidades. No obstante, en el evento de que el trabajador devengue un salario mínimo, el subsidio corresponderá al 100 % de ese salario mínimo.

## MARCO NORMATIVO

Como hemos anotado, las incapacidades se derivan en su génesis del artículo 227 del CST. Con posterioridad, el artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, modificado por el Decreto 2943 de 2013 expresó que es responsabilidad del empleador reconocer las prestaciones económicas correspondientes a los dos primeros días de incapacidad por enfermedad general y a partir del tercer día y hasta el día ciento ochenta es responsabilidad de las EPS reconocer el auxilio por incapacidad temporal.

Pasados los ciento ochenta días de incapacidad continua, las EPS dejan de ser las responsables del pago de las incapacidades y debe iniciarse el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral para poder determinar si habrá lugar al reconocimiento de una pensión de invalidez a cargo del Sistema General de Pensiones.

5 Colombia, Ley (100 de 1993), art. 206.

6 Colombia, Resolución (2266 del 6 de agosto de 1998), sobre la expedición, reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas por incapacidades y licencias de maternidad en el ISS, art. 1.

7 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia (T-729 de 2012), M.P.: Alexei Julio Estrada.

Sin embargo, el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 habilita a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) para postergar el trámite de calificación del estado de invalidez hasta por trescientos sesenta días adicionales a los primeros ciento ochenta, siempre que se acrediten los siguientes requisitos:

1. Concepto favorable de rehabilitación.
2. Autorización de la aseguradora con la cual el fondo de pensiones contrató el seguro previsional.
3. Incapacidades emitidas por el médico tratante.

Ahora bien, pese a la facultad otorgada a los fondos de pensiones de postergar el trámite de calificación, existía una laguna jurídica sobre la responsabilidad del reconocimiento del subsidio por incapacidad durante este periodo. El Decreto Ley 019 de 2012, en efecto, aclaró el tema y expresó que:

Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones Postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.<sup>8</sup>

Así las cosas, las EPS deberán emitir el concepto favorable de rehabilitación antes del día ciento veinte y remitirlo a la AFP antes del día ciento cincuenta. Si la EPS no expide este concepto deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal con posterioridad a los ciento ochenta días iniciales, con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el concepto favorable<sup>9</sup>.

## DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

La doctrina de la Corte Constitucional se ha encargado de establecer importantes lineamientos respecto de las incapacidades médicas, razón por la cual el objetivo de este acápite es analizar los principales pronunciamientos que se han suscitado en la materia, para extraer importantes reflexiones en la parte final de este trabajo.

La Sentencia T-729 del 2012 recogió la normatividad vigente en la materia, la interpretó y fijó importantes criterios, indicando que el reconocimiento

8 Colombia, Ley (019 de 2012), sobre la supresión de trámites en la administración pública, art. 142.

9 Ley (019 de 2012), art. 142.

del subsidio por incapacidad temporal hace parte de las prestaciones propias del Sistema Integral del Seguridad Social y es una forma de concretar los fines y objetivos del derecho fundamental a la seguridad social.

En consecuencia, el no reconocimiento de esta prestación puede constituir *prima facie* el desconocimiento de derechos laborales. Pero además, una flagrante violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su familia. Incluso pueden verse comprometidos intereses superiores constitucionales, tales como la vida, cuando el trabajador incapacitado debe retomar sus labores con el propósito de asegurar su propia subsistencia y la de su núcleo familiar<sup>10</sup>.

El ordenamiento jurídico colombiano consagró la responsabilidad del reconocimiento y pago de las incapacidades laborales de forma compartida, correspondiendo en un primer momento al empleador, luego a las EPS y, por último, a las AFP.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que las incapacidades superiores a ciento ochenta días corresponden a las AFP, lo que se deriva de la interpretación del artículo 23 del Decreto 2463 del 2001, que faculta al fondo de pensiones para postergar el trámite de calificación del estado de invalidez hasta por trescientos sesenta días más. En tal evento, el trabajador recibe un subsidio equivalente al que venía disfrutando, hasta que se produzca el dictamen de invalidez<sup>11</sup>.

Bajo esta lógica, el reconocimiento y pago de las incapacidades del tercer día al día ciento ochenta corresponde a las EPS, y de allí se traslada la responsabilidad a las AFP, del día ciento ochenta y uno, hasta por trescientos sesenta días adicionales; es decir, un total de quinientos cuarenta días<sup>12</sup>.

Refuerza este argumento lo expresado en la Sentencia T-812 del 2010, mediante la cual se reconoce que las incapacidades superiores a ciento ochenta días debían ser canceladas por la AFP a la cual se encuentre afiliado el trabajador “pertenezca este al régimen de prima media con prestación definida (RPM) o al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS)”. La corte deriva esta regla de la interpretación del artículo 23 del Decreto 2463 del 2001, que faculta a la AFP para postergar el trámite de calificación hasta por trescientos sesenta días adicionales a los primeros ciento ochenta reconocidos por la EPS.

La Corte Constitucional, a su vez, realiza un estudio de las hipótesis que pueden presentarse en el periodo de incapacidad y en el inicio de la calificación

10 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia (T-311 de 1996), M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

11 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia (T-812 de 2010), M.P.: María Victoria Calle Correa.

12 Sentencia (T-729 de 2012).

de la pérdida de capacidad laboral. Asimismo, define cuáles son los posibles escenarios con posterioridad a esa calificación. En relación con esto expresó que:

En caso de ser iniciado el proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral del afiliado, se produce el dictamen sobre su invalidez, el cual, de acuerdo con su resultado puede: (i) arrojar una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, caso en el cual, de cumplir con los demás requisitos previstos en la ley, el fondo de pensiones deberá reconocerle al trabajador una pensión de invalidez o, en su defecto, (ii) cuando la calificación de la pérdida de capacidad laboral sea inferior al 50%, el empleador deberá reincorporar al trabajador a su empleo, o a uno con funciones acordes con su situación de incapacidad.<sup>13</sup>

Una vez se produce la calificación, según las anteriores consideraciones, puede determinarse que la persona es efectivamente inválida, caso en el cual se debe verificar el cumplimiento de los requisitos legales para reconocer una pensión de invalidez de origen común<sup>14</sup>.

Ahora, en el evento de que el dictamen arroje una pérdida de capacidad laboral inferior al 50% pero el trabajador no recupere su capacidad laboral y el médico continúe extendiendo las incapacidades, la Corte, armonizando los preceptos constitucionales con la interpretación del artículo 23 del Decreto 2463 del 2001, ha concluido que le corresponde al fondo de pensiones el pago de las incapacidades superiores a los primeros ciento ochenta días, salvo que se efectúe una nueva calificación y se consolide el derecho a la pensión de vejez o el médico tratante determine que la persona se encuentra apta para reanudar labores.

De lo anterior, concluimos que en caso de que el afiliado no alcance el porcentaje mínimo que lo declara inválido, y que le permite consolidar el derecho pensional, y que debido a su estado de salud, el médico le continúe expidiendo incapacidades, el fondo de pensiones es el responsable de reconocer estas incapacidades, siempre que exista un concepto favorable de rehabilitación o hasta que se efectúe una calificación de la invalidez.

Esta protección reforzada se ha derivado de la interpretación que ha hecho la Corte Constitucional del reconocimiento de incapacidad, el cual considera “constituye un mecanismo idóneo para la salvaguarda de los derechos fundamentales de los trabajadores dependientes e independientes, en especial de su derecho al mínimo vital y a la salud”<sup>15</sup>. Así mismo, la jurisprudencia constitucional:

13 Sentencia (T-729 de 2012).

14 Ley (100 de 1993), arts. 38, 39 y 60.

15 Sentencia (T-729 de 2012), núm. 4.

Persigue es radicar en cabeza del fondo de pensiones la obligación de pagar al afiliado una prestación equivalente a la que venía recibiendo por parte de la EPS, con el fin de garantizar una protección y estabilidad mínima de los derechos constitucionales fundamentales de los trabajadores incapacitados por más de 180 días que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, bajo amenaza de su derecho al mínimo vital y el de sus dependientes.<sup>16</sup>

En este punto resulta importante aclarar que la responsabilidad de pago de las incapacidades por parte de las AFP, después del día ciento ochenta, se consolida en el momento en que la EPS emite el concepto favorable de rehabilitación. De lo contrario, las EPS deben asumir, con cargo a sus propios recursos, el pago del subsidio desde el día ciento ochenta hasta que emita el referido concepto de rehabilitación<sup>17</sup>.

En reciente jurisprudencia, la Corte Constitucional precisó que las incapacidades se pueden extender aún más allá de los quinientos cuarenta días que su misma línea jurisprudencial había determinado, indicando que dentro del ordenamiento jurídico nacional no existía certeza sobre quién reconoce las incapacidades después del día quinientos cuarenta, razón por la que le corresponde al juez de tutela señalar la entidad a la que le corresponde su reconocimiento, fijando la responsabilidad en las AFP, mientras se determina el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez<sup>18</sup>.

Sin embargo, la Ley 1753 del 2015, en su artículo 67, se ocupó del tema de las incapacidades superiores a quinientos cuarenta días, al señalar los recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y su destinación en los siguientes términos:

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.<sup>19</sup>

16 Sentencia (T-729 de 2012).

17 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia (T-144 de 2016), M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

18 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia (T-004 de 2015), M.P.: Mauricio González Cuervo.

19 Colombia, Ley (1753 de 2015), sobre Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, art. 67.

Sobre este punto, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-401 del 2017, concluye que para las incapacidades que superan los 180 días y que provocan el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral, se pueden presentar algunos posibles escenarios: (1) que exista una pérdida de capacidad laboral entre el 0 % y el 5 %, el cual no resulta relevante para el sistema; (2) puede existir también una incapacidad permanente parcial, es decir, superior al 5 % e inferior al 50 %, y, (3) que exista una invalidez, esto es en el evento en que la pérdida de capacidad laboral es superior al 50 %.

De los tres escenarios descritos antes, hay uno que deja al individuo en una situación completamente adversa, pues se encuentra incapacitado, pero no es considerado técnicamente inválido.

Para la Corte, el individuo en primera medida tendrá derecho a ser reintegrado en un nuevo puesto de trabajo, de acuerdo con sus condiciones de salud, en virtud del principio de estabilidad laboral reforzada, del cual nos ocuparemos más adelante.

Así mismo, para la Corte, la invalidez es un estado que tiene relación directa con el individuo y con la sociedad en la cual se desenvuelve. Por tanto, los criterios de evaluación deben estar en conformidad con las reglas de la ciencia para determinar hasta dónde la persona queda afectada para desempeñar la labor, de acuerdo con el mercado laboral. Pues muchas veces, sin ser la persona técnicamente inválida, sí puede llegar a serlo para la profesión u oficio que venía desempeñando. Por ello debe permitirse la reevaluación de los criterios de calificación en estos eventos<sup>20</sup>.

En igual sentido, para la Corte Constitucional, con la Ley 1753 de 2015, son las EPS las que deben asumir el pago del subsidio por incapacidad, con lo que se supera el vacío legal existente, razón por la que el trabajador en esta condición ya no se encuentra desprotegido.

El Gobierno nacional considera que existen vacíos en la reglamentación que rige el reconocimiento y pago de las incapacidades, pues no existe un criterio uniforme en su aplicación por parte de los operadores jurídicos. Por lo anterior, el Ministerio de Salud publicó un proyecto de reglamentación<sup>21</sup> que adicionó el título 5, de la parte 2, del libro 2 del Decreto 780 de 2016, denominado “Incapacidades superiores a 540 días y otras disposiciones”.

El proyecto aclaró que el reconocimiento y pago del auxilio por incapacidad superior a 540 días se pagaría en los siguientes casos:

20 Editorial, “EPS deben pagar incapacidades superiores a 540 días, aun a calificados con disminución ocupacional menor al 50%,” *Ambito Jurídico*, 31 de agosto del 2017, <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/laboral-y-seguridad-social/eps-deben-pagar-incapacidades-superiores-a-540-dias-aun-a-calificados-con-disminucion-ocupacional-me>

21 Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social, Proyecto de norma (21 de julio de 2017).

- Cuando exista concepto favorable de rehabilitación.
- En el curso de la enfermedad que origina la incapacidad temporal y que incluso siguiendo los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante, no fue posible la recuperación.
- En el evento de que por enfermedades derivadas o concomitantes se presenten situaciones que prolongan el tiempo de recuperación del paciente<sup>22</sup>.

## **PRINCIPIO DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA**

Una vez aclarado el derecho que asiste a los afiliados que se encuentran incapacitados, vale la pena analizar la situación laboral del trabajador que se encuentra incapacitado y cuál es la protección que brinda nuestro ordenamiento jurídico por medio del principio de estabilidad laboral, sobre este particular la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que:

La ley impone al empleador la obligación de mantener el vínculo, claro está conforme el concepto favorable de recuperación del médico, debiendo cumplir, durante ese periodo, con su obligación de pagar los correspondientes aportes al sistema de salud, pensiones y riesgos profesionales, ello en concordancia con el precitado artículo 26 de la Ley 361 de 1997. El cual materializa la obligación del Estado de protección a quienes están en circunstancias de debilidad manifiesta como consecuencia de una limitación por causas económicas, físicas o mentales, motivo por el cual son sujetos de especial protección constitucional.<sup>23</sup>

Salta a la vista que esta protección reforzada al trabajador que presenta disminuciones en su salud deja sin efecto al artículo 62 del CST, el cual consagra como justa causa de despido la enfermedad que lo incapacite para desarrollar su labor transcurridos ciento ochenta días, despido que podrá efectuarse antes del reconocimiento de las prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar.

Sin embargo, desde 1990, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia del 6 de abril, matizaba la causal, indicando que este plazo podía ser ampliado o extendido unilateralmente por el empleador si este consideraba que dentro de la prórroga que este fijaba sería posible la curación y rehabilitación del trabajo que permitía el restablecimiento en las labores

.....

22     Editorial, “Alistan regulación para el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días”, *Ambito Jurídico*, 27 de julio de 2017, <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Laboral-y-Seguridad-Social/alistan-regulacion-para-el-reconocimiento-y-pago-de-incapacidades-superiores-a-540-dias>

23     Colombia, Corte Constitucional, Sentencia (T-137 de 2012), M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

que venía desempeñando de conformidad con el artículo 16 del Decreto 2351 de 1965, la cual consagra la obligación que asiste al empleador de reinstalar en el empleo a los trabajadores en los cargos que desempeñaban si recuperan su capacidad de trabajo soportados en dictámenes médicos que así lo ameriten<sup>24</sup>.

Con posterioridad, se elevó a rango legal en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, también conocida como la “Ley Clopatofsky”, una garantía en sus derechos a las personas con disminuciones físicas, que protegía a esta población de despidos por sus limitaciones físicas o sensoriales<sup>25</sup>.

La Corte Constitucional, sobre este particular, en Sentencia C-079 de 1996 entendió que el CST y las normas expedidas con posterioridad consagran un régimen de protección especial para los trabajadores con incapacidades temporales extendidas en el tiempo, que garantizan los derechos de forma adecuada de este grupo de individuos.

El máximo tribunal Constitucional, en desarrollo de las normas que gobiernan la materia y su propia jurisprudencia, derivó para este grupo de individuos el principio de estabilidad laboral reforzada que los asiste, entendido como la protección que asiste a un trabajador que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta que le impide desempeñar adecuadamente las funciones para las cuales fue contratado, pues tendrá derecho a la reubicación laboral<sup>26</sup>.

En un minucioso estudio el Ministerio de Protección Social, mediante concepto del 6 de enero del 2011, señala las posibilidades que asiste el empleador cuando el trabajador presenta incapacidades prolongadas o se encuentra en proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral así:

a) Si el vínculo laboral continua vigente y se supera los 540 días de incapacidad temporal por enfermedad común, o 720 días de incapacidad temporal por accidente de trabajo o enfermedad profesional y al trabajador solo le es calificada una incapacidad permanente parcial (5% a 49,9%), el empleador está en la obligación conforme al artículo 10° de la Resolución 1016 de 1989, a realizar la reubicación del trabajador o readaptación del puesto de trabajo acorde con sus capacidades

24 Ricardo Barona Betancourt, *El principio de estabilidad laboral* (Bogotá: Nueva Jurídica, 2015).

25 Colombia, Ley (361 de 1997), art. 26: “En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

26 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia (T-292 de 2011), M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

residuales. Y en el evento que el empleador pueda documentar que, de acuerdo con las funciones y condiciones de trabajo en todos los puestos existentes en la empresa, la condición de salud del trabajador puede empeorar, se debe solicitar al Inspector de Trabajo, la autorización para terminar el vínculo, conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

b) Si el trabajador es declarado invalido, la empresa debe esperar al desembolso efectivo de la pensión o que el trabajador sea incluido en nómina de pensionados, conforme lo establece la sentencia de la Corte Suprema de Justicia radicado 7034 del 15 de abril de 1980, y no se aplica el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, por cuanto la norma es para la pensión de vejez, y la pensión de invalidez requiere un trato diferente, por estar el trabajador en un estado de indefensión, a quien se le debe garantizar el mínimo vital.

c) La empresa no puede dar por terminado el vínculo laboral por estar el trabajador incapacitado o limitado, al respecto se aplica el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sentencia C-531 del 10 de mayo de 2000 y la Sentencia T-519 de 2003, que da la posibilidad de reintegro del trabajador.

d) Si la empresa resuelve despedir al trabajador, deberá solicitar a la Inspección de Trabajo del Ministerio de la Protección Social, el permiso para que autorice con los soportes documentales que justifiquen el despido argumentando que los puestos de trabajo existentes en la empresa, pueden empeorar las condiciones de salud del trabajador y que no existen opciones de trabajo disponibles, acordes a las capacidades residuales de éste (aptitud física, psicológica y técnica), demostrando que se afecta el estado de salud del trabajador, y las finanzas de la empresa...

Le corresponderá, entonces, al empleador desplegar las acciones tendientes a la reubicación del trabajador acorde con las condiciones físicas que presente, teniendo en cuenta la recomendación que al efecto haga medicina laboral y la EPS.

## **VICISITUDES**

Como hemos observado, son varias las etapas que se presentan en el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales de origen común, existiendo tres sujetos involucrados. En sus inicios, corresponde al empleador, luego se traslada la obligación al Sistema Integral de Seguridad Social, del día trescientos sesenta en adelante al Sistema de Salud y del día ciento ochenta en adelante, al Sistema General de Pensiones.

El ordenamiento jurídico señaló que su límite era quinientos cuarenta días (ciento ochenta días prorrogables por otros trescientos sesenta, cumpliendo los requisitos que, en efecto, se señalaron en su momento).

Posteriormente, la Corte Constitucional amplió ese plazo con el argumento de que a pesar de existir un déficit normativo, esto no puede constituir fuente de vulneración de derechos fundamentales, que se protegen con el pago de las incapacidades, más aun cuando el salario mínimo constituye la única fuente de ingresos del trabajador y su familia<sup>27</sup>.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, en este sentido, fue recogida por la Ley 1753 del 2015 (Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”), en su artículo 67, y devuelve la responsabilidad a la EPS para el reconocimiento y pago de las incapacidades superiores a quinientos cuarenta días continuos.

Así las cosas, no es posible determinar un límite en el tiempo en el reconocimiento de esta prestación. Por el contrario, cada vez se amplía más el plazo y la protección que deja a los empleadores sin ninguna posibilidad ante el trabajador que se encuentra incapacitado, puesto que al individuo que cumple con las condiciones descritas por la ley y la jurisprudencia se le debe mantener el vínculo laboral, y, si es del caso, reubicarlo en una labor acorde con sus capacidades, lo que deja sin efecto la causal de despido justificado por enfermedad que incapacite al trabajador para realizar su labor por más de ciento ochenta días, consagrada en el artículo 62 del CST.

## CONCLUSIONES

Observamos que la prestación económica denominada “subsidio por incapacidad”, presenta un tratamiento *sui generis* dentro de nuestro ordenamiento jurídico, dado que se ven involucrados varios actores del sistema en su reconocimiento y pago.

Consideramos que la particularidad de esta prestación económica es la participación del empleador, el sistema de salud por medio de las EPS y del sistema general de pensiones, por conducto de las administradoras de ambos regímenes.

Ahora bien, no es simplemente el reconocimiento de la prestación, sino que la jurisprudencia se ha encargado de fijar su alcance y de determinar una protección a los trabajadores inmersos en esta situación para que sus derechos no se vean vulnerados.

27 ..... Sentencia (T-292 de 2011).

Empero, si bien es loable el esfuerzo que hace la Corte Constitucional para proteger los derechos fundamentales de aquellas personas que se encuentran incapacitadas para realizar sus labores y requieren de un sustento que les permita sufragar sus gastos y los de sus familiares garantizándoles un mínimo vital, es necesario también observar como esto puede afectar al Sistema de Seguridad Social Integral y a los propios empleadores.

La carencia de límite en el tiempo de las incapacidades genera que en la actualidad se paguen pensiones de invalidez vía subsidio de incapacidad sin que en muchos de los casos se haya verificado los requisitos legales para el reconocimiento de esa prestación o al menos careciendo de la calificación y posterior pérdida de capacidad laboral de más del 50 %.

Esta extralimitación lleva a que la sostenibilidad financiera del sistema pensional se vea comprometida, ya que se ha radicado en su cabeza la responsabilidad de reconocer y pagar incapacidades por más de trescientos sesenta días, incapacidades que se pagan con cargo a los seguros previsionales, lo que sin duda alguna encarecerá las pólizas generando detrimentos a los afiliados que deben destinar una porción de sus aportes al pago de este seguro.

Por otro lado, con la reforma introducida por el Plan Nacional de Desarrollo en el 2015, se soluciona el problema de quién paga la prestación después del día quinientos cuarenta, pero el límite temporal se prolonga de manera indefinida, lo que sin duda afectará mucho más las finanzas del subsistema de salud.

Por supuesto, para los empleadores el panorama tampoco es muy alentador, en el sentido de que se les ha impuesto una camisa de fuerza para despedir a un trabajador que se encuentra incapacitado por largo tiempo. Esta situación puede afectar la productividad, incluso el empleador deberá tomar acciones y medidas para lograr la reubicación del trabajador o, en el peor de los casos, esperar que este se rehabilite manteniendo intacta la relación laboral y reservando el cargo indefinidamente.

Estas reflexiones nos llevan a vislumbrar que en aras de proteger a los trabajadores se pueden crear agravios injustificados al Sistema de Seguridad Social, en general, y a los empleadores. Es necesario que el legislador tome cartas en el asunto, subsane la omisión legislativa en la materia y fije unas reglas claras que busquen superar la problemática, atendiendo equilibradamente los intereses de cada una de las partes que se ven involucradas.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Barona Betancourt, Ricardo. *El principio de estabilidad laboral*. Bogotá: Nueva Jurídica, 2015. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia, T-311 del 15 de 1996. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia, T-812 del 8 de octubre de 2010. M.P.: María Victoria Calle Correa.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia, T-292 del 14 de abril de 2011. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia, T-137 del 1 de marzo de 2012. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia, T-729 del 19 de septiembre de 2012. M.P.: Alexei Julio Estrada.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia, T-004 de enero de 2015. M.P.: Mauricio González Cuervo.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia, T-144 del 28 de marzo de 2016. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Departamento Nacional de Planeación (DNP). *Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018: “Todos por un nuevo país”*. Tomos 1 y 2. Coordinado por Wiston González del Río. Bogotá: 2015.
- “EPS deben pagar incapacidades superiores a 540 días, aun a calificados con disminución ocupacional menor al 50%”. *Ámbito Jurídico*, 31 de agosto de 2017. <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/laboral-y-seguridad-social/eps-deben-pagar-incapacidades-superiores-a-540-dias-aun-a-calificados-con-disminucion-ocupacional-me>
- “Alistan regulación para el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días”. *Ámbito Jurídico*, 27 de julio de 2017. <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Laboral-y-Seguridad-Social/alistan-regulacion-para-el-reconocimiento-y-pago-de-incapacidades-superiores-a-540-dias>