



La presente obra está bajo una licencia:
Atribución 2.5 Colombia (CC BY 2.5)
Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by/2.5/co/>

Usted es libre de:

- Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
- hacer obras derivadas
- hacer un uso comercial de esta obra



Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).

Universidad Católica de Colombia

Facultad de Derecho

Luis Enrique Cardozo Páez ¹

Febrero de 2016

Pago de incapacidades por enfermedad o accidente común después de los 180 días: escenarios normativos vigentes en Colombia.

Sumario

Normatividad para el pago de incapacidades originadas por enfermedad o accidente común en Colombia. La jurisprudencia al respecto: el caso de la Sentencia T-333 de 2013 y la responsabilidad de los AFP en cumplimiento de las providencias judiciales para el pago de incapacidades de origen común. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

En Colombia, las incapacidades originadas por enfermedad o accidente común son pagadas en los días 1 y 2 por el empleador, y del día 3 al 180 por la EPS. Esta disposición normativa, contenida en el Decreto 1943 de 2001, por el cual se modifica el artículo 40 del Decreto 1049 de 1999, presenta claridad sobre

¹ Luis Enrique Cardozo Páez, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

la responsabilidad en el cubrimiento económico de la incapacidad, sin embargo, se encuentra que a partir del día 181 la continuidad de la incapacidad presenta problemas en el sentido de su pago, que según dispone la ley corresponde a las AFP, no obstante, ante los requisitos cómo el concepto de la EPS, el afiliado entra en un limbo de quien le responde, que lleva a que en muchos casos se tenga que acudir a mecanismos como la tutela para hacer valer sus derechos. Este es el tema central que se desarrolla en el actual documento, por el que se hace una revisión normativa y jurisprudencial que de claridad sobre quién debe responder, indagando sobre el por qué en muchos de los casos se tiene que acudir a la tutela.

Palabras claves: incapacidades de origen común, normatividad sobre el pago de incapacidades en Colombia, responsabilidad en el pago de incapacidades.

Abstract

In Colombia, the disabilities caused by disease or common accident are paid on days 1 and 2 by the employer, and from day 3 to 180 by the EPS. This provision rules, contained in Decree 1943 of 2001 that Article 40 of Decree 1049 of 1999 is modified, presented clearly on responsibility in the economic coverage of disability, however, is that from day 181 continuity of disability presents problems in the sense of its payment, as provided by law that corresponds to the AFP, however, to the requirements how the concept of the EPS, the member enters a limbo of who responds, leading that in many cases it has to resort to mechanisms

such as mentoring to enforce their rights. This is the central theme developed in the current document, by that legislation and case law revision of clarity over who should respond, inquiring about why in many cases will have to go to the guardianship is made.

Keywords: disabilities common origin, regulations on the payment of disability in Colombia, responsibility for paying disability.

Introducción

En el ámbito laboral, las incapacidades son entendidas como un pago económico que debe reconocerse ante la imposibilidad del trabajador de desempeñar su actividad o función por un tiempo determinado, y su pago corresponde, al empleador, a la Empresa Promotora de Salud –en adelante EPS–, o a la Administradora de Riesgos Laborales –en adelante ARL–, de acuerdo a la manera y el tiempo por la que se cause la incapacidad (Marín, Hoyos, Jiménez, Méndez y Velez, 2015).

Ante lo anterior, de entrada debe señalarse que la manera como se causa la incapacidad hace que se determine en un primer momento quien debe responder económicamente, por lo que se puede decir que, cuando la incapacidad es causada en el desarrollo de una actividad laboral, el responsable es la ARL, por otra parte, si dicha incapacidad se causa por enfermedad o accidente común, el responsable de su pago los dos primeros días es el empleador, y del día 3 al 180, la EPS (Marín, Hoyos, Jiménez, Méndez y Velez, 2015).

Lo dicho permite ir generando el problema jurídico que pretende analizarse por el actual documento, respecto a la responsabilidad del pago de la incapacidad luego del día 180 cuando esta corresponde a una incapacidad generada por enfermedad o accidente común. Ya se daba la claridad respecto a quien se hace responsable del día 1 al 180, sin embargo, como se expone en trabajos como el de Diego Holguín y Antonio Luna (2012), se ha encontrado que en los casos en que la incapacidad se extiende más de 180 días, la responsabilidad no es asumida de manera clara y eficiente por parte de su responsable, que para el caso debe señalarse es la Administradora de Fondos de Pensiones –en adelante AFP–.

El problema jurídico que engloba el desarrollo de la investigación, a saber, el de analizar la claridad normativa y jurisprudencial existente en relación al pago de incapacidades por enfermedad o accidente común luego del día 180, se desarrolla teniendo en cuenta los repetitivos casos en los que el cotizante debe acudir a mecanismos constitucionales como el de la tutela para ver protegidos sus derechos fundamentales, tales como; la salud, y el mínimo vital, ante las dificultades que encuentra luego del día 180 para recibir el pago económico de su incapacidad.

La realización del documento, busca generar una claridad normativa por la que en sus reflexiones finales se aclare por qué el pago es responsabilidad de las AFP y no del empleador que es lo que en algunos casos llega a darse, o escenarios peores en los que nadie paga la incapacidad, de manera que, es también la argumentación jurídica por la que se pretende dar claridad a esta materia normativa, ante la eventual negación por parte de las AFP, del pago de la

incapacidad evadiendo de esta forma una obligación normativa que les corresponde.

Para lo anterior, se acude en un primer momento a exponer las normas que permiten dar una mejor claridad de lo hasta ahora expuesto, pasando en un segundo momento a la exposición y análisis de la jurisprudencia vigente sobre estas normas, haciendo especial énfasis en la Sentencia T-333 de 2013, que brinda la claridad jurisprudencial al respecto. En su parte final, el documento presenta las conclusiones del mismo a modo de reflexión, dada la situación de afectación que presenta una persona en este tipo de situaciones, ante la poca diligencia para el reconocimiento de su incapacidad.

Normatividad para el pago de incapacidades originadas por enfermedad o accidente común en Colombia.

La revisión de la normatividad colombiana respecto a las incapacidades laborales, permite establecer que se pueden dar dos tipos de incapacidades médicas; una, que es la incapacidad por origen profesional o laboral, la cual tiene su origen en un accidente o enfermedad ocasionada en el desarrollo de la actividad laboral, y las incapacidades por enfermedad o accidente de origen común, la cual, es resultado de una condición que no se asocia con el ámbito laboral (Monsalve, 2011).

Estas incapacidades de origen común, están consignadas normativamente en la Ley 100 de 1993, la cual crea el Sistema de Seguridad Social Integral, y que

dispone en su artículo 206, en reconocimiento de un grupo de participantes en el sistema general de seguridad social en salud en calidad de cotizantes, una responsabilidad para que a estos se les pague una incapacidad en cualquiera de los casos que esta ocurra, como se expone a continuación:

[e]l régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las empresas promotoras de salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las entidades promotoras de salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.

En un primer momento, se puede afirmar que por el artículo anterior se puede empezar a señalar las competencias que corresponden para el reconocimiento de la situación de incapacidad, la cual se designa a las empresas promotoras de salud, aunque esto no signifique que sean estas las que las deban pagar, puesto que se debe acudir a diversas disposiciones normativas para dar cuenta de la responsabilidad del pago, y valores en los pagos, así, se puede señalar distintos tiempos y responsabilidad en el pago de la incapacidad como se explica a continuación.

La primera segmentación de tiempo que puede darse para la incapacidad por enfermedad o accidente común, corresponde a los dos primeros días de la incapacidad, cuya reglamentación se realiza por lo dispuesto en el artículo primero

del Decreto 2943 de diciembre 17 de 2013, que modifica el párrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1049 de 1999, señalando al respecto que;

En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.

En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.

La norma citada permite hacer claridad sobre la responsabilidad de pago de la incapacidad para el caso de un accidente de trabajo o enfermedad de origen laboral, la cual corresponde a las ARL, desde el día siguiente al que se haya originado la incapacidad, ahora, con respecto al tema que ocupa el documento, a saber la incapacidad por enfermedad o accidente de origen común, se reconoce una responsabilidad en el empleador los dos primeros días, para luego trasladarse dicha responsabilidad en el pago a las EPS, aunque deba citarse el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, para hacer varias claridades en seguida;

En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el empleador le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante.

Una primera claridad que debe darse de acuerdo a la norma citada, es que si bien es el empleador el que sigue pagando la incapacidad, desde el tercer día el empleador por lo general acude a recobrar a la EPS los valores pagados, puesto que como se había señalado, es responsabilidad económica de las EPS (Marín, Hoyos, Jiménez, Méndez y Velez, 2015). Como segundo punto aclaratorio, debe señalarse que el pago de la incapacidad, como la misma Corte Constitucional ha señalado por Sentencia C-543 de 2007, no debe ser inferior a un salario mínimo legal vigente.

Igualmente, en el entendido que la norma citada en su artículo siguiente, 228, hace alusión a aquellos trabajadores que tienen un ingreso variable, se explica que para esta modalidad de ingreso, el salario para el cálculo de la incapacidad, va a corresponder al; “promedio de lo devengado en el año de servicio anterior a la fecha en cual empezó la incapacidad, o en todo el tiempo de servicios si no alcanzare a un (1) año”, a quienes se aplican las proporcionalidades a las que se hace referencia en el artículo 227.

Lo explicado en los más recientes párrafos, puede resumirse de la siguiente manera; en caso de incapacidad por enfermedad o accidente de origen común, es responsabilidad del empleador el pago de la incapacidad por los dos primeros días, por un monto del 100% sobre el ingreso base de cotización, del día 3 al día 90, corresponde a las EPS su pago por dos terceras partes del el ingreso base de cotización, sin que se pueda pagar menos de un salario mínimo legal vigente, o su prorrateo en el número de días. Las incapacidades que superan los 90 días y hasta el día 180, son también responsabilidad de las EPS, aunque con una

proporcionalidad en el pago correspondiente a la mitad del el ingreso base de cotización, sin que este, aplicando nuevamente el parámetro, pueda ser inferior al salario mínimo legal vigente, o su prorrateo en el número de días de la incapacidad.

Sigue en la temporalidad la incapacidad sobre la cual más se quiere indagar, que corresponde a la incapacidad por más de 180 días, por enfermedad o accidente de origen común, la cual establece la ley, para el caso el Decreto 2463 de 2001, "por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez", en su artículo 23 que;

Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación, la administradora de fondos de pensiones con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las juntas 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 otorgada por la entidad promotora de salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Es a partir de este punto de la incapacidad que comienzan a presentarse dilemas respecto a la responsabilidad económica de la incapacidad, ya que el empleador a partir de este punto ya no puede hacer recobros a la EPS, y legalmente, cesa su responsabilidad por de pago salarial consignada en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo que tiene que trasladar este pago a

la AFP, aunque, con cumplimiento del requisito adicional contemplado para el caso (Jaramillo y Toro, 2010). Al respecto, debe indicarse que a partir de esta fecha se deja de causar la prestación del servicio, por lo que el empleador puede suspender el pago salarial.

Se considera, que lo central en este caso recae sobre el concepto favorable de rehabilitación que menciona la norma antes citada, el cual debió darse antes del día 120 de la incapacidad, ya que es con base en este, que las EPS pueden seguir postergando la incapacidad hasta un término máximo de 360 días como también el trámite de calificación ante las juntas de calificación de invalidez que se señala en la norma, tiempo en el cual se puede seguir recibiendo el subsidio económico equivalente de la incapacidad, que debe ser igual en valor, al liquidado luego del día 90 de la incapacidad (Naranjo, 2015).

Sucede que en el caso de que el concepto de rehabilitación sea desfavorable, está en las EPS valorar la pérdida de capacidad laboral del cotizante, para determinar si hay lugar a una eventual pensión por invalidez que es pagada por la AFP, lo que implica, una obligatoria responsabilidad de la AFP para pagar en cualquiera de los dos casos la incapacidad, lo cual no siempre sucede, dada la tramitología del concepto favorable o no de la rehabilitación, sirviendo esto para mostrar un tercer escenario, y es que si la EPS no hace envío a la AFP de dicho concepto, la primera deberá hacerse responsable del pago de la incapacidad, hasta que este se emita y sea recibido por la AFP (Naranjo, 2015).

Esto lleva a sugerir, a que luego del día 120 de incapacidad se podría abogar por que el empleador, contemplando que artículo 121 del Decreto Ley Antitrámites les atribuyó a estos la obligación, comience a consultar a la EPS si ya ha realizado el envío a la AFP del concepto de rehabilitación o no de la persona incapacitada, para evitar la desprotección económica del empleado luego de que se completen los 180 días de incapacidad, aunque se advierte, que esta no es una responsabilidad del mismo, sino más bien una acción de solidaridad con el empleado, previendo que su incapacidad se extienda más de 180 días, y la empresa deja de hacer el pago de salario (Naranjo, 2015).

En lo explicado de lo que sucede con la incapacidad luego del día 180, se genera el análisis que quiere darse por el actual documento, particularmente para los casos en que el trabajador queda en una desprotección económica, generada en el hecho que ya se indicaba, que es la cesación del pago por parte del empleador puesto que este ya no puede hacer recobro a la EPS, en tanto puede legalmente, dejar de hacer el pago salarial, aunque, en caso de que al trabajador la AFP le reconozca el pago de la incapacidad, le puede quedar un posible problema jurídico adicional, que es el que se explica a continuación.

Se mencionó que la incapacidad cuando cumple su día 180, puede ser prorrogada hasta 360 días más, lo que significa que una incapacidad puede extenderse por 540 días, recordando que luego del día 180, el pago corresponde a la AFP, ahora, en el momento que se llegue al día 540, puede ocurrir dos cosas con dicha incapacidad; la primera, que la EPS por junta de invalidez califique la

pérdida de más del 50% de la capacidad laboral del trabajador, lo que da paso a la pensión de invalidez.

En un segundo lugar está una situación algo más compleja, en relación a que la EPS no reconozca la pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, por lo que le sigue otorgando las incapacidades, sin embargo, la AFP puede decir que la norma habla del pago de incapacidad desde el día 181 hasta el día 540, por lo que deja de pagar la incapacidad (Bolaños, 2015; Aristizábal, 2011), y es allí, donde el trabajador debe acudir al mecanismo de la tutela, para buscar el amparo de sus derechos, y con razón, los jueces han ordenado a las AFP seguir con el pago de la incapacidad.

El tema como se ve, da lugar a diferentes problematizaciones jurídicas que son las que han llegado a dirimir los jueces, de allí, que pueda reconocerse una jurisprudencia en la materia, que es la que a continuación se expone, dando especial atención a la Sentencia T-333 de 2013 de la Corte Constitucional, que puede identificarse como sentencia hito para el tema en comento, logrando dar soporte al panorama jurídico a seguirse para los casos de incapacidad por enfermedad o accidente común, cuya extensión es superior a 180 días, esto, para su aspecto económico.

La jurisprudencia al respecto: el caso de la Sentencia T-333 de 2013 y la responsabilidad de los AFP en cumplimiento de las providencias judiciales para el pago de incapacidades de origen común

El pago de la incapacidades de origen no laboral o profesional, es como se ha visto un tema que tiene una regularización normativa, bajo el amparo del derecho reconocido constitucionalmente en los artículos 49 al 53, en atención a una garantía que tienen los ciudadanos para acceder a los servicios de promoción, protección, prevención, rehabilitación y recuperación de la salud, cuando esta se ha visto afectada por una accidente o enfermedad no laboral, generando las incapacidades de origen común, en derecho que se desarrolla por el Decreto 1049 de 1999, este, a su vez modificado por el 2943 de diciembre 17 de 2013.

Por lo anterior, resulta evidente que cualquier ciudadano en una situación como la que es que no encuentre por parte de la AFP respuesta en el pago económico de su incapacidad de origen común luego del día 180, puede alegar vulneración en sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida, a la seguridad social, a la dignidad humana y a la igualdad, toda vez, que el no pago del subsidio de incapacidad, signifique poner en riesgo el ingreso y atención económica de su grupo familiar, tal y como lo manifiesta el accionante en la tutela que da lugar al fallo de Sentencia T-333 de 2013, proferido por la Corte Constitucional.

Sin embargo, para la comprensión global de este tipo de casos, resulta pertinente exponer los argumentos que exponen las AFP, y en el caso particular

de la Sentencia ING Pensiones y Cesantías, que recaen en sostener que las ni esta, ni ninguna otra AFP, tiene entre sus objetos sociales el pago de incapacidades, sumando que en el cumplimiento de la norma, las AFP tienden a subcontratar compañías aseguradoras, para que las mismas hagan lugar a los pagos en los casos que se obligue a las mismas, con el cumplimiento de requisitos, a hacerlo.

De otra parte, alega el accionado que, según lo citado en la Sentencia en comento; “los pagos de incapacidades a cargos de las administradoras de pensiones, esto es, de su patrimonio, afectan la sostenibilidad financiera de los fondos de pensiones”, por lo que suponen, que dichas cuentas deban endosarse a la subcuenta de solidaridad del Fosyga, aduciendo que esta es un tema relacionado con el Sistema General de Seguridad en Salud y no con el tema de Pensiones, concluyendo que esta debe ser una materia, que como lo explican, debe ser regulada por el Gobierno Nacional, por lo que parte del problema jurídico que resuelve la sala se decanta en determinar si, (la EPS);

[p]odía rehusarse a realizar el pago, con el argumento de que ya había cancelado los primeros 180 días de incapacidad y si ING Pensiones podía hacer lo propio, aduciendo que no es ella, sino su aseguradora, la encargada de pagar el subsidio. (Corte Constitucional, Sentencia T-333 de 2013)

Como puede verse la sentencia estudiada recoge estructuralmente el problema jurídico que quiere analizarse en el actual documento, máxime que como sentencia, puede considerarse unificadora de materia en lo que procede al pago de incapacidades de este tipo, puesto que se analiza en la misma los

referentes normativos y jurisprudenciales relacionados con el pago del subsidio, luego de transcurridos los primeros 180 días de incapacidad, cuando la misma fuese reconocida como enfermedad o accidente de origen común.

Para su estudio, la sentencia hace una rigurosa exposición normativa, como la que en acápite anterior se hizo para el actual documento, reconociendo que en evidencia, la responsabilidad en principio compete a las AFP, aun cuando estas acudan a cargar al seguro respectivo que las mismas contratan, el pago de subsidio por incapacidad, reconociendo también, que este pago viene supeditado a que se llene el requisito del concepto de rehabilitación para el pago de esta, que en caso contrario, debe seguir haciendo la EPS, hasta que esta haga llegar a la AFP dicho concepto. Puesto que el Decreto Ley 19 de 2012, es el que hace esta aclaración, y determina que es obligación del empleador gestionar para que la EPS haga llegar a la AFP dicho concepto, la Corte Constitucional señala;

Lo que cambió con la entrada en vigencia del estatuto antitrámites, el pasado 10 de enero de 2012, es que las AFP no tendrán que pagar las incapacidades subsiguientes a los 180 primeros días, cuando las EPS no expidan el concepto favorable de rehabilitación.

Esto, lejos de inaugurar un nuevo régimen de responsabilidades sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en un evento de origen común -en los términos sugeridos por ING Pensiones al responder a la tutela promovida por el señor Bautista- lo que implica es un mayor compromiso de los empleadores y las EPS en la tarea de garantizar que el trabajador acceda oportunamente a esas prestaciones económicas, para que pueda asegurar su sustento y dedicarse a recuperar plenamente las

condiciones de salud en virtud de las cuales podía desempeñar su empleo.

Considera la Corte, necesario recoger y dilucidar de manera expositiva el ordenamiento normativo que sigue el pago de incapacidades por enfermedad o accidente de origen común, desde el día 1 hasta el día 540 en atención a la normatividad vigente en la materia, lo cual expone en su sentencia y es reproducido a continuación, para el cual se incluye la respectiva modificación normativa del Decreto 2943 de diciembre 17 de 2013, que modifica el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1049 de 1999:

Ilustración 1. Responsabilidades en el reconocimiento y pago de incapacidades de origen común



Elaboración propia a partir de bibliografía y jurisprudencia consultada.

La Corte, con ocasión de lo expuesto anteriormente, brinda solución a otra problemática que se explicaba en el acápite anterior, en relación a la responsabilidad a darse luego del día 540, cuya claridad normativa no estaba dada, y donde la Corte señala que en caso de que si la pérdida de capacidad laboral no es mayor al 50%, debe haber un reintegro en el cargo, que como se explicaba, era procedente acudir a la acción de tutela para que la AFP siguiera pagando el subsidio, lo cual según lo dicho por la Corte, no debe ser así.

Si el concepto de rehabilitación no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la junta de calificación de invalidez, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si esta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva. Si es menor del 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad. (Corte Constitucional, Sentencia T-333 de 2013)

Esto permite plantear que es necesaria una regularización en la materia, por la que se determine tal responsabilidad, ya que se puede acudir a argumentos tales como el que el trabajador posiblemente tenga problemas de desplazamiento, tenga que someterse a tratamientos específicos con regularidad, que su incapacidad lo lleve a estar frecuentemente hospitalizado o con asistencia médica, o que la actividad laboral por el mismo entorno puede complicar su situación inicial de incapacidad, para considerar, que imposibilitan su regreso al entorno laboral, considerando al respecto, que la Corte debió decidir que luego del día 540,

correspondía a la AFP, continuar con el pago del subsidio de incapacidad, hasta que finalmente la junta de invalidez decidiera.

Por otro lado, el contenido de la responsabilidad que intenta evadir en el caso concreto estudiado el Fondo de Pensiones, es abordado por la Corte Constitucional a partir del raciocinio por el que argumenta, que ante todo las entidades públicas o privadas que son parte del Sistema General de Seguridad Social, les incumbe una responsabilidad de ante todo, garantizar cobertura al afiliado para que precisamente se evite la vulneración de los derechos fundamentales de los que son partícipes del mismo como afiliados, señalando sobre los argumentos que da la AFP que;

Tales argumentos, lejos de justificar el proceder de la AFP demandada, reflejan su absoluta indolencia con la difícil situación que estaba soportando el señor Bautista al verse aquejado por una enfermedad catastrófica e implican un total desconocimiento de los principios constitucionales de universalidad, eficiencia y solidaridad intrínsecos al derecho irrenunciable a la seguridad social; de las obligaciones que el legislador les impuso a las instituciones encargadas de garantizar la cobertura de las prestaciones económicas del SGSSI y de la jurisprudencia constitucional que ha prevenido a los actores del sistema sobre la imposibilidad de evadir sus obligaciones escudándose en disputas administrativas que en nada incumben a sus afiliados.

No es cierto que las aseguradoras sean las llamadas a pagar las incapacidades laborales subsiguientes a los primeros 180 días de incapacidad ni, mucho menos, que el pago del subsidio esté sujeto a que den su autorización al respecto. Tampoco, que sean ellas las

encargadas de “postergar la calificación” de la pérdida de la capacidad laboral de los afiliados.

El Decreto 2463 de 2001 señala, con toda claridad, que es a las AFP a las que les corresponde “postergar el trámite de calificación ante las juntas 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 otorgada por la entidad promotora de salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador”, cuando este sufra un accidente o enfermedad común y exista concepto favorable de rehabilitación.

Y si bien la norma vinculaba la posibilidad de postergar el trámite de calificación de la invalidez y el pago del subsidio con la “autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente”, tal previsión no conducía a supeditar la cancelación efectiva de las incapacidades a lo que sobre el particular decidiera una compañía que es totalmente ajena a la relación que mantienen los afiliados al SGSSI con sus fondos de pensiones.

Pretender que la alusión a la referida autorización exima a las AFP de gestionar el pago oportuno de una incapacidad laboral denota, por eso, una auténtica trasgresión del régimen jurídico y de los lineamientos que ha fijado esta corporación al pronunciarse sobre la responsabilidad de las AFP en el cubrimiento de las contingencias económicas y de salud de los afiliados al SGSSI.

De manera que, para la Corte resulta inadmisibles, no más que contrarios a derecho los argumentos esgrimidos por la AFP para negar el subsidio de incapacidad al accionante, estableciendo, a partir de esta sentencia, los

contenidos normativos que rigen el pago de incapacidades desde el día 181, por lo que previene a la AFP, en comentario que puede ser extensivo a todas las AFP, que se abstenga de “de retrasar o negar el reconocimiento de las prestaciones económicas de sus afiliados amparándose en la supuesta responsabilidad que tendrían sus aseguradoras en esa materia”, ya que como se hace evidente, estos resultan siendo no más que meras excusas, para retrasar una obligación que legalmente les compete.

Conclusiones

Como se expuso en la problematización del actual documento, la responsabilidad del pago de la incapacidad luego del día 180 cuando esta es una incapacidad generada por enfermedad o accidente común, fue el tema desarrollado normativo y jurisprudencialmente, puesto que se reconoce, que está no es asumida de manera clara y eficiente por parte de su responsable, que según la ley son las AFP.

El problema jurídico que engloba el desarrollo de la investigación, a saber, el de analizar la claridad normativa y jurisprudencial existente en relación al pago de incapacidades por enfermedad o accidente común luego del día 180, se desarrolla teniendo en cuenta los repetitivos casos en los que el cotizante debe acudir a mecanismos constitucionales como el de la tutela para ver protegidos sus derechos fundamentales, tales como; la salud, y el mínimo vital, ante las

dificultades que encuentra luego del día 180 para recibir el pago económico de su incapacidad.

En la realización del documento, se llevó a cabo una exposición normativa de lo que sucede con la incapacidad luego del día 180, particularmente para los casos en que el trabajador queda en una desprotección económica, generada en el hecho de que hay cesación del pago por parte del empleador puesto que este ya no es responsable según lo indica el Código Sustantivo del Trabajo, sumado a que ya no puede hacer recobro a la EPS, en tanto puede legalmente, dejar de hacer el pago salarial, reconociendo la responsabilidad de dicho cobro en la AFP, o EPS cuando este no haga llegar a la primera el concepto favorable o no, de rehabilitación.

Se mencionó que la incapacidad cuando cumple su día 180, puede ser prorrogada hasta 360 días más, lo que significa que una incapacidad puede extenderse por 540 días, recordando que luego del día 180, el pago corresponde a la AFP, ahora, en el momento que se llegue al día 540, puede ocurrir dos cosas con dicha incapacidad; la primera, que la junta de invalidez califique la pérdida de más del 50% de la capacidad laboral del trabajador, lo que da paso a la pensión de invalidez, o segundo, que no reconozca la pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, y en el que la Corte afirma, se debe hacer un reintegro laboral del trabajador en un puesto que se adapte a las condiciones de incapacidad.

Al respecto se planteó que era necesaria una regularización en la materia, por la que se determine tal responsabilidad, ya que se puede acudir a argumentos

tales como el que el trabajador posiblemente tenga problemas de desplazamiento, tenga que someterse a tratamientos específicos con regularidad, que su incapacidad lo lleve a estar frecuentemente hospitalizado o con asistencia médica, o que la actividad laboral por el mismo entorno puede complicar su situación inicial de incapacidad, para considerar, que imposibilitan su regreso al entorno laboral, considerando al respecto, que la Corte debió decidir que luego del día 540, correspondía a la AFP, continuar con el pago del subsidio de incapacidad, hasta que finalmente la junta de invalidez decidiera.

El tema como se ve, da lugar a diferentes problematizaciones jurídicas que son las que han llegado a dirimir los jueces, de allí, que pueda reconocerse una jurisprudencia en la materia, con especial atención en la Sentencia T-333 de 2013 de la Corte Constitucional, puede identificarse como sentencia hito para el tema en comento, logrando dar soporte al panorama jurídico a seguirse para los casos de incapacidad por enfermedad o accidente común, cuya extensión es superior a 180 días, esto, para su aspecto económico, como también para prevenir a las AFP, a abstenerse de retrasar o negar el reconocimiento de las prestaciones económicas de sus afiliados, bajo el argumento de una supuesta falta claridad en la materia, que logra ser explicada y comentada por la Corte.

Bibliografía

Aristizábal, K. V. (2011a). *La terminación del contrato de trabajo frente a la situación de discapacidad: un análisis a partir del principio de la estabilidad*

en el empleo en Colombia. (Trabajo para optar por el título de Magister en Derecho). Barranquilla: Universidad del Norte.

Aristizábal, K. V. (2011b). La estabilidad en el empleo. Un análisis de sus alcances y límites jurídicos en Colombia. *Revista DIXI*, 13(14), p. 125-137

Betancourt, R. B. (2010). Principios del derecho laboral en el sistema jurídico colombiano. *Criterio jurídico garantista*, 252-264.

Benítez, J. (2006). El principio de estabilidad laboral en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, 1992-2005. Bogotá: Universidad Externado.

Bolaños, J. (2015). *Incapacidades laborales*. Bogotá: Secretaría de Educación Distrital.

Borobia, C. (coord.) (2007). *Valoración médica y jurídica de la incapacidad laboral*. Madrid: La Ley.

Colombia. Congreso de la República (1950). *Código Sustantivo del Trabajo*. Diario Oficial: 27.407.

Colombia. Congreso de la República (Diciembre 23 de 1993). *Ley 100 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*. Diario Oficial: 41.148.

Colombia. Presidencia de la República (Noviembre 20 de 2001). *Decreto 2463 "Por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez"*. Diario Oficial: 44.652.

Colombia. Presidencia de la República (Enero 10 de 2012). *Decreto 19 “Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”*. Diario Oficial: 48.308.

Colombia. Presidencia de la República (Diciembre 17 de 2013). *Decreto 2943 “Por el cual se modifica el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999”*. Diario Oficial: 49.007.

Colombia. Corte Constitucional (18 de julio de 2007). *Sentencia C-543*. Referencia: expediente D-6594.

Colombia. Corte Constitucional (11 de junio de 2013). *Sentencia T-333*. Referencia: Expediente T- 3775923.

Echeverri, L. M., & Escobar, M. L. (2012). Presente y futuro de la calificación de invalidez en Colombia. *Revista CES Derecho*, 3(1), 85-91.

Goyes, I., & Oviedo, M. (2007). *Principios del derecho laboral: líneas jurisprudenciales*. Pasto: Universidad de Nariño.

Goyes, I., & Oviedo, M. (2012). *Principios de la Seguridad Social en Pensiones*. Pasto: Universidad de Nariño.

Guerrero, R., Gallego, A. I., Becerril-Montekio, V., & Vásquez, J. (2011). Sistema de salud de Colombia. *Salud Pública de México*, 53, s144-s155.

Holguín, D. F., & Luna, A. (2012). *Análisis al contexto de la propuesta: "por el cual se regula el sistema de pensión por enfermedad superior a 180 días y se modifica el régimen de terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador"*. Trabajo de grado para optar por el título de abogado. Universidad de San Buenaventura.

Jaramillo, G. A., & Toro, R. D. (2010). *Prestaciones económicas en el sistema de seguridad social integral régimen contributivo*. Trabajo de grado para optar por el título de Especialista en Medicina del Trabajo y Laboral. Universidad CES.

Marín, E. C., Hoyos, G. M., Jiménez, A. L., Méndez, J. L., & Velez, J. C. (2015). *Manual de incapacidades médicas temporales en Colombia*. Trabajo de grado para optar por el título de Especialista en gerencia de la seguridad social. Universidad CES.

Mejía, C. A. (2015). Pensión de invalidez de origen mixto y responsabilidad económica de las aseguradoras, en el sistema pensional colombiano. *Diálogos de Derecho y Política*, (15).

Monsalve, G. A. (2011). *El derecho colombiano de la seguridad social*. Legis.

Moreno, I. G., & Oviedo, M. H. (2012). ¿Los principios del derecho laboral y la seguridad social dinamizan la jurisprudencia constitucional en Colombia? *Entramado*, 8(2), 168-183.

Naranjo, C. M. (2015). *Proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral (PCL)*. Trabajo de grado para optar por el título de Especialista en Seguridad Social. Universidad de Manizales.

Organización Mundial de la Salud (2001). *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud «CIF»*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Pardo Jourdin, Y. E. (2014). *Los vacíos de la ley colombiana frente a la pensión de invalidez de origen común*. (Doctoral dissertation, Universidad Nacional de Colombia).

Perdomo, I. (2008). *Ineficacia del despido de los trabajadores limitados físicamente*. En: Perdomo, I. (coord.). *Estudios jurídicos y económicos en el escenario laboral*. Bogotá: Universidad La Gran Colombia.