

**Garantías Jurídico - Procesales de los Sujetos en la Relación Laboral en
Colombia Frente a las Incapacidades de Origen Común del Trabajador
Cuando es Superior a 180 Días.**

Karen Karina Redondo Medina

Omar De Jesús Granados Delgado

Tutora: Dra. Inés Rodríguez Lara

Universidad Simón Bolívar

Maestría En Derecho Procesal

Cohorte 5

Barranquilla - Colombia

2019.

Contenido

Título del Proyecto.	5
Resumen.....	6
Palabras claves: Garantías, Jurídico –Procesal, Incapacidades, origen común.....	8
Abstract	8
Planteamiento y Formulación del Problema.....	11
Matriz 1:Sistematización del problema de investigación.	18
Matriz No. 1. Sistematización del Problema.	18
1. Justificación Teórica	21
2. Justificación Metodológica.....	21
3. Justificación Práctica	22
Objetivos	23
Objetivo general.....	23
Objetivos específicos.....	23
Matriz No. 2. Congruencia del problema con los objetivos.	24
Referentes	25
Referentes Históricos	25
Referentes Legales	29
Gráfico No 1. Referente Legal – Pirámide de Kelsen.	36
Referentes Teóricos	37
Referente Conceptual	39
Derecho a la salud	39
Diseño Metodológico	42
Paradigma de Investigación	42
Tipo de Investigación	42
Método.....	43

Técnicas e Instrumentos	44
Población y Muestra.....	44
Gráfico No. 2. Articulación metodológica.	45
Diseño de Plan de Datos	46
Gestión del Dato.....	46
Obtención del Dato	46
- Formato de análisis de los referentes bibliográficos.....	47
Recolección del Dato.....	47
Procesamiento del Dato	47
Matriz 3. Plan de Análisis Metodológico.....	49
Capítulo I	50
Conceptos Básicos Sobre la Protección del Trabajador Incapacitado con Enfermedad de Origen Común	50
Tabla No. 1. Diferencias de conceptos.....	59
Tabla No 2. Reglas aplicables para el reconocimiento de incapacidades.	76
Tabla No. 3. Modo de pago de las incapacidades en tiempo	81
Conclusiones del capítulo.....	81
Bibliografía	83
Capitulo II	86
Normatividad Colombiana que regula la protección de incapacidades por enfermedades de origen común.....	86
Conclusiones del capítulo II.....	99
Bibliografía	100
Capitulo III	102
Jurisprudencia Proferida por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional Colombiana que Establecen los Aspectos Procesales a Seguir Cuando Existe Incapacidad de Origen Común que Supera los 180 Días.	102

Flujo grama No. 1.	105
Flujo grama No. 2.	109
Gráfico No. 4.	111
Flujo grama No. 3. Reconocimiento y pago de incapacidades de origen común.	117
Conclusiones del capítulo.....	139
Bibliografía	141
Capitulo IV	146
Posturas Doctrinales Nacionales e Internacionales, Referentes a las Garantías Jurídico - Procesales Sobre Incapacidades de Origen Común Mayor de 180 Días	146
“Artículo 727. Pueden promover este proceso:	189
Bibliografía	191
Capítulo V	194
Concepciones de Empleadores, Trabajadores, Abogados, Representantes de Entidades de Seguridad Social en Relación con las Garantías Jurídico - Procesales en las Incapacidades por Riesgo Común por Más de 180 Días.....	194
Conclusiones del capítulo.....	236
Bibliografía	237
Conclusiones y resultados	241
Bibliografía	247

Título del Proyecto.

**Garantías Jurídico - Procesales de los Sujetos en la Relación Laboral en
Colombia Frente a las Incapacidades de Origen Común del Trabajador
Cuando es Superior a 180 Días.**

Resumen

Las Garantías jurídico – procesales de los sujetos en la relación laboral en Colombia, frente a las incapacidades de origen común del trabajador cuando es superior a 180 días, es un análisis conceptual, teórico, normativo y jurisprudencial, que se extiende hasta la realidad representada en las voces de los trabajadores, empleadores, abogados, entidades de la seguridad social, como actores en una problemática jurídica cotidiana que refleja la crisis actual de las instituciones, donde se evidencia que pese al esfuerzo cargado en las fuentes formales del derecho, existe una marcada omisión en los responsables de las cargas económicas y asistenciales durante la contingencia de la enfermedad de origen común, que aumenta la vulnerabilidad especialmente de la parte más débil de la relación laboral, poniendo en riesgo su mínimo vital, su recuperación e incluso su eventual pensión por invalidez.

En este orden de ideas, se planteó como objetivo general a alcanzar en el presente trabajo: analizar las garantías jurídico - procesales de los sujetos en la relación laboral en Colombia cuando la incapacidad de origen común del trabajador es superior a 180 días, el cual se logró bajo el desarrollo de los siguientes como objetivos específicos y que finalmente se constituyeron en desarrollo de capítulos del trabajo investigativo: 1). Definir conceptos básicos sobre la protección del trabajador incapacitado con enfermedad de origen común; 2). Interpretar la normatividad colombiana que regula la protección de incapacidades de origen común; 3). Analizar la jurisprudencia proferida por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional Colombiana que establecen los aspectos procesales a seguir cuando existe incapacidad de origen común que supera los 180 días; 4). Examinar las posturas doctrinales nacionales e internacionales dentro del contexto latinoamericano, referentes a las garantías jurídico - procesales sobre incapacidades de origen común mayor de 180 días; 5). Conocer las concepciones de empleadores, trabajadores, abogados, representantes de entidades de seguridad social en relación con las garantías jurídico-procesales en las incapacidades por riesgo común por más de 180 días;

todo bajo el empleo de un método hermenéutico, al ser una investigación cualitativa.

Como hallazgos o resultados de esta investigación, se puede destacar ciertamente que los sujetos de la relación laboral cuentan con unas importantes garantías bajo la contingencia de la enfermedad del trabajador que supera 180 días, las cuales se encuentran principalmente sentadas en la norma y la jurisprudencia que ha regulado este aspecto, las cuales se detallan en cada uno de los capítulos desarrollados; no obstante, se considera que no están totalmente dadas las citadas garantías para las partes del contrato de trabajo, dado que de manera especial a partir del día 181 se generan situaciones que pueden colocar en desequilibrio la estabilidad en la cual las partes podían encontrarse, como por ejemplo cuando a partir de este término la carga económica del subsidio de incapacidad se encuentra a cargo de la administradora del fondo de pensiones (AFP), pero la norma indica que dicha responsabilidad se genera siempre y cuando se haya emitido concepto favorable de recuperación por parte de la entidad promotora de salud (EPS) a la que se encuentre afiliado el trabajador (Colombia P. d., Decreto 019, 2011²); lo cual ha significado que cuando la EPS no emite el concepto de recuperación dentro del término legal o que el mismo se emite pero no es favorable, se someta al trabajador afiliado a un vaivén entre los entes responsables aumentando aún más su menoscabo. Otro ejemplo que se puede traer a colación como resultado de la presente investigación y que en la misma se considera falencia en las garantías jurídico – procesales, es cuando se procede a la calificación de pérdida de capacidad laboral del trabajador y la misma resulta ser inferior al 50%; en este caso de seguirse generando incapacidades, las cargas económicas por concepto de subsidio de incapacidad no han sido desarrollados por la norma, sino por la jurisprudencia a través de sentencias de tutelas, a partir de las cuales el Juez Constitucional ha obligado a la AFP a seguir cubriendo dicho subsidio de incapacidad, no obstante esta circunstancia ha sido amparada a través del mecanismo de tutela, lo cual representa un necesario estudio de cada caso en particular, aunado a que de no

hacer uso el afiliado de esta acción podría quedar desamparado totalmente en este sentido.

Por último, para traer a colación otros hallazgos de este compromiso investigativo, se tiene que en lo que respecta a la causal para dar por terminado el contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador prevista en el artículo 62, numeral 15, literal a) (Colombia P. d., Código Sustantivo del Trabajo, 1950), en el que se prevé que cuando el trabajador tiene una incapacidad superior a 180 días, se genera automáticamente una causal objetiva de terminación de la relación laboral; sin embargo la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han asumido posiciones paralelas (SL4033, 2018); (Sentencia SU 049, 2017), que podrían generar inseguridad jurídica en una u otra parte, de acuerdo al tribunal que se acate en su interpretación en lo atinente a los temas de estabilidad laboral reforzada en estado de debilidad manifiesta (Congreso de la Republica de Colombia, 1997).

Palabras claves: Garantías, Jurídico –Procesal, Incapacidades, origen común

Abstract

The legal - procedural guarantees of the subjects in the labor relationship in Colombia, in the face of disabilities of common origin of the worker when it exceeds 180 days, is a conceptual, theoretical, normative and jurisprudential analysis, which extends to the reality represented in the voices of workers, employers, lawyers, social security entities, as actors in a daily legal problem that reflects the current crisis of the institutions, where it is evident that despite the effort loaded on the formal sources of law, there is a marked omission in those responsible for the economic and care burdens during the contingency of the disease of common origin, which increases vulnerability, especially in the weakest part of the employment relationship, putting at risk their minimum vital, their recovery and even their eventual pension for disability.

Based on this, the general objective to be achieved in this work was stated: to analyze the legal and procedural guarantees of the subjects in the labor relationship in Colombia when the worker's common disability of more than 180 days, which is achieved under the development of the following specific objectives and that finally became chapters of the

research work: 1). Define basic concepts on the protection of disabled workers with diseases of common origin; two). Interpret the Colombian regulations that regulate the protection of disabilities of common origin; 3). Analyze the jurisprudence issued by the Supreme Court of Justice and the Colombian Constitutional Court that established the procedural aspects to follow when there is incapacity of common origin that exceeds 180 days; 4). Examine the national and international doctrinal positions within the Latin American context, referring to the legal - procedural guarantees on disabilities of common origin greater than 180 days; 5). Know the conceptions of employers, workers, lawyers, representatives of social security entities in relation to legal-procedural guarantees in disabilities due to common risk for more than 180 days; all under the use of a hermeneutical method, being a qualitative research.

As findings or results of this research, it can certainly be highlighted that the subjects of the employment relationship have important guarantees under the contingency of the worker's illness that exceeds 180 days, which are mainly established in the norm and jurisprudence that has regulated this aspect, which are detailed in each of the chapters developed; However, it is considered that the aforementioned guarantees for the parties to the employment contract are not fully given, since especially from day 181 situations are generated that may place the stability in which the parties could find themselves in imbalance, such as for example, when from this term the economic burden of the disability subsidy is borne by the administrator of the pension fund (AFP), but the norm indicates that said responsibility is generated as long as a favorable concept of recovery has been issued for part of the health promoting entity (EPS) to which the worker is affiliated (Colombia P. d., Decree 019, 201 | 2); This has meant that when the EPS does not issue the concept of recovery within the legal term or that it is issued but it is not favorable, the affiliated worker is subject to a fluctuation between the responsible entities, further increasing its impairment. Another example that can be brought up as a result of this investigation and which is considered a failure in the legal - procedural guarantees, is when the loss of work capacity of the worker is classified and it turns out to be less than fifty%; In this case of continuing to generate disabilities, the economic burdens for disability benefits have not been developed by the norm, but by jurisprudence through judgments of guardianships, from which the Constitutional Judge has forced the AFP to continue to cover said disability allowance, despite this circumstance has been covered through the guardianship mechanism, which represents a necessary study of each case in

particular, together with the fact that if the member of this action does not make use of it, it could be totally abandoned in this sense.

Lastly, to bring up other findings of this investigative commitment, it is necessary with regard to the grounds for terminating the employment contract for just cause by the employer provided for in article 62, numeral 15, literal a) (Colombia P. d., Substantive Labor Code, 1950), which provides that when the worker has a disability of more than 180 days, a cause is automatically generated objective of termination of the employment relationship; however, the Supreme Court of Justice and the Constitutional Court have assumed parallel positions (SL4033, 2018); (Judgment SU 049, 2017), which could generate legal uncertainty in one party or another, according to the court that abides by its interpretation regarding the issues of reinforced job stability in a state of manifest weakness (Congress of the Republic of Colombia, 1997).Key Word

Guarantees, Legal-Procedural, Disabilities, common origin

Planteamiento y Formulación del Problema

En Colombia se encuentra previsto en el artículo 29 de la Carta Política (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), que a todas las personas les debe ser respetado el debido proceso, no solo en sede judicial sino también en aquellos casos administrativos públicos o privados, al igual que en asuntos en el que puedan verse afectados derechos fundamentales por una decisión de cualquier tipo de entidad. Para la exigencia de ese debido proceso, es necesario que existan unos procedimientos claramente establecidos a fin de que no se vean vulnerados derechos fundamentales amparados en normas del orden nacional o por normas supranacionales adoptadas a través de bloque de constitucionalidad, pero siempre bajo la premisa de que se proteja a cualquiera de los asociados.

En lo que concierne a las incapacidades laborales, cuyo origen puede ser común o profesional (Congreso de La Republica de Colombia, 1993), existe un conjunto de normas que regulan tanto las prestaciones económicas que han de recibir los trabajadores que se encuentren frente a estas contingencias como también los comportamientos, decisiones y procedimientos que deben asumir las entidades que están encargadas de brindar el apoyo, soporte en salud, pensión y prestaciones económicas a dicho trabajador en este tipo de contingencias, y que tienen incidencia directa en ese estado de incapacidad.

Así entonces, si se trata de una incapacidad de origen laboral o profesional, los procedimientos a seguir los debe ejercer el empleador en compañía o bajo la ayuda de la administradora de riesgos laborales (ARL) decreto 1295 (Colombia, 1994), a la que se encuentren afiliados sus trabajadores y en algunos casos la administradoras de fondos de pensiones (AFP) donde se encuentra afiliado el trabajador afectado; ahora bien, si se trata de una incapacidad por enfermedad de origen común, los llamados a responder de acuerdo a los parámetros dispuestos para cada circunstancia son: el empleador, la empresa promotora de salud (EPS)

y también la administradora de fondos de pensión (AFP) a la cual estuviera afiliado el Trabajador (Congreso de La Republica de Colombia, 1993).

Conforme lo expuesto, el proyecto de investigación se delimitará a analizar las garantías jurídico - procesales de los sujetos de la relación laboral cuando la incapacidad de origen común del trabajador es superior a 180 días, en consecuencia, será preciso identificar cuáles son las garantías y los procedimientos previstos en la norma y la jurisprudencia entorno a la contingencia de la enfermedad en los términos mencionados, en consecuencia, será posible evidenciar si existen las citadas garantías para el empleador y para el trabajador bajo estas circunstancias, donde evidentemente el sujeto pasivo de la relación laboral, no puede cumplir durante el prolongado periodo de 180 días o más con uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, como lo es la prestación del servicio.

Si bien existen normas reguladoras sobre aquellos que tienen a cargo la responsabilidad de la prestación económica durante la existencia de la incapacidad por enfermedades o accidente de origen común, tal y como lo prevé el artículo 227 del (Colombia P. d., Código Sustantivo del Trabajo, 1950), artículo 206 de la ley 100 (Congreso de La Republica de Colombia, 1993), el decreto (Decreto 1409 de 1999, 2019), modificado por el decreto (Colombia P. d., Decreto 2943, 2013) y (Colombia P. d., Decreto 1333, 2018), y otras normas concordantes sobre la materia; también es cierto que las partes dentro de la relación laboral pueden considerar que no cuentan las garantías en materia jurídica y de procedimientos al momento que el trabajador presenta una incapacidad de origen común que supera los 180 días, bien sea porque quien tiene la responsabilidad en determinado periodo, no cumple con lo que le corresponde o porque existieren confrontaciones o dificultades normativas que influyen directamente con la obligación a cargo de cada actor, lo que trae como consecuencia fallas tales como: la dilación en la emisión del concepto de recuperación, la calificación de pérdida de capacidad laboral (CPCL), el pago de auxilio o subsidio de incapacidad, la terminación por justa causa del contrato de trabajo a ese

trabajador en estado de debilidad manifiesta, la prolongación indefinida de una existencia de relación laboral que genera consecuencias económicas para el empleador, etc.

Si se hace una revisión de las normas relacionadas en el párrafo anterior, en especial la que está en el artículo 227 del (Colombia P. d., Código Sustantivo del Trabajo, 1950) y en el artículo 206 de la ley 100 (Congreso de La Republica de Colombia, 1993), se tiene que:

En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no laboral, el trabajador tiene derecho a que la EPS le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras ($2/3$) partes del salario durante los noventa (90) días, y la mitad del salario por el tiempo restante (Congreso de La Republica de Colombia, 1993).

Vale aclarar que posteriormente hubo un minúsculo cambio con el artículo 40 del decreto (Colombia P. d., Decreto 1406, 1999), modificado por el artículo 01 del (Colombia P. d., Decreto 2943, 2013), respecto a quien tenía la responsabilidad de asumir esta prestación económica, ya que se estableció en este aspecto lo siguiente:

Estarán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado y de las entidades promotoras de salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente (Colombia P. d., Decreto 1406, 1999), modificado por el artículo 01 del (Colombia P. d., Decreto 2943, 2013).

Como se puede ver es evidente la progresión de la norma en cuanto a quien le corresponde cancelar las incapacidades y desde qué momento, hecho que incide directamente al momento de hacer efectivas las citadas garantías; sin embargo, es claro que el reconocimiento económico no es el único derecho que

tiene el trabajador bajo la incapacidad, pues también existen otros de trascendental importancia como por ejemplo: la estabilidad reforzada en estado de debilidad manifiesta, las prestaciones sociales y asistenciales, la eventual pensión de invalidez, el derecho a la rehabilitación, la reubicación laboral, entre otros; del mismo modo el empleador tiene unos derechos, como por ejemplo, la sostenibilidad financiera de su empresa, el no ser objeto de enriquecimiento sin justa causa, entre otros que contribuyen a la economía de un sector financiero o económico. Por ello y bajo la existencia de derechos e intereses de cada una de las partes, donde además luego confluyen otros intereses como los de las entidades responsables de atender estas prerrogativas, puede generarse una lucha entre todos estos actores, que llegue a afectar las garantías de unos u otros interesados, lo que hace más imperioso analizar las garantías jurídico – procesales que rodean la presente temática, obligando al estudio evolutivo de la norma, como por ejemplo: Artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, Decreto 770 de 1975, Artículo 206 de la ley 100 de 1993, decreto 1406 de 1999, decreto 2943 de 2013, entre muchas otras que demuestran el esfuerzo legislativo para que en efecto existan las citadas garantías.

Conforme se observa de las normas anteriormente descritas, se evidencia que los trabajadores no solo se encuentra bajo la vulnerabilidad por la contingencia de la enfermedad de origen común, sino a demás respecto a su sostenimiento básico que depende de su salario, el cual se ve disminuido considerablemente a causa de su incapacidad, toda vez que hasta los 90 días de incapacidad este desmejora solo reconociéndose un pago de las 2/3 partes del salario y luego después de este terminó, incluso después de los 180 días, solo se reconocerá la mitad de este (Colombia P. d., 1951) .

Vale anotar que una vez expirado el plazo de 180 días de incapacidad laboral general, según el artículo 41 de la ley 100 (Congreso de La Republica de Colombia, 1993), el responsable de la prestación económica cambia de la EPS a la AFP, prorrogable hasta por 360 días adicionales, (siempre y cuando exista un concepto favorable de rehabilitación) hasta tanto se produzca la calificación

superior al 50%, sin embargo en el caso en que el porcentaje no llegue al mínimo requerido para pensionarse, no obstante le sigan otorgando incapacidades, existe una dificultad normativa respecto al reconocimiento de la prestación económica y además de los procedimientos que han de seguir los sujetos de la relación laboral a partir de este momento, ya que si bien este trató de llenarse con la promulgación de la ley 1753 (Congreso de la Republica de Colombia , 2015), donde en su artículo 67, dispone que el gobierno nacional reglamentará dicho asunto, pero esto solo ocurrió hasta el reciente (Colombia P. d., Decreto 1333, 2018), con el que ha pretendido cumplirse, pero con dificultades en su reconocimiento. Es aquí donde aumenta más la travesía, de un trabajador que ha sido disminuido en su salario por encontrarse bajo la contingencia de la enfermedad y de las partes de una relación laboral en la cual una de ellas tiene un trabajador el cual no puede prestar sus servicios por encontrarse no apto para trabajar causando afectación a su negocio, y la otra es menoscabada en su supervivencia básica, ya que ha se ha visto afectado en su estabilidad económica y laboral.

Es palpable que la norma, desde el mismo artículo 227 (Colombia P. d., Código Sustantivo del Trabajo, 1950), desconoce el salario del trabajador a partir de la contingencia de la incapacidad general atribuyéndole el nombre de *auxilio* y asignándole un valor inferior al devengado por el trabajador, estableciéndole unos porcentajes de acuerdo al tiempo de incapacidad; sin embargo en buena hora, la Corte Constitucional declaro exequible de manera parcial el articulo 227 citado, pero en el entendido de que ese auxilio monetario por enfermedad no profesional, no podría ser inferior a un salario mínimo legal, pero esto no significa que no se esté frente a un menoscabo del elemento esencial del contrato de trabajo: el salario, en cuanto a su denominación y asignación. En todo caso conforme el análisis del presente problema se observa que el tema salarial no es la única garantía que se encuentra en riesgo, sino que el problema incrementa no solo en materia de derecho sustancial y se ancla también en uno de tipo procedimental cuando esta incapacidad supera los 180 días.

El problema que se visualiza al interior del presente trabajo consiste en que cuando surge la contingencia de la enfermedad, que además se prolonga hasta posterior al día 180, confluyen a partir de entonces una serie de situaciones que pueden poner en riesgo las garantías en materia jurídica y en materia procesal de los dos sujetos de la relación laboral. En lo que respecta al sujeto activo, se tiene que persiste en su nómina un trabajador que no le está prestando su servicio, objeto para el cual lo contrató y en consecuencia está afectando la economía de su empresa, ya que no está generando producción pero sí gastos e inestabilidad administrativa, del mismo modo el empleador tiene llegado ese periodo de incapacidad la facultad de dar por terminado ese contrato de trabajo por justa causa en virtud del artículo 62, numeral 15, literal a) del (Colombia P. d., Código Sustantivo del Trabajo, 1950), no obstante, corre el riesgo de que un juez mediante el mecanismo de tutela o un proceso ordinario, le ordene el reintegro y lo sancione imponiendo indemnizaciones, lo cual podría empeorar su situación.

El sujeto pasivo de la relación laboral por su parte, no solo enfrenta a la contingencia de la enfermedad, que sin duda resulta de enorme relevancia dado que afecta su integridad en todos los órdenes, sino que alrededor de la incapacidad se empieza a estrechar el sesgo de sus garantías, pues como se señaló inicialmente, se empieza con la reducción de su salario como fuente de su sostenimiento y posiblemente de su núcleo familiar, pero más a delante cuando llega el día 180 y sobre pasa de este, empiezan otro tipo de tensiones en torno al tema, como lo es la posibilidad de ser despedido por justa causa en virtud de la normatividad descrita en el párrafo anterior y por si fuera poco el vaivén de las entidades, atendiendo que a partir del día 181, la responsabilidad de la prestación económica estará en cabeza de la AFP, pero esto depende de que más tardar el día 120 haya sido expedido el concepto de rehabilitación favorable y que al día 150 se haya remitido el mismo al respectivo fondo de pensiones; cuando esto no ocurre, que es lo que en virtud de muchas sentencias de tutela se evidencia, empieza un forcejeo de carácter procesal – administrativo donde el trabajador queda solo como un triste espectador sin pago, emanando de todo esto un conflicto jurídico que solo resulta dirimido en muchos de los casos mediante la

acción constitucional de tutela, hecho que sin duda genera inseguridad jurídica para todos los sujetos de la relación laboral

En este orden de ideas, resulta relevante analizar cada una de las garantías jurídicas y procesales que tienen los sujetos de la relación laboral cuando el trabajador presenta una incapacidad de origen común superior a 180 días, ya que una vez identificada la existencia de estas y analizadas, el problema pueda ser transformado en una oportunidad para brindar soluciones desde la ciencia a través de la investigación.

.

Matriz 1:Sistematización del problema de investigación.

¿Cuáles son las garantías jurídico- procesales de los sujetos de la relación laboral en Colombia frente a las incapacidades de origen común del trabajador cuando es superior a 180 días?

Matriz No. 1. Sistematización del Problema.

TITULO: Garantías jurídico - procesales de los sujetos de la relación laboral en Colombia, frente a las incapacidades de origen común del trabajador cuando es superior a 180 días.	
OBJETIVO GENERAL: Analizar las garantías jurídico - procesales de los sujetos de la relación laboral en Colombia, cuando la incapacidad de origen común del trabajador es superior a 180 días.	
PREGUNTA PROBLEMA: ¿Cuáles son las garantías jurídico- procesales de los sujetos de la relación laboral en Colombia, frente a las incapacidades de origen común del trabajador cuando es superior a 180 días?	¿Cuáles son los conceptos básicos sobre la protección del trabajador incapacitado con enfermedad de origen común?
	¿Qué establece la normatividad colombiana que regula la protección de incapacidades por enfermedades o accidentes de origen común?
	¿Qué ha determinado la jurisprudencia proferida por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional Colombiana que establecen los aspectos procesales a seguir cuando existe incapacidad de origen común que supera los 180 días?
	¿Cuáles son las posturas doctrinales nacionales e internacionales, referentes a las garantías jurídico - procesales sobre incapacidades de origen común mayor de 180 días?
	¿Qué expresan las voces de empleadores, trabajadores, abogados, entidades de seguridad social sobre las garantías jurídicas procesales en materia de incapacidades por riesgo común que superan los 180 días?

Fuente: Construcción propia.

Justificación

La realización de este trabajo de investigación va dirigido a develar el paradigma histórico hermenéutico, cuya duda se ha generado por los distintos inconvenientes que tienen los trabajadores en Colombia cuando sufren incapacidades producidas por enfermedades de origen común, en especial cuando las mismas ya empiezan a generar incapacidades consecutivas mayores a los ciento ochenta (180) días calendarios. Es muy importante generar en las personas que consultarán este trabajo de investigación, una conciencia crítica sobre la desprotección y descuido en cuanto a los casos de enfermedades y accidentes de origen común, conllevando en su gran mayoría a las personas que lo padecen graves perjuicios económicos, emocionales y de salud, ocasionados por una constante revictimización producto de la grave, y muchas veces dolosa, negligencia de parte de las entidades a cargo de pagar las incapacidades y de generar los auxilios monetarios necesarios, que permitan al trabajador subsistir de manera congrua dentro del período que demore su recuperación o la calificación definitiva ante las junta de calificación de invalidez y que pueda eventualmente acceder a su primera mesada pensional por encontrarse discapacitado.

El encontrar a través de esta investigación las herramientas conceptuales, teóricas, normativas y jurisprudenciales necesarias que ayuden a enriquecer el conocimiento sobre este tema, contribuirá a hacer visible un problema que cada día crece más dentro de los ámbitos laborales nacionales, y que no cuentan con caminos claros dentro del mismo ámbito de problemas laborales de la misma especialidad tales como, los despidos injustos, y las incapacidades por enfermedades de origen profesional.

Este trabajo es importante para la sociedad, ya que si se analiza con el transcurrir del tiempo, distintos tipos de enfermedades y accidentes de origen común que se han masificado en la población mundial, lo que está generando en un aumento en la desprotección de los trabajadores que lo padecen, quienes al llegar un punto del desarrollo de su relación laboral, pueden terminar en desprotecciones totales y hasta hacer parte del índice de mendicidad económica

aparente, por no encontrar la manera de subsistir al encontrarse aquejado por una enfermedad de origen común incapacitante; y decimos que cualquier persona puede sufrir dichos padecimientos, ya que dentro del contexto de estas enfermedades encontramos los distintos tipos de cánceres, SIDA, enfermedades venéreas, artrosis degenerativas, y enfermedades similares que hacen que los trabajadores no laboren en igualdad de condiciones que sus similares, lo mismo ocurre cuando el trabajador sufre un accidente cuya lesión lo deja afectado de manera excesiva que prolonga su incapacidad o que peor aún, lo invalida.

Por último, una vez encontrado todos los aspectos anteriormente señalados, se pretende llegar al aspecto procedimental, en dónde se espera que a través del análisis de las garantías jurídico - procesales, el trabajador aquejado por una enfermedad o accidente de origen común, pueda acceder a una solución en virtud de su contingencia, decisiones que le generen seguridad jurídica y porque no, soluciones en tiempo prudencialmente corto, distintas a un proceso ordinario laboral o una acción de tutela con incierto resultado, por lo cual se cree que una vez identificadas y analizadas las citadas garantías, a su turno los problemas que existen en las mismas, se promueva la oportunidad para que a través de la ciencia se puedan brindar soluciones más viables; lo que sería pensar en un nuevo tipo de práctica normativa y judicial, en dónde se le de primacía a derechos fundamentales a la vida, al debido proceso y de manera conexas a la Seguridad Social.

1. Justificación Teórica

Al entrar a analizar profundamente los conceptos, normas, jurisprudencia, doctrina sobre las garantías y procedimientos en sede administrativa y judicial cuando el trabajador presenta incapacidades de origen común superior a 180 días, será posible también la identificación del problema entorno a ellas y que afectan a los sujetos de la relación laboral, en consecuencia, el conocimiento teórico permite brindar soluciones a la problemática identificada. En este sentido, se evidenciará el contexto teórico que rige a las mismas, y que se advierte que en torno al tema planteado existe una clara problemática, en tanto será posible el establecimiento de las omisiones, consecuencias, límites y sanciones para todos los actores inmersos en la contingencia de la incapacidad de origen común con la prolongación temporal que se ha establecido.

2. Justificación Metodológica

Se utilizará inicialmente el método hermenéutico dentro de una investigación cualitativa para análisis del material relevante que alimente esta investigación, el cuál provendrá principalmente de doctrinas de autores, normatividad jurídica pertinente a la materia y jurisprudencia relevante o relacionada con las incapacidades de origen común superior a 180 días.

Una segunda etapa estará determinada por entrevistas semi estructuradas, que se aplicarán sobre los actores inmersos en la temática objeto de estudio, cuyos instrumentos serán diseñados previamente para ello, que permitirá conocer su concepción entorno a las garantías jurídico- procesales de los sujetos de la relación laboral cuando el trabajador se incapacita por enfermedad o accidente de origen común superior a 180 días, en ese sentido la toma de muestra se realizará a los directos afectados, aplicándolo de manera aleatoria a empleadores, trabajadores, abogados. En cuanto a las empresas promotoras de salud, y a las

administradoras de fondos de pensiones, les serán presentados derechos de petición de consultas a fin de conocer su concepción sobre el tema propuesto.

3. Justificación Práctica

Por último se pretende que este trabajo sea una herramienta de consulta futura para académicos, jueces, legisladores y de manera especial para los sujetos de la relación laboral: empleadores y trabajadores, a fin de que sirva de insumo para el manejo procesal en sede administrativa y judicial de las incapacidades de origen común que superan los 180 días, al igual que pueda contribuir con la búsqueda de soluciones destinadas a realizar un cambio sustancial en materia de protección a los trabajadores y sus empleadores bajo las circunstancias descritas.

Objetivos

Objetivo general

Analizar las garantías jurídico - procesales de los sujetos en la relación laboral en Colombia cuando la incapacidad de origen común del trabajador es superior a 180 días.

Objetivos específicos

- Definir conceptos básicos sobre la protección del trabajador incapacitado con enfermedad de origen común.
- Interpretar la normatividad colombiana que regula la protección de incapacidades de origen común.
- Analizar la jurisprudencia proferida por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional colombiana que establecen los aspectos procesales a seguir cuando existe incapacidad de origen común que supera los 180 días.
- Examinar las posturas doctrinales nacionales e internacionales, referentes a las garantías jurídico - procesales sobre incapacidades de origen común mayor de 180 días.
- Identificar las concepciones de empleadores, trabajadores, abogados, representantes de entidades de seguridad social en relación con las garantías jurídicas- procesales en las incapacidades por riesgo común por más de 180 días.

Matriz No. 2. Congruencia del problema con los objetivos.

Título. Garantías jurídico - procesales de los sujetos de la relación laboral en Colombia frente a las incapacidades de origen común del trabajador cuando es superior a 180 días	
Objetivo General. Analizar las garantías jurídico - procesales de los sujetos de la relación laboral en Colombia cuando la incapacidad de origen común del trabajador es superior a 180 días.	Pregunta Científica. ¿Cuáles son las garantías jurídico- procesales de los sujetos de la relación laboral en Colombia, frente a las incapacidades de origen común del trabajador cuando es superior a 180 días?
Preguntas específicas	Objetivos específicos
¿Cuáles son los conceptos básicos sobre la protección del trabajador incapacitado con enfermedad de origen común?	Definir conceptos básicos sobre sobre la protección del trabajador incapacitado con enfermedad de origen común.
¿Qué establece la normatividad colombiana que regula la protección de incapacidades de origen común?	Interpretar la normatividad colombiana que regula la protección de incapacidades de origen común.
¿Qué ha determinado la jurisprudencia proferida por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional Colombiana que establecen los aspectos procesales a seguir cuando existe incapacidad de origen común que supera los 180 días?	Analizar la jurisprudencia proferida por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional Colombiana que establecen los aspectos procesales a seguir cuando existe incapacidad de origen común que supera los 180 días.
¿Cuáles son las posturas doctrinales nacionales e internacionales, referentes a las garantías jurídico - procesales sobre incapacidades de origen común mayor de 180 días	Examinar las posturas doctrinales nacionales e internacionales, referentes a las garantías jurídico - procesales sobre incapacidades de origen común mayor de 180 días.
¿Qué expresan las voces de empleadores, trabajadores, abogados, entidades de seguridad social sobre las garantías jurídicas procesales en materia de incapacidades de origen común que superan los 180 días?	Conocer las concepciones de empleadores, trabajadores, abogados, representantes de entidades de seguridad social en relación con las garantías jurídico-procesales en las incapacidades de origen común por más de 180 días.

Fuente: Construcción propia.

Referentes

Los referentes en el trabajo, son concebidos para los investigadores como los elementos históricos, legales, teóricos y conceptuales, que se constituyen en los principales conceptos que servirán como soportes para el desarrollo del proyecto de investigación, son traídos de una fase heurística y hermenéutica por distintas leyes, jurisprudencias y trabajos doctrinales bajo estos parámetros distintivos:

Referentes Históricos

Es importante revisar los procesos históricos de los que han sido objeto las garantías jurídicas de los sujetos de la relación laboral cuando el trabajador se encuentre incapacitado, y dicha incapacidad supera los 180 días, al igual que la evolución normativa de carácter procesal que se ha tenido en el país sobre este aspecto; para ello es importante dar alcance a la histórica evolución en la que ha sido protagonista la norma y la jurisprudencia y que se expone a continuación:

Sea lo primero indicar que a partir del decreto 2663 (Gobierno Nacional, 1950), artículo 229 se habla del auxilio monetario por enfermedad no profesional, siendo esta una garantía jurídica del trabajador (antes obrero), reconocida entonces cuando se encontraba en incapacidad por enfermedad no profesional comprobada, tenía derecho a que durante ese lapso le fuera reconocido un auxilio equivalente a las 2/3 partes de su salario hasta cumplirse los primeros 90 días, y luego de este término se estableció que se pagaría el auxilio en la mitad del salario hasta cumplirse máximo 180 días de incapacidad. Esta normatividad sufrió una variación el cual su numeración varió con la edición oficial del (Colombia P. d., Código Sustantivo del Trabajo, 1951), ordenada mediante el artículo 46 del decreto 3743 (Colombia P. d., Código Sustantivo del Trabajo, 1950), siendo el artículo actual de dicha normativa el 227, que solo contemplaba como garantía para el trabajador la protección de un auxilio hasta 180 días, la cual en ese momento histórico normativo se encontraba a cargo del empleador.

El empleador (entonces patrono), contaba con la carga económica de que el citado sostenimiento del trabajador incapacitado solo le era obligante hasta transcurridos 180 días, de allí en adelante podía despedirlo automáticamente por justa causa con fundamento en el artículo 62, numeral 15 del Código Sustantivo del Trabajo. No obstante, este empleador tenía una afectación a sus intereses y economía, dado este tenía la carga de además de asumir el valor correspondiente al auxilio económico del trabajador incapacitado, también debía asumir la carga de pagar el salario del trabajador que lo estaba remplazando, por consiguiente, representaba un menoscabo para este empleador en su economía e incluso en la estabilidad de su empresa, dado que debía asumir el cambio temporal entre uno y otro trabajador.

La norma ha tenido una variación histórica en tiempo, toda vez que en adelante no solo sufrió cambios en el término para el pago de auxilio monetario de incapacidad por enfermedad no profesional; sino que también cambió la carga de a quién le correspondía asumir ese valor, del mismo modo mediante sentencias de la Corte Constitucional se ha condicionado la terminación por justa causa al trabajador bajo esta circunstancia específica.

Es así como mediante (Colombia, Decreto 770 , 1975), de manera especial en los artículo 8 al 13, se precisa que el Instituto de los Seguros Sociales otorgaría al asegurado directo una serie de prestaciones y servicios allí relacionados, entre los cuales se encuentra el auxilio dinerario por enfermedad general, cambiando desde entonces la carga económica del empleador al seguro social, dado que precisa esta norma que será el Seguro Social el que otorgará esta prestación económica al afiliado; así mismo específicamente en el artículo 10 de la norma en cita, se evidencia la ampliación del pazo para el otorgamiento del auxilio, pues ya no habla solo de 180 días, sino que se hace referencia a una prórroga hasta 360 días, pero para esta prórroga solo hace mención a que en este caso el trabajador seguiría gozando solo de las prestaciones asistenciales; sin embargo ya muestra un poco de cambio dicha norma toda vez que señala que cuando se tenga que cumplir dentro de esa prórroga con el periodo a las prestaciones por invalidez, se pagaría un 50% de su salario base de cotización, hasta la definición de los servicios médicos.

Luego con la llegada de la ley 100 (Congreso de la Republica de Colombia, 1993), se clarifica con el articulo 206 a cargo de quien quedaría la prestación económica de incapacidades por enfermedades generales, las cuales estaría a cargo de las EPS del régimen contributivo; pero en el decreto 2943 (Colombia P. d., 2013) se concreta la obligación de la carga económica en caso de incapacidad por enfermedad general del trabajador, distribuyéndose así: 1). Los dos (2) primeros días de incapacidad general estarán a cargo del empleador; 2). A partir del tercer (3) día estarán a cargo de las EPS; 3). A partir del día 181 la prestación económica estaría a cargo de la AFP.

En lo que respecta a la garantía del empleador de despedir por justa causa al trabajador en razón de la contingencia aquí estudiada, se puede referenciar históricamente que, mediante (Sentencia T 468, 2010) la Honorable Corte Constitucional extendió el plazo de 180 días que tiene el empleador para emitir el despido por justa causa al trabajador conforme el numeral 15 del citado artículo 62 del Condigo Sustantivo del Trabajo, dejándolo en una prórroga máxima hasta 540 días, precisando que luego de los 181 días de incapacidad del trabajador, si existe necesidad de una prórroga esta sería ampliada ese máximo termino, el cual sería asumido y pagado por la AFP a la que se encontrara afiliado el trabajador, para lo cual era necesario un concepto previo favorable por parte de la EPS adicional con la autorización de la aseguradora que asuma el riesgo de invalides del trabajador incapacitado.

Señala esta disposición jurisprudencial, que más allá no existe (hasta ese entonces) la obligación para alguna entidad de seguridad social de reconocer prestación económica alguna. En caso de persistir en la incapacidad, la única garantía del trabajador consiste conforme a esta jurisprudencia “legislativa” en que el empleador debe agotar un procedimiento ante el Ministerio de Trabajo para autorizar su despido y así dar por terminada la relación laboral por justa causa, siendo esta ultima la garantía del empleador.

De lo anterior se desprenden varias situaciones jurídicas cuyo referente histórico es importante apreciar: 1) Es la jurisprudencia (Sentencia T 468, 2010) la que orienta la ampliación del plazo a 540 días para que el empleador después de esto pueda

despedir por justa causa al trabajador. 2). La citada sentencia en conjunto con la (Sentencia C531, 2000) son las que establecen un procedimiento para la procedencia de dicho despido ante el Ministerio del Trabajo. 3). El auxilio solo sería procedente luego de la prorroga desde el día 181 siempre y cuando se sumen unas condiciones adicionales: a). Que exista concepto favorable de recuperación por parte de la EPS; b). Que la aseguradora del riesgo de invalidez así lo autorice. 4). No se evidencia un procedimiento orientador establecido para los sujetos de la relación laboral, en el que se indique cada paso a seguir al generarse la contingencia aquí descrita. 5). Tampoco se establece procedimiento en caso de no existir concepto favorable de recuperación por parte de la EPS.

Se creyó que con la expedición de la ley 1753 (Congreso de la Republica de Colombia, 2015), podrían resolverse los cuestionamientos planteados, sin embargo solo se evidencia en el artículo 67, literal A), que en esta se emite una orden de administración de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, entre los cuales se encuentra la destinación de los recursos para el pago de incapacidades que superen los 540 días continuos, disponiendo específicamente que el gobierno deberá reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad entre otras situaciones que generen abuso del derecho que entorno a la suspensión de pago de estas incapacidades. Lo interesante aquí es que se habla legalmente de una obligación de pago de las incapacidades continuas luego de 540 días, el problema es que no clarifica el procedimiento para ello y a cargo de quien estaría la prestación económica.

Con la llegada del decreto 1313 (Colombia P. d., 2018), Artículo 2.2.3.3.1. se ha pretendido llenar los vacíos antes descritos pues señala éste que el reconocimiento y pago de las incapacidades superiores a 540 días por enfermedad general en los casos allí previstos, que en resumidas cuentas consiste en el cumplimiento de una serie de condiciones o requisitos para hacerse acreedor de la misma como por ejemplo el concepto favorable del que se ha hablado desde el decreto 770 de 1975, entre otras condiciones allí dispuestas, quedando la sensación de duda frente a la existencia de un procedimiento claro para los sujetos de la relación laboral cuando el trabajador está

en ésta circunstancia, solo advirtiéndose como única posibilidad aparente el incierto amparo para el trabajador de una acción de tutela para lograr la protección a su estabilidad reforzada como en (Sentencia SU049, 2017); y por el empleador la toma de una decisión amparada legalmente de un despido justo, pero que podría ser controvertido en virtud de un amparo tutelar dado por un Juez constitucional.

Referentes Legales

Para hablar de garantías jurídico-procesales, obligatoriamente es necesario abordar referentes legales, los cuales permitirán identificar la existencia o no de las mismas; debido a ello es necesario dar observancia a cada una de ellas en los siguientes términos:

Sea lo primero contextualizarse en los fines esenciales del estado, ya que allí se encuentran consignadas las garantías de los asociados en el Estado Colombiano, por lo que se extrae el artículo 2° de la (Asamblea Nacional Constituyente, 1991):

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (Art.2).

Sobre el derecho al trabajo se reconoce como derecho fundamental, atribuyéndole una posición de gran importancia dentro del máximo catálogo de derechos, al igual que la seguridad social, lo cual indica que para el constituyente del 91 es una prioridad garantizarlos al sujeto más débil de la relación laboral, estableciendo en el artículo 25 que:

El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, y en el artículo 48 que la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Así mismo es el artículo 53 Superior (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), el que prevé el principio de la estabilidad en el empleo en especial para los sujetos de especial protección.

Ya entrando al corte legal es imperioso abordar sobre este tema en estudio, por lo que es preciso abordar el artículo 227 del (Colombia P. d., Código Sustantivo del Trabajo, 1950) que señala el auxilio por enfermedad no profesional así:

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 (Colombia P. d., Código Sustantivo del Trabajo, 1950).

El mismo código propone como causal para terminación del contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador, cuando el trabajador se encuentre incapacitado por enfermedad general y esta sobrepase los 180 días continuos, los cuales conforme se indicó en el referente histórico la jurisprudencia vía de tutela especialmente ha ampliado dicho termino hasta 540 días más, por ello se copia el texto normativo de la siguiente manera:

Artículo 62. Terminación del contrato por justa causa. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

(...)

15. La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al {empleador} de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad (Colombia P. d., Código Sustantivo del Trabajo, 1950).

También el decreto (Colombia P. d., Decreto 770 , 1975) aborda luego de la expedición del Código Sustantivo del Trabajo una reforma que atañe el tema de auxilio dinerario por enfermedad general en sus artículos 9 al 13, que reza:

Artículo 9º. En caso de enfermedad común el Instituto otorgará al asegurado directo las siguientes prestaciones y servicios:

La necesaria asistencia médica y quirúrgica, farmacéutica, hospitalaria y odontológica, así como los correspondientes servicios paraclínicos y los medios auxiliares de diagnósticos y tratamiento;

b) Los servicios necesarios para lograr la rehabilitación de enfermos, accidentados e inválidos, incluyendo el suministro, reparación y renovación de los aparatos de prótesis y ortopedia y demás medios adecuados para la recuperación de la capacidad de trabajo del asegurado.

Para estos fines la jefatura de los servicios médicos del Instituto o de las Cajas Seccionales hará la correspondiente evaluación. El valor de los elementos que se suministren se imputará al seguro de invalidez, vejez y muerte, previa autorización de la división nacional de administración de riesgos del Instituto;

c) cuando la enfermedad produzca incapacidad para el trabajo, el asegurado tendrá derecho a un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes de su salario de base, subsidio que, lo mismo que las prestaciones señaladas en el ordinal a), se reconocerá por el término de

180 días continuos o discontinuos siempre que la interrupción no exceda de 30 días;

d) El subsidio se reconocerá desde el 4º día de incapacidad, excepto en los casos de hospitalización, en los cuales el subsidio se pagará desde el primer día de permanencia en el hospital. Para la determinación del valor del subsidio en dinero, se tendrá en cuenta el salario de base del asegurado, correspondiente al mes calendario de cotización anterior al de la iniciación de la incapacidad.

Artículo 10. El término de 180 días previsto en el artículo anterior podrá prorrogarse hasta por 360 días más exclusivamente en cuanto a las prestaciones asistenciales, siempre que exista pronóstico favorable de curación. En este caso, el subsidio solo se pagará durante los primeros 180 días de incapacidad, excepto cuando el asegurado tenga al cumplir tal período derecho a las prestaciones por invalidez, en cuyo caso, se prorrogará el subsidio en cuantía, de un 50% de su salario de base, hasta la definición de su situación por los servicios médicos.

Artículo 11. El asegurado que sea desafiliado después de haber adquirido el derecho a las prestaciones asistenciales previstas en este reglamento tendrá derecho a ellas hasta por el término de dos (2) meses, contados a partir de la fecha de su desafiliación. Cuando dentro de este período de protección aparezca una enfermedad, el Instituto otorgará las prestaciones necesarias en especie, hasta por el término de 180 días, contados a partir de la iniciación del tratamiento.

Artículo 12. El asegurado que en la fecha de su desafiliación estuviere disfrutando de las prestaciones asistenciales y económicas las continuará recibiendo hasta por 180 días. Si solamente estuviere recibiendo prestaciones asistenciales, estas se otorgarán hasta por 180 días.

Artículo 13. Los asegurados afectados por tuberculosis pulmonar tendrán derecho a las prestaciones asistenciales establecidas en el presente

capítulo, y gozarán durante el tiempo de su enfermedad y hasta por un período de quince (15) meses, de un subsidio diario en dinero igual al salario de base en que estuviere cotizando en el mes anterior a aquel en que se inicie la incapacidad (Colombia P. d., Código Sustantivo del Trabajo, 1950) (Colombia P. d., Decreto 770 , 1975).

Por su parte con la entrada en vigencia de la ley 100 (Congreso de la Republica de Colombia, 1993), en su artículo 206 se estableció claramente las cargas respecto a la prestación económica y asistencial del trabajador en caso de incapacidad por enfermedad general, disponiendo:

Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el 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 (Congreso de La Republica de Colombia, 1993).

Luego con el (Colombia P. d., Decreto 2943, 2013) se precisa que el auxilio monetario para el trabajador incapacitado por enfermedad general los dos primeros días estarían a cargo del empleador y de allí en adelante de la EPS; luego con el decreto 1753 (Congreso de la Republica de Colombia , 2015), artículo 62 A), se establece los recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respecto al reconocimiento para el trabajador incapacitado con enfermedad general con más de 540 días, señalando que:

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 (Congreso de la Republica de Colombia , 2015).

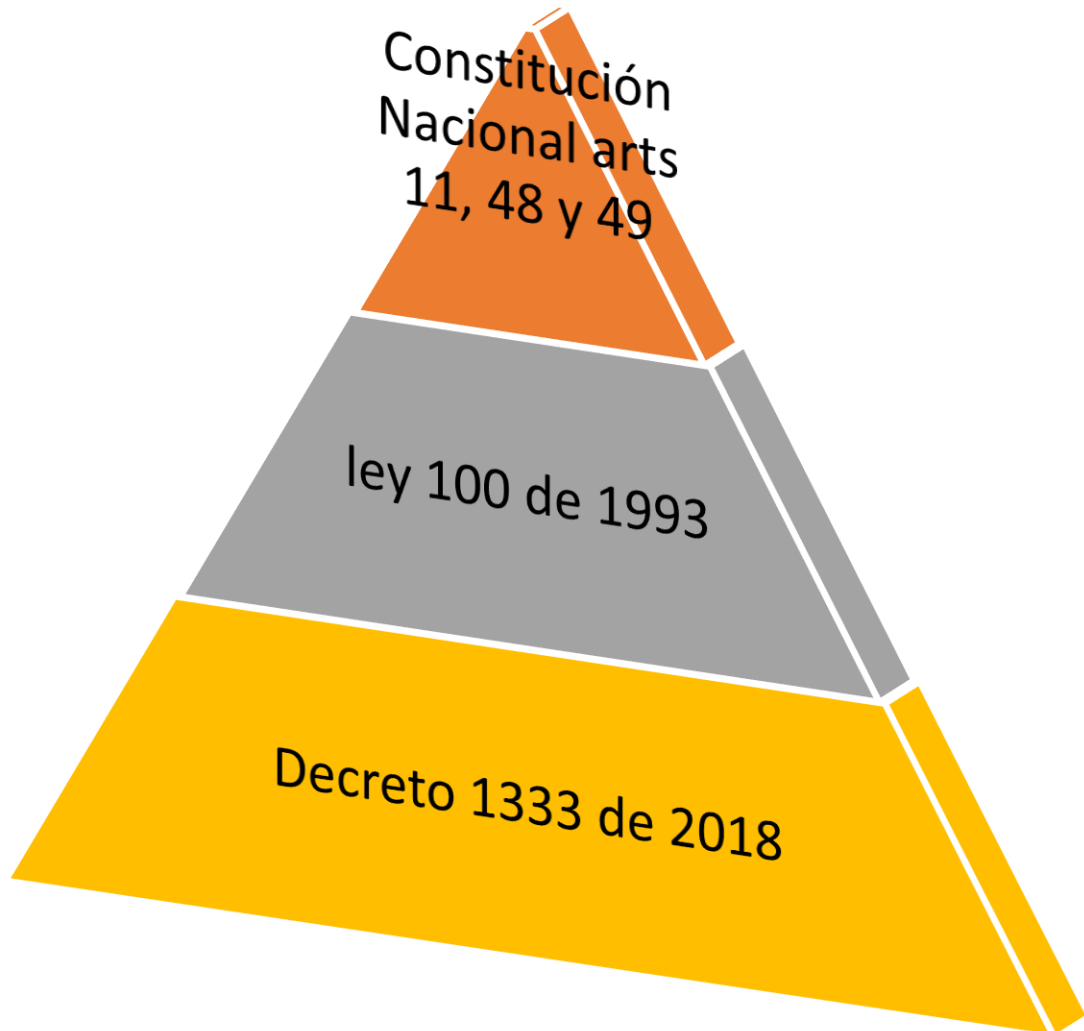
Y por último el con el (Colombia P. d., Decreto 1333, 2018), artículo 2.2.3.3.1 se aborda la regulación actual sobre reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días por enfermedades de origen común en el país, la cual establece:

Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días, Las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos:

Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico. 2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante. 3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente. De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541).
Artículo 2.2.3.3.2. Momento de la calificación definitiva. En cualquier momento, cuando la EPS emita concepto desfavorable de rehabilitación, se

dará inicio al trámite de calificación de Invalidez de que trata el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012. Artículo 2.2.3.3.3. Trámites y gratuidad. Los trámites y reconocimientos de las incapacidades por enfermedad general de origen común son gratuitos y se realizarán directamente ante las entidades competentes, sin necesidad de tramitadores ni intermediarios. Las entidades responsables del reconocimiento y pago de las incapacidades de origen común dispondrán de mecanismos que permitan a los usuarios el acceso y seguimiento en línea al estado de las solicitudes (Colombia P. d., Decreto 1333, 2018).

Gráfico No 1. Referente Legal – Pirámide de Kelsen.



Referentes Teóricos

Iniciamos estos referentes enunciando la obra de (Vanegas Castellanos, 2011), quien hace un sólido repaso sobre el concepto de incapacidad temporal, definiéndola como la incapacidad temporal, por parte del trabajador, de ejercitar labores habituales por causa de enfermedad profesional o común o de trabajo. Este autor sólo se enfoca en los conceptos utilizados, sin entrar a abordar de lleno que es una enfermedad de origen común.

Para abordar los referentes teóricos se le da alcance a lo estudiado por (Isaza Cadavid, 2017), sobre los distintos tipos de incapacidades, pero omite el hecho de que no trata a profundidad el tema de los problemas relacionados con las incapacidades de origen común, enfocando la fuerza explicativa en el principio de estabilidad laboral, pero desde el punto de vista de las incapacidades de origen laboral.

Es preciso indicar que (Jaramillo Zabala, 2013) se considera el autor que más a tratado a profundidad la problemática sobre las incapacidades del trabajador por enfermedad de origen legal frente a las garantías de los sujetos de la relación laboral, trayendo a colación el vacío legal en este aspecto conforme se ha venido desarrollando en este trabajo, enfocándose principalmente en análisis de leyes y jurisprudencia, pero sin marcar una directriz clara para el empleador.

No obstante, el (Ministerio del Trabajo, 2009), conceptúa de manera clara sobre cuáles son las responsabilidades que se les otorga a cada uno de los actores relacionados con las incapacidades de los trabajadores, estableciendo de manera precisa las responsabilidades de cada uno de ellos desde la perspectiva de la ley y de la Jurisprudencia.

Para las autoras (Duque & Granada, 2012), en dónde solo se dedican a hacer un análisis de las leyes y jurisprudencias que tienen que ver con las enfermedades de origen común, el problema en cuanto sigue teniendo una solución de responsabilidad tripartita, ya que consideran que la responsabilidad es dividida entre empleador, empresa prestadora de servicios de salud y fondo de pensiones, sin entrar a

profundizar el tipo de responsabilidades individuales, o los porcentajes de responsabilidades compartidas.

Referente Conceptual

Finalmente se conceptualizan unos términos relevantes para darle mayor claridad y precisión al tema abordado, por lo que se han seleccionado unas categorías conceptuales relevantes así:

Derecho a la salud.

Es un derecho que está íntimamente ligado al Derecho a la vida, el cual viene aparejado en la (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) en el Artículo 49, como una función social del estado; también es traído a colación por el Artículo 12 del (Organización de Naciones Unidas (ONU), 1966), quien lo eleva al rango de derecho fundamental. Este Derecho consiste en que toda persona en Colombia tiene derecho a acceder a los distintos sistemas de salud en condiciones justas, sin que ello implique desmejora en sus condiciones esenciales de vida. Para el autor (Galindo Vacha, 2011), establece que este derecho fue desarrollado por las jurisprudencias de la Corte Constitucional, esto cuando dice que:

Sobre la consideración del derecho a la salud y sus implicaciones con los derechos fundamentales y consecuencias, pueden describirse diferentes fases en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Una primera que entendía en la jurisprudencia la conexidad del derecho a la salud con los derechos fundamentales, en la cual se dijo primeramente que el aquel no era fundamental, pero tenía un estrecho vínculo con éstos, y luego aquel de la fundametalidad de este derecho en tanto se relacionaba con la vida. Finalmente, su ampliación a la integridad y dignidad humana (Galindo Vacha, 2011).

Enfermedad origen común. Se tiene que son todos aquellos tipos de enfermedades diferentes a las de origen laboral (accidentes de trabajo o enfermedades producto de la profesión), las cuales son susceptibles de protección especial por parte de los Jueces, principalmente los constitucionales, mientras se da la fase de recuperación y tratamiento por parte del trabajador, o se le garantice que este que este último pueda tener acceso a su pensión por invalidez. Para (Vanegas Castellanos, 2011):

Toda enfermedad o patología, accidente o muerte, que no hayan sido clasificados o calificados como de origen profesional, se consideran de origen común. La calificación del origen del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional corresponde, en primera instancia, a la EPS que atiende al afiliado; en segunda instancia, el médico o la comisión laboral de la ARP determina el origen. Cuando surjan discrepancias en el origen, éstas son resueltas por una junta integrada por representantes de la EPS y la ARP. De persistir el desacuerdo, se deberá seguir el procedimiento previsto para las juntas de calificación de invalidez definido en los artículos 41 y siguientes de la ley 100 de 1993 y sus reglamentos (Dto. 1295/94, 12). Lo relativo a las enfermedades comunes está regulado en el Sistema General de Seguridad Social en salud consagrado en la Ley 100 de 1993 (Vanegas Castellanos, 2011)

Incapacidad laboral. Sobre la incapacidad laboral ha dicho (Jaramillo Zabala, 2013), en su Trabajo denominado La estabilidad laboral del trabajador incapacitado temporalmente, establece un buen concepto al respecto al decir que la incapacidad laboral es:

El estado de salud en que se encuentra un trabajador al estar imposibilitado para prestar la labor para la cual fue contratado, debido a una enfermedad o accidente que pueden ser de origen común o profesional (Jaramillo Zabala, 2013).

Debilidad manifiesta. En el desarrollo de este concepto encontramos en el sitio web del (Politecnico Gran Colombiano, 2016), en el cual se establece que cuando un trabajador padece una afectación en su salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en “condiciones regulares” y se tema que pueda ser discriminado por ese simple hecho, la Corte Constitucional ha concluido en reiterada jurisprudencia que dichas personas están en circunstancias de debilidad manifiesta y, por lo tanto, tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada (T-263, 2009), (T-936, 2009), (T-780, 2008), (T-1046, 2008) y (T-467, 2010), vale la pena resaltar que este concepto también es acogido por la Corte Constitucional en la sentencia (Sentencia SU 049 , 2017)

Estabilidad ocupacional reforzada. La Corte Constitucional en su sentencia (Sentencia SU 049 , 2017), con Ponencia de la Honorable Magistrada María Victoria Calle Correa, la que dicta una gran directriz al respecto:

4.2. Por el contrario, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la Ley 361 de 1997, ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les “impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho (Sentencia SU 049 , 2017).

Pago de las incapacidades de origen común: Este tema fue tratado en el Artículo elaborado por (Duque & Granada, 2012), en su trabajo denominado: pago de incapacidades de origen común analizado desde la jurisprudencia, pero en el mismo ellas admiten que su estudio lo hicieron tangencialmente, es decir, solamente se basaron en el tenor de lo dicho por las leyes y las jurisprudencias, sin enseñar, con herramientas solidas a los principales afectados (trabajador y empleador), como sería el paso a paso real, para llevar a buen término las reclamaciones por incapacidades de origen común cuando estás principalmente estén por debajo del cincuenta por ciento (50%) de PCL y cuando superen los quinientos cuarenta (540) días.

Diseño Metodológico

Paradigma de Investigación

Teniendo en cuenta las definiciones dadas por (Montoya & Stefani), el paradigma de la presente investigación es el histórico hermenéutico, el cual es propio de las ciencias sociales, en especial las investigaciones en derecho como es el tema que se aborda, ya que conforme lo ha expuesto (García & Martín, 2013), afirmando que por ser lo hermenéutico profundamente teórico y ello deriva la práctica, como sucede en la práctica social que es la que valida la comprensión que se produce en la interpretación hermenéutica.

Como quiera que los paradigmas representan en forma global la manera de percibir la realidad y en consecuencia de abordarla científicamente, para lo cual se tiene el paradigma histórico – hermenéutico usado en esta investigación. González Morales A. (2003).

Tipo de Investigación

La presente es una investigación de tipo de cualitativa, en la medida que se aborda el problema de fondo, se busca detallar, dar explicaciones, comprender e interpretar el tema objeto de esta investigación, lo cual es acorde a las definiciones dadas por (Rodríguez, Gil Flores, & Garcia Jimenez, 1996).

En este tipo de investigación, que puede conceptuarse como analítica, ya que se usa una serie de técnicas y procedimientos una vez se han obtenido los datos, considerándose que los mismos están lejos de su estandarización, con lo que se parte desde lo particular a lo general. Valles, Miguel (1999).

En este orden de ideas, se tiene que una vez tomadas las normas, jurisprudencias, incluso doctrina y casos que aborden el tema de esta investigación, se procederá a realizar un análisis interpretando cada uno de los datos obtenidos para de esta manera conseguir respuestas al problema planteado.

Método

El método empleado es hermenéutico. La hermenéutica conocida como el arte de interpretar, se abordará durante toda la investigación, en la aplicación e interpretación de cada una de las técnicas a utilizar, en la recolección de datos y el análisis de estos, ya que todos implican actividad interpretativa. Dilthey (Lopez, 2015) como uno de los principales exponentes de este método en las ciencias humanas, define la hermenéutica como el proceso por medio del cual conocemos la vida psíquica con la ayuda de signos sensibles que son su manifestación, en razón de ello afirma (Martinez, 2006):

La hermenéutica tendría como misión descubrir los significados de las cosas, interpretar lo mejor posible las palabras, los escritos, los textos, los gestos y, en general, el comportamiento humano, así como cualquier acto u obra suya, pero conservando su singularidad en el contexto de que forma parte (Martinez, 2006)."

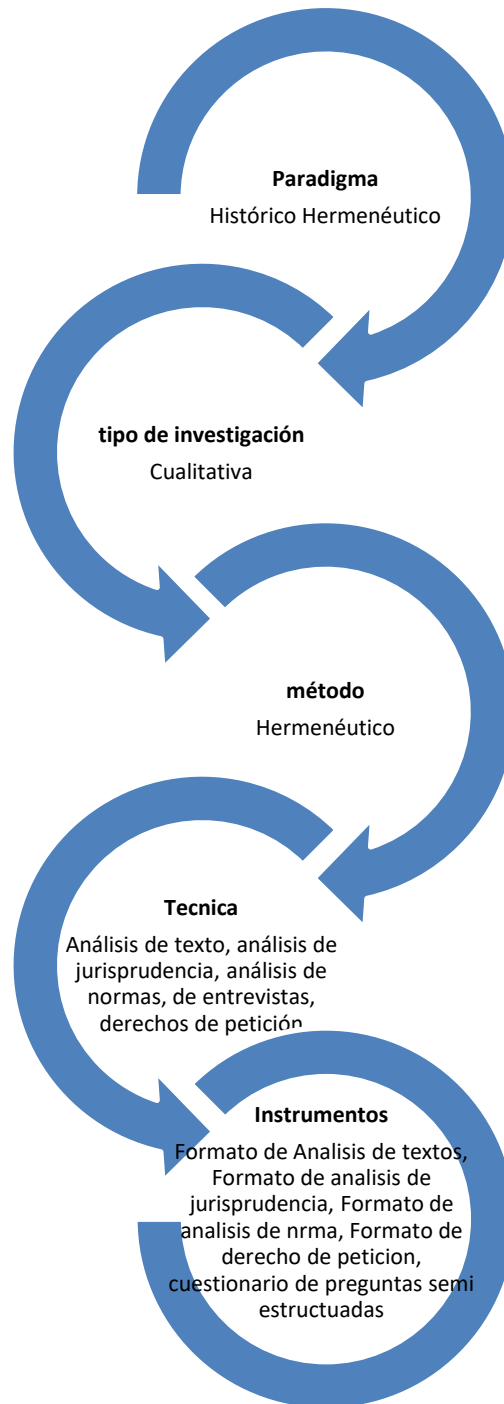
Técnicas e Instrumentos

Se hará uso de varias técnicas como el análisis de texto, análisis de jurisprudencia, análisis de normas, de entrevistas, derechos de petición, por lo que se diseñaran los instrumentos correspondientes, elaborando cada uno de los respectivos formatos de análisis, cuestionario de preguntas semi estructuradas de entrevistas y fichas bibliográficas.

Población y Muestra

Este trabajo realizará un análisis de textos a la legislación colombiana, jurisprudencia, doctrina y documentos que abordan el tema tratado, por lo cual su análisis es meramente cualitativo. La muestra de estos textos se dará de manera aleatoria, pero teniendo en cuenta principalmente aquellas jurisprudencias hitos criterio de selección tanto judiciales como administrativas a cargo del Ministerio del Trabajo, que sirven de base para obtener una herramienta eficiente al momento de tratar este tipo de enfermedades, cuya muestra especialmente en el aspecto jurisprudencial, lo establecido en ellas dentro de los años 2008 al 2018, no obstante de llegar a identificar documentos que representen importancia al presente trabajo en otros periodos, se abordará con la finalidad de lograr los objetivos propuestos.

Gráfico No. 2. Articulación metodológica.



Fuente: Construcción propia.

Diseño de Plan de Datos

Gestión del Dato

Los datos necesarios para realizar esta investigación se gestionarán por medio de solicitud de autorización a la Dirección de Maestría en Derecho Procesal de La Universidad Simón Bolívar, para que sea permitido solicitar como candidatos a Magister de esta Institución a distintas Empresas Promotoras de Salud (EPS), Administradoras de Fondo de Pensiones (AFP) y a empleadores, información sobre cuál es su concepción respecto a las garantías jurídico procesal de los sujetos de la relación laboral cuando el trabajador tiene una incapacidad de origen común superior a 180 días, respectivamente durante los años 2008 a 2018, cuyas entidades serán seleccionadas aleatoriamente, bajo la guía y supervisión de la Universidad Simón Bolívar, así mismo se conocerán las concepciones de empleadores, trabajadores y abogados sobre las citadas garantías en los términos antes indicados bajo unas entrevistas semi estructuradas, las cuales previamente deberán ser revisadas y abaladas por la respectiva Universidad.

De igual manera se seleccionará jurisprudencia, normas, doctrina y documentos relevantes durante los años 2008 a 2018, que permitirán analizar las regulaciones propias del tema, decisiones de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional Colombiana que establecen garantías y los aspectos procesales cuando existe incapacidad de origen común que supera los 180 días.

La normatividad por interpretar en el desarrollo de la presente investigación se seleccionará atendiendo la temática tratada, relevante al asunto objeto de estudio.

Obtención del Dato

Los datos se obtendrán a través de los siguientes instrumentos de medición, provenientes de fuentes secundarias tales como jurisprudencia, normas, doctrina, derechos de petición, entrevistas y textos temáticos.

- Formatos de peticiones dirigidos a las Empresas Promotoras de Salud.
- Formatos de peticiones dirigidas a las Administradoras de Fondos de Pensiones.

- Permiso a la Dirección de Maestría en Derecho Procesal de La Universidad Simón Bolívar.
- Formatos de análisis de textos sobre conceptos de garantías respecto a enfermedades de origen común e incapacidades generadas por estas, el derecho del trabajador y de las entidades que están involucradas en la citada temática.
- Formatos de análisis de normatividad colombiana que regula la protección de incapacidades por enfermedades de origen común.
- Formatos de análisis de jurisprudencia proferida por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional Colombiana que establecen los aspectos procesales a seguir cuando existe incapacidad por enfermedad de origen común que supera los 180 días.
- Formato de entrevistas semi- estructuradas para trabajadores.
- Formato de entrevistas semi -estructuradas para empleadores
- Formato de entrevistas semi- estructuradas para abogados.
- Formato de análisis de los referentes bibliográficos.

Recolección del Dato

La recolección del dato estará a cargo del equipo de investigación, el cual deberá diseñar, conocer y aplicar adecuadamente los instrumentos a utilizar.

La elaboración de los instrumentos se realizará una vez se haya presentado la propuesta de investigación y asignación del respectivo tutor, para lo cual este último deberá aprobar los instrumentos diseñados a fin de proceder a su utilización. La recolección de datos será realizada por el equipo investigador a través de cada uno de los instrumentos diseñados.

Procesamiento del Dato

Finalizada la etapa de recolección del dato, se procederá a realizar los siguientes pasos:

- 1.- Revisión de instrumentos a fin de determinar cuántos se obtuvieron de cada tipo implementado.
- 2.- Se elaborará una base de datos con todos ellos. De allí se clasificarán los resultados.

3.- Posteriormente se clasificarán los datos subdividiendo los provenientes de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, de las sentencias de La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral; igual separándolos de los de la bibliografía de textos, y artículos, confrontándolas con los objetivos. Es decir, que los resultados se analizaran para construir la cualificación de la investigación. Todo lo anterior, atendiendo las fichas que se elaboren para cada instrumento.

4.- Se realizará el análisis de los postulados normativos obtenidos de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias valoradas, a fin de comparar el resultado con lo planteado en el marco teórico y de esta manera establecer respuestas a los objetivos y a la hipótesis planteada.

5.- A los resultados obtenidos del procesamiento de datos, se les verificará mediante el control de sesgos implementado.

Matriz 3. Plan de Análisis Metodológico.

Objetivo	Método	Técnica	Instrumento
Definir conceptos básicos sobre la protección del trabajador incapacitado con enfermedad de origen común.	Hermenéutico	Análisis de texto de autores	Formato de análisis de texto de autores
Interpretar la normatividad colombiana que regula la protección de incapacidades de origen común.	Hermenéutico	Análisis de texto.	Formato de análisis de norma.
Analizar la jurisprudencia proferida por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional Colombiana que establecen los aspectos procesales a seguir cuando existe incapacidad de origen común que supera los 180 días.	Hermenéutico	Análisis de texto.	Formato de análisis de jurisprudencia.
Examinar las posturas doctrinales nacionales e internacionales, referentes a las garantías jurídico - procesales sobre incapacidades de origen común mayor de 180 días.	Hermenéutico	Análisis de texto.	Formato de análisis de doctrina
Conocer las concepciones de empleadores, trabajadores, abogados, representantes de entidades de seguridad social en relación con las garantías -jurídico procesales en las incapacidades por riesgo común por más de 180 días.	Hermenéutico	1. Derechos de petición a entidades de seguridad social. 2. Entrevistas a empleadores, trabajadores y abogados.	1. Formatos de derechos de petición. 2. Cuestionario de preguntas semi-estructuradas para entrevistas.

Fuente: Construcción prop

Capítulo I

Conceptos Básicos Sobre la Protección del Trabajador Incapacitado con Enfermedad de Origen Común

1. De los Derechos a la Vida y a la Salud.

El derecho a la vida es definido por la Real Academia de la Lengua Española como aquella “energía de los seres orgánicos” (Real Academia de la lengua española, 2019), pero dentro del contexto legal la vida es vista como el principal derecho inherente a todos los seres humanos y susceptible de su protección en todos los ámbitos. Al iniciar la construcción de los derechos del hombre por parte de la Organización de las Naciones Unidas, se trajo a consideración en sus artículos 2° y 3° el carácter imperativo por parte de todos los países suscriptores de dicho pacto, en el presente y en el futuro, de su obligación de respetar el derecho a la vida sin ningún tipo de distinción (Organización de las Naciones Unidas, 1948).

Pero este derecho requiere para su materialización, no solamente un estado de conciencia por parte de todos los hombres, sino también de una serie de obligaciones en cabeza y control de los distintos gobiernos de los estados, que garanticen el bienestar de todos los individuos que hacen parte de él, apareciendo en palabras del Dr. en Derecho Alfonso Vanegas Castellanos, el concepto de Estado de Bienestar (wellfare state), como:

una expresión de un Estado liberal, que asume la responsabilidad del “bien estar” de sus ciudadanos mediante una intervención en la economía de mercado que permite dotar a la generalidad de la población de la mayor cantidad posible de prestaciones sociales sostenibles, otorgando un conjunto de servicios sociales que garantizan un nivel de vida mínimo generalizado, tales como pensiones, políticas de empleo, subsidios durante el desempleo, salud, educación, vivienda, servicios de bienestar social, etc. (Vanegas, 2011).

Para los efectos de este trabajo es necesario centrarse en el derecho fundamental a la salud, ya que sin ella el ser humano no gozaría del derecho a la

vida en condiciones que le permitiera llevar hacía adelante el resto de los años que le quedarían por vivir de una manera adecuada; pero la salud como eje fundamental de la protección de la vida de los seres humanos, se resume en palabras del escritor en derecho Germán Isaza Cadavid como “el derecho de toda persona del más alto nivel posible de la salud física y mental” (Isaza, 2015).

El derecho a la salud es traído a colación por el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, encajándolo como un derecho fundamental que garantice las condiciones de vida digna de todas las personas (Organización de las Naciones Unidas, 1948). Pero en Colombia con el advenimiento de la Constitución de 1991, se empieza a presentar un problema en cuanto a puntos de vista, relacionados con los diferentes planteamientos hechos por algunos estudiosos, intérpretes y aplicadores de la norma, en donde algunos de ellos ven la salud desde el punto de vista legal no como un derecho fundamental en sí mismo, sino como un derecho conexo al derecho fundamental a la vida y otros solamente enfocada a un servicio que se presta, tal y como se nos refleja a continuación:

La salud en el ámbito constitucional esta visto bajo dos ópticas diferentes. En primer lugar, como derecho de los niños (Art. 44), de las personas de la tercera edad (art. 46 y 47) y de las personas en general (Art. 48). En segundo término, la salud como servicio público obligatorio a cargo del Estado, cuya actividad será reglamentada por el legislador y dirigida, coordinada y controlada por la organización estatal. Por tal motivo es necesario distinguir cuando la salud se examina como un derecho subjetivo, y cuando el régimen constitucional lo refiere al servicio que se trata de prestar” (Galindo, 2011).

Pero fue la Corte Constitucional Colombiana, la que a través de sus fallos la elevó a la categoría de derecho fundamental, superando por esta razón el derecho a la salud en sí misma como:

Política social del Estado, es decir, la separa del concepto anteriormente señalado el cual se mira “como la manera concreta de protección como se pone en práctica la ideología oficial y como se planifican y desarrollan las condiciones del Estado tendientes a mejorar las condiciones de vida y trabajo y conseguir la igualdad de los trabajadores por la vía del

progreso” (Vanegas, 2011); también lo separó del concepto de “salud pública” la cual es entendida como “el conjunto de políticas del Estado destinadas a brindar atención sanitaria a las personas, con el fin de dar realidad a las condiciones de acceso en materia de servicios públicos y protección del medio ambiente, todo ello con el fin de mantener la salud de la población y erradicar las enfermedades” (Galindo, 2011). La Corte decide elevar a la salud como derecho fundamental de segunda generación, en compañía del derecho a la seguridad social, lo que garantiza a todos los que hacen parte de la nación colombiana, relacionándolo principal y directamente con lo contenido en los artículos 1, 11, 13, 48, 49, 50 y 365 de la Constitución Nacional (Constitución Nacional Colombia, 1991), es decir, como núcleo esencial para llevar a cabo el cumplimiento de estos derechos, en dónde principalmente el Estado tiene la obligación de garantizarle a todos los individuos que hacen parte de él, de los medios que permitan el cumplimiento de todos los derechos fundamentales que la llevan inmersa, entre ellos el de la Salud y por ende el de la Seguridad Social. Ahora, y tal como lo manifiesta la Corte Constitucional en la Sentencia 480 de 1997, con ponencia del Honorable Magistrado Dr. Fabio Moron, el derecho a la salud son derechos fundamentales del orden prestacional, es decir, que “para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimientos y organización, que viabilizan y optimizan la eficacia del servicio público y que sirven además para mantener el equilibrio del sistema. Son protegidos, se repite, como derechos fundamentales si está de por medio la vida de quien lo solicita” (Corte Constitucional de Colombia, 1997).

2. Del Derecho a la Seguridad Social.

Es un derecho fundamental materializado a través de un sistema establecido en cada Estado, en dónde se garantizan estándares mínimos de sanidad a través de procedimientos y organismos, estos últimos de carácter público o privado, que presten servicios (de salud, pensión y programas preventivos para el mejoramiento de las condiciones de salubridad) que permitan un nivel adecuado de satisfacción

de los habitantes de un determinado país. Estos niveles de satisfacción se dan a través de varios regímenes o sistemas de cobertura relacionados con: la salud y bienestar de una nación determinada, manifestando principalmente en la protección a la salud (prestación de servicios de asistencia médica), protección a la vejez (sistema de pensiones), protección ante los distintos tipos de incapacidades, estados de invalidez, enfermedades profesionales y de origen común (sistema de subsidios y protección por enfermedades propias del empleado); y protección a la maternidad, y a los incapacitados en el transcurso de la relación laboral (fuero por estabilidad laboral reforzada), entre otros; pero la seguridad social cubre una serie de eventualidades, dentro del sistema tales como “alteración a la salud, incapacidad laboral, desempleo, vejez y muerte, para cuya protección se establecieron los sistemas de Salud, Pensiones, Riesgos laborales y de Subsidió familiar” (Ministerio del Trabajo de Colombia, 2020).

La seguridad social como derecho fundamental, tal y como se encuentra establecido en el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, y elevado a la categoría de servicio fundamental en el artículo 48 de la Constitución Nacional de Colombia, depende para su desarrollo y aplicación adecuada, de que se dé una cobertura a todos sus habitantes, de la fortaleza económica del Estado y del progreso de sus instituciones desde el punto de vista social, en el cual el enfoque de las políticas públicas debe ir dirigido a lograr paulatinamente un nivel de cobertura global hacia sus nacionales, utilizando para ello el máximo de los recursos disponibles, tal y como así lo establece la Organización Internacional del Trabajo en su informe denominado Seguridad Social y la primacía del Derecho del año 2011, en el cuál ellos establecen:

157. Como otros derechos económicos, sociales y culturales, el derecho a la seguridad social se logra paulatinamente, de acuerdo con el grado de desarrollo económico y social de un Estado y en función de sus recursos financieros disponibles. El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas dispone al respecto que los Estados Partes adopten medidas destinadas para lograr progresivamente

la plena efectividad de los derechos reconocidos en ese instrumento, mediante la adopción de políticas y programas a mediano y largo plazo, hasta el máximo de sus recursos disponibles, entre otras cosas mediante la asistencia y la cooperación internacionales (artículo 2, 1)). Si bien el término «progresivamente» otorga a los Estados un cierto margen de acción en el proceso hacia la plena efectividad del derecho, en la práctica el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas requiere de los Estados Partes que demuestren haber tomado rápidamente las medidas necesarias para el logro del objetivo planteado. La efectividad progresiva también implica que los Estados deberían evitar «toda medida regresiva deliberada», que reduzca la cobertura o el nivel de prestaciones otorgadas en el marco de la seguridad social.” (Oficina Internacional del Trabajo - OIT, 2011).

Por lo tanto, los estados deberían dirigir la gran mayoría de sus recursos económicos a la ampliación de la cobertura de la seguridad social para todos sus habitantes, y no destinar los mismos a fines diferentes a los dispuestos por el sistema que es de control exclusivo del primero aquí mencionado, pero que, como se dijo anteriormente, pueden ser prestados por entidades públicas o privadas.

Para los doctores Jaime Moreno Garíca y Graciela Gómez de Moreno, la seguridad social es un servicio público obligatorio que se encuentra en cabeza o monopolio del Estado, pero que constituye un derecho irrenunciable de las personas que debe ser garantizado por el primero, valiéndose de los siguientes principios:

Eficiencia: corresponde a la utilización óptima de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles, de manera que los servicios se presten en forma adecuada, oportuna y suficiente.

Universalidad: consiste en la garantía de la protección para todas las personas, sin discriminaciones y durante toda la vida.

Solidaridad: es el mecanismo mediante el cual se establece la ayuda mutua entre los diversos sectores de la población, por generaciones, ingresos o regiones.

Integralidad: apunta a la cobertura de todas las contingencias o necesidades que afectan la salud, la capacidad económica y, en general, las condiciones de vida de la población.

Unidad: pretende la articulación unificada de las políticas, las instituciones, los regímenes, los procedimientos y las prestaciones de la seguridad social.

Participación: persigue la intervención de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.” (Moreno, 1998).

El desarrollo de este derecho fundamental es una gran herramienta de progreso para los Estados, con las que sus habitantes deberían verse beneficiados por programas que permitan una cobertura adecuada en los distintos servicios asistenciales médicos, subsidios y acceso a la pensión, hecho que se ve reflejado en un mayor cierre de la brecha inequitativa que estratifica a las personas de acuerdo a los recursos que obtienen a raíz de su sustento mensual particular. En Colombia con el advenimiento de la ley 100 de 1993, se pudo consolidar un régimen en seguridad social, dirigido a la amplitud de coberturas en el rango de los servicios propios de este sistema, teniendo dos (2) coberturas diferentes de acuerdo a si la persona está vinculada con un empleador o no, los cuales son: régimen subsidiado y régimen contributivo.

Para la Organización Internacional del Trabajo, el derecho a la seguridad social tiene una profunda repercusión en todos los sectores de la sociedad, esto debido a que:

Hace que los trabajadores y sus familias tengan acceso a la asistencia médica y cuenten con protección contra la pérdida de ingresos, sea

durante cortos períodos en caso de desempleo, maternidad o enfermedad, sea durante períodos largos debido a la invalidez o a un accidente del trabajo. Proporciona ingresos a las personas durante sus años de vejez. Los niños se benefician de los programas de seguridad social destinados a ayudar a sus familias para cubrir los gastos de educación. Para los empleadores y las empresas, la seguridad social ayuda a mantener unas relaciones laborales estables y una fuerza de trabajo productiva. La seguridad social puede también contribuir a la cohesión social y al crecimiento y desarrollo general del país mediante la mejora de las condiciones de vida, amortiguando los efectos de las transformaciones estructurales y tecnológicas en las personas y, por tanto, sentando las bases para un enfoque más positivo sobre la globalización.” (Organización Internacional del Trabajo, 2019).

Esto nos quiere decir que la seguridad social, además de un derecho, es una herramienta que permite al Estado materializar de manera precisa, la ejecución de buenas políticas sociales en progreso de su nación, las cuáles, si son bien llevadas, demuestran el nivel de desarrollo social de un país en sus habitantes, materializado a través de las coberturas anteriormente relacionadas.

Dentro de las políticas llevadas en aplicación al derecho de la seguridad social, está la del manejo de las incapacidades de los trabajadores, teniendo en cuenta el tipo de enfermedad que lo aqueja o lo ocasiona (profesional y de origen común), el tiempo en que se desarrolla y la afectación, ya sea temporal o definitiva, que ocasiona un cese (transitorio o permanente) del normal desarrollo de la relación laboral entre el trabajador y el empleador.

3. De la Incapacidad Laboral

La incapacidad en derecho se da solamente dentro del contexto de la persona natural, y son todas aquellas imposibilidades físicas y/o psíquicas que le impiden a cualquier ser humano realizar actividades que representan facilidad en su

ejecución, comparado con personas similares a él. Partiendo de esta definición podemos ver la incapacidad desde diversos aspectos:

- **Incapacidades físicas.** es cuando los seres humanos se ven en la imposibilidad de ejercer ciertas actividades de índole físico o anatómico, debido a circunstancias endógenas o exógenas diversas que influyen en la correcta ejecución de tales; dentro de las incapacidades anatómicas se encuentran factores tales como problemas respiratorios, cerebrales, circulatorios, viscerales, sistema nervioso y osteo - musculares.
- **Incapacidad psíquica.** se centra en la imposibilidad que tienen los sujetos de realizar cierto tipo de actividades de índole intelectual o cognitivo, del cual también influyen hechos como la edad, el género, la preparación intelectual y las enfermedades que afecten el correcto funcionamiento del cerebro.
- **Incapacidad legal:** para los efectos jurídicos se tiene que solamente hay capacidad legal para el ser humano, en el momento que este se ha desprendido de su vientre materno, tal y como se encuentra establecido en el artículo 90 del código civil (Congreso de los Estados Unidos de Colombia, 1873). Esta capacidad o aptitud legal, hace referencia a que el ser humano goza de personería jurídica, es decir, la capacidad adquirida desde el momento de desprenderse del vientre materno, para ser sujeto de derechos. Ahora la incapacidad legal tiene que ver con aquellas limitaciones impuestas por la norma a los seres humanos dentro de un entorno territorial determinado, que le impiden ejercer la totalidad de los derechos establecidos en una determinada legislación de un país en concreto, como por ejemplo en Colombia:

Solamente son capaces de ejercer el derecho al voto establecido por el artículo 258 de la Constitución Nacional de Colombia los mayores de edad, los cuáles aquí en Colombia se tiene que son los mayores de 18 años, tal y como se encuentra establecido en el artículo 1° de la ley 27 de 1977.

En conclusión, téngase como incapacidad legal, aquellas faltas de requisitos mínimos exigidos por la ley a cierto tipo de personas naturales (seres

humanos), que le impiden ejercer derechos, obligaciones o el cumplimiento específico de algunas normas en el contexto legal de un país determinado.

- **Incapacidad laboral.** Este es el tipo de incapacidad que se traerá a colación en este estudio, y que en adelante se le llamará simplemente “IL”. La incapacidad laboral, tal y como el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo trae a colación, consiste en “Una situación de enfermedad o padecimiento físico o psíquico que impide a una persona, de manera transitoria o definitiva, realizar una actividad profesional y que normalmente da derecho a una prestación de la seguridad social” (Real Academia de la lengua española, 2019).

En esta parte del capítulo se hablará sobre lo referente a este tipo de incapacidades.

3.1. Diferencias entre la Incapacidad Laboral, Absentismo y la Discapacidad o Minusvalía. Entiéndase como incapacidad, es la imposibilidad involuntaria para el ser humano, que lo limita o restringe en la ejecución normal de las actividades a las cuales estaba acostumbrado habitualmente a realizar; sin embargo, el absentismo (o ausentismo), es una incapacidad voluntaria o consciente en la que un sujeto persona natural, mediante engaños, se excusa con razones físicas, psicológicas e intelectuales de las actividades normales de las cuales tiene capacidad plena para ejecutarlas; por último, se tiene la minusvalía o discapacidad, por la cual un ser humano está impedido de por vida para ejecutar una actividad, que para personas del común son de cotidiana o normal realización. Las principales diferencias de estos tres (3) tipos de impedimentos para el desarrollo normal de las actividades son las siguientes:

	INCAPACIDAD	MINUSVALIA	ABSENTISMO
<u>En cuanto a la ejecución del Trabajo</u>	Puede retomar su realización, si hay recuperación del Trabajador	Se le dificulta su realización, debido a impedimentos físicos o intelectuales que impiden su normal ejecución	No hay justa causa por parte del Trabajador para no realizar, ya que está en plena capacidad de hacerlo

<u>¿En cuanto a las circunstancias que lo generaron?</u>	Puede ser derivados por accidentes de trabajo, enfermedades laborales, incidentes de fuerza mayor que le pasó al Trabajador por fuera de su sitio u horario de trabajo; distintos tipos de enfermedades que le generen algún tipo de secuela, transitoria o permanentes, generado principalmente por factores externos	Son comúnmente presentadas estas secuelas por circunstancias intelectuales, orgánicas u anatómicas, producidos en su mayoría por problemas genéticos u otros tipos de incidencias, adquiridas sin estar trabajando, adquiridas al momento de nacer o en el transcurso de la vida del sujeto	Es un hecho producto de la dolosa actuación del Trabajador, quién pretende engañar con una enfermedad o incidente aparente al Empleador.
<u>En cuanto a las obligaciones del Empleador</u>	Proteger y acompañar al Trabajador mientras se recupera, o adquiere la pensión correspondiente	Si lo decide contratar, debe proteger la integridad del Trabajador y garantizarle su puesto hasta que solicite permiso al Ministerio del Trabajo para terminar su contrato	Si el Empleador comprueba la mala conducta del Empleado, puede llamarlo a descargos y terminar su vínculo laboral
<u>¿Quién paga en su mayoría las ausencias del Empleado?</u>	El Empleador, su ARL, AFP e EPS, siempre y cuando se encuentre activo en la base de datos de cada una de estas entidades	La paga el Estado, y el Empleador	Los asume el Trabajador, los cuales pueden ser descontados de su salario, por autorización de este mismo
<u>¿Qué hechos las producen?</u>	Por Accidentes o incidentes en los que se haya visto envuelto el Trabajador	Factores genéticos principalmente	Es producto de un hecho doloso o intencional del Trabajador

Tabla No. 1. Diferencias de conceptos.

Autor: Construcción propia.

3.2. Tipos de Incapacidades Desde el Punto de Vista del Derecho Laboral.

Parafraseando a Cortes Hernández, Oscar Iván (2011), en su libro Derecho a la Seguridad Social, recuerda que las incapacidades hacen parte de tres (3) prestaciones económicas reconocidas por el sistema de seguridad social en Colombia, siendo las otras dos (2) la licencia de maternidad y la licencia de paternidad. Dice el autor que:

La primera de las prestaciones económicas reconocidas por el sistema son las denominadas **INCAPACIDADES**, entendido por incapacidad el estado de inhabilidad física o mental del individuo que le impide desarrollar de manera temporal o permanente, su profesión u oficio habitual.” (Cortés H., 2011).

Las incapacidades desde el punto de vista del derecho laboral son observadas dentro del contexto de las circunstancias que lo produce, del tiempo en que se genera y de la afectación del sujeto o persona natural que lo sufre directamente, ya que con ella se determina si la persona tiene derecho a un subsidio, una mesada o una indemnización. Este tipo de incapacidades pueden darse de forma temporal o permanente, y el individuo puede sufrir afectaciones de manera parcial o total (Mesa M. C. y Vélez C., 2019). Teniendo en cuenta lo anterior se pueden presentar en materia laboral las siguientes clases de incapacidades:

3.2.1. Incapacidad Laboral Temporal. (ILT).

Vanegas Castellanos, Alfonso (2011), en la obra “Derecho individual del trabajo – conceptos básicos”, no habla de incapacidad propiamente dicha, sino que la equipara a un hecho temporal, es decir, a un hecho que tiene una demora determinada en el tiempo o que se puede contabilizar como una especie de evento de poca duración, esto cuando establece que la Incapacidad Laboral (Temporal) es:

Es la imposibilidad temporal, por parte del trabajador de ejercitar las labores habituales en el trabajo por causa de enfermedad profesional o

común o por accidente común o de trabajo. Igualmente, se denomina incapacidad el tiempo durante el cual el trabajador deja de asistir al trabajo por razón de la enfermedad (Congreso de la Republica de Colombia, 2002); (Vanegas, 2011).

En este tiempo el trabajador tiene derecho a recuperarse de la enfermedad que lo acoge, ocasionando la contingencia de que esta pueda ser de manera temporal, cuyo transcurso de tiempos sean cortos o largos, o puede también agravarse su condición y convertirse en un hecho incapacitante permanente. También se puede decir sobre este tipo de incapacidades que “se presenta cuando hay imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de determinada patología” (Mesa M. C. y Vélez C., 2019), hecho que la convierte en un problema de ejecución con resultado incierto, o una mera expectativa en cuanto a la adquisición o conservación de sus derechos laborales.

La diferencia entre la *ILT*, de la incapacidad permanente parcial y de la invalidez, se presenta teniendo en cuenta los siguientes factores diferenciadores:

1. Hay que partir de la idea primordial que el motivo inicial de la *ILT*, es que sea un hecho con periodos determinados de duración en el tiempo, y que el trabajador, a través de la ejecución de los tratamientos médicos correspondientes para su caso en particular, se recupere y por ende se reintegre a su última actividad laboral para la cual fue contratado.

2. Puede ocurrir casos en los cuales después de los tratamientos correspondientes el trabajador incapacitado haya sufrido algún tipo de pérdida orgánica, funcional, fisiológica, cognitiva o intelectual, producto de la enfermedad (profesional o de origen común), que le impide desarrollar sus actividades al mismo ritmo o con las mismas facultades con las que anteriormente laboraba, por lo que en cada caso particular tendrá derecho a una indemnización de perjuicios o en últimas obtener una pensión de invalidez.

Los casos que se puede presentar dentro de la fase final de las *ILT* son:

3.2.2. Incapacidad permanente parcial. La incapacidad permanente parcial (IPP), se presenta en aquellos casos en los cuales el trabajador, después de agotado sus tratamientos médicos ante las IPS contratadas por su EPS, ha sufrido una pérdida física o intelectual que es inferior al porcentaje legalmente establecido para acceder a la pensión por invalidez. Para Isaza Cadavid, German (2017), son las siguientes:

Se considera como incapacitado permanente parcial, al afiliado que, como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad laboral, presenta una disminución definitiva, igual o superior al cinco por ciento 5% pero inferior al cincuenta por ciento 50% de su capacidad laboral, para lo cual ha sido contratado o capacitado” (Isaza, 2015).

Vale la pena aclarar que al tenor de la Corte Suprema de Justicia no todos los casos de personas incapacitadas entran a ser protegidos por la ley; al respecto la Corte Suprema de Justicia sala de Casación Laboral, con Ponencia del Honorable Magistrado Rigoberto Echeverri Bueno dentro de la radicación del proceso radicado No. 58083 de 14 de octubre de 2015 sostuvo:

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no resulta aplicable al caso examinado, toda vez que esta Corporación ha sostenido que esta garantía es de carácter especial dentro de la legislación del trabajo, pues procede exclusivamente para las personas que presenten limitaciones en grado severo y profundo y no para las que padezcan cualquier tipo de limitación, ni, menos aún, para quienes se hallen en incapacidad temporal por afecciones de salud, de tal suerte que, tratándose de una garantía excepcional a la estabilidad, no puede el juez extenderla de manera indebida para eventos no contemplados en la mencionada norma, tal como lo pretende hoy la censura. (...)

“Pues bien, el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 señala los parámetros de severidad de las limitaciones en los términos del artículo 5 de la Ley 361 de 1997; define que la limitación “moderada” es aquella en

la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; “severa”, la que es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad labora y “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50% (...) (Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia, 2015)

Esto quiere decir, que aquellos trabajadores que en su valoración final de recuperación se encuentren por encima del veinticinco por ciento (25%) entran a las protecciones establecidas por nuestro sistema de seguridad social, lográndose enmarcar realmente como un incapacitado permanente parcial, en el artículo 5° de la ley 776 (Congreso de la Republica de Colombia, 2002), más no como un invalido; cuando el trabajador se encuentra dentro de los rangos anteriormente descritos tiene derecho a ser indemnizado, en los términos del artículo 7°ibdem, por la EPS y/o fondos de pensiones, así como a ser reintegrado y reubicado a su último oficio o al oficio que su incapacidad le permita por parte de su Empleador, por lo tanto no tienen derecho a acceso a la pensión por invalidez. Esto es una obligación impuesta principalmente a la EPS y al Empleador, tal y como lo establece al Isaza Cadavid, Germán (2015), así:

Los empleadores están obligados a ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personas que sean necesarios.” (Isaza, 2015).

Ahora si el empleador decidiera terminar con el contrato de trabajo sin que opere una justa causa y mucho menos permiso del Ministerio del Trabajo, podrá ser sancionado por los jueces a indemnizaciones a favor de este último, bajo los términos del artículo 26 de la ley 361 (Congreso de la Republica de Colombia , 1997), y lo pueden obligar, mediante el ejercicio de la acción de tutela a reintegro del trabajador al cargo, como también al pago de los salarios dejados de percibir en el tiempo que estuvo por fuera del mismo. Esto ya que la jurisprudencia aplica el

principio de estabilidad laboral reforzada, para aquellos Trabajadores que se encuentren en situación de debilidad manifiesta o fuero de salud.

3.2.3. Invalidez (incapacidad permanente). La invalidez desde el punto de vista de este trabajo, consiste en aquellos estados definitivos de incapacidades, que le impiden al trabajador desarrollar algún tipo de actividad laboral, o subsistir por sí mismo, por lo cual el Estado a través de las administrador de fondo de pensiones (AFP) y de las administradoras de seguros por riesgos laborales (ARL), asignan al trabajador una mesada definitiva, teniendo en cuenta si el trabajador sufrió una enfermedad común, una enfermedad profesional o accidente de trabajo, y si previamente fue valorado por la EPS y Juntas de Calificación de Invalidez, determinando con un porcentaje superior al cincuenta por ciento (50%) de Pérdida de Capacidad Laboral (PCL). Siguiendo esta línea esta lo dispuesto por Isaza Cadavid, German (2015) quien dice al respecto lo siguiente:

Para los efectos del Sistema General de Riesgos Laborales, se considera inválida la persona que, por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el cincuenta por ciento (50%) o más de su capacidad laboral de acuerdo con el Manual Único de Calificación de Invalidez vigente a la fecha de calificación.” (Isaza, 2015).

En el caso en que se determine que el trabajador, después de ejecutado su ILT, ha desarrollado una pérdida física o intelectual superior al cincuenta por ciento (50%), la cual también se aplica a las enfermedades de origen común, sería justo que inmediatamente se le otorgue por parte de su AFP una mesada pensional que le permita subsistir congruamente, pero para llegar a ello tiene que haberse ejecutado una serie de pasos que a continuación se dictaminan, los cuáles se señalan para las enfermedades por riesgos laborales, pero como se dijo anteriormente, también se aplican a las enfermedades de origen común: el primero sería que se haya dado por la EPS la certificación de la terminación de la rehabilitación integral sin resultados en la recuperación del paciente, precisando que:

En primera instancia, la calificación de los porcentajes de pérdida de la capacidad laboral se hará por el equipo interdisciplinario dentro del mes siguiente a la fecha en que hubiere concluido el proceso de rehabilitación integral. De existir discrepancias se acudirá a las Juntas de Calificación de Invalidez, quedando a cargo de la entidad de seguridad social correspondiente el pago de honorarios y demás gastos que se ocasionen”. (Isaza, 2015).

Por último, se le otorga por la AFP la pensión de invalidez y si le ingresa a la nómina, para que perciba la mesada correspondiente; vale la pena señalar, en estos casos, que el empleador lo apoyará con el pago de lo correspondiente al sistema de seguridad social hasta que se le desembolse su primera mesada, con excepción de los montos correspondientes a riesgos profesionales, también deberá pagar lo correspondiente a primas y cesantías, solamente hasta que el trabajador obtenga su correspondiente mesada pensional.

3.3. Elementos de la seguridad social que protegen al trabajador incapacitado.

Dentro de la evolución de la seguridad social como derecho y como sistema de protección por parte del Estado, este último en lo que respecta a los derechos adquiridos por los trabajadores, la protección al trabajador incapacitado encuentra sentido en el hecho de que se busca por el Estado su recuperación a los distintos padecimientos que tiene, sin andar preocupado por su congrua subsistencia, ya que A juicio de la Corte Constitucional:

El pago de las incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en el que el Trabajador permanece retirado de sus labores durante el tiempo de una enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. No solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo, sino en una garantía para la salud del trabajador, quién podrá recuperarse satisfactoriamente como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por tener que

reincorporarse rápidamente y de manera anticipada a sus actividades habituales, con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia (Sentencia C-065, 2005).

Pero para que este auxilio y ayuda definitiva, pueda ser otorgado por las entidades a cargo de ejecutar estas prestaciones, el trabajador incapacitado tiene que contar con unos requisitos que se aplican en el contexto del derecho, dentro de los ámbitos nacionales, como también en los ámbitos de otras legislaciones, es por ello tomando como base el trabajo de López Insua, Belén del Mar (2012), denominado “la incapacidad temporal como contingencia protegida por la seguridad social” se traen a colación estos elementos:

3.3.1. La asistencia sanitaria. Constituye en todas aquellas actividades desplegadas por las empresas prestadoras de servicios de salud a través de los organismos médicos adscritos a ella, que le permiten al trabajador incapacitado, recuperarse de manera idónea de la enfermedad o afectación a su salud incapacitante, con la finalidad inicial de que se reintegre a su puesto de trabajo en un tiempo prudencialmente corto. Para la autora esta actividad se constituye “en un requisito esencial para que nazca y se mantenga la situación de IT, además de ser un elemento vinculado a la transitoriedad del proceso patológico, el cual se encuentra en fase de curación”. (López de Insua, 2012)

Esta asistencia médica se refleja en la actualidad en los siguientes procesos realizados por las EPS:

Verificación del estado de incapacidad del Trabajador – Paciente. Esto lo hace a través de una asistencia médica previa, determinando a través de lo que se denomina “triage”, cuál es el grado de incapacidad que el paciente tiene.

Comunicación a través de expedición de constancia de incapacidad, del tiempo en que el trabajador se debe recuperar. Esto se hace a través de una certificación de incapacidad dirigida al Empleador, la cuál puede ser renovada por esta misma entidad, si el médico tratante así lo considera.

Pago de los subsidios por incapacidad al empleador. Esto lo hace a través de una certificación expedida por parte de la EPS para ello, dónde regularmente le permiten al Empleador descontar del pago de sus aportes, el pago correspondiente a los Trabajadores incapacitados, en un tiempo determinado.

Suministro de drogas y tratamientos paliativos de la enfermedad. A través de esta garantía la EPS se encarga de costear y dar los medicamentos que le permitan al enfermo recuperarse o mitigar su sufrimiento.

Cita médica con especialistas. Se presenta cuando la enfermedad incapacitante ya requiere de un tratamiento médico más especializado, por lo cual la EPS se encarga de cubrir el gasto de los mismos.

Envío para análisis del caso, para determinación de comité interdisciplinario. Esto se presenta cuando el trabajador no presenta mejoría en un lapso de tiempo largo, después del desarrollo de su tratamiento médico integral, por lo cual a través de la toma de decisiones de este comité se pretende analizar si el Trabajador efectivamente se encuentra en capacidad de seguir laborando.

Envío del caso a la Junta de Calificación de Invalidez. Esto cuando la EPS y/o el comité interdisciplinario, consideren que los tratamientos ya no surten más efectos en el Trabajador, por lo cual lo envían a la junta con el fin de establecer el porcentaje de pérdida de capacidad laboral (PCL).

Comunicación de terminación de tratamientos y reintegro del trabajador al cargo desempeñado. Esto es una formalidad, que regularmente las EPS en Colombia, creen que se cumplen con la expedición de las incapacidades, dejando a la simple deducción lógica del Empleador el hecho de que, si ya no se tramitan incapacidades, es porque se terminó el tratamiento.

a. **Traslado del caso al Fondo de Pensiones.** Esto se presenta cuando el Trabajador, como se vio en la parte 3.2.3. de este capítulo, ha superado un porcentaje de invalidez comprobado superior al cincuenta de PCL.

Estas son consideradas como la asistencia médica o sanitaria, ejercida dentro de este elemento, y las maneras como las mismas se ejecutan principalmente.

3.3.2. El efecto incapacitante. Este es la determinación hecha por la entidad correspondiente, en dónde a través de la valoración clínica se establece que el Trabajador no puede ejercer su labor, ya que se encuentra impedido por el efecto incapacitante, es decir, por el resultado de la enfermedad que aqueja al Empleado. Al tenor de lo dicho por la autora este efecto incapacitante consiste “La Ley habla de que se debe estar impedido para el trabajo”, sin concretar nada más, por lo que se deja al arbitrio y discrecionalidad del facultativo correspondiente, la determinación del nivel invalidante de las lesiones”(López de Insua, 2012).

3.3.3. La temporalidad. Es el lapso en el cual el trabajador ha demorado incapacitado por una enfermedad común o relacionada con su trabajo, la cuál puede ser contabilizada en periodos de tiempos continuos o intermitentes. Este factor temporal también determina a quién le corresponde la obligación de proteger al trabajador, tal y como lo determina la autora, dejando ver en su planteamiento que muchas veces los trabajadores abusan de este factor temporal al decir:

la temporalidad, hace referencia no sólo a la duración limitada de la protección, sino también a la transitoriedad del efecto incapacitante. Constituye este punto, precisamente, uno de los más reformados por el legislador en estos últimos años en ese intento por frenar los estados de abuso a los que son proclives los trabajadores.” (López de Insua, 2012).

Otros autores han dicho que en Colombia esta temporalidad también está establecida de manera específica, al punto de que ya se determina quién es el responsable en el transcurso de tiempo específico , tal y como se encuentra establecido en el artículo 227 del (Colombia P. d., Código Sustantivo del Trabajo, 1950) y el Decreto (Colombia P. d., Decreto 2463, 2001), la cual se desarrolla de la siguiente manera:

El CST en su artículo 227 ordena: “en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el Trabajador tiene derecho a que el Patrono le pague un auxilio monetario hasta ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras partes del salario (2/3) durante los noventa días, y la mitad del salario por el tiempo restante”. Debemos sin embargo tener en cuenta que de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 23 del decreto 2463 de 2001 “para los casos de accidente o de enfermedad común en los cuáles exista concepto favorable de rehabilitación, la entidad administradora del fondo de pensiones, con autorización de la aseguradora que hubiera expedido el seguro provisional 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 primero 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” (Cortés H., 2011).

Pero en resumen son cuatro (4) derechos que se le tiene que respetar al trabajador en esta etapa: “a) derecho a la atención especializada, b) derecho a la prestación económica por incapacidad temporal, c) Derecho a las prestaciones sociales y d) derecho a no ser despedido durante la incapacidad” (Vanegas, 2011); con respecto al último de los derechos aquí descritos hablaremos en el punto correspondiente a estabilidad laboral reforzada.

4. Enfermedades no Laborales y No Profesionales, que Generan Incapacidades en el Tiempo.

Para Ossorio, Manuel (2008), es un error hablar de enfermedades laborales o enfermedades no laborales, ya que considera que la clasificación exacta debe ser la que a continuación se señala:

Denominase así todas aquellas que se pueden adquirir a causa o como consecuencia de la labor que realiza quien trabaja por cuenta ajena. generalmente, la doctrina, la legislación y la jurisprudencia distinguen tres clases diferentes: las enfermedades profesionales, las enfermedades accidentales y las enfermedades comunes o inculpables”_ (Ossorio, 2008).

Los autores de este trabajo encuentran que esta definición tiende a confundirse un poco con la de las enfermedades de origen profesional; se considera que alguna de las enfermedades de origen común encaja dentro del sistema de enfermedades del trabajo, ya que se dan con ocasión en el transcurso y desarrollo de la labor, y no cuando la persona se encontraba en estado cesante, es decir, sin una actividad o vínculo laboral alguno; también porque estas se pueden presentar como efecto colateral de la ejecución de la labor, causadas muchas veces por circunstancias estresantes (que puede causar bajas en las defensas o agudización de problemas de salud reportados previamente como propios del empleado) y/o que pueden exacerbar problemas propios de la persona no detectados previamente al momento de entrar a laborar.

Dentro del (Colombia P. d., Decreto 1333, 2018), que modifica al 780 (Colombia P. d., 2016), del artículo 2.2.3.2.3. denominado prórroga de la incapacidad, el Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia estipula de manera indirecta que, para que las incapacidades sean reconocidas deben estar recogidas dentro del Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE), este último consiste en un compendio de enfermedades actualizado en ciertos períodos de tiempo por la Organización Mundial de Salud (OMS), y en el cual aparece cada uno de los códigos con los cuales se debe registrar aquellas que generan efectos incapacitantes. (Ministerio de Salud y de la Protección Social de Colombia, 2018)

En Colombia hay dos (2) tipos de situaciones principales que generan incapacidades a los trabajadores, y que activan la intervención por parte del sistema de seguridad social de nuestro País y son la enfermedad de origen profesional y la enfermedad de origen común, las cuales a continuación se establecen.

1.1. Enfermedad profesional. Estos son las enfermedades que se dan debido a una relación de causalidad exclusiva entre la labor ejecutada y la afectación a la salud del trabajador que desarrolla dicha actividad. Para *Goldstein, Mabel* (2010), en su obra *Diccionario Jurídico - consultor magno*, establece esta definición de la siguiente manera:

Enfermedad que se origina y desarrolla en el ejercicio de una profesión, producto de la acción reiterada y lenta de los elementos del trabajo. // Enfermedad resultante del esfuerzo necesario del trabajador para el cumplimiento de la tarea diaria, de las condiciones higiénicas de la vida en los talleres, de la alimentación y alojamiento en las aglomeraciones obreras, y de las intoxicaciones producidas por la manipulación de ciertos productos". (Goldstein, 2010).

Es de anotar que la condición de afectación de salud del trabajador, para que sea considerado como una enfermedad profesional, y que genere ILT, debe tener como prueba la relación de causalidad o de conexión entre la labor ejercida por el trabajador (factor de riesgo) y el deterioro de la salud del trabajador, aplicándose para ello lo dispuesto por los artículos 11 del decreto (Colombia P. d., Decreto 1295 , 1994), y que se encuentre establecido en la tabla que se encuentra en el decreto 1832 (Colombia P. d., 1994), y demás normas subsidiarias a este último. (Vanegas, 2011).

La enfermedad profesional tiene dos (2) maneras en cómo se puede desarrollar:

Enfermedad profesional propiamente dicha y accidente de trabajo.

1.1.1. Enfermedad profesional propiamente dicha. Son aquellas en dónde la víctima o enfermo profesional, ha sufrido un deterioro gradual en su salud, al cual, a través de la demostración de los hechos generadores de la enfermedad relacionados con empleadores de conductas del trabajador en ejercicio de su labor, puede determinarse que la desmejora en su salud se debió única y exclusivamente a esta exposición de factores de riesgos profesionales propios del trabajo que venía

desarrollando, y que desencadenaron en una afectación a sus normales condiciones de salud; este hecho se logra contrastando el examen de salud al ingreso de la actividad profesional, el cual es de obligatoria realización por parte de todos los empleadores contratantes, con el examen anual realizado al trabajador, o con la historia clínica dada por su EPS, en dónde así se señale; ejemplo de ello se encuentra en las siguientes afirmaciones:

Así, se presume que SATURNISMO, ha sido adquirido en el trabajo que se maneja plomo; el HIDRARGIRISMO, en el que se maneja fosforo.

Basta, pues, que la víctima pruebe su enfermedad y su trabajo para que nazca la responsabilidad del patrono, y será a éste, si quiere eximirse de ella, a quien corresponde la difícil demostración de que la enfermedad fue adquirida fuera del trabajo”. (Ossorio, 2008).

1.1.2. **Accidente de trabajo.** Se tiene como accidente de trabajo aquellos sucesos eventuales, súbitos, repentinos e imprevistos, que han causado una afectación al trabajador, ejecutados en su puesto de trabajo o dentro de la ejecución del mismo, y en realización de órdenes directas del empleador. Se diferencia del anterior que en este se puede relacionar, de manera precisa un hecho o actividad ejecutada en un momento específico, con la afectación de la salud del trabajador. Para Vanegas Castellanos, Alfonso (2011), considera que “el accidente de trabajo es un suceso lesivo repentino que puede sobrevenir por causa o con ocasión del trabajo desempeñado por el trabajador, que produzca en éste lesión orgánica, perturbación funcional, invalidez o muerte” (Vanegas, 2011).

Ejemplo de lo aquí dispuesto, está en el hecho de que el trabajador contratado por un empleador a través de un contrato laboral activo, se le ha enviado a talar un árbol, pero un gran viento ha hecho la caída del elemento que estaba cortando encima del primero, lo que le ocasiona algunas fracturas, en especial de su columna vertebral. Este hecho, aunque la atribución de quién fue el realmente responsable no se puede determinar de manera inmediata, si se puede establecer de que se generó la afectación de la salud del trabajador en ocasión y realización de una actividad propia de su Trabajo, por lo cual se establece como un accidente de trabajo.

1.2. Enfermedad de origen común. Son todos aquellos tipos de afectaciones de salud del trabajador, no adquiridas ni relacionadas con el ejercicio de su labor, pero que se produjeron durante la ejecución de su contrato de trabajo; estas afectaciones pueden ser causadas principalmente por:

factores ambientales (gripas y enfermedades virales), enfermedades adquiridas por transmisión (enfermedades de transmisión sexual, enfermedades endémicas y pandémicas), por atentados o alteraciones a la salud ocasionados por hechos súbitos generados por fuera del trabajo (distintos tipos de accidentes y atentados con lesiones personales del trabajador), por el desarrollo normal de su vida de pareja (complicaciones en el embarazo) y por predisposiciones físico - genéticas del trabajador que generen una afección o deterioro notable en su salud (propensión a infartos, distintos tipos de cáncer, enfermedad de Alzheimer, enfermedad de Parkinson, artrosis, etc.) (La Vanguardia, 2019).

Estas afectaciones para que se consideren como enfermedades de origen común, tienen que haberse generado por la IPS autorizada o contratada por su EPS, un análisis exhaustivo de las circunstancias determinantes que generaron la afección, como también debe determinarse por la misma entidad, que dichas enfermedades no encajan dentro de los tópicos, definiciones o postulados de las denominadas enfermedades profesionales.

La ruta para la protección de los trabajadores incapacitados, se desprende de la responsabilidad que tiene los mismos de comunicar al empleador, a tiempo, aquellas afectaciones físicas o cognitivas que generan algún tipo de problema en el desarrollo normal de su actividad, como por ejemplo: es obligación del trabajador informar a su empleador que actualmente se encuentra afectado por una enfermedad contagiosa, que puede afectar la salud de sus compañeros, ya que de no hacerlo sería un hecho de mala conducta, que puede ser tomado como un hecho generador de terminación de contrato por justa causa, en aplicación a lo dispuesto por el artículo 64 en su literal a) # 1.

Como se verá más adelante, la jurisprudencia ha impuesto la carga de la prueba a manos del trabajador y principalmente de la EPS que el mismo ha elegido, pero en la realidad por sentencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, la carga de la prueba para este caso se le sigue endilgando al empleador.

2. Reglas aplicables a las incapacidades generadas durante y con ocasión de la ejecución de la relación del contrato de trabajo

Para la ejecución de todo contrato de trabajo hay dos tipos de reglas que se deben tener en cuenta cuando un trabajador se encuentra afectado por un hecho incapacitante de cualquier tipo, y reglas específicas que se dan con ocasión al tipo de enfermedad que lo aqueja, es decir, si es de carácter Profesional o de origen común.

Estas reglas son las siguientes:

2.1. Reglas generales.

4.1. Todo trabajador está en el deber y la obligación de reportar a su empleador el hecho que generó la situación incapacitante, es decir, cuáles fueron las circunstancias de tiempo, modo y lugar que ocasionaron la incapacidad, o desde cuando se enteró realmente sobre este hecho. Vale la pena resaltar que en algunos casos la doctrina protege al trabajador, aunque este no haya dicho su condición, tal es el caso de las mujeres embarazadas y de las enfermedades de transmisión sexual.

4.2. El trabajador tiene el deber de cuidarse durante el tiempo en que demore su incapacidad, y solo reintegrarse una vez se termine la misma.

4.3. Informar a su EPS a través de las IPS adscritas a la misma, sobre que en la actualidad se encuentra afectado por una enfermedad incapacitante.

4.4. Solicitar a su EPS que le otorgue certificados médicos en dónde conste la enfermedad o afectación incapacitante y los días en los que debe permanecer incapacitado; en caso de requerirlo su situación, la EPS dictaminará en ese mismo certificado, si al Trabajador hay que hacerle controles en cuanto al desarrollo de sus

incapacidades y, en caso de que deba continuar incapacitado, expedir nuevas certificaciones.

4.5. Los certificados médicos deben ser generados únicamente por la EPS elegida por el Trabajador, no se aceptarán excusas o certificados médicos generados por médicos particulares.

4.6. Asistir a las citas de control y especialistas dispuestas por su EPS.

4.7. Cumplir a cabalidad los tratamientos y dictámenes de médicos especializados tendientes a su recuperación.

4.8. Acudir a los llamados dispuestos por la Junta Médica Interdisciplinaria.

4.9. Acudir a los llamados que se les haga a través de su EPS O ARL, para que sea valorado por la Junta de Calificación de Invalidez, tanto Regional como la Nacional.

4.10. Mantener informado a su Empleador sobre la evolución de su Estado de Incapacidad o dictamen de invalidez.

2.2. Reglas específicas.

SITUACIONES ESPECIFICAS	ENFERMEDAD PROFESIONAL	ENFERMEDAD DE ORIGEN COMÚN
<i>Una vez ejecutado el conocimiento de la situación incapacitante</i>	Es deber del Empleador informar a la ARL y remitir al Empleado a la EPS respectiva con la finalidad de que se le otorgue la asistencia médico - sanitaria respectiva	Es deber del Trabajador informar a su EPS y posteriormente remitir a su Empleador los certificados de incapacidades otorgados por los primeros
<i>En cuanto al tiempo en que se debe ejecutar el conocimiento de la situación incapacitante</i>	Es deber del Empleador el poner en conocimiento de la ARL en un término prudencialmente corto, que no puede exceder las 48 horas, posteriores al conocimiento del evento generador de la incapacidad según	Es deber del Trabajador informar a su Empleador en término de 24 horas posteriores a la expedición del certificado médico dado por su EPS, de que se encuentra incapacitado, y que por tal razón no pueden asistir a su trabajo. Esto salvo los motivos de

	lo dispuesto por el artículo 62 del decreto 1295 de 1994 expedido por el Ministerio de Salud	fuerza mayor o caso fortuito que así lo impidan
<i>En cuanto al pago de las incapacidades</i>	Es deber del Empleador cancelarlas los 2 primeros días, y los días restantes acordar el pago de las mismas con la EPS	Es deber del Empleador cancelarlas los 2 primeros días, y los restantes acordar con la ARL sobre el pago del tiempo posterior a las mismas
<i>En cuanto a la asistencia del Trabajador al puesto de trabajo</i>	Es deber del Trabajador seguir las recomendaciones dadas por su Médico tratante	Es deber del Empleador generar un cuidado adecuado, después de haberse reintegrado, evitando que el Trabajador sufra detrimento mayor en su salud por accidentes posteriores, inclusive está en la obligación de reubicarlo en otros puestos, si la ARL así lo considera.

Tabla No 2. Reglas aplicables para el reconocimiento de incapacidades. Autor: Construcción propia.

3. De la estabilidad laboral reforzada.

La estabilidad laboral reforzada constituye en una protección especial otorgada por la ley al trabajador enfermo e incapacitado, para que, dentro del tiempo de su recuperación, el empleador no lo pueda despedir sino con permiso especial del Ministerio del Trabajo. Con esto el Estado garantiza que el trabajador se recupere adecuadamente o que acceda a su pensión de invalidez, si así lo determina la junta de calificación de invalidez. Sobre este tema se desarrollará de gran manera en el capítulo tercero de este trabajo, observándolos desde el punto de vista de la jurisprudencia.

Desde el punto de vista de los autores consultados:

La estabilidad laboral reforzada, no es un principio de obligatorio cumplimiento para cualquier caso y en todo tipo de incapacidades, sino que “es una prerrogativa de ciertos trabajadores que, por estar en una situación especial prevista en la ley, cuentan con la opción de conservar el empleo, al punto de no poder ser despedidos sin autorización de la autoridad competente. Cuando son despojados de su trabajo sin dicha autorización o de otra manera irregular, el despido se considera ineficaz y el empleador puede verse abocado a reintegrarlos por orden judicial, sin perjuicio de las remuneraciones salariales causadas.” (Vanegas, 2011).

Pero siguiendo la línea de este autor para que el mismo se presente, debe encajar dentro de dos (2) tipos de presupuestos, uno objetivo y el otro subjetivo:

Por el presupuesto objetivo, existe la seguridad que están dadas las condiciones empresariales y contextuales para que el trabajador permanezca en el trabajo en cuanto tiene funciones definidas y está garantizada su remuneración en las condiciones estipuladas; por el presupuesto subjetivo, el trabajador abriga la convicción personal o certidumbre de que, mientras cumpla con las condiciones estipuladas, además de las previstas en la ley, no será removido de su trabajo.” (Vanegas, 2011).

Al respecto la Corte Constitucional de Colombia, ha mantenido una línea jurisprudencial inamovible que bien ha sido resumida por Rodríguez Lara, Inés; Berrocal Durán, Juan Carlos (2018), que la señalan de la siguiente forma:

La Corte ha indicado que la estabilidad laboral reforzada es un derecho que tienen todas las personas que por el deterioro de su salud se encuentren en una situación de debilidad manifiesta. Es decir que esta figura opera para cualquier trabajador que, por su condición de salud, se vea afectada su productividad, sin que sea necesario que cuente con una discapacidad declarada, certificada y cuantificada por una junta de

calificación médica, ni que su origen sea determinado.” (Ródriguez, 2018).

La Corte Constitucional de Colombia ha mantenido una línea inamovible con respecto a la estabilidad reforzada, dirigida a que el empleador ante el ejercicio de continuar o no con la relación laboral del trabajador:

encuentra una limitante en la obligación de garantizar la permanencia en el empleo a aquellos trabajadores que se encuentren en una circunstancia de debilidad manifiesta, lo cual se traduce en un derecho fundamental para el trabajador, denominado “estabilidad laboral reforzada”. Así las cosas, se han identificado como titulares de este derecho fundamental a las mujeres embarazadas, aforados sindicales, madres cabeza de familia y las personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud, frente a quienes el despido se puede materializar únicamente si el empleador cuenta con “una especial autorización de la oficina del trabajo o del juez”. (Cristancho, 2019).

Es menester recordar que no todas las incapacidades tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada, ya que al decir de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente Rigoberto Echeverri Bueno, Radicación No. 53083 del 14 de Octubre de 2015, se establece que estos niveles de protección solamente se aplican para aquellas personas que tengan una incapacidad moderada, es decir, superior al quince por ciento (15%) de PCL, tal y como se trae a colación en el siguiente extracto:

Por esta razón, considera la Sala que el legislador fijó los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5º reglamentado por el artículo 7º del D. 2463 de 2001), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, en principio, a quienes clasifiquen en dichos niveles; de no haberse fijado, por el legislador, este tope inicial, se llegaría al extremo de

reconocer la estabilidad reforzada de manera general y no como excepción, dado que bastaría la pérdida de la capacidad en un 1% para tener derecho al reintegro por haber sido despedido, sin la autorización del ministerio del ramo respectivo.

Conforme a la citada Providencia, la estabilidad laboral reforzada regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se debe aplicar teniendo en cuenta que solo a partir del grado de discapacidad moderada, es decir 15%, se podría garantizarse y proteger el derecho al trabajador de no ser despedido.” (Ávila R., 2019).

Esto nos demuestra que el trabajador en Colombia tiene la protección adecuada, segregada en varios ordenamientos o interpretaciones de las altas cortes, siempre y cuando su caso encaje dentro de los denominados de incapacidad moderada, así como los superiores a la misma.

4. De la ayuda económica que se le da al trabajador durante la incapacidad.

Es necesario de que el trabajador durante el tiempo en que se demore su incapacidad, goce de los medios congruos que le permitan sobrevivir y llevar de una manera digna el período en que demore su recuperación total, su rehabilitación definitiva o su reconocimiento de la correspondiente pensión de invalidez, siempre y cuando todos se encuentren debidamente certificados para ello. Al tenor de la Corte Constitucional (Sentencia C-065, 2005), con ponencia del Honorable Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, con estos pagos lo que se pretende es que el trabajador no tenga que preocuparse en salir corriendo a buscar los recursos que le permitan su subsistencia o supervivencia, tanto suya como de todo el entorno a su cargo, lo que le permite recuperarse adecuadamente, tal y como lo exige la dignidad humana, lo que le también servirá para reincorporarse rápidamente a su entorno laboral.

Ahora esta remuneración o pagos recibe varias denominaciones, como auxilio económico o subsidio de incapacidad, dependiendo de la cantidad de tiempo en el

cual en que el trabajador ha estado en total reposo. Esto se determina de la siguiente manera:

Las incapacidades de origen común han sido nombradas por el legislador de forma diferente a aquellas prestaciones económicas a que tienen derecho las personas incapacitadas por una enfermedad no profesional. Es así como para las incapacidades menores o iguales a 180 días se les denominó auxilio económico y aquellas mayores fueron denominadas subsidio de incapacidad (Mesa M. C. y Vélez C., 2019).

El monto de pago de estas incapacidades dependerá del tiempo en que el trabajador ha pasado por fuera de la ejecución de sus labores, de manera continua, producto de la afectación que así lo genera, es así como al tenor de Mesa López, María Camila; Vélez Restrepo, Carolina (2019) en su trabajo denominado ¿La cuantía del auxilio monetario por enfermedad no profesional fijado por ley es o no es constitucional?, han planteado una diferenciación adecuada de los responsables, los cuales se resumen en la tabla que a continuación se expone, realizada teniendo en cuenta que:

Asimismo, el legislador se ha encargado de diferenciar a los responsables en el pago de dicha incapacidad, así como el monto que deberá ser asumido, dependiendo del tiempo que dure la incapacidad. A continuación, se detallará teniendo en cuenta lo estipulado por la Ley 962 de 2005, el Decreto 2943 de 2013, y la Ley 1753 de 2015". (Mesa M. C. y Vélez C., 2019).

La siguiente tabla se realiza basado en los planteamientos hechos por las autoras aquí descritas, así como también siguiendo lo dispuesto por los artículos 227 y 228 del (Colombia P. d., Código Sustantivo del Trabajo, 1950):

<u>Tiempo en días calendario de incapacidad del Trabajador</u>	<u>Responsable del pago</u>	<u>Monto a cancelar</u>
De 1 a 2 días de incapacidad	Empleador	El 100% del total de salario base de cotización, proporcional al tiempo aquí señalado
Del día 3 al 90 de incapacidad	EPS del Trabajador	Las 2/3 partes del salario base de cotización, sin que baje más allá del salario mínimo.
Del día 90 al 180 de incapacidad	EPS del Trabajador	El 50% del salario base de cotización, sin que baje más allá del salario mínimo.
Del día 181 al 540 de incapacidad	AFP del Trabajador	El 50% del salario base de cotización, sin que baje más allá del salario mínimo
Del día 541 en adelante	EPS del Trabajador	El 50% del salario base de cotización, sin que baje más allá del salario mínimo, además se hace responsable de todos los retrasos que pueda generar la no consecución a tiempo de los pagos correspondientes.

Tabla No. 3. Modo de pago de las incapacidades en tiempo. Autor: construcción propia

Conclusiones del capítulo.

En Colombia en cumplimiento de los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social, dentro del parámetro de las enfermedades relacionados con el trabajo, y la que interesan a esta investigación, es decir, las de origen común, se resalta que la legislación y la jurisprudencia de las altas cortes han dejado clara su protección desde el punto de vista de derechos fundamentales, ya que así es la única manera como el trabajador podrá recuperarse realmente, sin que entre a preocuparse de cómo se sostendrá durante todo el tiempo en que demore su enfermedad; pero en la práctica este hecho se ve empañado ya que las entidades a cargo de realizar estos pagos a tiempo no ejecutan de manera adecuada sus deberes, llevando al trabajador a acudir a acciones legales innecesarias, tales como

la acción de tutela y el procedimiento laboral ordinario. Por lo anterior el trabajador durante el tiempo de su incapacidad, entra en una situación financieramente precaria, que lo lleva a acudir a otras vías, que agravan su situación de salud, y finalmente la afectan mayormente, impactando a demás a las personas a su cargo, como lo es su núcleo familiar.

Como se verá en los capítulos venideros, la legislación y la jurisprudencia, han sido lo suficientemente claras en lo que respecta al proceder de las entidades a cargo de realizar los pagos y valoraciones definitivas, que le permitan al trabajador reintegrarse o de gozar de su mesada pensional, a tiempo.

Bibliografía

Asamblea Constituyente de Colombia. (20 de Julio de 1991). *Secretaria del Senado - Constitución Nacional*. Bogotá D. C.: DIARIO OFICIAL DE COLOMBIA.

Obtenido de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Ávila R., Z. E. (01 de 01 de 2019). Concepto del Ministerio del Trabajo # ID 103719 - 16. *"Terminación de contrato de obra o labor contratada de Trabajador en situación de discapacidad"*. Bogotá DC, Cundinamarca, Colombia: Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social de Colombia.

Congreso de los Estados Unidos de Colombia. (1873). *Código Civil Colombiano*.

Bogotá D. C., Colombia: Diario Oficial de Colombia. Recuperado el 16 de 07 de 2018, de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

Corte Constitucional de Colombia. (25 de Septiembre de 1997). Sentencia de Unificación 480 de 1997. *Corte Constitucional SU 480 de 1997*. Bogotá D.C., Bogotá D.C., COLOMBIA. Obtenido de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU480-97.htm>

Cortés H., O. (2011). *Derecho de la Seguridad Social* (CUARTA ed.). Bogotá: EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA.

Cristancho, J. R. (2019). El derecho a la estabilidad laboral reforzada de personas con discapacidad en Colombia: "las mujeres desvinculadas del fondo rotatorio de la Policía Nacional". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cusco - Perú (UNSAAC)*, 222.

Galindo, J. C. (2011). *Amparos y coberturas de la salud: seguridad social, medicina prepagada y seguros privados*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibañez. Recuperado el 6 de 06 de 2019

- Goldstein, M. (2010). *Diccionario jurídico consultor magno*. Bogota D.C. : Editora Cultural Internacional.
- Isaza, G. (2015). *Derecho laboral aplicado*. Bogota D. C.: LEYER.
- López de Insua, B. (01 de Noviembre de 2012). La incapacidad temporal como contingencia protegida por la seguridad social. *Tesis Doctoral*. Granada, Granada, España: Universidad de Granada.
- Mesa M. C. y Vélez C. (23 de 08 de 2019). ¿La cuantía del auxilio monetario por enfermedad no profesional es o no es constitucional? *Monografía*. Medellín, Antioquía, Colombia: Repositorio Eafit.
- Ministerio de Salud y de la Protección Social de Colombia. (27 de 7 de 2018). Decreto 1333 de 2018. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial de Colombia.
- Ministerio del Trabajo de Colombia. (05 de 02 de 2020). ¿Qué es la Seguridad Social? Bogotá D. C., Cundinamarca, Colombia. Obtenido de <http://www.mintrabajo.gov.co/empleo-y-pensiones/empleo/subdireccion-de-formalizacion-y-proteccion-del-empleo/que-es-la-seguridad-social>
- Moreno, J. y. (1998). *El Abogado de la seguridad social*. BOGOTA DC: PLANETA S.A.
- Oficina Internacional del Trabajo - OIT, O. I. (2011). *La seguridad social y la primacia del Derecho*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- Organización de las Naciones Unidas, O. (10 de DICIEMBRE de 1948). Declaración Universal de los Derechos del Hombre - Naciones Unidas. *LEY UNIVERSAL*. Obtenido de <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Organización Internacional del Trabajo, O. (04 de 07 de 2019). *OIT*. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf /

Ossorio, M. (2008). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: Heliasta.

Real Academia de la lengua española, D. (03 de 06 de 2019). Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. *Diccionario*. España. Obtenido de www.rae.es

Rodríguez, I. y. (2018). Pronunciamiento de la Corte Constitucional y Corte Suprema De Justicia Colombiana sobre la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores con discapacidad. *Panorama jurídico y sociojuridico de los derechos humanos, sociales y ambientales tomo I*, 139.

Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia, C. (14 de 10 de 2015). Jurisprudencia # 58083 de 14 de octubre de 2015 SCL Colombia. *Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Corte Suprema de Justicia.

Vanegas, A. (2011). *Derecho individual del trabajo - conceptos básicos*. Bogota D.C.: Libreria ediciones del profesional Ltda.

Capítulo II

Normatividad Colombiana que regula la protección de incapacidades por enfermedades de origen común

El presente capítulo se desarrolla usando el método de interpretación de normas hermenéutico, es decir, partiendo desde la reflexión y la intuición para describir, explicar y clarificar la experiencia o como lo es en este caso, la norma de acuerdo a su contenido, dinámica y sus implicaciones en busca que estructurar una interpretación coherente (Morella Arráez & Liuval, 2006).

Para interpretar la normatividad colombiana que regula la protección de incapacidades por enfermedades de origen común, es necesario abordar la misma incluso desde la constitución, a fin de entender su contenido, dinámica, implicaciones y demás temas entorno a ello, por lo que se abordará en primera instancia la norma de normas y luego se revisaran las leyes y decretos reguladores de esta temática en lo posible en orden cronológico, lo cual permitirá mayor comprensión.

Entorno a lo anterior, se hace necesario tener como pregunta científica para el desarrollo del presente capítulo ¿Qué establece la normatividad colombiana sobre la protección de incapacidades por enfermedades de origen común?, para resolver la misma, es procedente también preguntar ¿Cómo regula la normatividad colombiana las incapacidades? y ¿Qué dispone la normatividad como enfermedades de origen común?, para lo cual se procederá a resolver cada una de las sub preguntas científicas, y así finalmente dar respuesta al cuestionamiento principal.

Atendiendo lo anterior, para brindar desarrollo del caso concreto, es preciso iniciar con una revisión del artículo 1º (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), en el cual conforme lo establece este primer artículo constitucional, que Colombia es un estado social de derecho, trae como consecuencia la definición de su esencia como principio nuclear de un país democrático, social y participativo, lo que implica

que todo el desarrollo normativo debe ser interpretado en consonancia con esta característica esencial del estado (Villar boorda, 2007). En este sentido el estado social del derecho se funda entre otros principios en el respeto por la dignidad humana y el trabajo, temas estructurales cuando se habla de incapacidades, especialmente en el contexto al realizar un análisis de las garantías jurídico-procesales de los sujetos de la relación laboral cuando el trabajador presenta incapacidades de origen común superior a 180 días.

En este mismo orden, la (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), en su artículo 48 se plantea la seguridad social como un servicio público con carácter obligatorio, para lo cual conforme a esta naturaleza pública y dada su condición de obligatoriedad, se imparte la orden constitucional de ser dirigido, coordinado y controlado por el estado mismo, indistinto si es o no prestado por este, empero su carácter público, obliga a la responsabilidad principal estatal. Así entonces se establecieron unos principios mínimos que deben regir este servicio, como lo son la eficiencia, universalidad y solidaridad, cuya definición, términos y alcances serian de resorte legal.

Llama la atención, el mandato de la norma de normas al garantizar a todos los habitantes del país el derecho a la seguridad social como irrenunciable o inalienable, lo cual tiene un significado bastante amplio y cargado de fuertes responsabilidades a quienes lo asuman, que pueden ser empresas de carácter públicas o privadas, pero conforme se indicó de manera inicial, bajo la dirección del estado. Es así, como para hablar de incapacidad dentro del estado colombiano, al ser esta una protección del servicio público de la seguridad social deberá observarse bajo estos parámetros constitucionales de manera preferente.

Según el diccionario virtual (Bembibre, 2010), la incapacidad se puede definir como “no contar con aquellas capacidades o habilidades que se consideran dentro de los parámetros normales para un ser humano”. En términos similares fue definido por el (Instituto de Los Seguros Sociales , 1998) en resolución 2266, en la cual establece en su artículo 1° la incapacidad y a su turno, en el artículo 2° define los riesgos que originan las incapacidades, indicado que su origen puede ser por

accidente de trabajo o por accidente no laboral, enfermedad profesional o enfermedad general. Es así como la ley 100 (Congreso de La Republica de Colombia, 1993) en su artículo 206 dispone que las entidades de seguridad social estarán a cargo de las incapacidades dependiendo el origen de la misma; así entonces para incapacidades generadas por enfermedad general, serán reconocidas por las empresas promotoras de salud (EPS) del régimen contributivo, para lo cual se instituyó que para ello estas EPS podrían subcontratar con compañías aseguradoras.

Por su parte para el caso de las incapacidades originadas en enfermedades profesionales y las originadas en accidentes laborales se decía en esta norma que también estaban a cargo de las EPS, pero se financiarían con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que el gobierno expidiera para tal fin; es así como con el decreto 1295 (Colombia P. d., Decreto 1295 , 1994), se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales, asignando así las entidades a cargo de las cuales estarían las enfermedades de estos orígenes distinto al general, que eran las entonces llamadas administradoras de riesgos profesionales- ARP, hoy administradoras de riesgos laborales – ARL; sufriendo esta norma modificaciones con la ley 1562 (Congreso de La Republica de Colombia, 2012) , con vigencia en la actualidad junto a la ley 1819 (Congreso de la Republica de Colombia, 2016), específicamente en sus artículos del 168 al 170.

Es así como en términos generales se encuentra regulada normativamente en Colombia las incapacidades; permitiendo identificar sus orígenes y responsables respecto a las prestaciones económicas y asistenciales; siendo ahora el turno de señalar lo que establece la normatividad como enfermedades de origen común, para adentrar de manera concreta al tema propuesto.

El código sustantivo del trabajo (Colombia P. d., decreto Ley 3743, 1950), se refirió de manera expresa a las incapacidades por enfermedad no profesional del trabajador, en su artículo 227 para regular el auxilio económico que recibiría el trabajador en caso de presentar estas contingencias de manera comprobada,

estableciendo que era un derecho de éste a cargo del empleador; generándose en consecuencia como obligación el pago de un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, para lo cual se dispuso las reglas para su pago correspondiente así: a). dos terceras ($2/3$) partes del salario durante los primeros noventa (90) días, y b). La mitad ($1/2$) del salario por el tiempo restante; es decir, durante ese lapso lo devengado por el trabajador al estar incapacitado por una enfermedad de origen no profesional no se le atribuiría el nombre de salario, sino auxilio monetario. Esta norma actualmente se encuentra modificada atendiendo que, conforme se evidenció inicialmente en la ley 100 (Congreso de La Republica de Colombia, 1993), según el artículo 206, ya esta prestación no está a cargo del empleador, sino de la EPS a partir del tercer día de incapacidad, no obstante continúa llamándose auxilio monetario y en los mismos montos de pago, ampliándose también el tiempo de pago de la misma, para lo cual se hará referencia más adelante.

Del mismo modo, mediante el (Colombia, Decreto 770 , 1975) se regulan las prestaciones y servicios del asegurado por el Instituto de Los Seguros Sociales en caso de enfermedad de origen común (también llamada enfermedad general), de manera específica en los artículos 9 al 11, se hace una disposición normativa sobre las obligaciones que tendría el Instituto al ocurrir en este tipo de contingencias. Lo primero que debe tenerse en cuenta al interpretar la presente norma, es que la misma fue escrita antes de la expedición de la constitución de 1991, por tanto no podría presentar las mismas garantías, máxime por que la constitución de 1886, no contenía el conjunto de principios mínimos laborales que trajo el constituyente del 91.

En este sentido, es preciso observar que el decreto (Colombia P. d., Decreto 770 , 1975), fue proferido luego de la expedición del (Colombia P. d., Código Sustantivo del Trabajo, 1951), por lo que al revisar su contenido en concordancia con el artículo 227 ibidem, se tiene que este pretende reglamentar el auxilio monetario que en esta normativa obligaba al empleador, y que luego a través del decreto (Colombia P. d., Decreto 770 , 1975), esta carga se trasladó al Instituto de los Seguros Sociales, cambiando significativamente esta garantía social, dado que

se entiende que una vez ocurrida la contingencia de la enfermedad para el empleador en vigencia completa del artículo 227 del (Colombia P. d., Código Sustantivo del Trabajo, 1951), el empleador se afectaba económicamente, dado que además de las implicaciones que conlleva el hecho que el trabajador que venía realizando una labor a causa de la enfermedad ya no podía ejercerla temporalmente, en consecuencia debe el empleador colocar (puede ser contratar) a otra persona en su reemplazo a quien le debe pagar su contraprestación por el servicio; significaba ello una carga bastante fuerte que afectaba las garantías de este sujeto activo de la relación laboral, de allí que se entendiera que esta normativa le cambiara la denominación al principal elemento del contrato de trabajo (el salario), cambiando su denominación por auxilio monetario, este último para no desamparar económicamente al trabajador, el cual también se encuentra afectado en sus garantías a causa de la enfermedad, que no solo ha tenido que soportar las consecuencias de esta contingencia, sino a demás soportar el menoscabo de su salario en la cuantía recibida y denominación.

Bajo estas consideraciones, es entendido el espíritu del legislador al hacer el cambio del elemento salario, atendiendo el sujeto que tenía la carga económica; no obstante, al cambiarse la carga económica del empleador al Instituto de los Seguros con el (Colombia P. d., Decreto 770 , 1975), persiste el mismo monto asignación económica destinada al trabajador incapacitado por enfermedad de origen común y bajo la misma denominación de auxilio monetario, incluso en el artículo 11° ibidem se le denomina subsidio, lo cual implica el cambio del elemento salario del contrato de trabajo, implicaciones relevantes en las garantías jurídicas del trabajador.

El decreto (Colombia P. d., Decreto 770 , 1975), entre los artículos 9 al 11, especialmente hace precisiones sobre cada una de las “asistencias médicas y quirúrgicas, farmacéuticas, hospitalarias y odontológicas, así como los correspondientes servicios paraclínicos y los medios auxiliares de diagnósticos y tratamiento” cuando el asegurado se encuentre bajo una incapacidad por enfermedad de origen común, indicando los servicios que debe recibir cuyo fin no

es otro que lograr su rehabilitación y recuperación de la capacidad de trabajo que se ha visto afectada con ocasión a la enfermedad.

En lo que concierne al subsidio en dinero (así se le llamaba aquí) se establecía que sería pagado a partir del día 4° de incapacidad, a excepción de los casos de hospitalización en cuyo caso se pagaría desde el primer día, todo ello dependiendo el índice base de cotización - IBC del asegurado correspondiente al mes anterior al inicio de la incapacidad. También esta normatividad hace un aporte importante en cuanto a las garantías del trabajador que se encuentra incapacitado por enfermedad de origen común, dado que en el artículo 10 se prevé la posibilidad de prórroga de la incapacidad hasta ciento ochenta (180) días más, es decir hasta por 360 días, pero solo indicando que el trabajador seguiría gozando de las prestaciones asistenciales, dado que indica que el “subsidio” solo sería pagado durante 180 días; sin embargo deja abierta una excepción para cuando el asegurando tenga que cumplir ese periodo por invalidez, caso en el cual el subsidio se pagaría en cuantía del 50% del IBC, hasta que fueran definidos sus servicios médicos; vale indicar que en la actualidad estos preceptos no tienen vigencia, pero vale la pena hacer referencia a ellos para lograr la interpretación de las garantías en el tema analizado y la evolución normativa.

Por su parte en la actualidad, el decreto 780 (Colombia P. d., 2016), regula a cargo de quienes estarán las prestaciones económicas ocasionadas en caso de incapacidad por enfermedad tanto de origen general, como por origen profesional. Para el caso concreto, interesa lo concerniente a enfermedad de origen general o riesgo común, para lo cual la norma dispone que los dos (2) primeros días de incapacidad por este riesgo estarán a cargo del empleador y de las entidades promotoras de salud a partir del tercer día de la misma, ello tanto en el sector público como en el sector privado.

Mediante decreto 1406 (Colombia P. d., 1999), artículo 40, compilado actualmente en Decreto 780 (Colombia P. d., 2016) Artículo 3.2.1.10, en el cual se regula el ingreso base de cotización durante las incapacidades por riesgo común o durante la licencia de maternidad, en la que establece la obligación de aportes al

Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensiones durante estas incapacidades, indicando el monto de cotización, el cual será el valor de la incapacidad recibida por el cotizante, cuyo aporte estaría bajo la responsabilidad de la EPS para su descuento. En los casos que el empleador opte por pagar el valor de las incapacidades al trabajador, podrá el empleador repetir contra la EPS; vale anotar que esta normativa aclara que nunca el IBC podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente – SMLMV, además disponiendo que a cargo del empleador estaría la prestación económica del trabajador correspondiente a los tres (3) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general en cualquier sector laboral, bien sea público o privado.

Mediante ley 1753 (Congreso de la Republica de Colombia , 2015) fue aprobado el Plan Nacional de Desarrollo 2014- 2018, en la cual se establecieron regulaciones entorno al Sistema General de Seguridad Social. En lo que respecta la atención de este capítulo, es lo concerniente a la regulación de incapacidades por enfermedades de origen común, para lo cual efectivamente el artículo 67, literal A) ibidem, establece que la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud como administradora de los recursos allí señalados, serán destinados entre otras para el pago de incapacidades por enfermedad general de origen común superior a 540 días continuos, para lo cual muestra dicha normatividad un avance normativo referente a la protección de las incapacidades por enfermedades de origen común, dado que se evidencia un avance respecto a la “protección económica” toda vez que ya se está hablando de pago de incapacidades con posterioridad a los 540 días continuos. No obstante, deja como una tarea pendiente para el Gobierno Nacional, la reglamentación del procedimiento para la revisión periódica de la incapacidad por parte de la EPS entre otras circunstancias relevantes entorno a dicho tema, como lo es la calificación definitiva y las situaciones de abuso de derecho generados por suspensión en el pago de este tipo de incapacidades. Así entonces pese a que esta norma ya empezó a referirse legalmente sobre el pago de incapacidades posterior a los 540 días, lo que hace pensar en una protección de tipo legal, en nada clarifica el

procedimiento para efectuar esta garantía, en especial, por que quedó supeditado a una reglamentación posterior por parte del Gobierno Nacional.

Finalmente, luego que la ley 1753 (Congreso de la Republica de Colombia, 2015) empezó a disponer sobre protección normativa para el pago de incapacidades, solo tres años después, fue proferido el (Colombia P. d., Decreto 1333, 2018), mediante el cual se reglamentó el procedimiento de revisiones periódicas de las incapacidades por enfermedad general, de origen común a cargo de las EPS, al igual que lo concerniente a calificaciones definitivas y situaciones de abuso de derecho sobre suspensión de los pagos.

Al respecto, específicamente en el artículo 2.2.3.3.1. (Colombia P. d., Decreto 1333, 2018) en el que se establece sobre el reconocimiento y pago de incapacidades que sean superiores a 540 días, se encuentra dispuesta la obligación a cargo de las EPS y las demás entidades obligadas a compensar (EOC), del reconocimiento y pago a favor de los cotizantes (en este caso el trabajador), las incapacidades por enfermedad general de origen común que sean superiores a 540 días, estableciendo los casos en los que es procedente así: 1). Que exista concepto favorable de rehabilitación realizada por el médico tratante, en el cual, sea necesario para ello continuar con el tratamiento médico. 2). Cuando el paciente haya tenido recuperación, siguiéndose todos los protocolos y pasos para ello establecidos. 3). Cuando resulten nuevas enfermedades relacionadas a la patología tratada lo cual prolonguen la recuperación.

Del mismo modo también dispone el legislador que cuando exista concepto desfavorable de calificación de rehabilitación se inicia el trámite de calificación de invalidez en los términos establecidos para tal efecto por la ley, negando la posibilidad de seguir pagando al cotizante la incapacidad, toda vez que solo prevé las tres situaciones antes relacionadas como las únicas en las que es viable el pago y reconocimiento de la misma posterior a 540 días, las cuales se harán directamente a través de las entidades competentes.

No obstante, aunque se evidencia un avance en la regulación de la normatividad colombiana sobre las incapacidades, su protección en las garantías - jurídico procesales de los sujetos de la relación laboral, entran en una confrontación al revisarse el artículo 62, numeral 15 del (Colombia P. d., Código Sustantivo del Trabajo, 1951) dado que aquí se faculta al empleador a dar terminación por justa causa el contrato de trabajo cuando el trabajador tenga una incapacidad superior a 180 días por una enfermedad que no tenga el carácter de profesional o lesión que lo incapacite, lo cual a todas luces debela una confrontación normativa entre las garantías jurídico – procesales tanto del empleador, como del trabajador en su condición de sujetos de la relación laboral, ya que como bien se ha examinado, por un lado recientemente el (Colombia P. d., Decreto 1333, 2018), garantiza el pago de incapacidades posteriores a los 540 días por enfermedad general o de origen común, lo cual contribuye al sustento económico del trabajador en la contingencia de la enfermedad prolongada; pero por otra parte faculta al empleador para que termine su contrato de manera justa, incluso mucho antes de este lapso, es decir posterior a los 180 días de incapacidad.

Es importante brindar claridad al lector para mayor comprensión de aquello que establece la normatividad colombiana como origen común de una enfermedad o accidente, para lo cual basta con dar lectura al artículo 12° (Colombia P. d., Decreto 1295 , 1994) en el cual indica que no es más que toda enfermedad o accidente que la normatividad no los haya clasificado como de origen profesional, atribuyéndoseles a estas la denominación como de origen común.

Ahora bien, a fin de abordar completamente lo señalado en el ordenamiento jurídico interno sobre la protección de incapacidades de origen común, se hace imperioso revisar el (Colombia P. d., Decreto 1507, 2014), en cuyo artículo 3° se establecen las definiciones legales en materia de calificación de la pérdida de capacidad laboral, de las cuales es importante traer a colación para fines de este capítulo las siguientes:

Capacidad: Describe la aptitud de una persona para realizar una tarea o acción.

Capacidad ocupacional: Calidad de ejecución de una persona para llevar a cabo actividades de la vida cotidiana y ocupaciones. Depende de las habilidades motoras, procesamiento comunicación e interacción, según las etapas del ciclo vital. Capacidad laboral: Conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que permiten desempeñarse en un trabajo.

Condición de salud: Término genérico que incluye las categorías de enfermedad (aguda o crónica), trastorno, traumatismo y lesión. Una condición de salud puede considerar también otras' circunstancias como embarazo, envejecimiento, estrés, anomalías congénitas o predisposiciones genéticas. Las "condiciones de salud" se organizan según la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud - CIE 10.

Incapacidad permanente parcial: Es la disminución definitiva, igual o superior al cinco por ciento (5%) e inferior al cincuenta por ciento (50%) de la capacidad laboral u ocupacional de una persona, como consecuencia de un accidente o de una enfermedad de cualquier origen.

Minusvalía: Se entiende por minusvalía toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que le impide o limita para el desempeño de un rol, que es normal en su caso, en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece. Representa la socialización de la deficiencia y su discapacidad, por cuanto refleja las consecuencias culturales, sociales, económicas, ambientales y ocupacionales, que para el individuo se derivan de la presencia de las mismas y alteran su entorno. Esta se valorará en el Título Segundo "Valoración del rol laboral, rol ocupacional y otras áreas ocupacionales" (Colombia P. d., Decreto 1507, 2014).

Por último, es preciso abordar el Artículo 12 del (Colombia P. d., Decreto 1295 , 1994), en el cual también se encuentra definido el origen común de la enfermedad o accidente, que no es más como inicialmente se ha señalado, toda enfermedad, patología, accidente o muerte que no haya sido catalogada con riesgo de origen profesional. En estos términos la norma establece el procedimiento para la determinación del origen de la incapacidad, precisando que será clasificado en el siguiente orden: 1). La primera entidad responsable de determinar el origen de la incapacidad es la institución prestadora de servicios de salud que brindó atención al afiliado; 2). En segundo lugar o instancia será determinado el origen respectivo por el medico asignado por la comisión respectiva de la entidad administradora de riesgos laborales; 3). En el evento de surgir discrepancias sobre esta decisión, le corresponderá a la Junta Regional de Calificación de Invalidez; 4). De persistir la inconformidad, procederá recurso de apelación ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Conforme al último punto que se ha abordado, es que hace remisión al artículo 4° de la ley 100 (Congreso de La Republica de Colombia, 1993), en su artículo 41, que a su vez ha sido modificado por el (Colombia P. d., Decreto 019, 2012), en su artículo 142, donde se regula la calificación del estado de invalidez de un afiliado al sistema, cuando este cuenta con el cumplimiento de los requisitos para determinarse ese estado; el cual no es más que la imposibilidad de seguir laborando por lo que se le califica el estado de invalidez.

En esta norma se establece la responsabilidad primaria para la asunción del riesgo, la cual será conservada hasta que se determine en última instancia el origen de la enfermedad. Vale indicar que se prevé la posibilidad de que el afiliado pueda hacer uso de recursos legales, estableciéndose en consecuencia unos términos para el trámite de los mismos; disponiéndose a que la aseguradora de riesgos laborales o la empresa promotora de servicios de salud que atienda al afiliado en primera oportunidad, deberá determinar su origen y grado de invalidez, pero si el afiliado no está de acuerdo, dentro de la oportunidad de 10 días a su comunicación de calificación podrá hacer uso de los recursos de ley, para lo cual la entidad deberá hacer la remisión de dicho recurso a la Junta de calificación de Invalidez

Regional dentro de los cinco (5) días siguientes a su recepción, cuya decisión también podría ser apelable por el interesado, y que de ser así, deberá remitirse a la Junta de calificación nacional de invalidez. Esta última decisión será definitiva para el afiliado sobre pérdida de capacidad laboral; no obstante, contra ese procedimiento el afectado puede acudir a la jurisdicción ordinaria y demandar dicha decisión en los términos que encuentre conculcado sus derechos.

A demás de establecer el procedimiento para efectos de determinación del origen y grado de pérdida de capacidad laboral, la norma también establece, como debe ser el contenido de dicha decisión, como lo es principalmente la motivación, que no es más que la expresión en la misma de los fundamentos facticos y jurídicos en que la sustentan, al igual que el establecimiento obligatorio de los recursos de ley procedentes y la oportunidad para su presentación.

Es preciso indicar que existe un recurso obligatorio que genera automáticamente cuando la calificación de pérdida de capacidad laboral es superior al 40%, situación en la cual la entidad que lo determine tendrá que remitir de forma inmediata esa decisión a la Junta Regional de calificación de Invalidez a manera de consulta.

Ahora bien, en los casos que se emita concepto de rehabilitación favorable producto de una enfermedad o accidente de origen común, la AFP postergará la calificación hasta por un término máximo de 360 días, adicionales a los 180 días de incapacidad temporal que hasta el momento haya reconocido la EPS, para lo cual dicho periodo de incapacidad sería asumido por el seguro previsional de invalidez, por lo que en consecuencia la entidad encargada del subsidio de incapacidad es la AFP.

Del mismo modo, es aquí donde se establece la obligatoriedad de emisión del concepto de rehabilitación, el cual está a cargo de la EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador, que debe ser emitido a más tardar el día 120 de incapacidad continuos, a fin de que a más tardar cumplidos los 150 días de incapacidad, sea enviado ese concepto a la AFP, causándose la obligación de que al trascender dicha incapacidad los 180 días, las cargas económicas por concepto de subsidio de incapacidad queden en cabeza de la AFP; no obstante de no emitirse el citado

concepto permanecerá a cargo de la EPS como sanción en virtud de su omisión (Colombia P. d., Decreto 019, 2012).

Ahora bien, la pregunta sobre ¿Que puede surgir a nivel normativo, en el estado social de derecho colombiano, si la persona incapacitada presenta calificaciones inferiores al 50% que no determinen un estado de invalidez, pero si se siguen generando incapacidades prolongadas posteriores como lo son las que superan los 180 días, con concepto no favorable de recuperación?; la respuesta a este interrogante, genera un análisis de dificultad normativa, atendiendo a que como se indicó en líneas anteriores, conforme el artículo 62, numeral 15 literal a) del (Colombia P. d., Código Sustantivo del Trabajo, 1950), el empleador tiene la facultad de terminar el contrato de trabajo por justa causa, no obstante con la ley 361 (Congreso de la Republica de Colombia, 1997), en su artículo 26 se ha pretendido solventar regularmente esta problemática generando el concepto de estabilidad reforzada, que llega a hacer contrapeso a esa facultad para terminar el contrato laboral bajo esta causa, la cual demanda una interpretación extensiva dado que la misma no describe bajo delimitaciones quienes se encuentran en esa condición, lo que ha hecho que las altas cortes creen derecho, trayendo a colación el hoy derogado decreto 2463 (Colombia P. d., 2463, 2001), que establece unos grados de limitación en tres niveles por llamarlos de alguna manera: **a).** Moderada la que está entre el 15% y el 25% de capacidad laboral; **b).** Severa la mayor al 25% e inferior al 50%; y **c).** Profunda la igual o superior al 50%; trayendo como consecuencia que a nivel judicial se establezca una controversia jurídica sobre si para gozar de estabilidad reforzada debe existir una calificación determinada y dentro de los citados porcentajes, además del problema jurídico si al no existir calificación y no encontrarse dentro de los porcentajes antes indicados por este decreto se estaría por fuera de esta protección legal, dándose vía libre a demás a la causal de terminación del contrato de trabajo con justa causa.

Conclusiones del capítulo II.

De la normatividad colombiana sobre la cual se ha realizado un ejercicio de interpretación, en su regulación sobre la protección de las incapacidades por enfermedades o accidentes de origen común, es preciso concluir que existe un ejercicio desde el Código Sustantivo del Trabajo de garantizar normativamente las incapacidades de origen común, y que progresivamente se ha venido abordando su reglamentación de manera que existan los menores vacíos posibles especialmente en la prolongación de incapacidades, no obstante es evidente que pese al esfuerzo normativo desde hace muchos años lo cual se evidencia en la cantidad de legislación existente alrededor del tema, persisten más que vacíos confrontaciones normativas, que han tenido que ser llenadas por la jurisprudencia a fin de ir brindando garantías a los asociados del estado colombiano; en razón de ello se considera en el presente trabajo que el esfuerzo no ha sido suficiente para que los sujetos de la relación laboral cuenten con garantías jurídico procesales cuando existe en el trabajador una incapacidad de origen común superior a 180 días, ya que se evidencian confrontaciones normativas, que generan inseguridad jurídica en su aplicación, por lo que ha tenido que entrar a resolver la jurisprudencia creando derecho, lo cual hace que sin lugar a dudas si el trabajador o el empleador no acuden al aparato judicial sus derechos quedarían conculcados.

Bibliografía

Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, Colombia.

Bembibre, C. (septiembre de 2010). *Definición ABC*. Recuperado el 29 de mayo de 2019, de <https://www.definicionabc.com/salud/incapacidad.php>

Colombia, P. d. (7 de junio de 1950). decreto Ley 3743. Bogotá, Colombia.

Colombia, P. d. (07 de junio de 1951). Código Sustantivo del Trabajo. *Código Sustantivo del Trabajo*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia.

Colombia, P. d. (30 de abril de 1975). Decreto 770 . *"Por el cual se aprueba el Acuerdo número 536 de 1974 del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales sobre reglamento general del seguro de enfermedad general y maternidad"*. Bogotá, Colombia.

Colombia, P. d. (22 de junio de 1994). Decreto 1295 . *Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales*. Bogotá , Colombia .

Colombia, P. d. (22 de junio de 1994). Decreto 1295 . *"Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales"*. Bogotá, Colombia.

Colombia, P. d. (28 de julio de 1999). Decreto 1406. *Por el 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 1998, se dictan disposiciones para la puesta en operación del Registro Unico de Aportantes al Sistem*. Bogotá, Colombia.

Colombia, P. d. (12 de Agosto de 2014). Decreto 1507. *Por el cual se expide el, Manual Unico para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad laboral y Ocupacional*. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia.

- Colombia, P. d. (06 de mayo de 2016). Decreto 780 . *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y. Protección Social.* Bogotá D.C., Colombia.
- Colombia, P. d. (06 de mayo de 2016). Decreto 780 . *"Por medio del cual se expide el Decreto Unico Reglamentario del sector salud y protecciòn social"*. Bogotá, Colombia.
- Colombia, P. d. (27 de julio de 2018). Decreto 1333. *Por el cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, se reglamentan las incapacidades superiores a 540 días y se dictan otras disposiciones.* Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia.
- Congreso de la Republica de Colombia . (09 de junio de 2015). Ley 1753 . *Plan Nacional de Desarrollo* . Bogotá D.C., Colombia.
- Congreso de La Republica de Colombia. (23 de diciembre de 1993). Ley 100. Bogotá, Colombia.
- Congreso de La Republica de Colombia. (11 de julio de 2012). Ley 1562 . *Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional.* Bogotá, Colombia.
- Congreso de la Republica de Colombia. (29 de diciembre de 2016). Ley 1819 . *"Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones"*. Bogotá, Coolombia.
- Instituto de Los Seguros Sociales . (13 de agosto de 1998). Resolución 2266. Bogotá, Colombia.
- Morella Arráez, J. C., & Liuval, M. d. (mayo de 2006). La Hermenéutica: una actividad interpretativa. *SAPIENS*, 7(2), 171 - 181.
- Villar boorda, L. (2007). Eestado de derecho y Estado social de derecho. *Dºerecho del estado*, 73 - 78.

Capítulo III

Jurisprudencia Proferida por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional Colombiana que Establecen los Aspectos Procesales a Seguir Cuando Existe Incapacidad de Origen Común que Supera los 180 Días.

En este capítulo se analizará la jurisprudencia proferida por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional Colombiana que establecen los aspectos procesales a seguir cuando existe incapacidad de origen común que supera los 180 días, en este sentido significa que se procederá a realizar un estudio cuidadoso, de pronunciamientos que han realizado estos altos tribunales sobre el tema objeto de estudio; para finalmente tener un concepto claro sobre cuáles son las garantías jurídico – procesales de los sujetos de la relación laboral cuando la incapacidad por enfermedad o accidente de origen común del trabajador es superior a 180 días.

En este orden de ideas, a continuación cada una de las providencias a estudiar:

- **Sentencia de la Corte Constitucional T-140 de 2016, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio**

Temas relevantes objeto de análisis en la jurisprudencia, con incidencia procesal cuando existe incapacidad de origen común que superen los 180 días:

1. calificación del Origen de la enfermedad o del accidente.

2. Reconocimiento y pago de incapacidades laborales.

3. pago de incapacidad superior a 180 días.

La Corte Constitucional en esta importante jurisprudencia (Sentencia T. 140, 2016), preciso una posición orientadora para resolver los conflictos jurídicos que se generan de carácter procesal administrativo y que originan vulneración de derechos fundamentales cuando existe en el trabajador incapacidad de origen común superior a 180 días. Se trata de la revisión de dos expedientes: 1). T-5253368 y 2).T-5239472; de los cuales para poner en contexto al lector los antecedentes específicos, teniendo que el primero de ellos es el caso de un ciudadano de nombre

Samuel Torres, en su condición de trabajador de una cooperativa de trabajo; no obstante el conflicto jurídico- procesal surge entre la EPS Cruz Blanca y la AFP Porvenir, en el sentido que la empresa promotora de salud referenciada se abstiene de pagar el auxilio por incapacidad laboral a que tiene derecho el trabajador bajo el argumento de que la misma ha superado los 180 días que establece la norma como límite de obligación en cabeza de las EPS; por su parte la AFP Porvenir, arguye que al no existir concepto favorable de rehabilitación emitido por la EPS, el trabajador debe reincorporarse a sus actividades laborales. Es de destacar que según el acervo probatorio que reposa en el expediente en cita, el trabajador contaba ya en ese momento con un dictamen de pérdida de capacidad laboral (PCL) por enfermedad de origen común con un porcentaje de la PCL equivalente al 78.85%, lo cual a simple vista permite determinar que se trata de una persona no apta para trabajar.

Por su parte el expediente T-5239472, trata de un ciudadano de nombre Wilson Angulo Tamayo, el cual se encuentra afiliado a la EPS Coomeva S.A., para lo cual esta última se abstiene de efectuar el pago del auxilio de incapacidad laboral, fundamentándose en el origen de la enfermedad, toda vez que el reporte del accidente de trabajo que allegó el empleador indica que se trató de un accidente de trabajo; no obstante la administradora de riesgos laborales (ARL) Positiva S.A. a la que se encuentra afiliado el trabajador se opone a la determinación de dicho origen, bajo el sustento de la calificación realizada por esta misma ARL en la que se determina que si bien el trabajador sufrió un accidente de trabajo la PCL no fue originada en el accidente de trabajo sino en la pre existencia de una enfermedad de origen común que este padece.

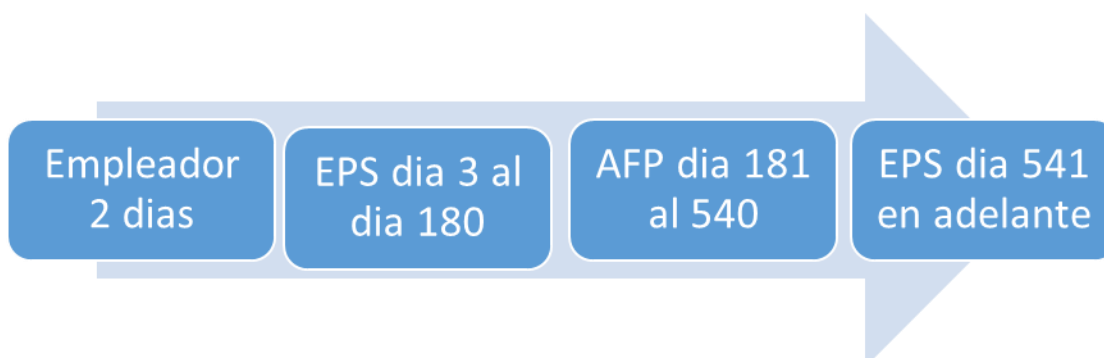
Para resolver los asuntos objeto de estudio en la (Sentencia T. 140, 2016), se plantearon como problemas jurídicos: Para expediente No. T-5253368, 1). Determinar si una entidad promotora de salud y una administradora de fondos de pensiones ¿vulneran los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud y a la vida digna de uno de sus afiliados cuando se niegan a reconocerle y pagarle las incapacidades laborales que superan los 180 días

argumentando cada una que tal obligación le corresponde a su contraparte a pesar de que se tiene certeza de que la persona no está en condiciones de prestar sus servicios? y para el expediente No. T-5239472, 2). determinar si una entidad promotora de salud y una aseguradora de riesgos laborales vulneran los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud y a la vida digna de uno de sus afiliados cuando se abstienen de reconocerle y pagarle las prestaciones económicas que se generan con ocasión de la afectación de su salud, cada una bajo el argumento de que tal obligación se encuentra a cargo de su contraparte por considerar la EPS que las incapacidades se derivan de un accidente laboral y la ARL que las mismas provienen de una enfermedad de origen común?.

Es así como para resolver los problemas jurídicos planteados en esta jurisprudencia, se hizo necesario someter a estudio temas de importancia para el desarrollo del presente capítulo como: 1. calificación del Origen de la enfermedad o del accidente; 2. Reconocimiento y pago de incapacidades laborales; 3. pago de incapacidad superior a 180 días; lo cual contribuirá con el análisis de la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional que establece aspectos procesales a seguir cuando existe incapacidad por enfermedad de origen común que supera los 180 días.

En primer plano, la jurisprudencia hace énfasis sobre a cargo de quienes se encuentra el pago de las incapacidades laborales; para el caso que ocupa este capítulo, es procedente referirse cuando se trata de las incapacidades de origen común, clasificadas en tres periodos de acuerdo a sus responsables en cuanto a la prestación económica y responsables de la misma; estableciendo en este sentido que en el primer momento estará a cargo del empleador, luego en un segundo momento del proceso de incapacidad, estará a cargo de la entidad promotora de salud (EPS) y finalmente en el último momento a cargo de la administradora del fondo de pensiones (AFP) a la cual se encuentra afiliado el trabajador, posición que también sienta este mismo alto tribunal en la (Sentencia T- 086, 2009).. Aunque antes del 2015 no había disposición legal que estableciera a cargo de quien quedarían las incapacidades en caso de prolongarse posterior a los 540 días, esto

fue resuelto con el artículo 67 de la ley 1753 (Congreso de La Republica de Colombia, 2015), que le asigno esta responsabilidad a las EPS.



Flujo grama No. 1.

Dto. 780/16 Art. 3.2.1.10.; Ley 1753 de 2015 Art. 67.

Fuente: Construcción propia.

No obstante, pese a que tanto la ley como la jurisprudencia misma han sido claras en plantear a cargo de quienes se encuentran las responsabilidades económicas en caso de incapacidad laboral y para el caso concreto, las que corresponden al origen común; la jurisprudencia misma reconoce que en los casos estudiados se generan posiciones contrarias entre cada uno de los responsables de la prestación económica, como por ejemplo los estudiados en los expedientes sometidos a revisión por la Honorable Corte Constitucional.

En este sentido se empezará por analizar la posición de la Corte Constitucional en esta sentencia sobre el primer tema:

1. Calificación del origen de la enfermedad o del accidente.

Sea lo primero afirmar con apoyo a lo expuesto por la alta corte consultada, que el origen bien sea de la enfermedad o del accidente, es lo que permite determinar el sistema que regulara y responderá por las prestaciones económicas y asistenciales del asegurado. En este orden de ideas la ley 100 de (Congreso de la Republica de Colombia, 1993), como Sistema General de Seguridad Social Integral en Colombia (SGSS) ha establecido la protección de contingencias a partir del origen de las

mismas, cobijados por unos regímenes con los que se cubre la salud, pensión, riesgos laborales y muerte del asegurado, pretendiendo garantizar a partir de estos las prestaciones asistenciales y económicas correspondientes cada una de las contingencias aplicables, sin embargo la protección incumbe al origen de la enfermedad o accidente que dio lugar al menoscabo, lo cual permite clasificar las enfermedades o accidentes de los asegurados por el sistema de acuerdo a su origen, el cual puede ser común o laboral.

En apego a lo anterior, cuando la enfermedad o accidente su causa estuvo relacionada a factores de riesgos de carácter laboral (Congreso de La Republica de Colombia, 2012), se está en consecuencia frente a un accidente o enfermedad de ese origen, por lo que las prestaciones asistenciales y económicas estarán a cargo del Sistema General de Riesgos Profesionales y por tanto deben ser asumidas por la ARL (Congreso de La Republica de Colombia, 2012), en la que se encuentre asegurado el trabajador; pero si la enfermedad o el accidente tienen un origen no profesional, serán asumidas las prestaciones económicas por el empleador en primer plano, luego las asistenciales y económicas por la EPS y por ultimo corresponde a las AFP (Corte Constitucional, M.P.Nilson Pinilla, 2009); vale anotar que el Decreto 1507 (Colombia P. d., 2014) ha definido también unas reglas para su determinación como lo son:

Además del nexo de causalidad entre la labor encomendada y el accidente de trabajo y la exposición a factores de riesgo en el caso de las enfermedades, los artículos 3 y 4 disponen unos criterios auxiliares para considerar a un accidente o a una enfermedad como de origen laboral. En el caso de los accidentes, serán considerados como laborales cuando estos se produzcan; (i) durante la ejecución de órdenes del empleador, o contratante durante la ejecución de una labor bajo su autoridad aún fuera del lugar y horas de trabajo; (ii) durante el traslado de los trabajadores o contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador; (iii) durante el ejercicio de la función sindical aunque el trabajador se encuentre en permiso

sindical siempre que el accidente se produzca en cumplimiento de dicha función. Y (iv) el que se produzca por la ejecución de actividades recreativas, deportivas o culturales, cuando se actúe por cuenta o en representación del empleador o de la empresa usuaria cuando se trate de trabajadores de empresas de servicios temporales que se encuentren en misión

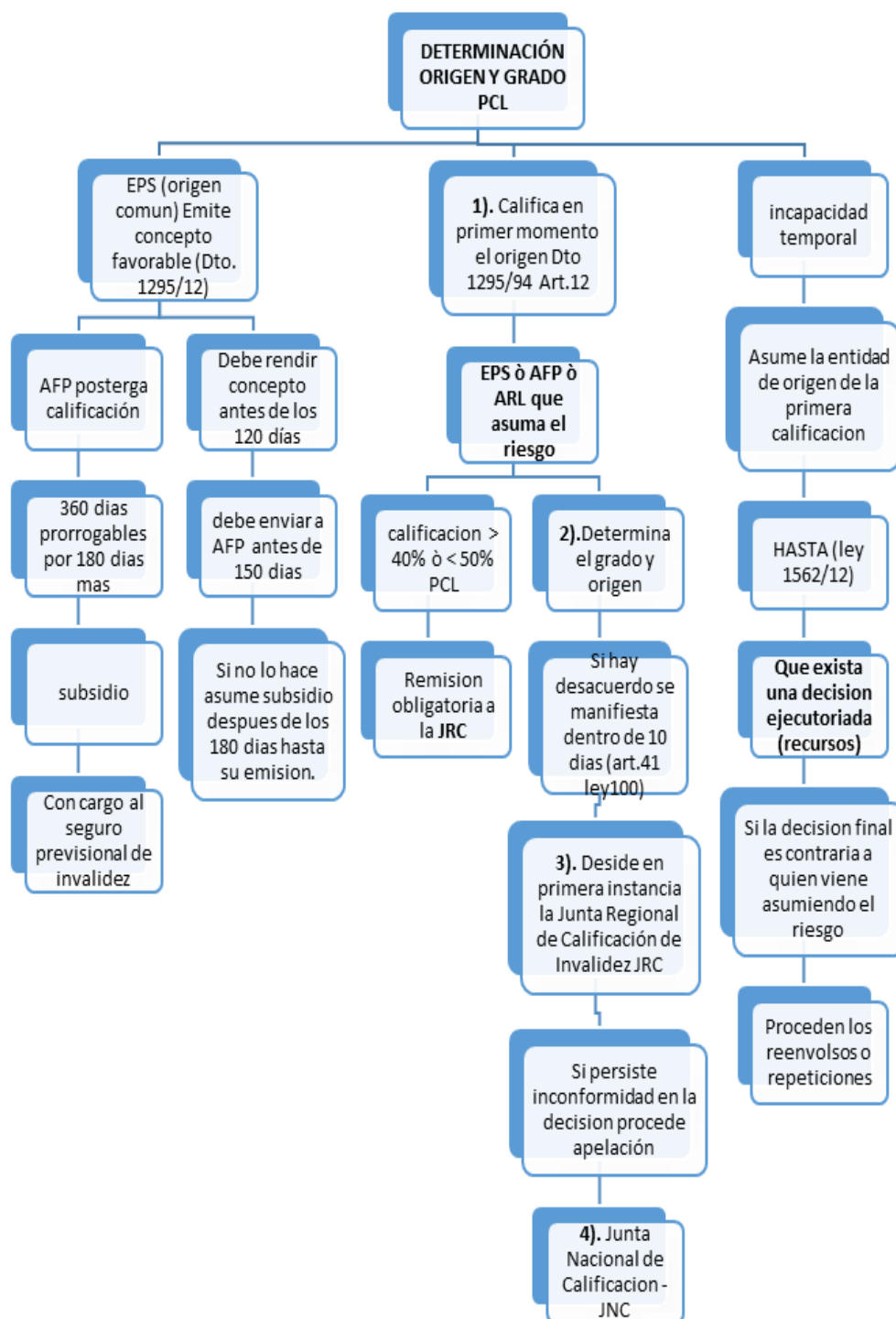
Por otro lado, en el caso de las enfermedades laborales existe una tabla expedida por el Gobierno Nacional en donde se relacionan las patologías que son consideradas como de origen laboral. En su lugar respecto a enfermedades o accidentes que no son de origen profesional, el Decreto – Ley 1295 de (Republica, 1994) en su artículo 12 dispone que, toda enfermedad bien sea patológica, proveniente de un accidente o muerte que no se encuentren clasificados como profesional en su origen, será considerada común.

Revisadas las clasificaciones extraídas, pareciera que están dadas las garantías no solo para los sujetos de la relación laboral cuando el trabajador presenta incapacidades, sino para todas la entidades que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social Integral, no obstante, pese a la expresa definición en la normatividad vigente, no es un secreto que solo en el tema de la determinación del origen y las obligaciones consecuenciales que se derivan de ella, las controversias que se generan entre los distintos responsables por este tema, colocando en riesgo las mencionadas garantías jurídico-procesales en especial del trabajador y muchas veces también del empleador; por ello resulta admisible el cuestionamiento: ¿Porque se generan conflictos entre las entidades llamadas a responder por las incapacidades para la determinación del origen de la enfermedad o accidente?. Sobre este particular la sentencia objeto de análisis (Sentencia T. 140, 2016), al igual que la (Sentencia T-404, 2010), han realizado consideraciones, en primer lugar advirtiéndole que en efecto surgen con frecuencia discusiones entre las entidades responsables de las incapacidades, donde unas con otras se endilgan el cargo, quedando en desprotección de los derechos fundamentales principalmente del trabajador y corresponde por vía de tutela resolver provisionalmente el conflicto

con miras a que este último no quede desprotegido en sus derechos como a la vida digna y al mínimo vital, aclarando que esta decisión obra cuando no hay certeza de quien es el responsable de asumir el riesgo y cargas asistenciales y económicas, en tanto al no pagarlas se evidencia un inminente riesgo de las garantías fundamentales del trabajador, por lo que el Juez de tutela debe señalar provisionalmente un responsable para que cumpla con las citadas obligaciones y así hacer cesar el menoscabo ya que no puede quedar desprotegido el afiliado por existir disputa entre las entidades; no obstante cuando exista una decisión definitiva con arreglo a la ley y demás reglamentos aplicables, la entidad que haya asumido temporalmente la obligación que finalmente no le era atribuible, podrá repetir o reclamar a la otra.

Los conflictos para la determinación de origen por parte de las entidades responsables de asumir los riesgos correspondientes se generan normalmente por disparidad de criterios en el dictamen de determinación de PCL el cual establece entre otros su origen, lo cual hace que divague la situación del trabajador en la expectativa de quien será la entidad que asuma las cargas económicas y asistenciales, sin embargo lo cierto es que tanto la ley 1562 (Congreso de La Republica de Colombia, 2012) en su artículo 5º, párrafo 3º, como la jurisprudencia como (Sentencia T. 140, 2016) y (Sentencia T-404, 2010) precisan que existe claridad sobre quien tiene que asumir provisionalmente esas cargas en caso de discrepancia entre las entidades, que no es otra que aquella a la que en primer lugar le fue atribuido el origen de la enfermedad o accidente, sin embargo esta responsabilidad provisional comúnmente es atribuida por un Juez de tutela, de manera que mientras el usuario del SGSS no acude al Juez de tutela en busca de protección de sus derechos fundamentales, sus garantías constitucionales se encuentran usualmente en menoscabo.

Atendiendo el procedimiento detallado en la norma y en la jurisprudencia, resulta adecuado proponer el siguiente cuadro de procedimientos sobre la determinación del origen de la enfermedad o accidente:



Flujo grama No. 2.

Fuente: Construcción propia.

2. Reconocimiento y pago de incapacidades laborales de origen común.

Las incapacidades pueden ser temporales o permanentes, en el caso de las incapacidades permanentes debe generarse una calificación de la pérdida de la capacidad laboral (PCL), ya que el asegurado no podrá recuperarse de esa dificultad de salud, lo cual representan limitaciones en su capacidad laboral de manera vitalicia. La honorable Corte Constitucional en la sentencia objeto de estudio, analiza los dos tipos de incapacidades los cuales incumben el estudio de este capítulo (Sentencia T. 140, 2016).

En este sentido se revisará como primer subtema:

El pago de las incapacidades temporales de origen común. Si bien existen controversias entre las distintas entidades responsables de los pagos de incapacidades (AFP y EPS), la cual está generalmente suscitada en el incumplimiento de obligaciones de una y otra entidad, pero la norma ha sido específica en atribuir los cargos para el pago de incapacidades temporales de origen común, como lo es el artículo 1º Decreto 2943 (Colombia P. d., 2013), modificado por el artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 (Colombia P. d., 2016), que dispone que los pagos por incapacidad por enfermedad o accidente de origen común, correspondiente a los dos (2) primeros días están a cargo del empleador, a partir del día tercero (3) hasta el ciento ochenta (180) estarán a cargo las obligaciones asistenciales y económicas de las EPS, por ultimo a partir del día ciento ochenta y uno (181) las prestaciones económicas estarán a cargo de la AFP a la que se encuentre afiliado el trabajador. En lo que respecta al monto de la prestación económica a recibir por parte del trabajador, se tiene que conforme al artículo 227 del C.S.T. (Colombia P. d., 1951), durante los primeros noventa (90) días tiene derecho a recibir las 2/3 partes del salario y a partir de entonces, el auxilio económico se pagara en cuantía del cincuenta por ciento (50%) del salario del trabajador.

Primeros 90 días de I.L.

Día 91 en adelante de I.L.

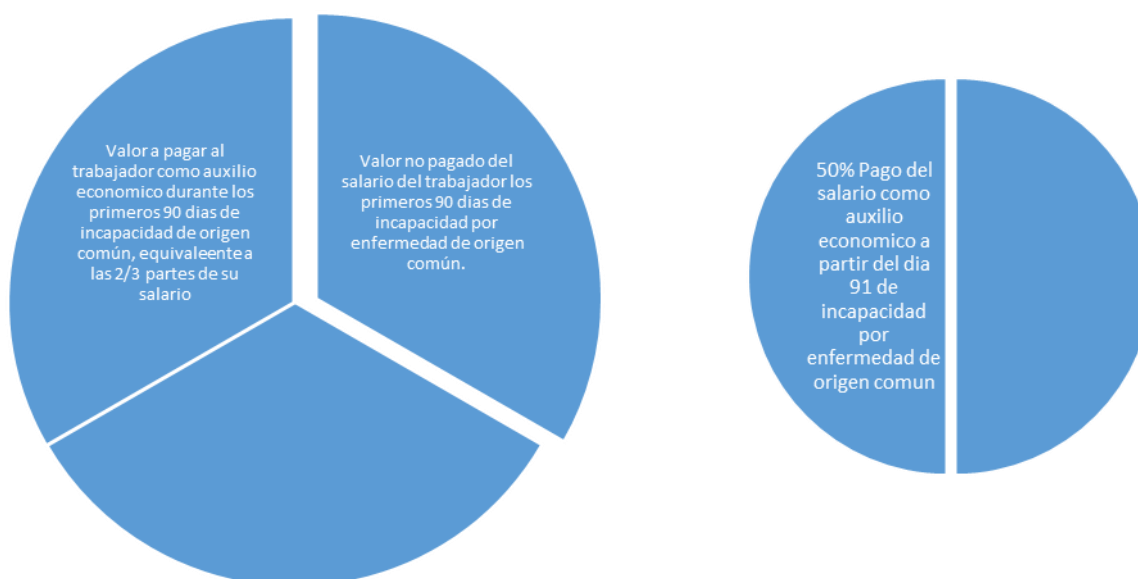


Gráfico No. 4.

Fuente: Construcción Propia.

Aunque las normas antes descritas no establecen hasta cuándo será asumido el pago por incapacidad laboral de origen común, describe la sentencia objeto de estudio que el artículo 41 de la ley 100 (Congreso de la Republica de Colombia, 1993), modificado por el artículo 142 del (Colombia P. d., Decreto 019, 2012), si lo determina, o al menos se infiere claramente de su lectura, ya que la misma establece que cuando exista concepto favorable de recuperación del afiliado, el cual debe ser emitido por la EPS en las incapacidades de origen común que superen los ciento ochenta (180) días, a partir del día ciento ochenta y uno (181) hasta trescientos sesenta días (360) más serán asumidas las prestaciones económicas de esta contingencia a cargo de las AFP. Esta disposición indica en primer lugar que se está frente a una incapacidad de carácter temporal y segundo que existe una obligación de pago de auxilio económico a favor del afiliado en este tiempo; aunado a ello la norma prevé una obligación condicionada para que la carga económica a partir de entonces se traslade de la EPS a la AFP, la cual no es más que la emisión

del concepto favorable de recuperación del afiliado antes de cumplirse los ciento veinte (120) días de incapacidad y enviarlo a la AFP antes del día ciento cincuenta (150), de modo que al no emitirlo oportunamente, permanecerá la carga económica en cabeza de la EPS hasta que sea presentado dicho concepto ante la AFP.

Llama la atención, que respecto a este último ordenamiento en la presente sentencia se realiza un razonamiento que no va estrictamente en consonancia con lo expuesto en el (Colombia P. d., Decreto 019, 2012) respecto a la carga del pago del auxilio económico del afiliado posterior a los 180 días de incapacidad, para lo cual ha advertido que como regla general siempre estará a cargo de las AFP a la que se encuentre afiliado el trabajador, para lo cual pareciera que pierde de vista la sanción que establece la citada norma a cargo de las EPS en el caso de no rendir oportunamente el concepto de rehabilitación favorable; pues trae a colación el derogado artículo 23 del (Colombia P. d., Decreto 2463, 2001), el cual si bien ha sido derogado, al tener el mismo contenido del artículo 41 de la ley 100 de (Congreso de la Republica de Colombia, 1993), precisa que es dable interpretarlo a la luz de la jurisprudencia emitida por este mismo tribunal entorno a dicha norma, para lo cual habló de un régimen de responsabilidad en cabeza de las AFP y las EPS en caso de incapacidades con posterioridad a ciento ochenta (180) días, insistiendo que el pago de las incapacidades temporales a cargo de las EPS culmina al cumplirse el día 180, por lo que a partir de esa fecha es responsabilidad de las AFP, precisando que:

Esta Corporación ha reiterado que las incapacidades superiores a 180 días deben ser canceladas por la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentra afiliado el trabajador. La anterior regla se deriva de la lectura del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, que dispone que el Fondo de Pensiones tiene la posibilidad de postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días, adicionales a los primeros 180 días de incapacidad reconocidos por la EPS, y en ese lapso, el trabajador deberá recibir un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando, y esta circunstancia ha llevado a la

Corte a concluir que es el Fondo de Pensiones el que debe asumir el pago de las incapacidades a partir del día 181, hasta la fecha en que se produzca el dictamen de invalidez. De acuerdo con estas consideraciones, a la entidad accionada le asiste la razón al señalar que le corresponde al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección reconocer al actor las incapacidades generadas a partir del día 26 de julio de 2009 (día 181) (Corte Constitucional Colombiana, 2010).

Haciendo referencia a lo anterior, reafirma la alta Corte en esta sentencia que pese a que ya no es responsabilidad de la EPS el pago de su auxilio de incapacidad luego de los 180 días, no la exime del deber como parte del Sistema General de Seguridad Social, de realizar un acompañamiento al afiliado enfermo ante la AFP a fin de que se cumpla con la obligación que ahora está a su cargo, tal y como ha sido precisado en otros pronunciamientos como en Sentencia T.980 (Corte Constitucional , 2008), por lo que es la misma EPS, la que al tener a un afiliado con una incapacidad extendida hasta este tiempo, es su responsabilidad la remisión de los documentos oportunamente ante el fondo de pensiones correspondiente, cuyo acompañamiento deberá permanecer durante todo el trámite.

El segundo subtema para abordar sobre el reconocimiento y pago de incapacidades laborales de origen común es:

El pago de incapacidades permanentes de origen común Al abordar este tema, significa que se está en primer lugar frente a una incapacidad de origen común, pero que sobre la misma ha sido emitido por la EPS un concepto no favorable de recuperación, por lo que al no poder recuperarse el afiliado, lo procedente es su calificación de pérdida de la capacidad laboral (PCL) ante la Junta Regional de Calificación de Invalides o en segunda instancia ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (Congreso de la Republica de Colombia, 1993).

Significa lo anterior, que al ser calificada la PCL del trabajador, debe derivarse una de dos situaciones posibles; bien sea que se determine una calificación superior al cincuenta (50%) por ciento de pérdida de capacidad laboral o que, por el

contrario la citada calificación sea inferior a este porcentaje (Congreso de la Republica de Colombia, 1993). En el primer caso el afiliado podrá optar por la pensión de invalidez, lo cual no es asunto de estudio en este capítulo; en el segundo caso, si la calificación es inferior al cincuenta (50%) de PCL, la regla general indica que debe reincorporarse a su puesto de trabajo en el cargo que venía desempeñando o en otro acorde a su discapacidad, es decir reubicar laboralmente al trabajador conforme a su situación ocupacional actual (Corte Constitucional M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo , 2009).

No obstante, puede ocurrir que el trabajador siga presentando dificultades que le impidan reincorporarse a las labores y por lo tanto se sigan generando incapacidades, ya habiendo sido calificado con PCL inferior al 50%; situación esta no contemplada en la norma, ni en el derogado (Colombia P. d., Decreto 2463, 2001) y tampoco en la ley 100 de (Congreso de la Republica de Colombia, 1993), por lo que estas situaciones han sido desarrolladas por la jurisprudencia colombiana como por ejemplo en la T-920, indicando el siguiente procedimiento a fin de garantizar los derechos del trabajador enfermo:

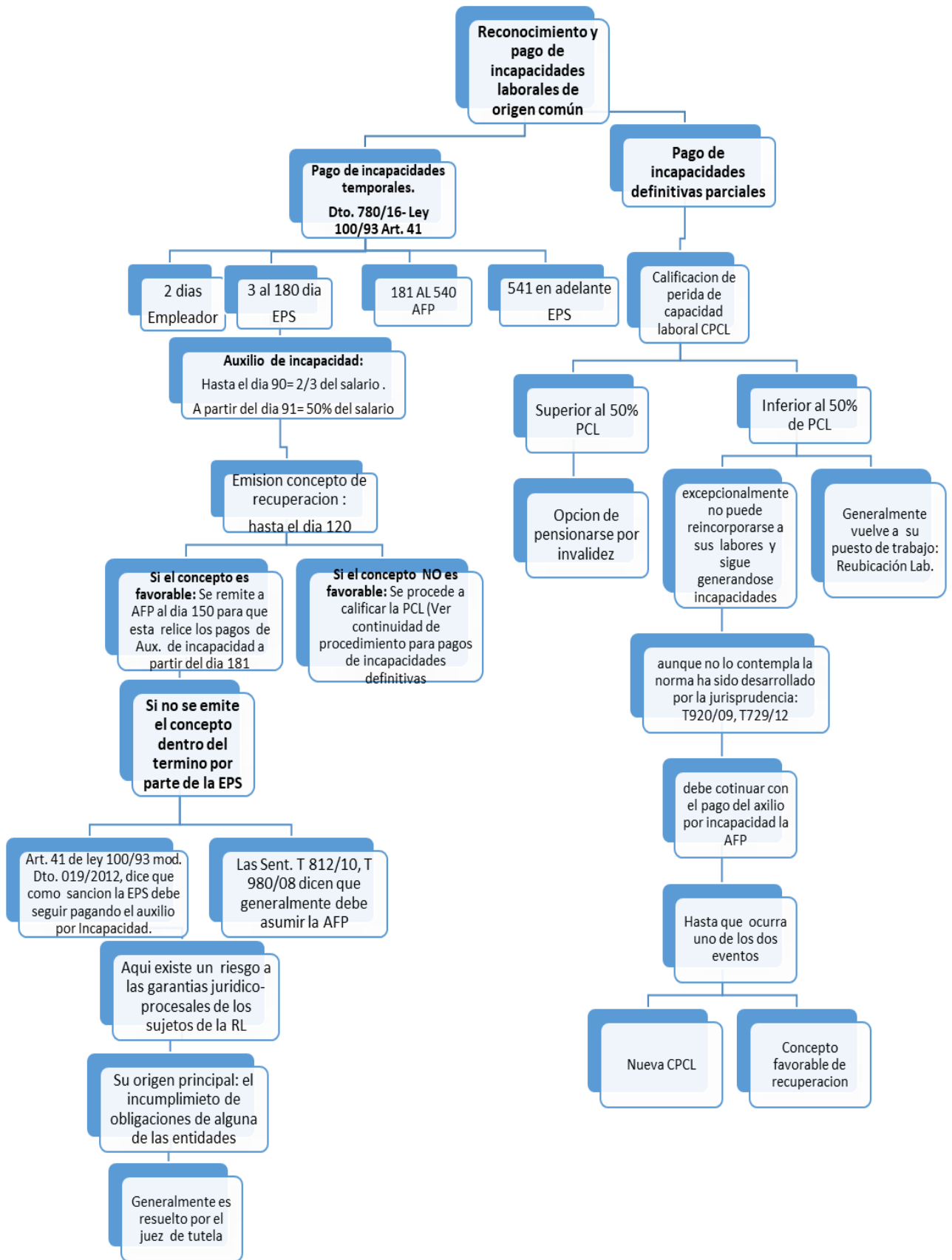
En el evento en que el afiliado no alcance el porcentaje requerido de invalidez o se le haya dictaminado una incapacidad permanente parcial, y por sus precarias condiciones de salud se sigan generando incapacidades laborales, le corresponde al Fondo de Pensiones continuar con el pago de las mismas hasta que el médico tratante emita un concepto favorable de recuperación o se pueda efectuar una nueva calificación de invalidez (Corte Constitucional M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo , 2009).

Lo anterior da cuenta, de que ha sido la jurisprudencia la que ha precisado que es el fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el trabajador al que le corresponde seguir asumiendo el pago del auxilio por incapacidad de origen común, cuando existe concepto no favorable de recuperación y se siguen generando incapacidades, pese a ya contar el trabajador previamente con una calificación de PLC parcial permanente inferior al 50%, por lo que este amparo deberá permanecer

hasta que se emita un concepto favorable de recuperación o pueda volverse a calificar, posición que también fue reiterada por la honorable Corte Constitucional en otra sentencia precisándolo así:

En el caso en el que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, no obstante haber sido evaluado por la Junta de Calificación de Invalidez y se dictamine una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%, la Corte ha interpretado, conforme con la Constitución Política y el precitado artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, que le corresponde al fondo de pensiones el pago de las incapacidades superiores a los primeros 180 días, a menos que; i) se expida el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, que le permita consolidar el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez o ii) que se emita un nuevo concepto por parte del médico tratante que establezca que el actor se encuentra apto para reanudar labores (Corte Constitucional, 2012).

Finalmente, la Corte Constitucional concluye para resolver los problemas jurídicos planteados que los pagos por incapacidades de origen común posterior a 180 días estarán a cargo de las AFP hasta por 360 días adicionales, indistinto se si ha realizado CPL al trabajador, ya que mientras se sigan emitiendo incapacidades hay lugar al pago de las mismas y en consecuencia protección al trabajador enfermo. Una demostración grafica que describiría el procedimiento para el reconocimiento y pago de incapacidades de origen común seria la siguiente:



Flujo grama No. 3. Reconocimiento y pago de incapacidades de origen común.

Fuente: Construcción Propia

- **Sentencia de la Corte Constitucional T-161 de 2019, M.P. Dra. Cristina Pardo Schlesinger**

Temas relevantes objeto de análisis en la jurisprudencia, con incidencia procesal en virtud de las garantías jurídicas contempladas cuando existe incapacidad de origen común que superen los 180 días:

Pago de incapacidades de origen común superior a 540 días.

Como quiera que antes del año 2015, no existía regulación normativa que estableciera la responsabilidad de pago del subsidio de incapacidad de origen común correspondiente a las generadas posterior a los 540 días, razón por la que la Corte Constitucional había admitido el vacío normativo en tal sentido, no obstante con la expedición de la ley 1753 (Congreso de La Republica de Colombia, 2015) se sostuvo que se había superado dicha dificultad, por ello en la (Sentencia T 161, 2019), hace referencia a ello y establece unos lineamientos para dicho reconocimiento, alegando además, que existe un nuevo orden de responsabilidades para pago de incapacidades de origen común a partir de la entrada en vigencia de esta ley

Cabe indicar que como bien lo establece la Corte Constitucional, no solo en la jurisprudencia objeto de estudio, sino también en pronunciamientos anteriores a este como la (Sentencia T-468, 2010), antes de la norma indicada se encontraba el trabajador en un mayor estado de desprotección en el caso de contar con incapacidades de origen común superior a 540 días, no solo por falta de una normatividad que estableciera una obligatoriedad de pago de subsidio y un responsable de este a partir de dicho periodo, sino que además se le suma la posibilidad de que su empleador termine unilateralmente su contrato en virtud de la causal prevista en el artículo 62, numeral 15, literal a) del (Colombia P. d., Código Sustantivo del Trabajo, 1951). Vale entonces indicar que, en la actualidad se tienen

las siguientes reglas para el pago del subsidio de incapacidad a partir de este término, propuesto por la honorable Corte Constitucional así:

- i) existe la necesidad de garantizar una protección laboral reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral y tienen incapacidades prolongadas pero su porcentaje de disminución ocupacional no supera el 50%;
- (ii) El deber legal impuesto a las EPS respecto de las incapacidades posteriores al día 540 es obligatorio para todas las autoridades y entidades del SGSSS. Sin embargo, cabe anotar que las entidades promotoras pueden perseguir lo pagado ante la entidad administradora del Sistema; y,
- (iii) La referida norma legal puede aplicarse de manera retroactiva, en virtud del principio de igualdad (T- 141, 2016).

- **Sentencia de la Corte Constitucional T-333 de 2013, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva**

Temas relevantes objeto de análisis en la jurisprudencia, con incidencia procesal en virtud de las garantías jurídicas contempladas cuando existe incapacidad de origen común que superen los 180 días:

Procedimiento para reconocimiento y pago de incapacidades de origen común.

Al igual que la sentencia (Sentencia T. 140, 2016), desde la (Sentencia T 333, 2013), la honorable Corte Constitucional venía fijando las reglas o procedimientos que deben seguirse para el reconocimiento y pago de incapacidades de origen común, precisándolo así:

- El pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días corre por cuenta del empleador, según artículo 40, numeral 1º del Decreto 1049 (Colombia P. d., 1999).
- Las incapacidades por enfermedad general que se causen desde entonces y hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS según el

artículo 206 de la ley 100 (Congreso de la Republica de Colombia, 1993). En todos los casos, corresponde al empleador adelantar el trámite para el reconocimiento de esas incapacidades conforme al artículo 121 del (Colombia P. d., Decreto 019, 2012).

- La EPS deberá examinar al afiliado y emitir, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respectivo concepto de rehabilitación. El mencionado concepto deberá ser enviado a la AFP antes del día 150 de incapacidad, conforme al decreto (Colombia P. d., Decreto 019, 2012), artículo 142.
- Una vez reciba el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, reconociendo el pago de las incapacidades causadas desde el día 181 en adelante, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de su capacidad laboral, conforme al artículo 23 (Colombia P. d., Decreto 2463, 2001).
- Si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, será la EPS la encargada de cancelar las incapacidades que se causen a partir del día 181. Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido.
- 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 (Sentencia T 333, 2013).

Con las reglas antes indicadas, se encuentran fijadas las reglas y procedimientos para pagos de las incapacidades de origen común y en especial las que superan los ciento ochenta días.

- **Sentencia de la Corte Constitucional C-065 de 2005, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra**

Temas relevantes objeto de análisis en la jurisprudencia, con incidencia procesal en virtud de las garantías jurídicas contempladas cuando existe incapacidad de origen común que superen los 180 días:

- 1. Derecho a la igualdad y a la salud en incapacidad laboral.**
- 2. Derecho al trabajo en condiciones dignas e incapacidad laboral.**
- 3. Mínimo vital.**

La Corte Constitucional, realiza un importante estudio sobre distintas temáticas en materia de incapacidad por enfermedad de origen común que superan los 180 días; es así como en la (Sentencia C- 065, 2005), en su ratio decidendi, se observa del análisis realizado al ser demandado el artículo 323 del Código Sustantivo del Trabajo- C.S.T, que a su letra transcribe:

Artículo 323. En los casos de enfermedades venéreas en estado agudo, de trabajadores de empresas de petróleos, no hay derecho al auxilio monetario de que trata el artículo 227 (Colombia P. d., Código Sustantivo del Trabajo, 1950).

En razón de lo anterior, y como quiera que el problema jurídico planteado estriba en determinar si hay lugar a hacer el estudio de sobre la constitucionalidad de la misma, ya que previamente revisó si esta se encuentra vigente, toda vez que en posición del Procurador General de la Nación y del Ministro de Protección Social quienes desde sus investiduras conceptuaron en dicho proceso constitucional y afirman que la misma se encontraba derogada por el artículo 206 de la ley 100 (Congreso de la Republica de Colombia, 1993), y en consecuencia la Corte debía inhibirse para fallar; vale indicar que el artículo en mención, define las incapacidades en el Sistema General de Seguridad Social, como:

Artículo 206. Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el 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 (Congreso de la Republica de Colombia, 1993).

Es así, como una vez realizado el análisis jurídico respectivo y determinado que no había sido declarado inexecutable dicho apartado normativo, se procedió a estudiar de fondo la norma demandada, concentrándose en importantes consideraciones que son imperiosas abordarlas en el presente capítulo sobre el análisis de Jurisprudencia Colombiana que establecen aspectos procesales a seguir cuando existe incapacidad de origen común que supera los 180 días.

En el caso que se examina, a fin de determinar si el artículo 323 del C.S.T. contraviene la constitución, la Corte empieza por precisar, que no significa que esta norma haya sido derogada por la Ley 100 (Congreso de la Republica de Colombia, 1993) sino que, ha entrado en desuso la aplicación de esta prerrogativa del C. S. del T. como muchos artículos de este mismo código, que con la entrada en vigencia de esta y otras normas más recientes han ido quedando relegadas, pero no significa que con ello se haya dado una derogatoria; a su turno entonces señala que con el artículo 206 de la ley del Sistema General de la Seguridad Social, aspectos como el pago de incapacidades laborales de origen común o general, se estableció un cambio de sujeto obligado al pago de estas; no obstante indica al final que el reconocimiento de estas, se harían conforme a la legislación vigente; en ese sentido, significa ello que de ninguna manera derogaba el artículo demandado, sino que todo lo contrario, para esta por ser la normatividad vigente, aplicaría para el caso específico de los trabajadores en las circunstancias del artículo 323 del C.S.T., lo allí dispuesto, ya que esta es una norma que establece excepción a la regla de los trabajadores incapacitados y es en razón de ello que La honorable

Corte constitucional entra a estudiar la inconstitucionalidad del postulado normativo, sometiendo a estudios importantes temas de relevancia para este artículo como el derecho a la igualdad y a la salud en incapacidad laboral, el derecho al trabajo en condiciones dignas e incapacidad laboral y el derecho al mínimo vital.

Haciendo referencia a los citados temas, se enfatiza en precisiones sobre el derecho a la igualdad y a la salud en la incapacidad laboral, fijando una posición entorno a ella como lo es que:

El derecho al trabajo en condiciones dignas no sólo implica la posibilidad de trabajar, sino también la posibilidad de no verse forzado a laborar cuando las condiciones físicas no le permitan al trabajador seguir desempeñándose en su labor, so pena de agravar su estado de salud. Cuando al trabajador si bien no se le prohíbe hacer un receso en sus labores por su estado de salud se le permite sin obtener una remuneración equivalente a la que obtendría de estar en pleno uso de sus facultades físicas se le está forzando a laborar bajo condiciones contrarias a la dignidad humana. Lo anterior, puesto que se hace imprescindible para el empleado seguir laborando para conseguir su sustento mínimo vital el cual, por regla general, equivale al salario (Sentencia C- 065, 2005).

Ello indica, no solo que aquel trabajador que se encuentra padeciendo una enfermedad, requiere la protección del estado para su entera recuperación, sin más distracciones, menoscabos y temores que la afección de salud en la que se encuentra, lo que implica la concentración en su recuperación física y emocional, en aras de evitar el incremento de su padecimiento de salud; esto involucra también contar con la garantía del mínimo vital que en un estado de derecho no debería menoscabarse bajo el padecimiento de una enfermedad por parte del trabajador.

La Corte concluye que el auxilio que recibe el trabajador por concepto de incapacidad laboral, se convierte en su salario y además en la garantía para poder recuperarse de manera satisfactoria en condiciones dignas, atendiendo que bajo su existencia no habría lugar a preocuparse por su sostenimiento y el de toda su familia, sino simplemente concentrar en restablecer su salud; por ello encontró

inconstitucional el artículo 323 del (Colombia P. d., Código Sustantivo del Trabajo, 1950), al dar un trato desigual e indigno a las personas que padecen enfermedades venéreas dispuestas en dicha normativa y en consecuencia se estableció la inexequibilidad de este apartado legal.

- **Sentencia de la Corte Constitucional SU049/17, M.P. Dra. María Victoria Calle Correa, sentencia 32532 de 2008 de la Corte Suprema de Justicia**

Temas relevantes objeto de análisis en la jurisprudencia, con incidencia procesal en virtud de las garantías jurídicas contempladas cuando existe incapacidad de origen común que superen los 180 días:

1. **Derecho a la estabilidad reforzada.**
2. **Estabilidad reforzada en personas con discapacidad física, sensorial o psíquica.**

Es la oportunidad de revisar la posición de la Corte Constitucional en temas como la estabilidad reforzada en personas con discapacidad física, sensorial o psíquica, aspectos procesales a seguir originados en esta temática cuando existe incapacidad de origen común que supera los 180 días, para lo cual se revisaran comparativamente las providencias (Sentencia SU 049, 2017) de la Corte Constitucional y la (Sentencia No. 32532, 2008) de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las cuales presentan posiciones diversas frente a estos temas de relevancia en las garantías jurídico – procesales de los sujetos de la relación laboral.

La sentencia (Sentencia SU 049, 2017), es objeto de análisis en el presente capítulo, ya que aunque el problema jurídico de la misma se origina en un despido sin autorización de un trabajador vinculado por prestación de servicios que presenta una grave afectación de salud como consecuencia de un accidente de origen profesional; la relevancia de esta sentencia estriba en que la Corte Constitucional establece una posición unificada sobre procedimiento cuando un trabajador presenta una dificultad de salud como una discapacidad física, sensorial o psíquica

y su estabilidad laboral reforzada; por ello, en la citada sentencia se resuelven problemáticas como:

Si la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares solo las personas que cuentan con una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda; (ii) si la estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad; y (iii) si, en caso de ser afirmativas las respuestas a las cuestiones anteriores, la violación a la estabilidad ocupacional reforzada en el contexto de una relación contractual de prestación de servicios debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, interpretado conforme a la Constitución (Sentencia SU 049, 2017).

Revisada la sentencia de la referencia se advierte que la Corte Constitucional tiene una posición respecto a la estabilidad ocupacional reforzada y la Corte Suprema de Justicia presenta otra totalmente paralelas, obsérvese por qué:

En primer lugar la Corte Suprema de Justicia, para proteger con estabilidad reforzada tiene como premisa principal que se trate de una persona ya calificada con pérdida de capacidad laboral y adicional a ello, que dicha PCL tenga un determinado porcentaje, ya que parte de la base que no toda calificación de pérdida de capacidad laboral le es aplicable la garantía de la estabilidad reforzada, ya que deriva del artículo 26 de la ley 361 (Congreso de la Republica de Colombia, 1997), la cual regula a quienes tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, que también remite al derogado decreto 2463 (Colombia P. d., 2463, 2001), sobre la clasificación de los grados de severidad de la limitación, así: **a).** Moderada la que está entre el 15% y el 25% de capacidad laboral; **b).** Severa la mayor al 25% e inferior al 50%; y **c).** Profunda la igual o superior al 50%. Sobre el particular la honorable Corte Suprema de Justicia ha reiterado su posición, al igual que en las (Sentencia 35606, 2009), (Sentencia 38992, 2010), (Sentencia 39207, 2012), sostuvo:

Es claro entonces que la precitada Ley se ocupa esencialmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su minusvalía está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo. Ahora, como la ley examinada no determina los extremos en que se encuentra la limitación moderada, debe recurrirse al Decreto 2463 de 2001 que sí lo hace, aclarando que en su artículo 1º de manera expresa indica que su aplicación comprende, entre otras, a las personas con derecho a las prestaciones y beneficios contemplados en las Leyes 21 de 1982, 100 de 1993, 361 de 1997 y 418 de 1997. Luego, el contenido de este Decreto en lo que tiene que ver con la citada Ley 361, es norma expresa en aquellos asuntos de que se ocupa y por tal razón no es dable acudir a preceptos que regulan de manera concreta otras materias.

Pues bien, el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 señala los parámetros de severidad de las limitaciones en los términos del artículo 5 de la Ley 361 de 1997; define que la limitación “moderada” es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; “severa”, la que es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad labora y “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%. [...] Surge de lo expuesto que la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada (Sentencia No. 32532, 2008).

Evidenciándose en consecuencia una posición centrada en este alto tribunal, en el sentido que no toda limitación física incluso calificada representa estabilidad reforzada

para dicho trabajador; posición que no es similar a la de la Corte Constitucional, ya que esta última ha expresado que la deprecada estabilidad reforzada no se encuentra limitada a lo previsto en el decreto 361 (Congreso de la Republica de Colombia, 1997), ni tampoco exige que la persona se encuentre ya calificada con una pérdida de capacidad laboral en los grados previstos en la norma en mención para limitación moderada, severa o profunda, ya que la posición que ha venido manejando este tribunal constitucional es, que esta garantía tiene un sustento constitucional aplicable a aquellas personas con afecciones en su salud que les impide el desempeño de sus funciones en condiciones regulares, lo cual representa una debilidad manifiesta, cuya posición ha venido asumiendo desde la sentencia (T-1040, 2001), considerando la Corte que al despedir a un trabajador en esta circunstancia sin autorización del Ministerio del Trabajo es una violación al principio de estabilidad ocupacional reforzada, indistinto si ha tenido una calificación de pérdida de la capacidad laboral o no, insistiendo la Corte Constitucional en esta sentencia de unificación (SU) que esta ha sido una posición permanente y sin distingo en esta Corte desde el año 2015 hasta este pronunciamiento, trayendo a colación otras como ejemplo (T-405, 2015), (T-141, 2016), (T-351, 2015), (T-106, 2015), entre otras a las que hace alusión donde incluso han sido revocados fallos de sentencias ordinarias donde niegan las pretensiones del trabajador demandante bajo el fundamento que no se encontraba calificado con una pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda (Sentencia SU 049, 2017).

Por lo anterior esta sentencia objeto de análisis hace unificación en virtud de la disparidad de criterios entre las altas cortes, la cual en su calidad de órgano de cierre procedió a unificar este criterio, planteando que es el sentado en esta jurisprudencia el que debe ser de obligatorio cumplimiento.

En esta sentencia se da alcance a un subtema como es:

La estabilidad ocupacional reforzada en los contratos de prestación de servicios, y la aplicación de las prestaciones de la Ley 361 de 1997, interpretada conforme a la Constitución. La (Sentencia SU 049, 2017), la cual en principio pareciera que no se estuviera hablando de relaciones laborales, no obstante en el país se ha vuelto cotidiano encontrar posiciones subordinantes al interior de los

contratos de prestación de servicios, lo cual en consecuencia requiere un estudio extensivo de esta figura, por ello la Corte Constitucional mediante disposiciones jurisprudenciales ha brindado aplicación al principio de estabilidad reforzada en contratos de prestación de servicios, llamándoles también relaciones ocupacionales divergentes, al igual que en los contratos de aprendizajes, dejando por sentada su posición en la (Sentencia SU 049, 2017), al igual que en sentencias: (T- 1210, 2008), (T-144, 2014), (T- 310, 2015), (T-040, 2016), entre otras más que en la citada sentencia de unificación se mencionan, indicando que:

La estabilidad laboral reforzada para personas en situación de debilidad manifiesta por su estado de salud aplica a todas las alternativas productivas, incluyendo al contrato de prestación de servicios.

Hay derecho a la estabilidad reforzada cuando (i) una entidad del Estado, (ii) no prorroga el contrato de prestación de servicios de un sujeto en condición de debilidad manifiesta por padecer de fibrosis quística, (iii) teniendo conocimiento de la enfermedad de la persona, (iv) sin demostrar una causal objetiva, diferente al simple vencimiento del término para la terminación del vínculo contractual, y (v) ante la continuidad del objeto del contrato (T-040, 2016).

- **Sentencia de la Corte Constitucional T- 364 de 2016, M.P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.**

Temas relevantes objeto de análisis en la jurisprudencia, con incidencia procesal en virtud de las garantías jurídicas contempladas cuando existe incapacidad de origen común que superen los 180 días:

- 1. Derecho a la estabilidad reforzada.**
- 2. Despido por incapacidad superior a 180 días sin autorización del Ministerio del Trabajo.**

La Sentencia (T-364, 2016), en la que la Corte Constitucional estudia en sede de revisión el caso de una trabajadora de nombre Martha Isabel Siabato, quien fue diagnosticada de la enfermedad conocida como síndrome de Guillain-Barré, por lo

que estuvo incapacitada por enfermedad de origen común por el termino entre el 14 de diciembre de 2014, hasta el 7 de agosto de 2015; es decir más de ciento ochenta (180) días; tema relevante en el presente capítulo.

En los hechos de la sentencia objeto de análisis se evidencia que la actora precisa que fue despedida por su empleador el día 16 de julio de 2015, pues la empresa para la cual laboraba le comunicó la decisión de dar por terminado el vínculo laboral de manera unilateral a partir del día 25 del mismo mes y año, alegando como causal justa la prevista en el artículo 62 No 15 del (Congreso de la Republica de Colombia , 1951), ya que como trabajadora completaba 180 días de incapacidad por enfermedad de origen común; motivo por el que la accionante en su condición de empleada impetró acción de tutela manifestando que se encontraba en estado de debilidad manifiesta y alegando protección tutelar con fundamento en el artículo 26 de la ley 361 (Congreso de la Republica de Colombia , 1997) a fin de que fuera declarado ineficaz el despido laboral. Vale precisar que la citada acción constitucional fue declarada improcedente por el Juzgado 27 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., cuyo fallo fue confirmado por el Juzgado Treinta y Dos Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá D.C. bajo el argumento de que la accionante cuenta con los medios judiciales ordinarios para ejercer su defensa (T-364, 2016). En estos términos la Honorable Corte Constitucional procede a revisar dicho proceso constitucional estableciendo como problema jurídico:

Determinar si la empresa INTERCONA LTDA (empleador), vulneró los derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social y a la protección a la familia de la actora, como consecuencia de haber terminado unilateralmente su contrato de trabajo aduciendo la causal establecida en el numeral 15, del literal a), del artículo 62 CST, a pesar encontrarse incapacitada y sin que mediara autorización del Ministerio de Trabajos (T-364, 2016).

Para resolver el problema jurídico, la sala estudia tres temas fundamentales como son: **a).** La jurisprudencia constitucional relacionada con la procedencia

excepcional de la acción de tutela para ordenar reintegros; **b)**. La Jurisprudencia en la que se ha referido al derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada; y **c)**. El precedente jurisprudencial que ha desarrollado en torno a los temas relativos a la responsabilidad en el pago de las incapacidades y la facultad del empleador de terminar el contrato laboral del trabajador que ha estado incapacitado 180 días.

Acorde a la finalidad de este capítulo, se abordarán solo las consideraciones respecto a la facultad del empleador para dar por terminado por justa causa el contrato de trabajo por contar el trabajador con 180 días de incapacidad, ya que las otras temáticas han sido abordadas en otros análisis jurisprudenciales de este mismo capítulo, o por el contrario se salen del límite planteado en esta investigación, los cuales podrá abordarse en otra oportunidad.

Precisa la Corte Constitucional en esta providencia que, ciertamente el Código Sustantivo del Trabajo (C.S.T.) en su artículo 62, numeral 15, literal a), establece como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, la incapacidad medica continua hasta por 180 días(Colombia P. d., Codigo Sustantivo del Trabajo, 1951), no obstante advierte que su aplicación no es automática y mucho menos objetiva, ya que esta causal debe ser atendida en concordancia con el artículo 16 del decreto (Colombia P. d., 2351, 1965), el cual dispone que cuando el trabajador termina su periodo de incapacidad temporal y su salud es restablecida o recupera su capacidad laboral, al empleador le asiste la obligación de reincorporar a ese trabajador en el empleo que venía ocupando o en su defecto reubicarlo acorde a sus condiciones ocupacionales y de salud actuales, cuya posición ha sido sentada anteriormente (T-118, 2010), argumentando en consecuencia que es también responsabilidad del empleador la reincorporación de su trabajador cuando haya recuperado su salud guardando las proporciones ocupacionales que le permita el estado de salud de este último, ya que debe persistir el principio de solidaridad para los sujetos de especial protección, en el entendido que de llegar a aplicar la causal de terminación del contrato por justa causa de forma automática, se convierte en un comportamiento discriminatorio y desconsiderado al interior de un sistema en el que se abandona a aquel que se encuentra enfermo y además requiere de un sustento

económico que proviene de su trabajo, por ello no puede el empleador olvidar que existe la posibilidad de recuperación de estado de salud.

Lo anterior significa que conforme se ha revisado en otras sentencias como en la (Sentencia SU 049, 2017), el estado colombiano a través de su ordenamiento y jurisprudencia ha pretendido garantizar la estabilidad laboral reforzada en quienes presentan limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales, por lo que obliga a mantener durante la incapacidad las cotizaciones ante el Sistema General de Seguridad Social, además continuar con sus ingresos como protección al mínimo vital, por ello la resolución del problema jurídico en este asunto, teniendo en cuenta que la accionante fue despedida en virtud de la causal aludida y sin mediar autorización del Ministerio de Trabajo, encontrándose en estado de debilidad manifiesta y por consiguiente gozando del principio de estabilidad reforzada, a quien debía realizársele el procedimiento administrativo que para tales efectos corresponde a las personas incapacitadas por enfermedad de origen común superior a 180 días, dispuso la honorable Corte tutelar los derechos fundamentales de la accionante, declarando la ineficacia de la terminación del contrato en virtud de estos argumentos.

- **Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral SL4033-2018/56189, del 19 de septiembre de 2018 M.P. Dra. Jimena Isabel Godoy Fajardo**

Temas relevantes objeto de análisis en la jurisprudencia, con incidencia procesal en virtud de las garantías de los sujetos de la relación laboral cuando existe incapacidad de origen común que superen los 180 días:

1. Despido de trabajador con incapacidad superior a 180 días sin autorización del Ministerio de Trabajo.

En esta oportunidad, la honorable Corte Suprema de Justicia a través de la Sala de Casación Laboral, en sentencia (SL4033, 2018) estudia es caso de una trabajadora de nombre María Rosmira Vinasco Ramírez, quien demanda a su antiguo empleador Cartones Finos de Colombia S.A. Carficol S. A. por haber

terminado unilateralmente su contrato de trabajo y según su dicho, de forma injustificada, al considerar que no se dio aplicación al procedimiento previsto en el artículo 26 de la ley 361 (Congreso de la Republica de Colombia , 1997) para las personas en estado de debilidad manifiesta, razón por la que solicitó reintegro y las condenas consecuentes a esa pretensión.

Como antecedentes para entender las circunstancias fácticas de este asunto, es preciso indicar que la demandante señaló que tenía una relación laboral cimentada en un contrato de trabajo a término indefinido, en el cual bajo su cargo de operaria sufrió un accidente de trabajo que la mantuvo incapacitada más de 180 días con calificación de PCL equivalente a 15,14%, hecho este que motivó a su empleador a terminar unilateralmente su contrato alegando justa causa fundamentada en el artículo 62, numeral 15 del (Colombia P. d., Codigo Sustantivo del Trabajo, 1951), sin autorización del Ministerio de Trabajo según fue aludido por la actora. En sede de instancias, fue condenada la demandada por el a quo, pero revocada dicha decisión en segunda instancia.

La relevancia de esta sentencia consiste en que, a pesar de que se trata de un accidente de origen profesional el que causó la contingencia en la trabajadora y que motivó la terminación del contrato fundado en el artículo 62 No.15 (Colombia P. d., Codigo Sustantivo del Trabajo, 1951), se tiene que es aplicable esta posición para incapacidades superiores a 180 días por enfermedades o accidentes de origen común, como lo es el tema que ocupa esta investigación. Del mismo modo, es importante ver la gran diferencia que existe sobre la estabilidad laboral reforzada en estos casos, ya que a pesar de tratarse de una providencia expedida con posterioridad a la (Sentencia SU 049, 2017), en la que la Corte Constitucional unificó criterio precisando que no solo aquellas personas que contaran ya con una calificación de pérdida de capacidad laboral y que esta fuera superior al 25% sean considerados con estabilidad laboral reforzada, sino también aquellas personas con afecciones en su salud que les impide el desempeño de sus funciones en condiciones regulares, lo cual también representa una debilidad manifiesta y en consecuencia para despedir es obligatorio que al menos exista autorización del Ministerio de Trabajo.

En la presente sentencia objeto de análisis, la Corte Suprema de Justicia sienta una posición totalmente contraria a la de la Corte Constitucional sobre el estado de debilidad manifiesta y el despido fundamentado en el artículo 62, numeral 15 del (Congreso de la Republica de Colombia , 1951), a pesar de tratarse de una providencia posterior a la (Sentencia SU 049, 2017), por lo que es imperioso para su análisis continuar con el relato de sus antecedentes y finalmente centrarse en la posición planteada en desarrollo de estos temas y que permitió resolver el problema jurídico en sede de casación.

Continuando con el relato de la providencia, se tiene que para resolver el recurso de casación interpuesto por la demandante, la honorable Corte Suprema estudia los cargos propuestos que se centran en que el Tribunal al proferir el fallo acusado lo fundamentó en tres aspectos: 1). Que a la fecha de terminación del contrato de trabajo la actora no se encontraba trabajando, y por ser la prestación del servicio un elemento esencial de este había lugar a la terminación del mismo; 2). Que a la fecha de terminación del vínculo laboral, no existía calificación sobre limitación física, ni recomendación de la junta sobre una reubicación laboral de la empelada al interior de la empresa; 3). Que la calificación de pérdida de capacidad laboral se produjo seis (6) meses después de la terminación del vínculo laboral, cuyo porcentaje de PCL era de 15,14% , lo que no permitía su ubicación dentro de los términos previstos en la ley 361 (Congreso de la Republica de Colombia, 1997) y ley 762 (Congreso de La Republica de Colombia, 2002) y de la sentencia (Sentencia C-401, 2003) sobre la catalogación de minusvalía (SL4033, 2018).

Para el estudio de los cargos aludidos por la recurrente, la Corte hace precisión que solo estudiara las tres únicas pruebas que han sido catalogadas por esta como no apreciadas a fin de determinar si con ello es posible casar la sentencia. Las tres pruebas en las que se centró la Corte fueron: 1). La carta de terminación del contrato de trabajo de fecha 12 de abril de 2006; 2). Reporte de accidente de trabajo; 3). Copias de las incapacidades discontinuas y continuas a nombre de la demandante, durante su período laboral, donde incluyen los días exactos en que estuvo incapacitada hasta que se le dio por terminado su contrato de trabajo (SL4033, 2018).

En este sentido, el problema jurídico que planteó la Sala fue determinar si el ad quem erró al concluir que la decisión del empleador de terminar el contrato de trabajo se ajustó al ordenamiento jurídico o si, por el contrario, su actuar fue contrario a la ley (SL4033, 2018); resolviendo a su turno que la recurrente no demostró encontrarse bajo las circunstancias previstas en el artículo 26 de la ley 361 (Congreso de la Republica de Colombia , 1997) y en consecuencia que el Tribunal inobservara la citada normatividad, ya que no se evidenció que la accionante presentara una pérdida de capacidad laboral igual o superior a 25% catalogada como limitación severa, lo cual es la garantía respaldada por la citada norma. En este sentido, se aborda la definición dada por la Corte sobre la aplicación de la protección de las personas en estado de debilidad manifiesta contenida en la ley referenciada en los siguientes términos:

Dice la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, el alcance del artículo 26 de la ley 361 (Congreso de la Republica de Colombia , 1997) es la de brindar garantías a las personas con limitaciones severas o profundas, ya que son las personas que pueden ser consideradas discapacitadas, por contar con un grado de invalidez que trasciende al porcentaje establecido para la limitación moderada, ya que este fue el querer del legislador, reflejado en el artículo 1° de dicha ley; insistiendo en esta teoría que el hecho de que un trabajador que haya tenido una calificación de pérdida de capacidad laboral o haya estado incapacitado temporalmente, no lo convierte en un sujeto de especial protección y que a su turno se encuentre cobijado por el principio de estabilidad reforzada; definición esta también sostenida en sentencias anteriores como en (Sentencia 32532, 2008), en la que indicó:

La protección con la que cuentan las personas limitadas en lo concerniente a que no pueden ser despedidas o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie la autorización de la oficina de trabajo se encuentra regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, de manera que la minusvalía a que se refiere esta disposición debe ser buscada, en primer lugar, en el contexto de este articulado y, solo en

ausencia de disposición que lo determine, es dable acudir a la aplicación supletoria de otras normas, conforme lo prevé el artículo 19 del C.S. del T.

Al respecto conviene precisar que la Ley 361 de 1997 contiene un régimen de carácter especial, que trasciende el campo del sistema de seguridad social integral, dado que su protección va más allá de las garantías que este régimen cubre, pues su propósito es la protección de los derechos fundamentales de las personas con limitaciones, previendo para quienes las padecen en los grados de “severas y profundas” la asistencia y protección necesarias (Sentencia No. 32532, 2008).

Con esta posición, aterriza la Sala en precisar que no es aplicable el estado de debilidad manifiesta a todos los grados de minusvalía, sino aquellas que padecen los mayores grados de limitación física, ya que considera que aquellos que tienen una calificación en inferior grado, no tienen mayor dificultad en la competencia laboral, por tanto estos últimos no están incluidos dentro de los merecedores de esa prerrogativa, en consecuencia les es aplicable la causal prevista en el artículo 62, numeral 15 del (Colombia P. d., Código Sustantivo del Trabajo, 1951), sin necesidad de acudir al Ministerio de Trabajo para que lo autorice, como en efecto ocurrió con la demandante en este asunto, concluyendo que:

Recuerda la Sala que, en este caso, no surge controversia sobre el hecho de que el despido de la demandante no se produjo en razón a la pérdida de su capacidad laboral, sino en una justa causa consagrada en la ley al haberse prolongado su incapacidad por más allá de 180 días, sin que hubiere sido posible su recuperación, la que se encuentra consagrada en el literal a) del numeral 15 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, de lo que es posible concluir, como lo hizo el *ad quem*, que no solo se configuró la causal de terminación del contrato de trabajo aducida por el empleador, sino que además para proceder a la desvinculación de la actora, se le comunicó tal decisión en los términos

previstos en inciso final del literal a) del art. 7º del Decreto 2351 de 1968 (SL4033, 2018).

Como se advirtió al principio, no solo ha sido la posición de este alto tribunal en sentencia objeto de análisis, sino también en otras similares como (Sentencia CSJ SL12998, 2017) en la que señaló que no existe contradicción entre lo previsto en el artículo 26 de la ley 361 (Congreso de la Republica de Colombia , 1997) y la causal para terminación del contrato laboral de manera justificada prevista en el artículo 62, numeral 15 del (Colombia P. d., Código Sustantivo del Trabajo, 1951), ya que la garantía prevista en la primera norma enunciada, es para quienes han sido calificados con limitación severa o profunda y por tanto la terminación del contrato laboral de ese limitado físico está vedada salvo excepciones; por tanto al terminar el contrato de una persona incapacitada por más de 180 días no estaría prohibida, véase los términos expuestos en esta sentencia:

La Corte es del criterio que no se presenta la supuesta contradicción entre la justa causa de despido consistente en la incapacidad por enfermedad general de más de 180 días y la protección contra del despido discriminatorio por motivos de discapacidad severa o profunda contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. En primer lugar, no se puede perder de vista que la protección contenida en el inciso 1 del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 consiste en que ninguna persona con discapacidad severa o profunda puede ser despedida o su contrato terminado por esta razón, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo a desempeñar. En otras palabras, la legislación que protege la estabilidad de los trabajadores en condiciones de discapacidad relevante no consagra derechos absolutos o a perpetuidad a favor de este sector de la población, los cuales puedan ser oponibles en toda circunstancia a los intereses generales del Estado y de la sociedad, o a los legítimos derechos de otros, entre ellos los del empleador. Así lo sostuvo la propia Corte Constitucional en la Sentencia C-531 de 2000 al estudiar este

punto. Esto significa que no le corresponde al empleador asumir la responsabilidad de tener contratado a este trabajador indefinidamente, a pesar de que sea imposible el cumplimiento de la obligación esencial a cargo del trabajador, como es la prestación personal del servicio, porque la discapacidad resultare incompatible e insuperable en el cargo desempeñado o cualquier otro que haya dentro de la empresa. Es decir, la responsabilidad del empleador de garantizar la estabilidad laboral en estos casos va hasta cuando la discapacidad laboral le permita al trabajador prestar el servicio en los puestos de trabajo que existan dentro de la empresa. Por tal razón, del mismo texto del artículo 26 en comento, en concordancia con la Sentencia C-531 de 2000 de la Corte Constitucional, se colige que, si se presenta la situación de que la discapacidad haga imposible la prestación del servicio por parte del trabajador, el retiro del trabajador por este motivo no se puede considerar discriminatorio. En este mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia de exequibilidad condicionada atrás referida (Sentencia CSJ SL12998, 2017).

Es así, como al resolver el problema jurídico planteado la Corte precisa que la causal alegada para despedir a la trabajadora demandante es justa, por tratarse de un motivo autónomo al estar incapacitada más de 180 días, y que además a la fecha de producirse el despido no existía calificación de PCL, con apego a la precedente sentencia que arguye:

Se ha de precisar por la Sala que la autorización administrativa previa como requisito para despedir en estos casos, no es un fin en sí mismo, sino es un mecanismo de protección contra la discriminación por motivo de discapacidad laboral. En ese orden, la falta de autorización de la oficina laboral para despedir a la persona con estabilidad reforzada por motivos de discapacidad relevante no puede acarrear las mismas consecuencias al empleador que logra acreditar judicialmente que actuó con fundamento en una justa causa oportunamente alegada y

debidamente comprobada, al que simplemente toma la decisión de romper unilateralmente la relación con el pago de la indemnización por despido o alega cualquier justa causa sin fundamento (Sentencia CSJ SL12998, 2017).

Con estos argumentos, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral decidió no casar la sentencia y confirmar que hubo eficacia en la terminación del contrato de trabajo de la demandante.

- **Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral SL3772-2018/46498 de septiembre 5 de 2018, M.P. Dr. Rigoberto Echeverri Bueno.**

Temas relevantes objeto de análisis en la jurisprudencia, con incidencia procesal en virtud de las garantías jurídicas contempladas cuando existe incapacidad de origen común que superen los 180 días:

Eventos en los que el despido laboral debe contar con autorización del Ministerio del Trabajo por incapacidad de 180 días.

Al igual que la sentencia (SL4033, 2018), en la (Sentencia SL3772-2018/46498, 2018), La honorable Corte Suprema de Justicia, sienta una clara posición sobre los eventos en los cuales se debe contar para la terminación del contrato laboral con autorización del Ministerio de Trabajo, al presentar el trabajador una incapacidad superior a 180 días, precisando sobre el derecho a la estabilidad reforzada amparada en el artículo 26 de la ley 361 (Congreso de la Republica de Colombia , 1997), la cual para este caso solo les aplica a quienes presentan una calificación de pérdida de capacidad laboral en grado moderado, severo o profundo, sin importar el origen de dicha incapacidad y bajo las reglas previstas por esta alta Corte.

Es así como señala que ha sido reiterada la consideración de esta Sala que, para que sea determinado ineficaz un despido unilateral fundamentado en el artículo 62, numeral 15, literal al del (Colombia P. d., Código Sustantivo del Trabajo, 1951), se requiere que confluyan los siguientes presupuestos:

i) que el trabajador padezca de un estado de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen; ii) que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad; iii) que el patrono despidiera al trabajador de manera unilateral y sin justa causa; y iv) que el patrono no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo (Sentencia SL3772-2018/46498, 2018).

En este sentido insistió que quienes gozan de esta prerrogativa, son quienes se encuentren calificados dentro de los siguientes grados de PCL discapacidad moderada (del 15% al 25%), severa (mayor del 25% y menor al 50%) y profunda (mayor del 50%) (Sentencia SL3772-2018/46498, 2018), lo que no significa que no pueda aplicarles la causal citada para terminación del contrato de trabajo con justa causa, sino que es en estos casos en que aplica la exigencia de autorización del Ministerio de Trabajo. Por ello se precisa en esta sentencia, que para declarar la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo por violar la garantía de estabilidad laboral reforzada, es necesario que además de la condición de PCL señalada, la terminación haya sido unilateral y sin justa causa, sin mediar autorización del Ministerio de Trabajo, ya que siempre y cuando el empleador argumente válidamente la razón del despido de manera justificada y que este no haya sido justamente la limitación física o sensorial del trabajador, podría tenerse como eficaz el despido.

Vale la pena recalcar que, recientemente la Corte Constitucional mediante (Sentencia C -200, 2019) declara exequible condicionalmente el artículo 62, numeral 15, literal a). del CST (Colombia P. d., Código Sustantivo del Trabajo, 1951), y precisa en qué casos es eficaz el despido del trabajador en razón de su estado de salud, por lo que indica que:

Carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de trabajo de una persona por razón de su situación de salud cuando no exista autorización previa del inspector de trabajo. Además de la ineficacia descrita previamente, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su situación de salud, sin la autorización del

inspector de trabajo, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren, en los términos de la parte motiva de esta providencia (Sentencia C -200, 2019).

Conclusiones del capítulo.

Una vez realizado un recorrido jurisprudencial sobre los aspectos procesales a seguir cuando existe incapacidad por enfermedad o accidente de origen común superior a los 180 días, es posible concluir que pese a que existe amplia jurisprudencia sobre este importante tema, en los que ha sido la jurisprudencia la que ha entrado a resolver problemas jurídicos generados por dificultades normativas en torno a estas contingencias, también se advierte de acuerdo al presente análisis, que no solo existen las dificultades de orden legal, lo que afecta ostensiblemente las garantías de materia jurídica y procesal de las partes en la relación laboral; sino también que existen confrontaciones entre las altas cortes en algunas de sus posiciones; por ello es claro que al existir diferencia en las posiciones de los dos altos tribunales revisados como lo es en el estado de debilidad manifiesta y la facultad del empleador de despedir al trabajador por justa causa al tenor del artículo 62, numeral 15, literal a). del CST, significa esto que no están totalmente dadas las garantías planteadas como tema de esta investigación, por lo que se considera que es necesaria la creación de un instrumento legal, como por ejemplo una norma creadora de un procedimiento claro, sencillo y unificado para aplicar en estas circunstancias que brinden seguridad jurídica a los actores del contrato de trabajo.

Del mismo modo, otra solución incluso adicional podría ser la creación de un proceso abreviado, que al ser lejos de un proceso ordinario laboral, pero también con el fin de descongestionar el mecanismo de tutela, puedan los sujetos de la relación laboral acudir a un juez en el caso de requerir el amparo por violación a las

garantías jurídico- procesales de los sujetos de la relación laboral, los cuales conforme se ha identificado en el presente análisis, no solo se afectan en virtud de las dificultades normativas existentes o posiciones diversas de la jurisprudencia, sino también en mayor proporción de afectación, por omisiones de las entidades que tienen a su cargo alguna responsabilidad y no las cumplen, lo que deja a la vista la debilidad de las instituciones, que debe ser ajustada de alguna forma por el ordenamiento jurídico interno, dejando una clara necesidad, en virtud del carácter social del contrato de trabajo y la vulnerabilidad que representa para un trabajador estar con una enfermedad prolongada en la que tiene que luchar por un lado con la probabilidad de ser despedido justamente; por otro lado por que las instituciones de seguridad social cumplan con sus obligaciones originadas en su estado de incapacidad, y sumado a ello su recuperación, que al ser por una enfermedad o accidente de origen común que lo han tenido incapacitado en un tiempo superior a seis meses, denota sin lugar a dudas un estado de salud de mayor atención

Bibliografía

- T-1040, Acumulados T-445.134 y T-457.673 (Corte Constitucional M.P. Rodrigo Escobar Gil 27 de septiembre de 2001).
- Sentencia C-401, LAT-225 (Corte Constitucional, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis 20 de mayo de 2003).
- Sentencia C- 065, 065 (Corte Consstitucional 01 de febrero de 2005).
- Sentencia 32532, 32532 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casacion Laboral, M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón 15 de julio de 2008).
- Sentencia No. 32532, 32532 (Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón 15 de julio de 2008).
- Sentencia T-980, T-1936659 (Corte Constitucional 10 de Octubre de 2008).
- T- 1210, T-1994794 (Corte Constitucional, M.P. Clara Inez Vargas Hernandez 05 de diciembre de 2008).
- Sentencia 35606, 35606 (Corte Suprema de Jussticia- Sala de Casación Laboral M.P. Dra. Isaura Vargas Díaz 25 de marzo de 2009).
- Sentencia T- 086, T-2033513. (Corte Constitucional 17 de febrero de 2009).
- Sentencia T-920, T-2.317.440 (Corte Constitucional 7 de Diciembre de 2009).
- T-086, T-2033513. (Corte Constitucional 17 de Febrero de 2009).
- Sentencia 38992, 38992 (Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral 3 de noviembre de 2010).
- Sentencia T-404, T-2562802 (Corte Constitucional 27 de mayo de 2010).
- Sentencia T-468, expedientes Acumulados T-2539240, T-2497616 y T-2560721. (Corte Constitucional, M.P. Dr. Jorge Ivan Palacio Palacio 16 de Junio de 2010).

Sentencia T-812, T-2686994 (Corte Constitucional. M.P.Dra. Maria Victoria Calle Correa 8 de octubre de 2010).

T-118, T-2.400.807 (Corte Constitucional, M.P. Gaabriel eduardo Mendoza Martelo 16 de febrero de 2010).

Sentencia 39207, 39207 (Corte Suprema de Justicia- Sala de Casaciòn Laboral. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz 28 de agosto de 2012).

Sentencia T-729, T- 3.500.488 (Corte Constitucional M.P. Alexei Julio Estrada 19 de Septiembre de 2012).

Sentencia T 333, T- 3775923 (Corte Constitucional, M.P. Luis Enernesto Vargas Silva 11 de junio de 2013).

T-144, T-4114530 (Corte Constitucional, M.P. Alberto Rojas Rios 13 de marzo de 2014).

T-106, T-4.596.125 y T-4.599.220, (Corte Constitucional, M.P. Gloria Estela Ortiz Delgado 25 de marzo de 2015).

T-310, Expedientes T-4.688.410 y T-4.579.755 (Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub 22 de mayo de 2015).

T-351, T-3.010.397 (Corte Constitucional, M.P. Pedro Ignacio Vargas Acosta 15 de junio de 2015).

T-405, Expedientes T-3919246, T-3921904 T-3925289 y T-3928410 (Corte Constitucional, M.P. Maria Victoria Calle Correa 30 de junio de 2015).

T- 141, T-5205582 (Corte Consitucional, M.P.Dr. Gloria Stella Ortiz Delgado 28 de marzo de 2016).

Sentencia T. 140, T-5253368 y T-5239472. (Corte Constitucional 18 de marzo de 2016).

T-040, T-5.168.539 (Corte Constitucional, M.P. Dr. Alejandro Linares Cantillo 9 de febrero de 2016).

T-141, expedientes T-5152536 y T-5208261 (Corte Constitucional 28 de marzo de 2016).

T-364, T- 5.424.680 (Corte Constitucional, M.P. Luis Guillermo Guerrero Perez 16 de julio de 2016).

Sentencia SU 049, T-4632398 (Corte Constitucional M.P. Maria Victoria Calle Correa 2 de febrero de 2017).

Sentencia CSJ SL12998, 12998 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral 2017).

Sentencia SL3772-2018/46498, 46498 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Dr. Rigoberto Echeverri Bueno. 5 de septiembre de 2018).

SL4033, 56189 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Dra. Jimena Isabel Godoy Fajardo. 19 de septiembre de 2018).

Sentencia C -200, D-12408 (Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado 15 de Mayo de 2019).

Sentencia T 161, T- 7059948 (Corte Constitucional, M.P. Cristina Pardo Schlesinger 9 de abril de 2019).

Colombia, P. d. (07 de junio de 1951). Código Sustantivo del Trabajo. *Código Sustantivo del Trabajo*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia.

Colombia, P. d. (17 de septiembre de 1965). 2351. *Por el cual hacen unas reformas al Código Sustantivo del Trabajo*. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia.

Colombia, P. d. (18 de junio de 1999). Decreto 1049. *por el cual se modifica el artículo 5° del Decreto número 1127 de 1994*. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia.

- Colombia, P. d. (20 de noviembre de 2001). 2463. *Por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia.
- Colombia, P. d. (20 de noviembre de 2001). Decreto 2463. *or el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez*. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia.
- Colombia, P. d. (10 de enero de 2012). Decreto 019. *Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública*. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia.
- Colombia, P. d. (17 de diciembre de 2013). Decreto 2943 . *Por el cual se modifica el párrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999*. Bogotá D.C., Colombia.
- Colombia, P. d. (12 de Agosto de 2014). Decreto 1507. *Por el cual se expide el Manual Unico de Calificación de Perdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional*. Bogotá, Colombia.
- Colombia, P. d. (6 de Mayo de 2016). Decreto 780. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Proteccion Social*. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia.
- Congreso de la Republica de Colombia . (7 de junio de 1951). Condigo Sustantivo del Trabajo . Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia .
- Congreso de la Republica de Colombia . (11 de febrero de 1997). Ley 361. *Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia .

Congreso de la Republica de Colombia. (23 de Diciembre de 1993). Ley 100. *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia.

Congreso de la Republica de Colombia. (11 de febrero de 1997). Ley 361. *Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Cundinamarca , Colombia.

Congreso de La Republica de Colombia. (5 de agosto de 2002). Ley 762. *Por medio de la cual se aprueba la "Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad", suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el siete (7) de junio de 1999* . Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia.

Congreso de La Republica de Colombia. (11 de Julio de 2012). Ley 1562. *Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional*. Bogota D.C., Colombia.

Congreso de La Republica de Colombia. (9 de junio de 2015). Ley 1753. *Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país"*. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia.

Republica, P. d. (22 de junio de 1994). Decreto 1295. *Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales*. Bogotá D.C., Colombia.

Capítulo IV

Posturas Doctrinales Nacionales e Internacionales, Referentes a las Garantías Jurídico - Procesales Sobre Incapacidades de Origen Común Mayor de 180 Días

La Doctrina y el análisis de cómo se aborda internacionalmente en distintas legislaciones, hace que revisemos a través de un ejercicio comparativo la doctrina nacional e internacional legislativa, ya que la misma constituye fuente formal del derecho (Cueto Rúa, 1961), no solo porque ha sido la historia del derecho la que le ha dado este importante lugar a la doctrina, sino porque por razones lógicas de su significado, hacen imperioso su uso a la hora de crear, interpretar y conocer el derecho, ya que la misma como palabra latina que se deriva de “docere”, cuyo significado es enseñar, lo que implica que sean las ideas aportadas por los juristas a través de distintos textos, conceptos o enseñanzas que dan vida al derecho (Alterini, 2012), resulta de vital importancia conocer los conceptos de los juristas sobre las incapacidades de origen común en el contexto planteado dentro del presente trabajo.

En este orden de ideas, es necesario partir de la afirmación de que las garantías jurídico-procesales sobre incapacidades de origen común superior a 180 días, devienen indiscutiblemente de una incapacidad prolongada que podría ser temporal o permanente de acuerdo a su eventual calificación. Pues bien, en España la incapacidad temporal en materia laboral surte los efectos de una suspensión del contrato de trabajo con reserva a dicho puesto, pero con una acción protectora en materia de Seguridad Social, ya que le es concedido a ese trabajador incapacitado la garantía de que su contingencia esté cubierta de una prestación en especie, como lo es la asistencia sanitaria y por otro lado de una prestación económica denominada subsidio, cuya finalidad no es otra que cubrir el elemento salario que se ha perdido temporalmente y pretende solventar las condiciones económicas durante el tiempo incapacitado (Municio del Amo, 2009).

En Colombia por su parte es sabido que el artículo 52 del C.S.T. no contempla la incapacidad por enfermedad como una causal de suspensión (Colombia P. d., Código

Sustantivo del Trabajo, 1950), pero si en la práctica puede decirse que se cumple la teoría de la legislación española, dado que el salario deja su denominación por el de auxilio por incapacidad y subsidio de incapacidad, cesa temporalmente la obligación del trabajador de prestar sus servicios y a partir del día tercero de incapacidad, deja el empleador de ser el responsable del pago de dicha prestación económica, del mismo modo, el trabajador se hace acreedor de unas prestaciones en materia de seguridad social de tipo asistencial y en dinero para solventar sus necesidades y lograr recuperarse (Congreso de La Republica de Colombia, 1993); lo cual permite decir que el efecto jurídico contractual no es el mismo en las dos legislaciones, pero si es similar en la práctica en el aparte expuesto.

En Chile, también le es llamado subsidio por incapacidad laboral, el cual es parte de un gran grupo de subsidios incorporados en su ordenamiento jurídico interno perteneciente al Sistema de Seguridad Social de los trabajadores, el cual ha tenido una evolución normativa como es natural, en la cual se muestra un gran interés en las garantías para los sujetos del contrato social laboral, cuya normatividad respecto a los subsidios fue unificada en 1978 mediante el decreto ley No. 44, que establece normas comunes para subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado, la cual es la que regula hasta la actualidad con posteriores modificaciones los subsidios originados en incapacidad laboral, incluyendo las de origen común financiándose en un 100% de las cotizaciones efectuadas por los trabajadores (Cornejo Saavedra, 2009).

En lo que respecta a las garantías jurídico- procesal sobre este tema, traducidas a las condiciones previstas en el ordenamiento jurídico interno de cada estado bajo esta contingencia, llama la atención afirmaciones como la que se exponen por (Municio del Amo, 2009), sobre la evolución normativa en materia de incapacidades temporales en España, quien precisa que ha ido generando inseguridad jurídica a los actores afectando a trabajadores y empresarios, cuyo único fin es reducir costos generados por la incapacidad al Sistema:

La incapacidad temporal tiene una ordenación sumamente compleja, caótica y desordenada, que dificulta su comprensión y aplicación,

situándonos a todos trabajadores, empresarios, facultativos, entidades colaboradoras, representantes de trabajadores y empresarios, órganos de la jurisdicción social, asesores y profesionales del derecho laboral y de la seguridad social en un espacio de inseguridad jurídica difícilmente justiciables (Municio del Amo, 2009), p16.

En el mismo sentido, los países de la Unión Europea han venido compartiendo su preocupación por el incremento del gasto económico que generan las incapacidades con alta prolongación, sean o no de origen profesional, lo que ha implicado modificaciones en su legislación retrocediendo de prestaciones económicas durante dicho lapso a los trabajadores y con periodos prolongados a una regulación cada vez más estricta, afectando los intereses de trabajadores y empresarios quienes desde el año 1990 vienen generando cambios normativos al respecto que sin lugar a dudas podrían considerarse afectados en las garantías de las que gozaban y ahora cada vez son más escurridizas, por lo que (García González, 2017) afirma que:

Hasta el inicio del actual milenio, la gestión de la IT no parecía importarle a nadie. El hecho de que su financiación y gestión la realice el INSS (Instituto Nacional de la Seguridad Social), en colaboración con las Mutuas de Accidentes y Enfermedades Profesionales (MATEPSS) y sin embargo, sean el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) y los servicios autonómicos de salud correspondientes los que gestionen la asistencia sanitaria, ha llevado a una situación en la que nadie parecía hacerse responsable de los resultados obtenidos en esta gestión. La IT constituye la segunda prestación económica más importante del Estado tras la fijada para las pensiones contributivas (García González, 2017).

En cuanto a la prolongación de la incapacidad, en este estudio comparativo, se parte de que en Colombia para el tema objeto de estudio, la mayor complejidad de la incapacidad prolongada comienza a partir de los 180 días, en España se habla de una clasificación de duración de las incapacidades en cuatro fases, además que la

duración normal de una incapacidad laboral es de máximo doce (12) meses, disponiéndose su clasificación de la siguiente manera:

1°.- La duración normal de la Incapacidad Temporal queda establecida en doce meses desde la baja inicial.

2°.- Cumplidos los anteriores, cabe la prórroga expresa hasta los 18, como máximo, siendo el INSS el único competente para otorgarla y en donde se puede producir cualquiera de estas tres situaciones: ampliación de la situación de IT si se presupone la curación para el trabajo del beneficiario, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica.

3°.- Desde los 18 a los 21 meses, período en el que se ha de proceder al examen clínico del trabajador en orden a la calificación de su situación incapacitante, periodo en el que, a pesar de haberse extinguido la prestación de IT, se mantienen los efectos económicos de la misma hasta el momento de reconocimiento, en su caso, de la incapacidad permanente.

4°.- Desde los 21 a los 24 meses, cuando los tres meses anteriores haya quedado acreditada la necesidad de demorar la calificación de la IP, al existir la necesidad de continuar el tratamiento médico. En ese período, también se procede a la prórroga de los efectos económicos de la IT, sin obligación de cotizar (Municio del Amo, 2009).

En Colombia por su parte, se podría establecer las siguientes fases en materia de duración de la incapacidad: 1). Desde el día 1° al día 90 de incapacidad, momento en que deja de llamarse la prestación económica recibida por el trabajador auxilio por incapacidad a subsidio de incapacidad, a demás deja de recibir lo equivalente a las 2/3 partes de su salario para recibir $\frac{1}{2}$ de este; 2). Desde los ciento (120) días de incapacidad, termino en el cual la EPS debe emitir un concepto de rehabilitación del afiliado, hasta el día 150 de incapacidad, termino en el cual debe ser enviado el concepto de rehabilitación del paciente a la AFP; 3). Desde el día 181 de incapacidad hasta los 540 días, termino a partir del cual el pago del subsidio de incapacidad está

a cargo de la AFP, pero esto depende de que la EPS haya dado cumplimiento a sus obligaciones señaladas en el numeral anterior; 4). Por último a partir del día 541, para lo cual la prestación económica vuelve a estar en cabeza de la EPS bajo los requisitos establecidos en la ley (Colombia P. d., 2016); (Congreso de La Republica de Colombia, 2015).

En lo concerniente al trabajo, bajo la contingencia de la enfermedad prolongada, en Brasil se han establecido unos estándares de contratación a fin de contrarrestar las probabilidades de que el trabajador se incapacite, en ese sentido se ha optado por unos controles rigurosos para su admisión en el mercado laboral, estableciendo unos perfiles de edad, profesión, con preferencia del género masculino, niveles de estudio, afirmando que las incapacidades laborales representan grandes problemas en la reinserción al trabajo y que en consecuencia afecta la economía empresarial (Sampaio, 2004).

Del mismo modo en Estados Unidos en una tesis de estudios doctorales sobre Reincorporación al trabajo después de un episodio de incapacidad temporal por contingencia común de larga duración, se determinó que la incapacidad por contingencia común, presenta un costo social elevado, el cual sugiere la búsqueda de esfuerzos a fin de desarrollar políticas con destino a evitar o mejorar la generación de incapacidades de este tipo de riesgos, las cuales tienden a ser de alta prolongación, por lo que al mejorar estas, facilitan el pronto retorno al trabajo, lo que hace necesario identificar los factores que mas inciden en la duración de estas incapacidades y estudiar el costo probable de lo que percibe el trabajador durante la contingencia, al igual que sus expectativas de regresar al trabajo ya que estos episodios cada vez son mas costosos tanto para los empresarios como para el sistema mismo (Sampere Valero, 2012).

Por su parte en España, se sostiene por parte de miembros de la comunidad jurídica posiciones en las que insisten en el deber del estado de garantizar especialmente al trabajador como parte más débil y afectad por la enfermedad su estabilidad laboral bajo esa contingencia, con posiciones como la que se extrae:

Al respecto y aunque no tenga correlación directa con el objetivo del trabajo, no podemos dejar de mencionar, por el claro retroceso que supone para los derechos de los trabajadores y la involución manifestada por el Tribunal Supremo, la reciente sentencia del Alto Tribunal de 22 de noviembre de 2007, en el que se considera despido improcedente y no nulo el despido de una trabajadora que se encontraba en situación de incapacidad temporal. Lamentablemente, los Magistrados obligan, a partir de esta sentencia, a elegir a los trabajadores entre salud y trabajo, amén de no considerar la situación de IT como un derecho fundamental de los ciudadanos. En este sentido, y a la espera del pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la materia, deberemos reconducir este criterio a través de la negociación colectiva y en la Mesa para el Diálogo Social (formada por el Gobierno del Estado, organizaciones patronales, UGT y Comisiones Obreras), al objeto de conseguir la modificación del Estatuto de los Trabajadores y este tipo de despido (al igual que los ya conseguidos de despido de trabajadoras por riesgo durante el embarazo o estando en situación de maternidad) sea declarado nulo de pleno derecho (Municio del Amo, 2009), p19..

Ya adentrándonos un poco más en la doctrina Colombiana, sobre toda esta temática, vale indicar que en todo caso, al existir incapacidades de origen común con prolongación superior a 180 días, conforme se estudia en este trabajo, de acuerdo a los procedimientos estudiados en los capítulos anteriores, se tiene que existe unos momentos determinantes durante el lapso de la incapacidad, entre las cuales está una de las entidades con gran responsabilidad en todo este proceso de contingencia de la enfermedad, como lo son las administradoras de fondo de pensiones, para las cuales el trabajador incapacitado puede enfrentarse a varias circunstancias o casos entorno a su enfermedad común, comparando la manera como se aborda cada uno de ellos dentro de cuatro (4) legislaciones diferentes a la nuestra.

Es por ello que en este capítulo se hará una comparación legislativa y doctrinal a través de los postulados propios de la legislación colombiana en seguridad social, comparándolos con las legislaciones de Chile, México y Cuba. Se decide realizar en ese orden el análisis de Países, y mostrando las similitudes o diferencias entre los mismos, ya que los (2) primeros guardan analogías legales en cuanto al funcionamiento de los órganos propios del Sistema de Seguridad Social, así como las leyes que los rigen en materia de seguridad social; en cambio las dos (2) últimas guardan la característica primordial de que sus procesos en Seguridad Social están principalmente centrados en organismos propios del Estado, pasando a un segundo plano, incluso se puede decir que es hasta casi de una manera nula, la participación de entidades privadas en las evaluaciones, dictámenes y pagos hacia los trabajadores que han sufrido patologías clasificadas como enfermedades generales o de origen común.

4.1. Requisitos previos que debe cumplir el trabajador para ser protegido con subsidios de incapacidades y/o acceder a la pensión de invalidez, por enfermedad general o de origen común.

En las legislaciones aquí analizadas se le exige al trabajador el cumplimiento de requisitos previos para convertirse en persona beneficiada con el pago de estos subsidios o auxilios; también es así como se encuentran en la legislación colombiana la seguridad social, tiene un sistema legislativo propio para la protección en salud del trabajador y el otorgamiento de pensiones disgregados en varias leyes y decretos, los cuales pueden ser consultados en el capítulo II de este trabajo.

En cuanto a lo dicho como requisitos previos, aquí en Colombia encontramos que en lo que respecta a la protección en salud se hace desde el día siguiente de afiliación del trabajador, pero para acceder a la pensión de invalidez hay que cumplir con lo que se encuentra establecido en el artículo 39 de la ley 100 de 1993, siendo los principales:

- “1. Que el trabajador haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración;
2. Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma,
3. En el caso de los menores de veinte (20) años de edad acreditar que han cotizado como mínimo veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su *invalidéz* o su declaratoria” (Senado de la República de Colombia, 1993).”

Para entrar en el análisis de lo propio establecido por las Leyes de Chile, su legislación en materia de seguridad social se encuentra todavía más separada en varias leyes y decretos, que complican el acceso a la información por parte del trabajador y empleador, siendo las principales normas las siguientes: *Ley 1083 de 1952 (Seguro Obligatorio)*, *Decreto con fuerza de Ley N° 44 de 1978 (Normas comunes sobre el subsidio por incapacidad laboral de los Trabajadores Dependiente del Sector Privado)*, *Decreto con Fuerza de Ley N° 3500 de 1980 (Sistema Pensional Chileno)*, *Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 1994 (Código del Trabajo de Chile)*, *Ley 18.469 de 2004 (Régimen de Salud)* y *Ley 20255 del 2008 (Nueva Ley de Sistema Pensional en Chile)*, como las principales.

Para el caso del Derecho Chileno, en el cual se le denomina a este tipo de casos como producto de *Enfermedad General*, que desde el punto de vista de esta legislación es asimilable a todas aquellas patologías de los trabajadores que no encajan dentro de lo estipulado por la legislación de Chile como accidente del trabajo o enfermedad del trabajo; dentro del concepto aquí descrito se encuentra los establecidos por la Superintendencia de Seguridad Social de Chile denominados como *accidente común y enfermedad común*, los cuales esta institución describe de la siguiente manera:

- “f) Accidente Común. Se entenderá por accidente común a toda lesión que un trabajador protegido por el Seguro Social de la ley 16.744 sufra a

causa o con ocasión a situaciones, condiciones o factores no laborales, estando excluidos, por tanto, de esta clasificación aquellos que permitan su calificación como un accidente del trabajo o accidente ocurrido en el trayecto con alta inmediata, independientemente de las consecuencias de dicha lesión.

g) Enfermedad Común. Se entenderá por enfermedad común a toda aquella causada por situaciones, condiciones o factores no laborales, es decir, no atribuibles en forma directa a las condiciones de trabajo, independientemente de las consecuencias de dicha enfermedad, estando excluidas, por tanto, de esta clasificación aquellas que permitan su calificación como una enfermedad profesional o enfermedad laboral sin incapacidad temporal ni permanente, independientemente de las consecuencias de dicha lesión.” (Superintendencia de Seguridad Social Chile, 2020)

Es importante señalar que toda incapacidad del trabajador Cotizante o su correspondiente Invalidez no asimilables a las patologías relacionadas por la Legislación 16.744 del 23 de diciembre del año 2017, que también se denomina *complemento a normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades no profesionales*, encajará dentro del concepto de enfermedad general aquí descrito.

Para la legislación chilena el trabajador que hubiere sufrido algún tipo de enfermedad general dentro de los tópicos aquí descritos, núcleo central de este trabajo, y que quiera acceder a los Subsidios por incapacidad así como a las asistencias médicas correspondientes, se darán hasta cuando se decrete su regreso a la actividad laboral que venía desarrollando por recuperación, o hasta cuando se decrete la correspondiente pensión de invalidez, y deberá haber cumplido como requisitos previos a la generación de la licencia médica que así lo certifica por primera vez, aquellos que se encuentran relacionados principalmente en el artículo 4° de la ley 44 del 1 de Junio de 1978, denominada *norma para los subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado*, el cual sostiene:

“ARTÍCULO 4: Para tener derecho a los subsidios se requiere un mínimo de seis meses de afiliación y de tres meses de cotización dentro de los seis meses anteriores a la fecha inicial de la licencia médica correspondiente.

Con todo, para acceder a los subsidios, los trabajadores dependientes contratados diariamente por turnos o jornadas deberán contar, además del período mínimo de afiliación a que se refiere el inciso primero con, a lo menos, un mes de cotizaciones dentro de los seis meses anteriores a la fecha inicial de la respectiva licencia.” (Ministerio de Economía Chile, 1978).

Para el caso de la legislación mexicana, la cual a diferencia de la colombiana y en similitud con la cubana, manejan leyes centralizadas en pocos códigos, y que en México estarían representados principalmente por La Ley Federal del Trabajo del 1° de abril de 1970 y la ley de Seguro Social del 21 de diciembre de 1995. Esto hace que el acceso a estos cuerpos normativos completos no sea complejo, como pasa en Colombia y Chile, ya que su Rama Legislativa ha procurado que sus reformas, interpretaciones y aplicaciones a las leyes queden insertas en sus correspondientes cuerpos legislativos, y no queden como temas sueltos en leyes complementarias a las leyes principales, o que tengan que sufrir intervención de su Tribunal Supremo para legislar sobre vacíos. Las reformas legislativas aceptadas son las realizados por su Cámara Federal, hecho que genera absoluto respeto a la autonomía propia del Poder Legislativo Federal. La autora Mandizabal G., hace un gran comparativo del poder de simplificar las cosas de estas leyes, al punto de comparar la legislación mexicana, con una todavía más simplificada, como es la de Austria:

“En cuanto a la legislación se debe decir que en México el Derecho a la Seguridad Social está plasmado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y cada una de las instituciones encargadas de la prestación, administración y organización del Seguro Social (ISSTE, IMSS e ISSFAM) cuentan con su propia ley y reglamentos, en Austria existe un solo compendio, donde concentran las legislaciones especiales

que requieren en materia de seguro social, ésta ley es *die Sozialversicherungsgesetz*, la Ley General del Seguro Social. Y la Seguridad Social no está elevada a rango constitucional.” (Mandizábal G., 2017)

El sistema de Seguridad Social en materia pensional de México, está regido por instituciones privadas y públicas que velan por la cotización de la pensión de los trabajadores, como en Colombia, pero en materia de salud, las mismas están centralizadas en tres (3) instituciones principales del Estado, y son:

1. El Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los trabajadores del Estado (ISSTE).
2. El Instituto mexicano del Seguro Social (IMSS)
3. El Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM).

Ellas son las instituciones encargadas de administrar los principales seguros que cubren los eventos de salud de sus trabajadores, pero para la necesidad establecida en este trabajo, solamente nos enfocaremos al IMSS, entidad que rige los destinos de todos los trabajadores y particulares en México en materia de salud y seguros sociales, y no tiene ningún régimen especial en la ejecución de sus actividades, como si lo tienen los otros dos (2). Para ello traemos a colación la definición dada por la Dra. Macías M. al respecto:

“El IMSS es un organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonios propios, de integración operativa tripartita, en razón de que en él concurren los sectores público, social y privado; también tiene la calidad de organismo fiscal autónomo, ya que los artículos 287 y 288 de su ley establecen que el pago de las cuotas, los capitales constitutivos, su actualización y los recargos tiene el carácter de fiscal por lo que se otorga la facultad de determinar créditos a cargo de los sujetos obligados y de cobrarlos sujetándose a las normas del Código Fiscal de la Federación.” (Macías M., 2007).

Vale la pena resaltar que, en la legislación mexicana, se habla de dos tipos de seguros, el de enfermedad y de riesgos en el trabajo, ambos llevados por la entidad anteriormente descrita. Dentro del primero caben las incapacidades e invalidez propias de las enfermedades derivadas de patologías no relacionadas a la ejecución del servicio por parte del trabajador; el segundo es el que cubre todo aspecto patológico que se relaciona, directamente, con la ejecución de servicios contratados por un determinado Empleador.

Aclarado los puntos importantes de la legislación de la República Federal de México, hablaremos ahora de los requisitos previos para acceder a cualquier beneficio de subsidios por incapacidad producto de invalidez por lo que ellos también llaman *enfermedad general*, y que previamente el trabajador tiene que haber cumplido, en cuanto a tiempos específicos cotizados, tal y como se encuentran señalados en el “*portal único del Gobierno de México*”:

“El Trabajador debe haber cotizado por lo mínimo 4 semanas, realizadas inmediatamente anteriores al inicio de la enfermedad; en caso de que el Trabajador sea eventual, debe haber cotizado por lo mínimo 6 semanas, dentro de los anteriores 4 meses previos al inicio de la enfermedad, según lo dicho por el artículo 97 de la Ley de Seguro Social”. (Gobierno de Mx., 2020).

Aunque no se tiene claro las consecuencias del no cumplimiento de este requisito, lo que se puede deducir de primera mano, es que el IMSS, a través de la entidad o institución médica, pueden negar el trámite para el pago de estas incapacidades. Aquí se puede observar, el cumplimiento de los requisitos son más severos para aquellos trabajadores denominados eventuales, que son los atados a un tipo de contrato en dónde ejercen una actividad específica a un empleador, contratados dentro de un período mínimo de seis (6) meses y máximo de dieciocho (18) meses, asimilable a lo que aquí en Colombia se llama contrato por obra o labor determinada.

Por último, dentro de este inciso de requisitos previos, tenemos lo dispuesto por la Legislación de la República de Cuba, quién centraliza sus leyes, relacionadas con

la Seguridad Social en tres (3) cuerpos legales principales: Código de Trabajo de Cuba denominada Ley N° 49 de 1984, la Ley de la Seguridad Social o Ley 105 de 2008 y la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y laboral o Ley # 7 de 1977.

Para entrar en materia con respecto a cómo opera los requisitos previos, hay que conocer como es el sistema de salud cubano, asimilable en sus principales aspectos al sistema de Seguridad Social establecidos por entidades privadas en Colombia, pero que allá es de manejo único y exclusivo del Estado. Para ello traemos lo dispuesto en el trabajo denominado *Sistema de salud de Cuba, realizado por varios autores*, lo que a continuación se señala:

“El sistema de salud cubano opera bajo el principio de que la salud es un derecho social inalienable, por lo que todos los cubanos tienen derecho a servicios integrales de salud. Estos servicios se financian casi exclusivamente con recursos del gobierno. El Ministerio de Salud Pública es el organismo rector del sistema nacional de salud, concentra los recursos dedicados a la salud y opera los servicios en todos sus niveles. El nivel primario debe dar solución aproximadamente a 80% de los problemas de salud de la población y sus servicios se prestan fundamentalmente en los policlínicos y los consultorios del médico y la enfermera de la familia. Estas unidades se corresponden, esencialmente, con unidades de subordinación municipal. En el nivel secundario se cubren cerca del 15% de los problemas de salud. Su función fundamental es tratar al individuo ya enfermo para prevenir las complicaciones y realizar una rehabilitación inmediata. Su unidad básica es el hospital de subordinación provincial. En el nivel terciario se atienden alrededor de 5% de los problemas de salud, relacionados con secuelas o complicaciones de determinadas enfermedades. La atención se brinda fundamentalmente en hospitales especializados o institutos de subordinación nacional.” (Domínguez-Alonso E., 2011).

Ahora con relación al tema de este inciso, uno de los requisitos iniciales establecidos por la ley para que el trabajador en Cuba pueda acceder al subsidio

por enfermedad, se encuentra establecido en el artículo 36 y 37 del Código de Seguridad Social de Cuba, entre los cuales se establecen, señalándolos de manera resumida, que el trabajador para acceder al pago del subsidio solamente debe sufrir una patología de las dispuestas en la ley, y estar vinculado laboralmente al momento del evento incapacitante, por lo cual encontrará del Estado de Cuba el apoyo para las recuperaciones correspondientes:

“ARTÍCULO 36. Procede el pago del subsidio cuando el trabajador presenta una enfermedad de origen común o profesional o sufre un accidente común o de trabajo que lo incapacita temporalmente para laborar.

ARTICULO 38. Para la concesión del subsidio por enfermedad o accidente se requiere que el trabajador se encuentre vinculado laboralmente al momento de enfermarse o accidentarse, y que la situación acaecida no haya sido por auto provocación o por motivo y ocasión de cometer un acto transgresor del orden legal del País o pretender su comisión.” (Asamblea Nacional de Poder Popular de Cuba, 2008).

Además de lo anterior, en los casos en que esta incapacidad se pueda convertir en pensión por invalidez, no se le pide ningún requisito mínimo con respecto al tiempo, solamente que esté vinculado laboralmente, y que se le compruebe efectivamente que no puede estar cumplir con un contrato laboral por su invalidez. Este requisito lo vemos reflejado a continuación:

“Artículo 60.-Para tener derecho a una pensión por invalidez total se requiere que el trabajador se haya incapacitado completamente para el trabajo encontrándose vinculado laboralmente. (Asamblea Nacional de Poder Popular de Cuba, 2008).”

Por lo anterior se puede concluir que esta legislación es de las más laxa en el establecimiento de exigir requisitos previos por parte del trabajador, pero hay que

tener en cuenta el monopolio de la economía laboral por parte del gobierno de Cuba.”

Como se puede ver en lo dispuesto en esta última parte, de las analizadas en cuanto a los requisitos previos, la más laxa en su exigencia es la del gobierno de Cuba, pero consideramos que eso tiene su razón de ser en el hecho de que el Sistema de gobierno que los rige, centra toda la economía, y por lo tanto el pago de los salarios, en el monopolio exclusivo del aparato Estatal.

4.2. Inicio de incapacidades por parte del Trabajador afectado con una enfermedad general o de origen común.

En Colombia el manejo de las incapacidades recae principalmente desde el inicio en cabeza de la Entidad de Salud, organismo privado con capacidad y autonomía de decisión, en el cual el Estado no tiene influencia en su toma de decisiones. Posterior al evento incapacitante, consideramos que el trabajador tiene que reportar dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes en el día hábil más cercano, dicho evento, ya que de ello depende la manera como se empezarán a ejecutar el desembolso de los auxilios, recordando que los dos (2) primeros días los paga el empleador; pasado los tres (3) días calendario en los cuales el trabajador continúe incapacitado, es deber de la EPS asumir los costos necesarios para el pago del auxilio correspondiente, garantizar el acceso a los servicios médicos que éste requiera y brindarle los medios que le permitan una adecuada recuperación a su salud; esto ante la imposibilidad de seguir trabajando y así devengar el correspondiente salario. Así se encuentra establecido en el artículo 227 del CST, y en él se señala la manera como esto debe realizarse:

“Artículo 227. Valor de auxilio. Artículo condicionalmente exequible. 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". (Presidencia de la República de Colombia, 1950).

Como se pudo ver en el capítulo I de este trabajo, el tope mínimo establecido aquí en Colombia para pagar de este auxilio en las distintas instancias de la incapacidad, no debe ser inferior al salario mínimo legal vigente al momento de generarse las incapacidades correspondientes, es decir, es obligación que debe ser acatada por la EPS y las AFP, u otras EOC, tal y como se encuentra establecido en el decreto ley 1333 de 2018 y como lo dicen varias jurisprudencias, que tienen como base la sentencia C - 543 de 2007, con ponencia del Honorable Magistrado Álvaro Tafur Galvis, en dónde se explica las razones porque debe procederse al pago con este tope:

"En atención a los anteriores elementos la Corte considera pertinente distinguir aquellas situaciones en las que el valor del auxilio monetario por enfermedad no profesional sea inferior al salario mínimo legal, en las que se desconocería la garantía constitucional de todo trabajador a percibir el salario mínimo vital, consagrado en el artículo 53 superior, más aún en condiciones de afectación de su salud que no le permiten temporalmente trabajar.

En esas circunstancias, la Corte entiende que el porcentaje del auxilio monetario por enfermedad no profesional no quebranta el principio de igualdad y el estatuto del trabajo, siempre y cuando su valor no sea inferior al salario mínimo legal." (Sentencia Corte Constitucional de Colombia,, 2007).

En esta etapa es obligación del empleador o del trabajador independiente, realizar en un tiempo prudencialmente corto todos los trámites correspondientes ante la EPS, para que se cancelen las incapacidades en los términos aquí señalados; cada EPS en Colombia tiene la manera de ejecutar sus trámites, lo que dificulta en muchos casos al Empleador realizarlos de manera adecuada, pero la base mínima de cumplimiento de obligaciones por estas entidades se encuentra en

el artículo 2.2.31.1. del decreto 1333 de 2018, que fija como fecha límite para la realización de los pagos, de manera directa al aportante a través de pago directo o transferencia electrónica, dentro de los cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. (Ministerio de Salud y de la Protección Social de Colombia, Decreto 1333 de 2018, 2018).

Según lo dispuesto por el artículo 41 de la ley 100 de 1993, dentro de este período, es obligación de la EPS o de la EOC, cumplido el día ciento veinte (120) en el cual el trabajador continúe incapacitado, emitir concepto dirigido a la AFP sobre el estado de salud del paciente y enviarlo a esta última entidad antes de los ciento cincuenta (150) días, ya que de no hacerlo se vería en la obligación de asumir a partir del día ciento ochenta (180) de su propio peculio, y hasta que emita este concepto, los gastos correspondientes a los subsidios dentro del trámite de incapacidad, que permitan la congrua subsistencia del Trabajador incapacitado (Senado de la República de Colombia, 1993).

La ejecución de esta etapa se da entre los días tres (3) hasta el día ciento ochenta (180), tiempo en el cual la EPS, es la única responsable de cancelar estos pagos a tiempo, aunque en la realidad la tramitología por ellos impuesta, y las autorizaciones en las que ellos se escudan hacen que se empiecen a presentar los primeros problemas en la recepción a tiempo de los pagos que están obligados a sufragar, por esta razón hay problemas para las PYMES que sobreviven con un flujo estricto de caja, ya que ellos se ven en la obligación de seguir cancelando al trabajador durante este tiempo, y solicitar a la EPS su desembolso; y para los independientes, ya que el tiempo de respuesta es muchas veces lento, en directa violación a los derechos fundamentales del trabajador.

Para la legislación de Chile, en este caso, se establece que el inicio del pago de los subsidios se realiza dentro de los tres (3) primeros días por el empleador, dentro de lo que ellos denominan periodo de carencia, si la licencia es menor a los diez (10) días, y en caso contrario se paga en su totalidad por la entidad encargada del manejo de estos subsidios según lo dispuesto por el art. 14 de la ley 44 de 1978. (Ministerio de Economía Chile, 1978).

Este subsidio por incapacidad por enfermedad general es una ayuda brindada por las entidades que controlan o financian el mismo, siendo las principales las Instituciones de Salud Previsional (*ISAPRES*) y el Fondo Nacional de Salud (*FONASA*) y tiene como finalidad lo que se procede a señalar según los doctrinantes de Chile:

“(....) “Este subsidio tiene como finalidad remplazar la remuneración que deja de percibir un trabajador en el evento de una enfermedad o accidente común, que le implique ausentarse de forma parcial o total de su lugar de trabajo, generando además una continuidad en el pago de las cotizaciones previsionales”. (Benavides P., 2011).

Ahora para la ejecución del pago de estos subsidios se deben cumplir con los postulados establecidos por los artículos 8 al 20 del Decreto – Ley 44 de 1978 (Ministerio de Economía Chile, 1978), quienes señalan la forma en como estos se otorgan, resumida de la siguiente manera:

A. Se tendrá como base del monto que se va a pagar este subsidio, un monto equivalente al promedio mensual de salario o remuneración ganado por el trabajador dentro de los tres (3) últimos meses anteriores más próximos a la fecha en que se inició la licencia y no se tendrán en cuenta los pagos excepcionales dados por el empleador y que no tienen la calidad de salario (arts. 8 y 10).

B. El subsidiado no perderá el derecho a percibir las remuneraciones no salariales, durante el tiempo en que estuviese incapacitado (art. 11).

C. Los subsidios serán pagados por lo menos con la misma periodicidad de la remuneración salarial (art. 20), y su monto no podrá ser inferior a la trigésima parte del cincuenta por ciento del ingreso mínimo que rija para el sector privado (Art. 17), siendo reajustado este monto al 100% del IPC cada doce (12) meses (art. 18).

D. El pago de los subsidios será a cargo de la entidad del *ISAPRES* o del *FONASA*, quienes deberán hacerlo directamente al trabajador, o por el empleador si así previamente se ha convenido (art. 19).

Por último, el pago de los subsidios en Chile durará hasta el término correspondiente previsto en la licencia médica, aun cuando el contrato entre trabajador y empleador haya terminado (art. 15).

En el caso de la legislación en la República Federal de México una vez los trabajadores han iniciado sus incapacidades, el Instituto Médico que conoce del caso empieza una serie de procedimientos que son de su exclusiva responsabilidad, que van desde la expedición de la certificación inicial de incapacidad, con su respectiva estructuración de origen, hasta la expedición del certificado ST-4 para acceder a la pensión de invalidez, y del cual se hablará más adelante.

Al decir de la ley de Seguro Social del Gobierno de México, el tiempo de iniciación de la incapacidad se tendrá en cuenta desde el momento en que así lo certifique la entidad, tal y como se encuentra establecido por el artículo 85 de la ley de Seguro Social de este País, que dice:

“Para los efectos de este seguro se tendrá como fecha de iniciación de la enfermedad, aquélla en que el instituto certifique el padecimiento”
(CÁMARA DE DIPUTADOS DE MX., 1995).

Una vez el trabajador ha comenzado su incapacidad, se le pagará por parte del IMSS a partir del día cuarto (4°), ya que los tres (3) primeros días los asume el empleador. Según lo dispuesto por el artículo 96 de la Ley de Seguro Social, el subsidio por incapacidad se pagará de manera directa al trabajador o a su Representante, en caso de que este no pueda recibir. Estos pagos van hasta la semana cincuenta y dos (52) y pueden ser prorrogados por (26) veintiséis semanas más, siempre y cuando previamente así lo haya considerado la entidad prestadora de salud.

Consideramos que lo anterior nos puede servir como un importante espejo comparativo en cuanto al manejo dado al caso Colombiano, ya que el Estado al poner en cabeza de las instituciones de salud que hacen parte de su red hospitalaria la expedición de este certificado, sin ningún tipo de intermediario

privado, permite que el trabajador no encuentre las excusas propias o los retrasos a que se ven sometidos aquí en Colombia por parte de sus EPS. Al centralizar estos pagos en una institución estatal, con apoyo de una red de hospitales y clínicas en convenio con el Estado, garantiza la continuidad del pago del subsidio, sin ningún tipo de excusas o retrasos.

Además, al trabajador incapacitado por enfermedad general la Ley de Seguros Sociales al tenor de lo dispuesto por sus artículos 91 al 104, le otorga al trabajador dos (2) tipos de prestaciones:

- a. Una prestación en especie, mediante la cual al trabajador incapacitado se le garantiza todos los tratamientos médicos desde el comienzo de su enfermedad hasta el plazo de cincuenta y dos (52) semanas, prorrogable hasta dos (2) semanas más, siempre y cuando para este último caso el dictamen médico así lo determine. Aquí en este caso la ley establece claramente de que sí el trabajador se reintegra a sus labores, este tiempo no se computará, ya que el podrá seguir cubriendo con sus cotizaciones las cuotas correspondientes de su tratamiento.
- b. Una prestación en dinero, que como se vio se paga a partir del día 4 hasta la semana 52, prorrogable por 26 semanas más, siendo equivalente este pago al sesenta por ciento (60%) del salario registrado en el IMSS, al inicio de la incapacidad. (Gobierno de Mx., 2020).

La legislación cubana establece que el pago del subsidio por incapacidades producto de enfermedades de origen es de responsabilidad exclusiva del Gobierno de Cuba, ejecutada a través de las distintas entidades adscritas a lo que ellos denominan Sistema Nacional de Salud (SNS), quienes son las encargadas de materializar a su vez el régimen de Seguridad Social de la Isla.

Estos pagos propios de las enfermedades generales se encuentran establecidos en los artículos 36, 42 y 43 del Código de la Seguridad Social de Cuba (Asamblea Nacional de Poder Popular de Cuba, 2008) y 274 al 276 del Código del Trabajo de Cuba (Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba, 1984), procediéndolos a resumir a continuación:

- a) El pago del subsidio se hará a partir del cuarto (4°) día si el trabajador no se encuentra hospitalizado, o de manera inmediata en caso contrario (Art. 42).
- b) Si el trabajador está vinculado mediante un contrato a término indeterminado, el subsidio se pagará solamente por seis (6) meses, prorrogables por un tiempo similar si la Comisión de Peritaje Médico Laboral dictamina que el trabajador puede obtener su recuperación durante este tiempo (Art. 43). Pero si el contrato laboral del trabajador es de lo que ellos denominan de los denominados de tiempo determinado o de obra, el subsidio se dará solamente hasta la fecha de terminación de este contrato (Art. 45). (Asamblea Nacional de Poder Popular de Cuba, 2008).
- c) El pago de estas prestaciones puede ser hasta el 90 por ciento del salario promedio del trabajador (Art. 274) y se pagará hasta que se produzca el alta médica o hasta el periodo de vigencia del contrato, tratándose de los contratos a término fijo y por obra (Art. 276). (Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba, 1984)

Como se puede observar el pago de estos subsidios por parte del gobierno cubano, se supeditan a límites de tiempo, que no van más allá de un (1) año, tiempo en el cuál el trabajador ya debe estar reinstalado en su trabajo, o acceder a la primera (1ª) mesada pensional por invalidez por enfermedad general.

4.3. Obligaciones del Trabajador durante el tiempo en que se desarrolla su incapacidad.

Toda generación de incapacidades y desarrollo del tiempo dentro de las mismas, conllevan a una serie de obligaciones en cabeza del trabajador, por ejemplo, en Colombia, como ya se vio, la principal obligación es asistir a todas las citas médicas, realizarse todos los exámenes médicos y completar los tratamientos dados por la IPS tratante dirigidos a su rehabilitación integral. Constituye también deber del trabajador informar a su empleador y EPS de la manera cómo va evolucionando, en aquellos casos en dónde la incapacidad se sigue prolongando en el tiempo, sumado al hecho de que se debe cuidar para una adecuada

recuperación, e informar al empleador como va su evolución en salud, tal y como se describió en el inicio del punto 4.2.

Desde el punto de vista del derecho chileno, las obligaciones del trabajador son similares a las colombianas, por lo cual no se entrará ahondar en esta materia.

Desde el punto de vista del derecho mexicano estas obligaciones se encuentran establecidas en los artículos 86 y 99 de la Ley de Seguro Social del Gobierno de México, en dónde se establece:

“(....) es obligación del trabajador Incapacitado, sujetarse a las prescripciones y tratamientos médicos indicados por el Instituto Médico que lleva su caso. En caso de incumplimiento de lo aquí dicho, se suspenderá de manera legítima el pago del subsidio por incapacidad. (CÁMARA DE DIPUTADOS DE MX., 1995)”.

Esto nos quiere decir que sí el trabajador obvia su obligación de auto - cuidado, el resultado sería la pérdida del subsidio asignado por el Estado.

En el caso cubano, este pago del subsidio tiene una sola base de suspensión tal y como a continuación lo dice la norma:

“Artículo 46. El pago del subsidio se suspende si el enfermo o accidentado no presenta el certificado médico que justifica su enfermedad, si realiza cualquier actividad remunerada o, si encontrándose sujeto a tratamiento de rehabilitación física, psíquica o laboral, establecido por prescripción facultativa se niega sin causa justificada a observar las indicaciones médicas.” (Asamblea Nacional de Poder Popular de Cuba, 2008).

Algo en común que se puede deducir de las cuatros (4) legislaciones y para este caso, es que la responsabilidad del trabajador se limita a cumplir con el tratamiento médico cabalmente, ya que de lo contrario podrá ser suspendido la ejecución del pago de este mecanismo de ayuda.

4.4. Garantías legales y obligaciones que debe cumplir el Empleador con su Trabajador incapacitado por enfermedad general o de origen común.

En el desarrollo de los capítulos I, y en de los puntos 4.1. y 4.2., ya vimos cómo se establece a las obligaciones en el desarrollo de las incapacidades por enfermedades de origen común, como también en el capítulo III al generarse la explicación jurisprudencial de la estabilidad reforzada del trabajador; ahora veamos que dicen las demás legislaciones con respecto a las obligaciones del empleador en cuanto a las incapacidades del trabajador.

Desde el punto de vista del derecho chileno, las obligaciones del empleador guardan bastantes similitud con las ya conocidas en nuestro derecho colombiano, y van dirigidas principalmente, a garantizar la estabilidad del trabajador mientras demore su incapacidad, es así como dentro del artículo 161 y 161 bis del Código del trabajo de Chile, se le prohíbe tajantemente al empleador despedir a un trabajador que se encuentra en incapacidad, ya que de hacerlo sería acreedor a las sumas indemnizatorias traídas a colación entre los artículos 162 al 178 del cuerpo legislativo aquí comentado. Dice el párrafo final del art. 161 con respecto a la terminación del contrato por parte del empleador que:

“Las causales señaladas en los incisos anteriores no podrán ser invocadas con respecto a trabajadores que gocen de licencia por enfermedad común, accidente del trabajo o enfermedad profesional, otorgada en conformidad a las normas legales vigentes que regulan la materia.” (Presidencia República de Chile, 2012).

Es así como se llega a la idea, de que actualmente en el derecho chileno hay un fuero que protege a las personas incapacitados mientras se ejecute sus incapacidades.

Además, otras de las obligaciones primordiales del empleador con respecto a su trabajador incapacitado, está en aquellos casos en los cuáles el trabajador se encuentre dentro del trámite de su pensión y que trae consigo el artículo 11 del

Decreto – Ley 3500 de 1980, la cual lo compromete con el suministro de información a tiempo dentro del caso del Candidato a Pensión de Invalidez, esto con el fin de determinar el origen de la misma, ya que si no colabora dentro del plazo de quince (15) días hábiles o retrasa injustificadamente la consecución de esta información, será sancionado con una multa.

Dentro del contexto de derecho en México y en lo relacionado a la ejecución de incapacidades sucesivas del trabajador por enfermedad general, la Ley Federal del Trabajo de México le otorga al patrón (denominado así por la misma norma), que pueda suspender el contrato de trabajo en virtud de lo dispuesto por el artículo 42 inciso II:

“II. La incapacidad temporal ocasionada por un accidente o enfermedad que no constituya un riesgo de trabajo.” (Cámara De Diputados De Mx, 1970).

Ahora dentro de lo dispuesto por los artículos 43 y 45 de la Ley Federal del trabajo, esta suspensión va hasta cuando así lo dictamine el IMSS, o antes si así desaparece la condición médica causante de la incapacidad. En ambos casos el trabajador se ve en la obligación de reintegrarse al día siguiente de que se den terminadas sus incapacidades.

Esta suspensión de contrato permite que el empleador pueda hacer uso de ese espacio laboral de manera transitoria, y no tener que preocuparse por sufragar los gastos de manutención y recuperación del trabajador Incapacitado, ya que los mismos son asumidos en su momento por el IMSS, como anteriormente así se señaló, y hasta donde se ha leído a los autores y legislaciones aquí referenciados, no hay queja todavía de que esta institución del Estado se retrasa en la ejecución de los pagos de subsidios.

En cuanto a la legislación cubana, del análisis no se deduce nada relacionado con este punto, ya que el gobierno es el único capaz de contratar y erigirse como empleador, por lo tanto consideramos que no hay diferencias en cuanto a las garantías y obligaciones dadas por los órganos de gobierno a los trabajadores

incapacitados por distintos tipos de enfermedades, ya que todos ellos hacen parte de una estructura, única y monocéfala, que controla todos los estamentos de poder.

4.5. Condiciones legales para obtener el Trabajador la pensión por invalidez o incapacidad total por enfermedad de tipo común.

En Colombia siempre ha asaltado la duda de ¿Cuándo es el tiempo justo para que el trabajador sea calificado por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez?

Al analizar los distintos textos doctrinales y legales, no aparece de manera clara el tiempo mínimo en que se debe dar la calificación de la incapacidad, pero se puede colegir de ciertos tópicos y pronunciamientos reiterativos de las Altas Cortes, sumado a la responsabilidad de cada uno de los involucrados en el manejo del pago de los auxilios. Es así como encontramos en el artículo 2.2.3.2.2. del decreto 1333 de 2018, en dónde impone a las EPS o EOC en donde se encuentre afiliado el trabajador, que en el lapso de aproximadamente ciento veinte días (120) de incapacidad, deben realizar un concepto sobre la rehabilitación del paciente (Ministerio de Salud y de la Protección Social de Colombia, Decreto 1333 de 2018, 2018). Como se desprende o se puede establecer dentro de este mismo cuerpo normativo, si el paciente no encuentra rehabilitación idónea, será deber de la correspondiente entidad determinar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral, calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias (enfermedad laboral o de origen común) tal y como se muestra en el artículo 41 de la ley 100 de 1993, que sostiene:

“Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación

deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales (Senado de la República de Colombia, 1993).

Esto lo que nos demuestra es que a partir del día ciento veintiuno (121), ya la EPS o EOC debería por sí mismas realizar las primeras calificaciones, sin esperar que el trabajador así lo solicitara, en especial ya que en este artículo manifiesta solamente cuando el trabajador está en la obligación de intervenir, es decir, cuando no está de acuerdo con este dictamen para presentar los recursos de ley dentro del tiempo legalmente estipulado y que sea remitido a la junta nacional de calificación de invalidez.

Pero también se presenta esta asistencia a la Junta por solicitud del trabajador o su empleador, ante la negligencia de la entidad de seguridad social encargada de enviarlo a la junta de calificación y se da de acuerdo a lo establecido por el Dr. Rafael Rodríguez Mesa en su libro tratado sobre Seguridad Social de la siguiente manera:

“Si transcurren treinta (30) días calendario después de terminado el proceso de rehabilitación integral (del Trabajador incapacitado) y aún no ha sido calificado (por la entidad de seguridad social) en primera oportunidad. En todos los casos, la calificación no podrá pasar de los quinientos cuarenta (540) días de ocurrido el accidente o diagnosticada la enfermedad. En este caso el interesado tendrá derecho a recurrir directamente a la junta. Lo anterior, sin perjuicio de que dicho proceso de rehabilitación pueda continuar después de la calificación, bajo pertinente y criterio médico dado por las instituciones de seguridad social” (Rodríguez R. , 2019).

Lo ideal es que no se llegue a estos extremos en Colombia, ya que cada día de retraso es un día menos que el trabajador no define su situación, y por lo tanto está en incertidumbre legal sobre lo definitivo de su caso.

Las Juntas de Calificación de Invalidez son organismos descentralizados adscritos al Ministerio del Trabajo, que cuentan con el carácter de ser entidades de derecho privado, sin ánimo de lucro, con autonomía técnica y científica al momento de ejecutar dictámenes periciales, cuyas decisiones son de carácter obligatorio, todo de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2.2.5.1.4 del Decreto 1072 de 2015 expedido por la Presidencia de la República de Colombia.

Dentro de la misma ley en su artículo 2.2.5.1.1. se habla del campo de aplicación de Calificación de Invalidez estableciéndose en sus literales e y o, que estas conocerán en

(...)“primera oportunidad de los casos de calificaciones de pensionados por invalidez, así como del Pensionado por invalidez o aspirante o beneficiario o la persona que demuestre que aquel está imposibilitado, o personas que demuestren un interés jurídico (Presidencia de la República de Colombia, 2015)”.

Es decir, que la solicitud de intervención la pueda hacer entidades adscritas a la seguridad social, trabajador, empleador, familiares del trabajador o cualquier otro tipo de persona que manifieste un interés jurídico serio en cuanto a la información sobre la incapacidad definitiva del Afectado.

Siguiendo la línea del autor *Rafael Rodríguez Mesa*, se hará un cuadro con el resumen del proceder de la Junta de Calificación desde el día en que recibe la solicitud hasta que se da el dictamen definitivo, para lo cual hemos construido el siguiente esquema basado en lo planteado en el libro *Tratado sobre seguridad social* (Rodríguez R. , 2019):



Flujograma # 3 Autor: Construcción propia

De todo este trabajo hecho por la junta se elaborará un acta que no tiene el carácter de acto administrativo, la cual contiene el dictamen INTEGRAL, es decir, que al tenor de lo dispuesto por el Decreto Único 1072 de 2015 o Reglamentario del Sector del Trabajo, debe contener los siguientes ítems:

“Artículo 2.2.5.1.38. Dictamen. Es el documento que deberá contener siempre, y en un solo documento, la decisión de las Juntas Regionales en primera instancia o Nacional de Calificación de Invalidez en segunda instancia, sobre los siguientes aspectos:

1. Origen de la contingencia, y
2. Pérdida de capacidad laboral junto con su fecha de estructuración si el porcentaje de este último es mayor a cero por ciento de la pérdida de la capacidad laboral (0%).

Así como, los fundamentos de hecho y de derecho y la información general de la persona objeto del dictamen. (...)” (Presidencia de la República de Colombia, 2015).”

Además, si seguimos con lo establecido por este artículo, la decisión para que sea ajustada a derecho debe contar con el voto de la mayoría de los integrantes, y sí alguno de los miembros que se encuentre en desacuerdo, tiene la oportunidad de hacer la explicación de su oposición a través de salvamento de voto.

Contra este dictamen proceden dentro de los diez (10) días siguientes de notificado el mismo a los interesados, los recursos de reposición y apelación, que se presenta ante el mismo que emitió el fallo y lo resuelve el directo superior. Hay casos excepcionales, en los cuáles la calificación va directamente realizada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en esto casos la apelación es surtida por el Ministerio de Salud de Colombia.

Las entidades encargadas de recibir este recurso de apelación realizarán la recepción del recurso y procederán de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 34 al 37 del Decreto 2463 de 2001, y como lo dice Rodríguez R.

“solo resolverán en el dictamen respectivo los puntos que hayan sido materia de controversia respecto al origen, la pérdida de la capacidad laboral, la fecha de estructuración y transcribirán, sin ningún tipo de pronunciamiento, ni cambio alguno aquellos que hayan tenido controversia” (Ródriguez R. , 2019).

Esto nos demuestra que en este tipo de actuaciones no se puede presentar el principio de extra petita.

Vale la pena decir como cierre, que es obligación del trabajador asistir y notificarse de los distintos requerimientos hechos por la Junta de Calificación, es obligación de la EPS cancelar los gastos necesarios de traslado, estadía y pagos a la Junta de Calificación de Invalidez respectiva, y sigue siendo obligación del empleador seguir asumiendo los costos equivalentes de las prestaciones sociales del trabajador, hasta el momento de su reintegro o hasta el momento de aceptación del mismo en nómina por parte de la AFP en la cual se encuentre afiliado.

En la legislación chilena las encargadas de trabajar el tema de valoración definitiva son las comisiones médicas, instituciones de bastante tiempo en el

contexto laboral de Chile, y que tiene su base de operaciones y funcionamiento legislativo en lo dispuesto por el Decreto – Ley 3500 de 1980 (Ministerio del Trabajo y Previsión S. Chile, 1980); ellas, es decir, las comisiones médicas, son las encargadas en sus distintas instancias de verificar el cumplimiento de los requisitos de tiempo y de valoración médica que permita establecer si el porcentaje de incapacidad del Trabajador le permite acceder a su pensión de Invalidez. En este Decreto – Ley 3500 de 1980, la comisión encuentra reflejada sus funciones en lo dispuesto por los arts. 4, 4 bis y 11 principalmente. Esta comisión tiene la finalidad de establecer si el afiliado esta invalido parcial o de manera total, hecho que se asimila a lo establecido por parte de la Junta de Calificación de Invalidez en Colombia, y tiene dos (2) instancias que la conforman: *una comisión regional*, mediante la cual se hace el primer filtro para establecer el origen, recolección de información y porcentaje de pérdida de capacidad del Trabajador; y *una instancia Central*, encargada de resolver en segunda instancia, las impugnaciones de los incapacitados ante el trámite inicial hecha por dicha entidad.

En la Legislación de México en lo que atañe a la Seguridad Social, no es muy clara la fecha en que se debe solicitar la ejecución para acceder la pensión de invalidez, pero dado lo establecido en puntos anteriores, el Trabajador que no ve una recuperación integral que le permita regresar a sus actividades laborales habituales, podrá empezar su solicitud para que se le otorgue su pensión de invalidez, dentro del trámite de su última prórroga de incapacidad, acudiendo para ello a el Instituto médico tratante u hospital autorizado por el IMSS, con la finalidad de realizar el dictamen de invalidez denominado ST-4, el cual es un trámite previo, expedito, en el que se determina el origen de la patología y el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del trabajador. Posterior a la ejecución de este dictamen, el trabajador enfermo acude directamente al IMSS, para que este verifique que cumple con los requisitos de ley y para que se le otorgue la pensión de invalidez.

Con este último trámite ya el trabajador, posterior a la autorización del IMSS, disfrutaría de su correspondiente pensión de invalidez, teniendo como conclusión de todos los procedimientos anteriormente señalados, que por tratarse de entidades

adscritas al Estado, con una tradición de cumplimiento en la ejecución de sus funciones, su trámite sería más seguro, más rápido, en especial porque no existen tantos intermediarios privados que retrasan la ejecución final de la adquisición de la pensión por invalidez por origen común o enfermedad general.

En el caso de Cuba, y tal como se encuentra establecido en el artículo 284 de su Código Laboral el dictamen de la invalidez total o parcial le corresponde únicamente a las Comisiones de Peritaje Médico. Estas comisiones se encuentran definidas en el inciso c) del artículo 7 del Código de la Seguridad Social, que dice:

“e) Comisión de Peritaje Médico Laboral: la facultada por el Ministerio de Salud Pública para dictaminar la invalidez para el trabajo con vista al otorgamiento de las prestaciones de seguridad social.” (Asamblea Nacional de Poder Popular de Cuba, 2008)

Más adelante nos dice este mismo cuerpo legislativo

“ARTICULO 47. La invalidez para el trabajo puede ser parcial o total y se determina por la Comisión de Peritaje Médico Laboral, al examinar al Trabajador sobre su capacidad laboral. (Asamblea Nacional de Poder Popular de Cuba, 2008).

Pero el trabajo de la Comisión no solamente está en establecer el monto o estructuración de los casos de incapacitados en enfermedades de origen común, ya que en el mismo cuerpo legal le da la facultad de sancionar o facultad coercitiva, en aquellos casos en que el trabajador no le presta atención a sus recomendaciones y decide reintegrarse sin su autorización:

“Artículo 59. Se considera que el trabajador es inválido total cuando la comisión de peritaje médico laboral dictamina que presenta una disminución de su capacidad física o mental o ambas, que le impide continuar trabajando o cuando el trabajador tenga una capacidad residual de trabajo tan notoriamente reducida, que le impida desempeñar

con asiduidad un empleo y sostenerse económicamente. (Asamblea Nacional de Poder Popular de Cuba, 2008).”

4.6. Cuando procede el pago de las incapacidades propias de las enfermedades generales o de origen común.

Al comparar en las distintas legislaciones pudimos observar que hay que diferenciar como interviene las AFP en Colombia y en distintos tiempos, entre los cuáles se cuenta el otorgamiento de la pensión de invalidez, intervienen primero para pagar el subsidio al trabajador incapacitado, y posteriormente las mesadas pensionales mensuales por enfermedad de origen común. Teniendo en cuenta los parámetros de tiempos establecidos por la ley, se parte de la idea de que el trabajador y su EPS o EOC, han cumplido con todos los requisitos para que empiece la intervención por parte del Fondo de Pensiones del trabajador (AFP), el cuál empezaría a contarse a partir del día ciento ochenta y uno (181), y se prolongaría, en caso de que no haya rehabilitación o dictamen definitivo por parte de la Junta de Calificación de Invalidez, hasta el día quinientos cuarenta (540), ya que después de este tiempo dichos pagos los retomarían la EPS o EOC, tal y como se encuentra establecido por los siguientes artículos:

“Artículo 41 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del decreto 19 de 2012, el cual en su párrafo 5° sostiene:

“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” (Senado de la República de Colombia, 1993).”

En cuanto a lo dispuesto por el artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018 expedido por el Ministerio de Salud, obliga a las EPS o EOC (Entidad Obligada a Compensar) en la cual se encuentra afiliado el trabajador Incapacitado por enfermedades de origen común, que a partir del día quinientos cuarenta y uno (541) sin que este último haya recibido concepto favorable de rehabilitación, deberán retomar la cancelación de estos subsidios, siempre y cuando se presenten los siguientes casos especiales:

- “1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.
2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.
3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.” (Ministerio de Salud y de la Protección Social de Colombia, Decreto 1333 de 2018, 2018).

Como se puede ver la intervención de la AFP tiene tres (3) maneras de generarse dentro de la ejecución de la incapacidad por enfermedad de origen común, siendo principalmente los siguientes casos:

A. Primer Caso, El Trabajador sigue incapacitado, con un concepto de rehabilitación o de enfermedad expedido por la EPS, pero sin que todavía goce del dictamen definitivo expedido por la Junta de Calificación de Invalidez. En este caso solamente recibirá apoyo por parte de la AFP entre los días ciento ochenta y uno (181) días hasta el día quinientos cuarenta (540), ya que a partir del día siguiente de vencido

este término, corresponde a su pago a la EPS o EOC, tal y como ya anteriormente se explicó.

B. Segundo Caso. El trabajador ha sido valorado por la Junta de Calificación de Invalidez respectiva, encontrándose con una PCL superior al cincuenta por ciento (50%). En este caso tiene derecho a acceder a la pensión de invalidez, siempre y cuando cumpla con los siguiente requisitos traídos a colación por el Dr. Jaime Hernando Pamplona Chaparro en su artículo denominado “Reconocimiento de la pensión de invalidez en Colombia: debates presentes en la normatividad que la regulan” en dónde resume la sentencia T-563 de 2017 de la Corte Constitucional de Colombia, la cual cuenta con ponencia del Honorable Magistrado Carlos Bernal Pulido:

“El reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez, de conformidad con la normativa vigente, está sujeto a que se acredite, (i) un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, producto de la calificación que realice la autoridad médico laboral correspondiente, y (ii) que se acredite haber cotizado, por lo menos, 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración, o 26 semanas para el caso de las personas menores de 26 años. En cuanto a la adecuación de esta última exigencia a la Constitución Política, en casos concretos, esta Corte, mediante la sentencia SU-558 de 2016 unificó su jurisprudencia, “respecto de la capacidad laboral residual en el caso de enfermedades congénitas, crónicas y/o degenerativas”, que, en los términos de la providencia de unificación, corresponden a “patologías que debido a sus características, se presentan desde el nacimiento o son de larga duración y progresivas, la evaluación no resulta tan sencilla, puesto que el momento asignado como aquel en el cual se perdió definitivamente la capacidad para laborar suele coincidir con el día del nacimiento o uno cercano a este, así como con la fecha del primer síntoma de la enfermedad o la del diagnóstico de la misma”. Esta tesis modula la exigencia de acreditar, dentro de los 3 años anteriores a la fecha de

estructuración de la invalidez, el mínimo de semanas que exige el ordenamiento jurídico, según, claro está, la edad del cotizante.” (Pamplona, 2019).

Además, de lo anterior vale la pena recordar, que la valoración debe contar con un dictamen integral de la situación del trabajador, el cual, una vez terminado su estructuración ante la Junta de Calificación, tiene derecho al pago de su pensión de invalidez cumpliendo para ello los requisitos establecidos en los artículos 38 al 44 de la ley 100 de 1993. Para el pago de los montos se seguirá específicamente lo establecido en el artículo 40, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 40. Monto de la pensión de invalidez. El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:

a. El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%.

b. El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.

La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.

La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado.” (Senado de la República de Colombia, 1993).

C. Tercer Caso, el trabajador es calificado, y su PCL es inferior al 50%. En este caso, tal y como se vio dentro del análisis jurisprudencial y en el capítulo 1 en la parte que corresponde al principio de estabilidad reforzada, el trabajador tiene derecho a ser reintegrado a su último puesto de trabajo o a un puesto que cuente con las condiciones dignas, con un salario igual o más alto que el último que venía devengando; además, siguiendo la línea de lo dispuesto por el artículo 45 de la ley 100 de 1993, a una indemnización sustitutiva o devolución de saldos, tal y como lo dice el artículo 72 de esta misma ley, la cual son tasadas por la AFP teniendo en cuenta el porcentaje final de su pérdida de capacidad para trabajar que se encuentre por debajo del cincuenta por ciento (50%), así como todo lo ahorrado hasta la fecha del dictamen final. Por último, y en esta instancia, el trabajador cuenta dentro de los tres (3) años siguientes a la realización del último dictamen, con la posibilidad de que el mismo sea revisado, principalmente para acceder a su derecho pensional, pero cumpliendo con los requisitos exigidos para la obtención de la pensión de invalidez por enfermedad común, tal y como se establece en el artículo 44 de la ley 100 de 1993.

Vale la pena resaltar que para los autores Inés Rodríguez Lara y Juan Carlos Berrocal Durán, en su artículo denominado “El principio de progresividad en pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia por riesgo común en Colombia”, consideran que la consecución de este tipo de pagos es un grave atentado a la razón final para la cual los trabajadores cancelan su cotización a pensión, es decir, obtener su pensión de vejez, siendo resaltado este hecho cuando dicen:

“Las modificaciones que se han hecho en materia de pensiones son un retroceso que afectan a miles de trabajadores, es decir violan el principio de la progresividad de esta manera causa un efecto, el cual es obstaculizar de alguna manera la consecución de la tan anhelada

pensión de vejez, para abrir paso a lo que se denomina la devolución de saldo o indemnización sustitutiva según el régimen donde se encuentre afiliado”. (Ródriguez I. , 2018).

Dentro de la legislación chilena solamente se pudo encontrar lo dispuesto por el artículo 4° y 4° bis del Decreto - Ley N° 3500 de 1980, solo se traen a colación tres (3) casos para acceder al beneficio de pensión, los cuáles son:

- a. Cuando el afiliado tiene una pérdida total de PCL, de al menos, dos tercios.
- b. Afiliados con una pérdida de su capacidad de trabajo igual o superior a cincuenta por ciento e inferior a dos tercios.
- c. Las mujeres mayores entre 60 y 65 años de edad, que se encuentren afiliadas al Seguro de pensiones, y no le alcance su pago.

En la legislación mexicana ya se explicó en el punto anterior como procede la misma, por lo tanto solo queda analizar la Legislación de Cuba, no se establecen las circunstancias de modo y tiempo en que empezará a recibir el trabajador su mesada, como si se encuentra claramente en la Colombiana, estableciéndose solamente en lo dispuesto por los artículos 59 al 69 del Código de Seguridad Social de Cuba (Asamblea Nacional de Poder Popular de Cuba, 2008), la manera como la misma procede a hacerlo y los montos a cancelar, al tenor del artículo 279 del Código del Trabajo, se establece:

“La cuantía de la pensión por invalidez total se determina aplicando al salario promedio anual del trabajador, el porcentaje que corresponde de acuerdo con los años de servicios prestados y el origen de la invalidez.”
(Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba, 1984).

Con ello ya el trabajador incapacitado por enfermedades generales, desde el punto de vista de distintas legislaciones, ve aparentemente protegidos sus derechos, pero como se puede encontrar en el capítulo V, la claridad de las normas no es garantía suficiente para la correcta operación del Sistema de Seguridad

Social en todos estos Países, por lo cual el trabajador se ve obligado a utilizar los mecanismos judiciales que le ayuden a acceder a estos derechos.

4.7. De los procesos jurídicos que garantizan la protección del derecho a la a la seguridad social del trabajador incapacitado por enfermedad de origen común.

En comparación con las legislaciones de otros países, en Colombia tenemos dos (2) mecanismos judiciales que ayudan al trabajador a que le solicite al Juez que conoce la Causa la protección de su derecho fundamental a la Salud y Seguridad Social. Dichos mecanismos son la acción de tutela y el proceso laboral ordinario, que procederemos a explicar inmediatamente.

4.7.1. La acción de tutela como mecanismo de amparo de derechos fundamentales del trabajador incapacitado por enfermedad de origen común.

Desde el advenimiento de la Constitución Colombiana de 1991, la acción de tutela constituyó el mecanismo idóneo que permite la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, entre los que se encuentra el de la Vida, la Salud y la Seguridad Social, establecidos y explicados en el capítulo I de este trabajo. Es así como ante el grave incumplimiento de las entidades encargadas de administrar la seguridad social en Colombia, la acción de tutela se erige como un mecanismo que permite la obtención de manera expedita, de aquellos recursos económicos, adquiridos por el trabajador en cumplimiento de sus labores, y que le permiten la congrua subsistencia de este, así sea de manera temporal. El autor Dr. Óscar José Dueñas Ruíz en su libro denominado *“las pensiones”*, ha establecido como funciona la acción de tutela como mecanismo que le garantiza una relativa protección a la seguridad jurídica en materia pensional en Colombia para los trabajadores, cuando dice:

“La verdad es que las personas han preferido acudir ante el juez constitucional y no ante la justicia ordinaria y que el número de casos por seguridad social es superior al número de casos estrictamente laborales. Los ciudadanos lo hacen por aspectos prácticos (temor a los jueces laborales patronalistas, demora de años en las decisiones). El legislador ha debido examinar esas realidades. Pero no lo hizo” (Dueñas, 2013).

Siguiendo la línea de este autor, la acción de tutela se ha convertido en el mecanismo más efectivo que tiene el trabajador Incapacitado que opta a su pensión por invalidez por enfermedad común, de obligar a las entidades encargadas para que de manera inmediata le otorguen sus derechos pensionales. Para ello es deber del trabajador cumplir con el requisito de inmediatez, es decir, no dejar pasar más de seis (6) meses para instaurarla, contados a partir de que se ejecutó por primera vez la perturbación al derecho fundamental.

Siguiendo la línea del autor anteriormente mencionado la acción de tutela procede para el reclamo de prestaciones pensionales, hecho que se aplica también para los subsidios a cargo de las EPS, EOC y AFP, si se acreditan los siguientes requisitos, siguiendo para ello lo establecido por la Corte Constitucional a través de su fallo T - 235 de 2010, con ponencia del Honorable Magistrado Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, que sostiene:

“(....) excepcionalmente la acción de tutela resulta procedente para reconocer y pagar prestaciones pensionales, cuando quiera que: (i) no exista otro medio de defensa judicial, o que, existiendo, se concluya que atendiendo a las condiciones del caso concreto y de quien reclama el amparo, éste no resulta idóneo y eficaz para garantizar la salvaguarda iusfundamental. En este caso, reunidos los demás presupuestos de la acción, el amparo procede de manera definitiva; (ii) a pesar de existir un medio de protección idóneo y eficaz, se hace necesario evitar la consumación de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales del accionante, evento en que la tutela procederá en forma transitoria; (iii) exista prueba de la titularidad del derecho pensional reclamado y del ejercicio de cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección demandada y; (iv) se establezca la protección del mínimo vital del peticionario. (Dueñas, 2013).

Una vez el trabajador ha accedido a la acción de tutela, y el Juez Constitucional le ha otorgado ese derecho, el mismo podrá conminar a las entidades encargadas para que:

1. Paguen los subsidios correspondientes a la manutención del trabajador durante el tiempo que demore su incapacidad.
2. Se encarguen de realizar el dictamen definitivo, en donde conste la rehabilitación integral y definitiva del Trabajador.
3. En caso de que esto no sea posible, se envíe al trabajador a las Juntas de Calificación de Invalidez en un tiempo prudencial, para que se dé la calificación definitiva del Trabajador.

Pero aunque es un mecanismo rápido, también tiene una característica limitada, ya que el juez constitucional solamente puede verificar el cumplimiento de las ordenes emanadas por la acción de tutela, pero no es costumbre ordenar indemnizaciones de perjuicios por retrasos en los pagos, o conceder decisiones definitivas que garanticen de que al Trabajador no se le vulneren otros derechos sobrevinientes a su estado de cosas, producto de las incapacidades por enfermedades comunes, tales como entregas de medicamentos, citas con especialistas, pagos de traslados, etc. Es por ello por lo que el Trabajador se ve obligado al final a acudir a la jurisdicción ordinaria laboral, con el fin de obtener una ayuda definitiva para su caso en curso.

4.7.2. El proceso ordinario laboral. ayuda definitiva para el trabajador incapacitado.

En la actualidad los Jueces Laborales del Circuito, son los encargados de conocer con todo lo relativo a los conflictos de Seguridad Social en Colombia, que tengan que ver con los Trabajadores y las entidades encargadas de Administrar y ejecutar los procedimientos que atañen a las prestaciones sociales a que el trabajador tiene derecho; pero este es un procedimiento nuevo, que desnaturalizó la razón de ser principal de la jurisdicción laboral, es decir, mediar y solucionar en aquellos conflictos relativos o que tuvieron su génesis en la relación contractual entre un empleador y un trabajador. Esta modificación fue insertada a través de la ley 712 de 2001, que estableció en el artículo 2, 11 y 18 del Decreto – Ley 2158 de

1948 o Código Procesal del Trabajo, hoy denominado Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la competencia de los Jueces Laborales en los conflictos relativos entre el Trabajador y las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Colombia. Pero esta misma competencia también puede ser utilizada en aquellas reclamaciones hechas por el Empleador en contra de las entidades de Seguridad Social, tal y como lo dice el Dr. Gerardo Botero Zuluaga en su libro denominado “Guía teórica y práctica de derecho procesal del trabajo y de la seguridad social”, en el cuál sostiene:

“Entre el empleador y las entidades que administran el sistema también pueden surgir conflictos con ocasión de la misma actividad que se ejerce y que bien puede tener relación con a cuál de ellas corresponde asumir prestaciones asistenciales o económicas de un afiliado o beneficiario, sólo para citar un caso y que puede llegar a ser el más común, cuando hay controversias sobre el origen del siniestro.” (Botero, 2011).

Para ello es competente el Juez del Domicilio de la entidad de seguridad social demandada o el lugar dónde haya surtido la reclamación del respectivo derecho, a elección del demandante, tal y como se encuentra establecido en el artículo 11 de la ley 100 de 1993. (Senado de la República de Colombia, 1993).

Los Jueces Laborales dentro de su jurisdicción, conocen principalmente de los problemas que a continuación se señalan, los cuales son referidos por el autor Dr. Gregorio Rodríguez Camargo en su libro denominado Curso de derecho procesal laboral, en el cuál sostiene:

“Es de observar que la jurisdicción tiene competencia no solo para conocer de las acciones ordinarias a que den lugar las relaciones entre afiliados y las entidades encargadas de prestar la seguridad social integral (pensiones, salud, riesgos profesionales) sino que también y de acuerdo con el texto de la misma ley es competente para conocer de la ejecución de actos administrativos y resoluciones emanadas de aquellas entidades que conforman todo el sistema.” (Rodríguez, 2002).

La Jurisdicción Laboral se ha convertido en una jurisdicción también para dirimir los casos de seguridad social, lo que en la gran mayoría de ocasiones hace que los despachos se atiborren de demandas de distintos tipos, por lo cual los casos de gran relevancia, relacionados con el manejo de los subsidios, auxilios y mesadas pensionales de los trabajadores, sean tratados como cualquier otro caso de esta jurisdicción, que en términos de tiempo, pueden hacer que se demore esta solución definitiva entre dos (2) a cinco (5) años, para que el trabajador ya pueda ver algún tipo de acción legal que constriña y obligue a estas entidades a cancelar lo que necesita para vivir dignamente, generándose más afectaciones a la situación del trabajador, y aleja cualquier posibilidad que le permita recuperarse mejor, ante la zozobra de que pasará mañana, y de dónde obtendrá los recursos, mientras le llega su tan anhelada pensión, sufriendo muchas veces los padecimientos que sufrió el Coronel Aureliano Buendía en el tal recordado libro de nuestro Nobel de literatura Gabriel García Márquez el Coronel no tiene quién le escriba, producto de la larga espera de una pensión que no ven cercana.

4.7.3. De las acciones judiciales en otros países relacionadas con reclamaciones a la Seguridad Social por incapacidades o pensión de invalidez por enfermedades de riesgo común o enfermedades generales.

4.7.3.1. Intervención de los Jueces en el derecho chileno.

Hasta ahora indagando vale la pena aclarar que en el Derecho Chileno las diferencias legales que surgen con el trámite de la pensión de invalidez propias de las enfermedades de origen común se harán a través de los Juzgados de Letras del trabajo, de acuerdo a lo acordado en el inciso c) y e) del Art. 420 del Código del Trabajo de la República de Chile, que nos dicen:

“c) Las cuestiones derivadas de la aplicación de las normas de previsión o de seguridad social, planteadas por pensionados, trabajadores activos o empleadores, salvo en lo referido a la revisión de las resoluciones sobre declaración de invalidez o del pronunciamiento sobre otorgamiento de licencias médicas;

(...)

d) Las reclamaciones que procedan contra resoluciones dictadas por autoridades administrativas en materias laborales, previsionales o de seguridad social;" (Presidencia República de Chile, 2012).

4.7.3.2. De los jueces dentro del contexto del derecho laboral mexicano, para intervenir en los problemas por incapacidades o pensiones de invalidez por enfermedades generales.

Una vez analizado los artículos 685 y subsiguientes de la Ley Federal del Trabajo (Cámara De Diputados De Mx, 1970) , hemos podido observar que las Demandas Laborales solamente giran alrededor de la regulación de la relación contractual Patrón empleador y de los problemas que de ellos se desprenden, por lo cual no se nota que las diferencias propias a la seguridad social en otros países tales como retrasos en los pagos de subsidios, malos dictámenes de invalidez o no consecución de la anhelada pensión por invalidez por enfermedad general, se tramiten ante esta jurisdicción, lo que nos permite inferir que hay una gran capacidad de resolver de manera directa, y sin entrar en conflictos, este tipo de situaciones por parte del Instituto Mexicano de Seguridad Social (IMSS). Hecho que genera mayor rapidez, seguridad y protección a los derechos de los Trabajadores.

4.7.3.3. Intervención de los Jueces en materia de Seguridad Social en el derecho Cubano.

Las controversias propias de la Seguridad Social, son traídas a colación por el Código denominado ley N° 7 de 1977 o Código de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral (Asamblea Nacional del Poder Popular en Cuba, 1977) , quien en sus artículos establecen que la Competencia de los Tribunales Superiores 702 se dice que son competentes para conocer de estos procesos los Jueces Municipales Populares:

“ 5. las demás controversias que se susciten entre trabajadores y la administración con motivo del reconocimiento, concesión y exigencia de los derechos y obligaciones emanados de la legislación laboral.”

Estos tramitarán dichas controversias a través de lo que se denomina Proceso de Seguridad Social, cuyo trámite se encuentra establecido en los artículos 726 a 733, y dentro de él se reclaman:

“Artículo 727. Pueden promover este proceso:

1. El trabajador, jubilado o pensionado y, en caso de fallecimiento de éstos, los familiares beneficiarios que estimen vulnerado su derecho por la resolución administrativa;
2. el Comité Estatal de Trabajo y Seguridad Social contra sus propias resoluciones definitivas que hayan creado derechos a favor de personas determinadas, siempre que para los efectos de su impugnación en la vía judicial, su órgano superior máximo haya declarado en resolución fundada que aquéllas son lesivas a los intereses públicos.”

Es decir, que este tipo de procesos en el Gobierno de Cuba, para los casos de Seguridad Social se tienen como una especie de instancia excepcional, que solamente se utilizará para cuando las mismas entidades adscritas a ese Estado, estimen que hubo errores que pueden ser reclamados por el Trabajador, jubilado o pensionado, entre los cuales se asocian los dictámenes de invalidez por enfermedad de tipo común o general.

Conclusiones del Capítulo IV

Es importante resaltar que de lo visto en el comparativo doctrinal y legal con otros países y respecto al nuestro, el problema comienza en la intermediación, ya que las entidades que están administrando los seguros propios a la pensión y salud, siempre van a buscar la utilidad del negocio a costa de los ahorros de los trabajadores. También se pudo leer que entidades del Estado pueden ser efectivas para los manejos pensionales, tal es el caso del IMSS en México, la cual es una

entidad pública que brinda toda clase de apoyos y administración de recursos de los Trabajadores Mexicanos. Para el caso de Cuba, el monopolio estatal exclusivo Estatal en cuanto a la salud y pensión, puede ser utilizado como una herramienta más de coerción para sus habitantes, ya que, en cualquier momento, las entidades pueden quitarle el apoyo a aquellos Trabajadores Incapacitados que están buscando la pensión de invalidez, bajo la premisa de enemigo de Estado, en aplicaciones de sus propias leyes.

Consideramos que se puede retomar el control de las entidades de salud, para que el Estado pueda controlar y garantizar adecuadamente el derecho a la vida, salud y seguridad social de todos los habitantes de su territorio.

Bibliografía

- Asamblea Nacional de Poder Popular de Cuba. (27 de 12 de 2008). Ley N° 105 de 2008, De la Seguridad Social. La Habana, Cuba: Gobierno de Cuba.
- Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba. (28 de 12 de 1984). Código del Trabajo - Ley N° 49 de 1984. La Habana, Cuba: Parlamento Cubano.
- Asamblea Nacional del Poder Popular en Cuba. (19 de 8 de 1977). Código de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral. La Habana, Cuba: Asamblea Nacional del Poder Popular en Cuba.
- Benavides P. (2011). *Subsidios por incapacidad laboral por enfermedad y medicina curativa: estado actual y desafíos*. Santiago de Chile: Publicación de la Dirección de Presupuestos, Ministerio de hacienda.
- Botero, G. (2011). *Guía teórica y práctica de derecho procesal del trabajo y de la seguridad social*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.
- Briceño A. (2011). *Derecho de la Seguridad Social*. México D.F.: Oxford University Press México S.A. de C.V.
- Cámara De Diputados De Mx. (1 de Abril de 1970). Ley federal del trabajo. México df, México: Diario oficial de México.
- CÁMARA DE DIPUTADOS DE MX. (21 de 12 de 1995). Ley de Seguro Social. *Ley de Seguro Social México*. México DF, México: Diario Oficial de la Federación.
- Departamento Administrativo de la Función Pública. (10 de 01 de 2012). *Secretaría del Senado de la República de Colombia*. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0019_2012.html#1
- Departamento Administrativo de la Función Pública, P. d. (10 de 01 de 2012). Decreto 019 de 2012. *Normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública*. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial de Colombia.
- Domínguez-Alonso E. (2011). Sistema de salud en Cuba. *Salud Pública de México*, 9. url: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0036-36342011000800012&script=sci_arttext
- Dueñas, Ó. (2013). *Las pensiones*. Bogota DC: Librería ediciones del profesional Ltda.

- Gobierno de Mx. (2020). *Portal único del Gobierno de México*. Obtenido de https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/298270/incapacidades_laborales.pdf
- Macías M. (2007). *Constitucionalidad de la transferencia al Gobierno federal de los recursos de la subcuenta de retiro, cesantía en edad avanzada y de vejez de los trabajadores inscritos en el instituto Mexicano del Seguro Social*. México D.F.: Investigaciones Jurídicas UNAM .
- Mandizábal G. (2017). SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN MÉXICO Y EUROPA. *Revista de la facultad de derecho de la UNAM*, 24. url: <http://148.218.65.90/xmlui/handle/20.500.12055/1072>
- Ministerio de Economía Chile, F. y. (1 de Junio de 1978). *Ley 44 de 1978, Normas Comunes para los Subsidios por Incapacidad Laboral de los Trabajadores Dependientes del Sector Privado*. Santiago de Chile, Chile: Diario Oficial de la República de Chile.
- Ministerio de Salud y de la Protección Social de Colombia. (27 de 7 de 2018). Decreto 1333 de 2018. *Por el cual se reglamenta las incapacidades superiores a 540 días*. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial de Colombia.
- Ministerio del Trabajo y Previsión S. Chile. (4 de 11 de 1980). Decreto Ley N° 3500 - Nuevo Sistema de Pensiones. Santiago de Chile, Chile: Diario Oficial de la República de Chile.
- Moreno, J. (1998). *El abogado de la seguridad social*. Bogotá D.C.: Planeta.
- Pamplona, J. (2019). Reconocimiento de la pensión de invalidez en Colombia: debates presentes en la normatividad que la regulan. *Repositorio de la Universidad Católica de Colombia*, 22. url: <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/23047>
- Presidencia de la República de Colombia. (5 de Agosto de 1950). Decreto Ley 2663 de 1950. *Código Sustantivo del Trabajo*. Bogota D.C., Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial de Colombia. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html#1
- Presidencia de la República de Colombia. (26 de 5 de 2015). Decreto 1072 de 2015. *Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo*. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia: Diario oficial de Colombia.

Presidencia República de Chile. (31 de 7 de 2012). Código del Trabajo República de Chile. Santiago de Chile, Chile: Diario Oficial de la República de Chile.

Rodríguez, G. (2002). *Curso de derecho procesal laboral*. Bogotá D.c.: Ediciones librería del profesional.

Rodríguez, I. (2018). El principio de progresividad en pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia por riesgo común en Colombia. *Panorama jurídico y sociojuridico de los derechos humanos, sociales y ambientales tomo i - Universidad Simón Bolívar*, 10. url: <https://bonga.unisimon.edu.co/bitstream/handle/20.500.12442/3947/PanoramajuridicoTomol.pdf?sequence=1#page=64>

Rodríguez, R. (2019). *Tratado de seguridad social*. Barranquilla, Atlántico, Colombia: Universidad del Norte Editorial - Grupo editorial Ibañez.

Senado de la República de Colombia. (23 de 12 de 1993). Ley 100 de 1993. *Régimen de la Seguridad Social en Colombia*. BOGOTA DC, CUNDINAMARCA, COLOMBIA: IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA - DIARIO OFICIAL.

Sentencia Consejo de Estado de Colombia, Sección Segunda, 2181 – 2015 (Consejo de Estado de Colombia 02 de 06 de 2016).

Sentencia Corte Constitucional de Colombia,, C - 543 (Corte Constitucional de Colombia, 18 de 07 de 2007).

Sentencia Corte Constitucional de Colombia,, C - 458 de 2015 (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA 22 de 7 de 2015).

Superintendencia de Seguridad Social Chile. (2020). Compendio de normas del seguro social de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales. Santiago de Chile, Chile.

Capítulo V

Concepciones de Empleadores, Trabajadores, Abogados, Representantes de Entidades de Seguridad Social en Relación con las Garantías Jurídico - Procesales en las Incapacidades por Riesgo Común por Más de 180 Días.

Como último capítulo a desarrollar en la presente investigación, luego de haber realizado un recorrido sobre los conceptos, normas, doctrina, jurisprudencia sobre las garantías jurídico - procesales de los sujetos de la relación laboral cuando el trabajador tiene una incapacidad de origen común; corresponde finalmente conocer las concepciones de los actores que se encuentran involucrados en estas garantías, como lo son: Los empleadores, trabajadores, abogados, representantes de entidades de seguridad social, estas últimas integradas por la empresas promotoras de salud (EPS), las administradoras de fondos de pensiones (AFP), a fin de que a través de un ejercicio aleatorio se pueda conocer su percepción subjetiva, desde el ejercicio institucional, profesional o personal de cada uno de los actores sobre las citadas garantías jurídico procesales.

En este sentido se abordarán cada uno de ellos, en el cual previamente se indicará el instrumento utilizado para conocer dicho concepto:

1. Punto de vista de los Trabajadores.

Mediante entrevistas, tomadas en comunicación personal, instrumento metodológico semi estructurado, aplicado por los investigadores de manera aleatoria a trabajadores, aplicando el método de observación participante.

Es preciso indicar, luego de haber aplicado el citado instrumento, que la concepción de los trabajadores es similar en el sentido que no perciben la existencia de las garantías jurídico – procesales para ellos como sujetos de la relación laboral, más que la existencia de las mismas en la normatividad la que desconocen mayormente, es en el respaldo de las instituciones responsables y el

acompañamiento consecuente que debe existir bajo la contingencia de la enfermedad.

Lo expuesto, se colige de la concepción de L. Palacio, comunicación personal, 3 de diciembre, 2019 quien precisa a partir de su experiencia sobre el tema que ocupa la atención de este capítulo, que para ella es un procedimiento injusto y sin garantías, sostiene exhibiendo documentos, que ella tiene un hijo de crianza de nombre A. Curvelo, a quien representa en virtud del padecimiento de la enfermedad psiquiátrica denominada esquizofrenia paranoide, el cual lo mantiene sin uso de razón, motivo por el cual ella se ha apersonado de sus diligencias. Señala en la entrevista que éste tenía un contrato laboral por obra o labor contratada con la empresa Summar Productividad, pero la misma dio por terminado su contrato de trabajo estando incapacitado sin mediar autorización del Ministerio de Trabajo; del mismo modo hace saber que su representado, el señor A. Curvelo se encuentra incapacitado hace más de 180 días por esa enfermedad de origen común, no obstante antes de cumplirse ese término, la empresa promotora de salud (EPS) a la que este se encuentra afiliado, dejó de pagar el subsidio de incapacidad, arguyendo que es responsabilidad de la administradora del fondo de pensiones (AFP), toda vez que fue emitido el concepto de recuperación no favorable, sustentando el no pago en el artículo 41 de la ley 100 (Congreso de la Republica de Colombia, 1993), por lo que a la fecha de la entrevista el afiliado contaba con nueve (9) meses sin recibir pago por concepto de su incapacidad (Palacio, 2019).

En cuanto a la AFP, señala L. Palacio, exhibiendo el respectivo documento, que solo le ha comunicado allegar los documentos para el trámite de calificación, pese a que desde antes de dicha solicitud fueron entregados los documentos y además en el mes de septiembre de 2019 le fue realizada la valoración correspondiente al afiliado, a pesar de que desde el mes de noviembre de 2018, fue expedido el concepto de rehabilitación no favorable, por lo que la entrevistada exclama en respuesta al preguntado de si hizo llegar los documentos solicitados:

Claro! la documentación esta allá, inclusive vinieron de Bogotá y Cali a calificarlo y estuve allá y me dijeron que tengo que esperar, por qué eso y que demora, dos o tres meses (Palacio, 2019).

Es así como en la actualidad el señor A. Curvelo, a la fecha de la realización de la entrevista a su agente oficioso en un trámite de acción de tutela que se iniciaría a través del Consultorio Jurídico de la Universidad de La Guajira, se encontraba en las siguientes circunstancias que afectaban sus garantías jurídico - procesales como sujeto de una relación laboral con la empresa Summar Productividad, al presentar una incapacidad por enfermedad de origen común superior a 180 días: 1). Le fue terminado su contrato laboral sin mediar autorización del Ministerio de Trabajo estando incapacitado durante el periodo antes indicado; 2). A la fecha contaba con más de nueve (9) meses sin recibir subsidio de incapacidad encontrándose con incapacidades vigentes; 3). Ni la EPS y ni la AFP a la que se encuentra afiliado el trabajador se han hecho responsables del subsidio de incapacidad del trabajador, endilgándose responsabilidades unas a otras; 4). No ha recibido acompañamiento por parte de su empleador y de las entidades de seguridad social pese a la complejidad de sus circunstancias de salud; 5). No se han cumplido los términos establecidos en la ley para efectos de calificación de pérdida de capacidad laboral y procedimientos a seguir en las circunstancias del trabajador a fin de brindarle garantías (Corte Constitucional, 2012), (Sentencia T. 140, 2016); 6). No ha recibido respuestas claras por parte de la AFP y EPS respecto a los procedimientos a seguir en su circunstancia de salud particular (Congreso de la Republica de Colombia, 1993).

En similar posición se refirió L. Alvarado, comunicación personal, 12 de marzo, 2020, al exponer su caso como trabajador de la Policía Nacional, cuya afiliación al Sistema General de la Seguridad Social es de ley 100 (Congreso de la Republica de Colombia, 1993), para el cual viene presentando incapacidades desde hace aproximadamente cuatro (4) años, disponiéndosele incapacidades prolongadas e intermitentes, en el cual ha visto afectadas sus garantías jurídico - procesales, en virtud del incumplimiento de las entidades, violación al debido proceso y se le suma

que las calificaciones y determinaciones de incapacidad no están ajustadas a su condición real de salud, a su capacidad para laborar entre otros aspectos que han hecho que sus circunstancias laborales se vean afectadas y su salud vaya en deterioro, para lo cual es preciso transcribir algunos apartes de dicha entrevista, la cual permite conocer su concepción como trabajador alrededor de la presente temática:

Entrevistador: ¿Puede indicar cuál es su circunstancia de salud actual?

Entrevistado: Actualmente tengo identificadas, diagnosticadas varias patologías: tengo de hernia discal que afecta la parte de la medicina en cuanto a la movilidad, actualmente me desplazo con bastón de apoyo, tengo la parte de la hipertensión arterial, de hipoacusia diagnosticada bilateral, tengo una rinitis alérgica, entre ellas varias patologías que actualmente estoy en proceso de calificación de invalidez.

Entrevistador: ¿Cuál es el origen?

Entrevistado: Ósea mi enfermedad, al menos lo que es la parte de la columna lumbar y la parte cardiaca de. La cual sufrí en unos años una fibrilación, esto es unas falencias cardiacas que también sufrí y me la calificaron como origen común. Apelé a Coomeva, de ahí después de cuatro años y medio por medio de una tutela.

Entrevistador: Disculpe, ¿Usted presentó un recurso de apelación. sobre esa calificación de origen que le dieron?. ¿Y la resolución de esa calificación duró cuatro años?

Entrevistado: Así es, años. 4 resuelta a través de una acción de tutela, para que la EPS se enviará bien la información a la Junta Regional de Calificación que era el siguiente paso a seguir. La Junta Regional de Calificación también me calificó como enfermedad común, apelé también a esa decisión se envió un informe de un médico y un profesional allá que me examinó me escribió, que estudió mi caso y les hizo un informe y

no lo tuvieron en cuenta soportando en que no se había entregado la apelación a tiempo y verificando las fechas, si se hizo tiempo. Total que de todos modos mi caso se pasó a la Junta Nacional de Calificación y. bueno tampoco tuvieron en cuenta nada de eso y me volvieron a calificar confirmando.

Entrevistador: ¿Cuál fue el argumento que utilizaron todos estos entes para determinar que el origen era común y no era profesional?

Entrevistado: Ellos dicen que según las funciones según, el análisis del puesto de trabajo que se le realizó no ameritaba la calificación como enfermedad laboral sino como común, eso me imagino que le podría pasar a cualquiera, según ellos lo podía tener cualquier persona.

Entrevistador: De esos cuatro años a que usted hizo referencia, ¿ha venido presentando incapacidades?

Entrevistado: El año pasado presenté incapacidad, pero por otra patología por otro lado, otro diagnóstico que tengo y que me están tratando ahorita mismo, estoy en controles ya hace como 6 años de psiquiatría, y estuve el año pasado una crisis, y entre en un tratamiento y unas incapacidades, de aproximadamente cuatro meses duré incapacitado, cuatro meses.

Entrevistador: Devolviéndonos un poquito a la anterior calificación, ¿qué ocurre después que usted le calificaron el origen, ¿que tuvieron en cuenta para determinar este origen de la enfermedad? ¿Le calificaron el porcentaje de pérdida de capacidad laboral?

Entrevistado: No, No nada más me calificaron el origen y no se manifestaron en cuanto al porcentaje de incapacidad.

Entrevistador: ¿Hicieron alguna recomendación de reubicación laboral? O ¿usted siguió trabajando normalmente?, ¿Cómo fue su continuidad en materia laboral?

Entrevistado: Bueno actualmente yo me estoy desempeñando en lo mismo que inicié. En el año 2013 aproximadamente que fue cuando tuve una recaída cardiaca, en el 2012 creo, ya solicité que me quitaran uno de los cargos que fue que cuando yo era almacenista y me dejaron solamente la parte de sistemas, pero fue una solicitud que me tocó hacer, por qué pese a que solicité al jefe en varias ocasiones verbalmente, porque yo estaba sobresaturado de trabajo, no se me pudo hacer; pero ya después que hice la solicitud me quitaron un cargo, que no estaba bien pero ajá.

Entrevistador: ¿Le dieron una recomendación médica, siquiera al respecto para que fuera reubicado, para que fuera atendida su situación de salud?

Entrevistado: Ya hace como tres años fue que comenzaron a hacerme la parte de las recomendaciones, pero por falta de personal, por falta de muchas cosas, actualmente estoy en el mismo cargo, pese a que he solicitado, le he informado, le he justificado verbalmente a mi jefe: Mire vea, yo no puedo hacer esto yo, no puedo hacer aquello. Si he tenido algunas restricciones, pero me ha tocado a la fuerza ir luchando con los jefes, porque ellos necesitan que después que uno esté allí laborando, que uno les resuelva; entonces desafortunadamente mi salud o sea se ha ido deteriorando cada vez más. Y al menos me ha tocado una lucha bastante ardua porque el sistema de salud como sabemos es muy malo y mi EPS mi servicio de salud me lo prestan en el Hospital donde no hay condiciones., ni buenas, ni regulares para la atención de salud, también me atienden en la clínica Riohacha donde nunca hay nada, ni para un medicamento, pues en varias ocasiones me tocaba comprarlo por fuera para que me lo coloquen, para colocarme lo que fuera porque ahí no tienen el medicamento, porque no tienen cómo hacer un estudio médico, una vez si me tocaba hacer unos laboratorios y no tenían cómo hacerme un laboratorio, les tocó darme salida para podérmelos hacer por parte

particular. Entonces imágenes tampoco tienen para hacer las imágenes, estaba haciendo una ecografía y no se pudo, y pese a que siempre el Servicio de Urgencias está solo y bueno, ya no queda nada interés por allá, es por eso.

Yo posteriormente fui donde el médico laboral solicitándole, Informándole mi situación de mis incapacidades y todo eso porque aquí me tocó trasladarme hasta Santa Marta, porque aquí tampoco hay médico laboral y vamos bajo mis propios medios económicos, como es obvio la mayoría de las cosas que son lo que también ha reducido un poco mis avances y me mandó fue a laborar, allí me dijo preséntese a laborar.

Entrevistador: Pero ¿le emitió un concepto de rehabilitación?

Entrevistado: No

Entrevistador: ¿Su condición de salud, progresiva, tiene posibilidad de recuperarse o le van a determinar una incapacidad por esta nueva patología?.

Entrevistado: No, me dieron fue un documento para que lo presentara la entidad, que es el documento de reintegro.

Entrevistador ¿Ósea que está recuperado?..

Entrevistado: Es decir, el medico dijo que podía irme a trabajar, que estoy recuperado totalmente, pero...

Entrevistador y ¿Usted cómo se sentía físicamente y mentalmente?

Entrevistado: vea, yo ni física, ni mentalmente estoy en condiciones, actualmente todavía estoy dentro... Es más, a veces en unos shock en la oficina, me bloqueo, me cierro, no sé ni por dónde comenzar ni por, ni cómo avanzar, a veces me toca salirme de la oficina, hay momentos en que me toca irme, me toca salir porque me siento tan agobiado que cuando hay muchas personas que vienen a solicitarme cosas y yo

teniendo tantas cosas ahí, que me bloqueo y antes de salirles con grosería o de pronto y explotar con algún compañero, prefiero salir y tomar un poco de aire, me demoro media hora 40 minutos por fuera y después regreso y a medio solucionar algo, porque actualmente la verdad mentalmente no me siento en condiciones para desempeñarme en lo que actualmente estoy ejerciendo.

Entrevistador ¿Conoce usted los derechos que tienen como trabajador, como afiliado al Sistema General de Seguridad Social en cuanto a sus garantías económicas, estabilidad laboral, de recuperación usted las conoce?.

Entrevistado: No la verdad, es que no mucho he leído, algunas cosas me han asesorado en algunas cosas en los últimos meses ya que un familiar es abogado, me ha ido instruyendo y él trabaja más que todo la parte médico laboral y entonces me ha ido asesorando y me ha ido explicando cómo deben ser las cosas. Es más hice una solicitud a Coomeva de un plan de rehabilitación de una valoración por psiquiatría con el fin de que se me hiciera un plan de rehabilitación, lo hice en octubre y a la fecha no he tenido ninguna respuesta, octubre del 2019. Actualmente. Hicimos una solicitud a la Junta Regional de Calificación, una solicitud de calificación para que determinen el que grado de pérdida de capacidad laboral, para ver nivel tanto en porcentaje, como el origen de una de las medidas que de la actual patología que me están calificando por psiquiatría y que también fue definida como común.

Entrevistador ¿Cuáles son esas garantías que usted conoce?

Entrevistado: Someramente como el derecho a la salud, el derecho a una pensión digna, que tengo que ser atendido aquí en Riohacha, que si no se me atiende aquí en Riohacha tienen que costearme luego un transporte y todo eso por fuera, que nunca se ha dado, nunca de todos los años que me he hecho tratamiento y estudios y controles médicos

citas médicas tanto en Valledupar, en San Juan, en Santa Marta, Barranquilla, no nunca lo han asumido, siempre ha sido por mis propios medios económicos (Alvarado, 2020)

Revisando el anterior fragmento de la entrevista con L. Alvarado, se evidencia una percepción negativa frente a las garantías jurídicas y procesales en la contingencia de la enfermedad, la cual consecuentemente afecta su relación laboral, ya que conforme se observa de la comunicación personal extraída, no se dio cumplimiento al artículo 41 de la ley 100 (Congreso de la Republica de Colombia, 1993), modificado por el artículo 142 del (Colombia P. d., Decreto 019, 2012) y el artículo 12 del Decreto – Ley 1295 de (Republica, 1994), en concordancia con la línea Jurisprudencial desarrollada por la Honorable Corte Constitucional en este sentido como por ejemplo en (Sentencia T. 140, 2016) y (Sentencia T-404, 2010), donde se ha dispuesto que se debe calificar tanto el origen como el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del afiliado y a partir de entonces se establecen las responsabilidades de cargas económicas del incapacitado, cuya calificación debe ser en un tiempo razonable, no como ocurrió en el trabajador entrevistado, el cual tuvo que acudir al mecanismo constitucional de tutela para que luego de cuatro años le fuera determinado el origen de su incapacidad, sin establecimiento del porcentaje de esta.

Por otro lado, continuando con lo expuesto por el trabajador entrevistado, en el cual señala que le fue a demás violado el debido proceso en el procedimiento de calificación de pérdida de capacidad laboral, no solo por el excesivo tiempo que duró la calificación, sino además porque no fueron valoradas las pruebas (informe médico) aportado por el mismo a fin de que se evidenciara que el origen de su enfermedad no era común sino profesional, añadiendo que el acta del dictamen no fue suscrita por todos los miembros que la emitieron (Alvarado, 2020).

La problemática antes descrita puede originarse en que, en lo atinente a las prestaciones económicas que rodean las incapacidades de origen profesional, son más ventajosas que las de origen común (Congreso de la Republica de Colombia, 1993), de allí que pueda existir mayor tendencia en preferir atendiendo las grandes

debilidades del sistema (Labato, 2016), determinar el origen común antes que el profesional; por ello le señor L. Alvarado ha insistido en que el origen que le ha sido determinado no está acorde a su realidad de salud (Alvarado, 2020).

Sumado a lo anterior, respecto a las garantías del trabajador, en la concepción planteada por el señor L. Alvarado, se tiene que también en virtud de la crisis generalizada del Sistema de Salud (Patiño, 2013), ha tenido que soportar afectaciones como el no contar con las atenciones asistenciales durante su enfermedad, ni obtener las valoraciones y exámenes médicos requeridos y a su alcance, sino que por el contrario le ha tocado bajo sus propios medios solventar estas necesidades, lo cual sin duda repercuten en su salud, en su recuperación y en consecuencia en su relación laboral para con su empleador; a ello se le suma que se le han emitido conceptos de recuperación no acordes con su situación real de salud y sin reubicación laboral, la cual ha logrado solo mediante las llamadas luchas con sus jefes conforme se refiere en la entrevista (Alvarado, 2020).

Lo anterior denota un incumplimiento de las responsabilidades a cargo de las instituciones (Sentencia T. 140, 2016), que dificulta la efectividad de las garantías a las que se hecho referencia en esta investigación dentro de las relaciones laborales cuando el trabajador tiene incapacidades de origen común superior a 180 días, entiéndase como garantías la definición dada por L. Ferrajoli:

La ampliación del significado del término “garantías” y la introducción del neologismo “garantismo” al referirse a las técnicas de tutela de los derechos fundamentales (...). Aquellos derechos universales y por ello indisponibles e inalienables, que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto a personas, ciudadanos o capaces de obrar; ya se trate de derechos negativos, como los derechos de libertad a los que corresponden prohibiciones de lesionar, o derechos positivos, como los derechos sociales a los que corresponden obligaciones de prestación por parte de los poderes públicos (Ferrajoli, 2000).

Que garantía hace referencia al mecanismo, proceso o técnica previsto en el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos humanos en coherencia con su estipulación constitucional (Ferrajoli, Jueces para la Democracia, 1999).

2. Punto de vista de los Empleadores.

Al igual que con los trabajadores, también se utilizó con el empleador el instrumento de entrevista con preguntas semi- estructuradas, aplicándolas de forma aleatoria a empleadores, donde se pudo conocer su concepción entorno a la presente

De las entrevistas tomadas a los empleadores, se desprende visiones que rompen paradigmas o desinformaciones, que generan distanciamientos entre los actores principalmente afectados, ya que se puede confundir apoyo con acoso, solicitud de información con posibilidad de despido, e invitaciones para acceder a la pensión de invalidez por enfermedad común, con terminación de contrato sin justa causa. En los siguientes puntos se retrata las visiones de los empleadores en cuanto a la manera como se tratan las incidencias propias de las incapacidades de los trabajadores que han sobrepasado los ciento ochenta (180) días por enfermedades de riesgo común:

2.1. En cuanto a las garantías de los sujetos de la relación laboral y el procedimiento.

Al hacer las entrevistas a los distintos empleadores, se puede constatar e inferir como idea central, de que los mismos si tienen claros los procedimientos que les corresponden a ellos realizar cuando el trabajador, que se encuentra afectado por distintas patologías como enfermedades de origen común; tienen incapacidades acumuladas que sobrepasan los ciento ochenta (180) días.

Al preguntárseles sobre las garantías que a ellos como empleadores le corresponde realizar, en los casos de trabajadores incapacitados por más de ciento

ochenta días (180) días por enfermedades de riesgo común, los empleadores indicaron que es prioritario el acompañamiento del trabajador afectado, para que el mismo no pierda la posibilidad de sufrir retrasos en la obtención de aquellos auxilios monetarios, que le permitan gozar de una congrua subsistencia y que le garanticen su mínimo vital.

La Jefe de Talento Humano de la Alcaldía de Riohacha, quien atiende la entrevista en representación del empleador, D. Mejía, comunicación personal, 19 de noviembre, 2019, se expresa al respecto indicando las garantías que en su concepto tiene el trabajador y las que bajo su concepción de empleador éste último no tiene o se encuentra en desventaja, en especial frente a la omisión de las entidades responsables del Sistema de Seguridad Social en cada momento de la incapacidad:

En este caso pues las garantías iniciales las debe de brindar la EPS, justo que la EPS que la persona tiene en este momento va expidiendo las incapacidades laborales, a nosotros nos va llegando o la vamos recibiendo y vamos haciendo las transcripciones respectivas para ir al recobro de esa incapacidad, tal como la ley lo estipula. Una vez ese funcionario llega a 180 días de incapacidad la EPS se debe una expedir un concepto o un diagnóstico de favorabilidad o no favorabilidad y en este orden de ideas debe remitir directamente la EPS al fondo de pensiones que tiene el funcionario el caso en particular, para que puedan hacer la valoración respectiva; en este caso va al fondo de pensiones porque no es una enfermedad de origen laboral sino una enfermedad de origen común. Entonces inicialmente las garantías que le damos es hacer todas las transcripciones respectivas de esas EPS amparándoles por parte de la entidad, para que esa persona no vaya a tener inconveniente más adelante con la EPS porque no se está haciendo el cobro de la incapacidad. En el momento en que a la empresa expiden como dueños del proceso o como EPS que está atendiendo el caso médico del trabajador está dando fe del proceder que lo están haciendo,

es más están dejando por escrito de manera formal que efectivamente el trabajador está presentando una patología que le impide cumplir con sus funciones. Entonces, al pasar los 180 días de incapacidad, nosotros como empleadores lo que quedamos es a la espera de que esa EPS se comunique o le formalice por escrito al fondo de pensiones el estado en el que está la funcionaria, lo que no está ocurriendo ahorita con nuestro caso, que han pasado más de 180 días de incapacidad y la EPS no se ha manifestado. Al respecto y sigue expidiendo las incapacidades y cuando una EPS expide incapacidades sin hacer el trámite respectivo, que es colocar en conocimiento del fondo de pensiones para hacer las valoraciones de qué tanto la incapacita ella o digamos que su calificación su nivel seguir con las actividades o no, lógicamente ellos están asumiendo toda la responsabilidad sobre el caso (Mejía, 2019).

F. Sánchez, comunicación personal, 20 de noviembre, 2019, en su condición de representante del empleador, el cual atiende la entrevista bajo su cargo de Jefe de La Oficina Jurídica de La Universidad de La Guajira, sostiene la misma posición que (Mejía, 2019), en el sentido que el trabajador cuenta con su garantía la cual es la incapacidad y el fuero de estabilidad que ello le representa. Arguye que el empleador presenta una desventaja al respecto, dado que su economía se está viendo afectada por que tiene un trabajador que no le está prestando el servicio y que en su consideración señala que a veces abusa de ese estado, ya que el empleador no tiene como obligarlo a que realice los trámites para calificarse y tramitar una eventual pensión de invalidez; sostiene incluso que para el trabajador resulta muchas veces más conveniente económicamente estar incapacitado y recibir el auxilio correspondiente más sus prestaciones sociales que acceder a la pensión, por lo que afirma que el trabajador cuenta con todas las garantías, pero el empleador no, el cual considera en desventaja, en virtud de que no hay forma de obligar en este sentido al trabajador a definir su situación laboral; afirmando además que en el sector privado al menos se cuenta con la posibilidad de terminar el contrato en virtud de la causal prevista en el artículo 62, numeral 15 del Código

Sustantivo del Trabajo (Colombia P. d., 1951), pero en el sector público no está dada esa causal y en consecuencia se está de manos atadas (Sachez, 2019).

Pero además de este acompañamiento, los empleadores consideran que una manera efectiva de ejecutar esta ayuda al trabajador incapacitado, no se limita al hecho de ejercer ciertos trámites ante la EPS, sino también ayudarlos ante las (AFP), para que esta le de la orientación necesaria y pueda radicar los documentos que le garanticen sus pagos a tiempo después del día ciento ochenta y uno (181). Es así como para la Dra. Martha Lucia Beltrán Mahecha, Representante Legal de la empresa EMEC SAS, empresa operadora de la central hidroeléctrica Urra 1 en Córdoba, mostro en su entrevista como se realiza ese tipo de ayuda:

Se le acompaña o colabora en los trámites ante su fondo de pensiones para que le comiencen a pagar. Y esa colaboración se hace yendo a averiguar que documentos se necesita, para después acompañarlo a radicarlos” (Beltrán M., 2020).

Pero para esta etapa de la investigación también se nos aclaró que debe haber una mayor colaboración por parte de la EPS en otros aspectos importantes, con el fin de que se logre a tiempo esa intervención efectiva por parte del empleador con respecto al trámite de las incapacidades de su trabajador, siendo la principal obligación que cumpla con los requisitos de tiempo establecidos por la ley, para el trámite correspondiente del concepto de rehabilitación integral, el cual ya debería estar listo dentro a más tardar antes de llegar la ejecución del día ciento cincuenta (150) de incapacidad constante; este hecho fue aclarado por el Dr. Gilberto Alonso en su condición de Representante Legal de la IPS denominada SOI COLOMBIA SAS, empresa que, además de ser empleador, se dedica a la ejecución de exámenes médicos ocupacionales para trabajadores, y que cuenta en sus filas con un número de profesionales que actúan dentro de distintos procesos jurídicos como peritos autorizados en materia de seguridad social, en especial en lo relacionado con la pérdida de capacidad laboral (PCL) de los trabajadores. El Dr. Alonso dijo:

Por lo menos cuando el médico (de la EPS) le expide al Trabajador para que tenga incapacidades prolongadas, a partir del día ciento ochenta y uno (181) en adelante, el Trabajador tiene que radicar esa incapacidad ante el fondo de pensiones. Allí la garantía es que previamente la EPS, entre el día 120 y el día 150, haya radicado el concepto de rehabilitación integral, ya que eso está dispuesto en el decreto 019 del año 2012, artículo 142, que es la ley anti – trámite” (Alonso G., 2020)

2.2. Los Empleadores saben que tienen que respetar el fuero especial dado al Trabajador incapacitado, dentro del principio de la estabilidad laboral reforzada.

El tema de la estabilidad laboral reforzada fue tratado conceptualmente en este trabajo y al consultársele a los empleadores sobre cuales derechos tienen los trabajadores incapacitados, hicieron referencia sobre el fuero o protección por incapacidad del trabajador, que le impide al empleador no prescindir de los servicios laborales, por los que inicialmente se le contrató al trabajador incapacitado, mientras se encuentre en ejecución sus incapacidades y no tenga clara su situación de sí se encuentra con el lleno de los requisitos para que le sea reconocida la pensión de invalidez de origen común, o debe ser reintegrado por estar incapacitado temporal o de manera permanente. Entre el concepto que más específicamente resume lo aquí dicho, esta el dado por la Ingeniera Laurent Helena Nieblas Arrieta en su condición de Representante Legal de la empresa denominada IPS MEDISINÚ SAS, quién es la principal operadora en la prestación de servicios de salud dentro de los departamentos de Córdoba y Sucre de la EPS MUTUAL SER, quien al preguntársele sobre las garantías que ella conocía que tiene el trabajador incapacitado por más de ciento ochenta (180) días, sostuvo:

Hay que mantenerlo el pago de la seguridad social, excepto con el de la ARL, también tengo entendido que no se puede despedir por estar protegidos (Niebles L., 2020).

En ese contexto también se resalta lo dicho por la Dra. Martha L. Beltrán Mahecha, quien además explica en su respuesta la razón de ser de este derecho:

Me parece que es muy buena protección para el Trabajador, ya que de no existir (el fuero por estabilidad reforzada) sería una persona que pasaría a engrosar la fila de desempleados del País (Beltrán M., 2020)

Se Considera que este actual de conocimiento de los empleadores, es una herramienta que ayuda a mitigar el impacto y a generar una adecuada recuperación del trabajador, quien no tiene que andar pensando como será su presente con el empleador, mientras se encuentre incapacitado.

2.3. En cuanto a las fallas de las entidades del Sistema de Seguridad Social o el procedimiento.

Al respecto, señala (Mejía, 2019) desde la experiencia del empleador que representa, precisando relevantes omisiones por parte de entidades del Sistema de Seguridad Social, indicando el puntual caso de una funcionaria de su institución con incapacidades superior a 180 días por enfermedad de origen común, donde se ha sobrepasado este término y ni siquiera se ha expedido el concepto de rehabilitación sea o no favorable, mucho menos se ha remitido el expediente médico a la Administradora del Fondo de Pensiones en la que se encuentra afiliada la empleada, tampoco han realizado los pagos de incapacidades, sino que hasta el momento solo se han limitado a expedir las incapacidades a la afiliada y ha correspondido al empleador efectuar el pago de la incapacidad y realizar el recobro a la EPS, sin hasta el momento frutos; en este orden de ideas expresa que existen falencias explicándolas bajo los siguientes argumentos:

Hay falencias por parte de la EPS, porque si nos vamos a temas económicos, la EPS deber ser la primera en trasladar el caso, lógicamente también por ellos, para no seguir asumiendo esas cuotas económicas que demandan esas incapacidades, entonces de parte de la EPS, existe mucha negligencia. Lo que si vemos y que está manteniendo amparado al trabajador es que sigue generando incapacidades, lo que tal vez otras EPS

se niegan a seguir expidiendo esas incapacidades a pesar de la patología que está presentando, entonces en ese orden de ideas la EPS si ha obrado de buena manera y de buena fe, porque ha seguido teniendo bajo su cobertura la incapacidad de este trabajador, pero la EPS no debe desconocer el trámite legal que hasta establecido, ya que el trámite legal es que una vez se superen los 180 días, pueda pasar ese caso al fondo de pensiones, sin embargo la han venido amparando y creo que ese es el tema más importante allí, ósea que no quede desamparado el trabajador en su tema medico (Mejía, 2019).

En lo concerniente al procedimiento interno empleado por la entidad que representa D. Mejía, y el que legalmente se encuentra establecido, señala:

Lógicamente el tema médico es algo que se presenta de un momento a otro sin que el trabajador esté buscando una situación convaleciente médicamente. Entonces en el primer momento en que llega la incapacidad a la entidad de manera formal, uno lo que hace es que crea la novedad lógicamente dentro de nuestro sistema, en el sentido de que hay una incapacidad de trabajador, segundo: uno lo que hace es dirigirse a la EPS respectiva, donde se encuentra afiliado ese trabajador incapacitado y registrarse esa incapacidad para que nos hagan la transcripción de la incapacidad y luego poder hacer el cobro respectivo, porque no podemos violar la ley ya que ese tiempo de incapacidad debe cubrirlo la EPS. Si esas incapacidades van en avance y llegan a los 180 días, el empleador de una manera u otra está tranquilo, porque el debido proceso es que la EPS se manifieste y al manifestarse la EPS, es lo que espera la entidad es que informe al fondo de pensiones al cual está afiliado para que pueda surtir una respuesta de manera formal. En este caso el empleador lo único que tiene que hacer es transcribir esa incapacidad, esperando el proceder efectivo de la EPS, que sería: 1). Superado los 180 días, poder oficiar formalmente al fondo de pensiones para ella salirse de la responsabilidad en cuanto al pago de esa incapacidad y que el fondo de

pensiones pueda hacer las valoraciones respectivas en cuanto a la pérdida de capacidad laboral. Ese es el trámite respectivo: Una vez que el fondo de pensiones sea conocedor de ese tema y pase a esa trabajadora a evaluación médica u ocupacional médica, nosotros debemos esperar esa respuesta, para que con base en esa respuesta es que se toma la determinación, si se prescinde de ese trabajador o no se prescinde; pero en el momento en que la EPS no se ha manifestado, en lo absoluto, ni el fondo de pensiones tampoco (lógicamente por desconocimiento), pues a nosotros nos toca es esperar. En este caso, pues para nosotros no quedarnos de brazos cruzados, le reitero que vamos a manifestarnos por medio de un oficio a la EPS, para que ellos también nos digan a nosotros formalmente cual es el trámite que van a emplear en este caso.

Otro tema en particular es que, como ha sido una incapacidad superior a 180 días que no ha tenido interrupciones, es decir que ha sido continua, en el momento en que de pronto la EPS, se niegue a seguirle expidiendo la incapacidad y que ella deba reintegrarse a su lugar de trabajo; a nosotros como entidad nos corresponde mandarla a valorar con un médico especialista en Salud Ocupacional que le haga un examen médico-ocupacional con sus incapacidades, de manera que nosotros de manera interna debemos hacer una reubicación de su puesto de trabajo y tener en cuenta cualquier otra recomendación a la que debemos acogernos para el establecimiento de sus condiciones de trabajo o de su lugar de trabajo (Mejía, 2019).

3. Punto de vista de los Abogados.

Por su parte los abogados han planteado posiciones diversas, las cuales han dado a conocer mediante entrevistas semi - estructuradas, que les fueron aplicadas por los investigadores, tomando una muestra aleatoria a fin de conocer su concepción sobre las garantías jurídico - procesales de los sujetos de la relación laboral cuando el trabajador tiene una incapacidad de origen común superior a 180 días.

En este sentido, se planteará en el presente capítulo lo percibido por el entrevistador a través de la observación participante, al realizar la comunicación personal con los profesionales del derecho contactados en los siguientes términos:

3.1. Las garantías que tienen el trabajador y obligaciones del empleador respecto a este.

L. Arismendy, comunicación personal, 07 de noviembre, 2019, en su condición de abogada, sustanciadora del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, considera que la ley obliga al empleador a proteger al trabajador y hacerle un acompañamiento, explicándole el trámite a realizar, porque este es un estado de vulnerabilidad en el que se encuentra el trabajador, ya que además de su condición de salud, él no está recibiendo un salario como remuneración, porque se encuentra incapacitado, precisa que:

Al empleador le corresponde adelantar el trámite para que el trabajador pueda percibir o pueda acceder a esa incapacidad, uno que él está enfermo, al estar enfermo no puede estar saliendo, haciendo la huelga, entonces le corresponde al empleador hacerle el acompañamiento y asesorarlo para que él pueda llegar a poder acceder a esa incapacidad sin que se le violen sus derechos (Arismendy, 2019).

En el mismo sentido (Cabello, 2019), se refiere al indicar es al empleador a quien le corresponde estar pendiente y realizar el acompañamiento al trabajador para que la EPS emita el concepto de recuperación, sin dejar al trabajador solo, no obstante esto no ocurre así y a este último le toca muchas veces conseguir la protección correspondiente a través del mecanismo de tutela, asegurando la profesional entrevistada que no hay otro mecanismo para hacer efectivo ese derecho que tiene el trabajador y obligar al empleador a que cumpla con el deber de acompañamiento, al igual a la EPS de cumplir las obligaciones que le atañen como por ejemplo la emisión del concepto de recuperación sino es a través del mecanismo de tutela, precisa al respecto:

No hay otro mecanismo para hacer efectivo ese derecho, sino a través de la tutela. Si bien en el derecho laboral por la jurisdicción ordinaria uno va a tomar este código y lo va a hacer valer totalmente, porque usted sabe que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, no han tenido criterios iguales, sino que siempre han tenido unos criterios diferentes. La Corte Constitucional porque también en su sentencia dice que hay que proteger a la población discapacitada que es vulnerable. Entonces se entiende que ese trabajador está en una situación de vulnerabilidad; pero si el trabajador no presenta acción de tutela, se despide el trabajador y queda tristemente despedido porque realmente no hay en Colombia una norma clara que haya salido del código para poder proteger a esas personas. Si se hace con la tutela, pero tiene que hacer el mecanismo constitucional para que pueda ejercer el derecho y en el mecanismo constitucional, pues se mirará así evidentemente hubo un abuso del empleador al despedir ese trabajador en estado de incapacidad (Cabello, 2019).

La anterior posición también es compartida por el profesional del derecho, Juez Laboral del Circuito de Barranquilla, L. Ángel, comunicación personal, 7 de noviembre, 2019, quien señala que la acción de tutela viene a zanjar ese aparente estado de desprotección en el que pueda caer el trabajador ante la falta de asunción de responsabilidades por parte de las entidades encargadas cuando el trabajador se encuentra bajo la contingencia de la enfermedad; por otra parte también puntualiza sobre este tema:

De manera básica del empleador tiene la obligación de protección y seguridad del trabajador y a nivel de la Seguridad Social está obligado a hacer los aportes con destino a la pensión, riesgos profesionales y salud. De esa manera cumpliendo religiosamente con ese mandato mientras la relación laboral está vigente, el empleador se subroga en las instituciones de seguridad social llámese EPS, llámese ARL o llámese

fondo de pensiones, quienes han entonces de salvaguardar la suerte del trabajador atendiendo su grado de incapacidad (Angel, 2019).

Por su parte el abogado Magister en Derecho laboral y Seguridad Social J. Arregocés, comunicación personal, 20 de noviembre, 2019, considera que el trabajador cuenta con muchas garantías que le ofrece el Código Sustantivo del Trabajo, las cuales sintetiza así:

Sabemos que cuando pasa de la incapacidad de 180 días viene el trámite que realiza la EPS, si se le da un concepto de rehabilitación o no, va hasta a los 540 días, teniendo esto, va a una junta de calificación laboral y lo califican, sí es superior a 50%, pues tiene su pensión; si no tiene que seguir con los tratamientos médicos hasta que el trabajador se rehabilite más bien y pueda continuar con sus actividades laborales.(...) Yo creo que le brinda pues un sistema asistencial, salud, un sistema económico que se lo va a seguir pagando su salario y sus prestaciones y va a seguir cotizando a su pensión (Arregocés, 2019).

Valga aclarar que de lo expuesto, por los profesionales del derecho, representa su concepción profesional sobre la temática abordada en el presente capítulo, lo cual no significa que se ajuste a las disposiciones legales y jurisprudenciales. La importancia de conocer su concepción sobre las garantías, consiste en saber cómo conciben aquellos profesionales que asesoran a los sujetos de la relación laboral y a las distintas entidades involucradas en el tema de las incapacidades de origen común superior a 180 días, lo cual en consecuencia permite ver otras esferas del problema planteado como por ejemplo, que si bien existe incumplimiento por parte de las entidades responsables en los distintos escenarios, conforme se ha evidenciado en análisis anteriores, ello puede estar originado entre otras cosas como el desconocimiento o en las diversas interpretaciones de la ley y la jurisprudencia.

3.2. En cuanto al procedimiento y las responsabilidades económicas para con el trabajador incapacitado:

L. Arismendy, comunicación personal, 07 de noviembre, 2019, manifiesta que en efecto es una responsabilidad que está a cargo de las EPS hasta los 180 días, también expresa que:

Bueno, dice la ley 100 el artículo 206 que las incapacidades por enfermedad general que lleguen hasta el 180 días deben ser pagada por la EPS; La EPS debe examinar al afiliado y emitir antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal el respectivo concepto de rehabilitación de no hacerlo, además emitir el concepto de rehabilitación deberá enviarlo a la aseguradora de fondos de pensiones antes del día 150 de incapacidad. Una vez reciba el concepto de rehabilitación, si es favorable a las aseguradoras, fondos de pensiones deberá postergar el trámite de Calificación de Invalidez hasta el día 360 días adicionales, reconociendo el pago de las incapacidades causadas desde el día 181 en adelante hasta que el afiliado o cotizante restablezca su salud o hasta que se dictamine su pérdida de capacidad laboral, que de eso habla del decreto 24 63 de 2001, Artículo 23.

Ahora en las reglas de juego dice que si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, será la EPS la encargada de cancelar las incapacidades que se causen a partir del día 181. De ahí eso seguirá hasta que se emita el concepto; hasta que se ha metido el concepto médico o sea de rehabilitación. Ahora, si el concepto de rehabilitación no es favorable, la aseguradora de fondo de pensiones deberá remitir el caso a la Junta. de Calificación de Invalidez para que ésta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y en ese caso califiquen la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si el porcentaje de la calificación es superior al 50% por ciento y el trabajador cumple los demás requisitos. La aseguradora del fondo de pensiones deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva. Si es menor del 50% por

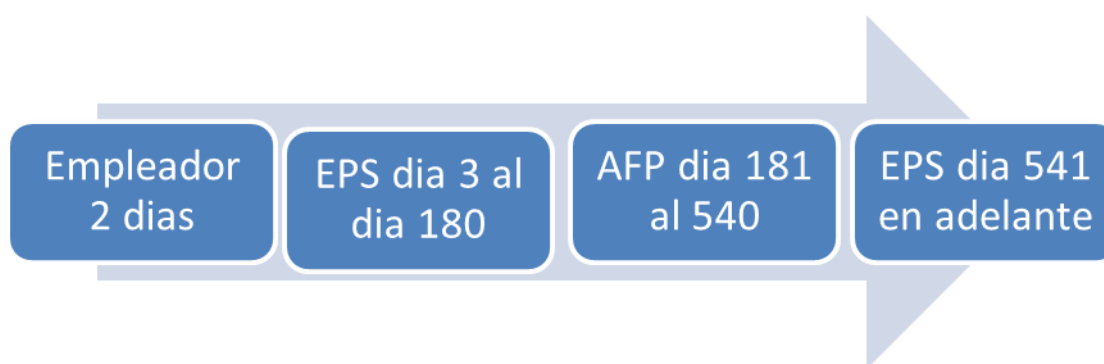
ciento, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo o reubicado en un puesto acorde con su situación de incapacidad. Esta regla también se aplica al trabajador que presenta pérdida permanente de capacidad laboral, pero puede ser reintegrado a su cargo o no acorde a su capacidad.

Bueno, ahora hay otra disyuntiva allí y es: ¿Pero qué ocurre si mientras se surte el proceso de calificación el trabajador según su médico tratante debe seguir incapacitado y no puede retornar al trabajo?, O ¿Qué pasa si las incapacidades que el médico expida, con posterioridad a la calificación si cesa la obligación del sistema de seguridad social de seguir pagando las incapacidades? Ese caso le corresponde la aplicación de las normas de las que estamos hablando , volver nuevamente a la calificación, si no está acorde con la calificación de la Junta Regional de enviar el caso a la Junta Nacional que es la que viene a medir el concepto. Esos conceptos son susceptible también de sus recursos, si el trabajador no está de acuerdo porque el porcentaje fue menos o fue más, el está en la facultad de poder se pronunciar al respecto (Arismendy, 2019).

Por su parte, se advierte que los abogados no manejan una posición unificada sobre quienes tienen la responsabilidad económica, de acuerdo a la cantidad de días de incapacidad, de allí puede originarse en muchos casos la comisión de errores, bien sea por parte de los sujetos de la relación laboral o de las entidades de seguridad social, ya que la asesoría jurídica brindada en este sentido puede incidir en sus decisiones, en este caso precisa L. Arregocés, comunicación personal, 20 de noviembre, 2019:

Qué protección le dieron al trabajador?, anteriormente, después de los 180 días no había claridad quién pagaba la incapacidad ya en el 2012 con un decreto presidencial, pues ya se dijo que eran las EPS y después de los 540 días va al Fosyga, ahorita estas son las garantías que tienen (Arregocés, 2019).

Conforme se observa de su concepción como profesional del derecho, es la EPS la que debe asumir la responsabilidad económica después de los 180 días de incapacidad y luego de los 540 días el fosyga y no como lo que establece el artículo 1º del Decreto 2943 (Colombia P. d., 2013), modificado por el artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 (Colombia P. d., 2016) y la ley 1753 (Congreso de La Republica de Colombia, 2015), articulo 67 en las que se dispone el siguiente orden de responsabilidad de pagos de prestaciones económicas en caso de incapacidad por origen común y que se graficó en el capítulo III de esta investigación:



Flujo grama No. 1.

Dto. 780/16 Art. 3.2.1.10.; Ley 1753 de 2015 Art. 67.

Fuente: Construcción propia.

En lo que tiene que ver con el procedimiento existente alrededor de la presente temática, se plantea por el abogado J. Arregocés:

Hoy se puede, por parte del empleador iniciar, llevar de la mano del trabajador a esa calificación y si salen por encima de los 50 % por ciento, puede iniciar el trámite de pensión. Pero he escuchado por experiencias, de que cuando se inicie por ejemplo un trámite de pensión en fondos privados, se inicia y el trabajador tiene que aceptar la historia laboral para que pueda pensionarse, entonces hay esta, el primer choque: El empleador no puede hacer efectivo el trámite de pensión ante los fondos privados (...) Ya sea en el sector público o en el sector privado no puede obligar al trabajador a que vaya a una junta de calificación para que se

califique, solamente se puede mediante derecho de petición, y decirle: oiga EPS dé el concepto de rehabilitación, oiga mande la calificación pero, ¿Cómo hacen los empleadores para llevarlo de la mano, para iniciar el trámite para que le salga la pensión?. No hay una obligatoriedad. Ahora, una de las garantías de un nuevo decreto que no recuerdo el número dice que hay unos abusos del derecho y unas causales de abuso del derecho, pero pues eso que el ámbito probatorio, yo creo que es muy difícil probarlo es algo que groseramente haga el trabajador para que el empleador pues se coja de esa causal para terminar el contrato (Arregocés, 2019).

En este sentido señala el abogado J. Arregocés que existe debilidad en el procedimiento establecido y que afecta al empleador, ya que no existe norma que obligue al trabajador a acudir a calificarse y por consiguiente realizar los trámites que de él dependen para tramitar la pensión de invalidez, lo cual en su versión al trabajador no le convendría toda vez que el valor de la pensión le quedaría muy por debajo de su salario especialmente por tratarse de una pensión causada por una enfermedad o accidente de origen común, del mismo modo ocurre si se encuentra en un fondo privado, por lo que insiste diciendo:

Yo creo que debería ser un poquito más ágil el sistema de seguridad social que tenemos, es más una norma que el trabajador le obligue a realizar sus trámites porque ahorita se metió el tema de la nulidad de traslados, entonces si un trabajador está en el régimen de los fondos privados, no va a querer pensionarse y va a buscar ahorita la nulidad y si está incapacitada esa persona, no va a querer pensionarse y los trabajadores van otra vez a tener otro obstáculo, pues se le va a tramitar la pensión no se puede porque este señor tiene un proceso de nulidad de traslado. (...) Entonces yo creo que legalmente debe ser un poquito más fuerte el Sistema de Seguridad Social integral y además buscar las medidas para que ese trabajador no abuse del derecho, si no uso el

derecho y que los trámites sean un poquito más rápidos y con mayor eficacia (Arregocés, 2019).

Como quiera que ha sido coincidente en los criterios planteados por los profesionales del derecho en este capítulo, que aunque el procedimiento se encuentra previsto en la ley, no siempre se cumple en virtud de eventuales omisiones de los responsables, (Angel, 2019) plantea que el procedimiento más rápido es la acción de tutela a fin de hacer cesar las omisiones de quienes tienen responsabilidades en torno a la situación de incapacidad del trabajador, a pesar de que admite, que en lo que respecta al reintegro cuando se despide en situación de vulnerabilidad por encontrarse incapacitado, también es posible acudir a un proceso ordinario en virtud del artículo 26 de la ley 361 (Congreso de la Republica de Colombia, 1997),

3.3. En cuanto a facultad que tiene el empleador de dar por terminado el contrato laboral del trabajador cuando la incapacidad por enfermedad de origen común supera 180 días.

(Arismendy, 2019), dice que en este aspecto el trabajador aun goza de garantías, precisando en los siguientes términos:

Bueno, yo pienso que tiene el trabajador, tiene muy buena garantía con esta ley y si es sobre todo referente al asunto de las incapacidades, porque la norma habla de que se sabe que en los tres primeros días son los que son incapacidades corre por cuenta de empleador, pero cuando pasan los 180 días debe ser ya, hay unas reglas de juego que dice que cuando es de origen común, cuando es de origen profesional, cuando hay invalidez entra también la Junta, entonces yo pienso que el trabajador tiene muy buena garantía y está amparado soportado por la Ley 100 y eso le permite que no haya violación de su derecho, es más cuando está en estado de vulnerabilidad (Arismendy, 2019).

(Arregocés, 2019), al respecto dice que sobre este punto, el trabajador goza de una garantía respaldada por la Corte Constitucional, refiriéndose a la (Sentencia C -

200, 2019) cuando declaro la exequibilidad condicionada del artículo 62, numeral 15, literal a) del (Colombia P. d., 1951), refiriéndose de la siguiente manera:

La Corte Constitucional. Donde volvió a estudiar la constitucionalidad del artículo y la causal de despido de justa causa, cuando el trabajador supere los 180 días dijo que, tendría que pedir un permiso ante el Ministerio y le dio unas causales. Esas son las protecciones que tiene el trabajador cuando están en incapacidad. Yo creo que le brinda pues un sistema asistencial, salud, un sistema económico que se lo va a seguir pagando su salario y sus prestaciones y va a seguir cotizando a su pensión.

Como sabemos en el Código Sustantivo de Trabajo, el contrato laboral. Debe prestarse personalmente y a ninguno le sirve o más bien a la economía, un trabajador que no trabaje. Entonces está es la otra cara de la moneda que hay que mirar, la de los empleadores que están, pues pagando, asumiendo una carga prestacional o por decirlo así o porque esta persona está incapacitada y debe en mi concepto de asumirlo toda esta carga, el Estado. Pero el empleador pues tiene esta garantía de la justa causa tiene que pedirle permiso al Ministerio con la tesis de la Corte Constitucional; con la tesis de la Corte Suprema la Corte Suprema no es necesario la solicitud ante el Ministerio, eso hay un choque entre ellas pero, tiene esa garantía esa posibilidad como derecho (Arregocés, 2019).

Pero en el sector público está la cosa un poco más oscura, por qué no tenemos la justa causa del artículo 180 días; en el sector público las carreras administrativas que se rigen por la ley 909, dentro de las causales de retiro del servicio no se encuentra cuando el trabajador o el funcionario este por encima de los 180 días y la normatividad que regula el contrato de trabajo por medio del cual se vinculan los trabajadores oficiales tampoco lo establece. Y qué pasa cuando aquí en el sector público en comparación con el sector privado, una de las causas también es cuando cumplen la edad la edad de pensión es una justa

causa para la terminación del contrato, indirectamente se puede tomar esa justa causa para terminar el contrato de esa persona que está en una incapacidad. Aquí en el sector público, bien sabes que el retiro forzoso es a los 70 años, entonces eso es un obstáculo que tienen las entidades públicas, cuando tiene una funcionaria que está en incapacidad por más de 180 días con un concepto de la EPS de rehabilitación y presentan, incapacidades por encima de la edad de pensión y la entidad no pueda hacer nada porque es que la edad retiro forzoso para los funcionarios públicos es hasta los 70 años. Entonces ni siquiera se le puede tramitar la pensión en el sector público (Arregocés, 2019).

En este último aparte, el profesional del derecho entrevistado coloca de presente que la causal de terminación del contrato de trabajo por justa causa prevista en el artículo 62, numeral 15, literal a) del Código Sustantivo del Trabajo (Colombia P. d., 1951), más que constituir una lesión a los derechos del trabajador, representa una garantía necesaria para el empleador y la economía de las empresas, bajo el entendido de su dicho “que a nadie le conviene un empleado que no trabaje” dado que la prestación del servicio es uno de los elementos esenciales de dicho contrato, garantía con la que no se cuenta en el sector público, toda vez que la normatividad que rige la carrera administrativa no establece como causal para terminar dicha relación laboral mediante vinculación legal y reglamentaria la existencia de una incapacidad superior a 180 días; hecho que en su consideración genera grandes problemas en el sector público.

Por otro lado la Magistrada del Honorable Tribunal Superior de Riohacha, Sala Civil- Laboral- Familia, Dra. P. Cabello, comunicación personal, 07 de noviembre, 2019, enfatiza sobre este aspecto que:

La norma realmente no tiene un componente claro, porque cuando el trabajador supera los 180 días de una enfermedad de origen común, ustedes saben que están en el Código Sustantivo del Trabajo que el trabajador se puede despedir con el día 181. Hoy se generan unas ciertas

enfermedades catastróficas de enfermedades que sean contagiosas y el trabajador lo pueden despedir pero con la Corte Constitucional como ha sido defensora del derecho de los trabajadores en el sentido constitucionalmente hablando, la Corte Constitucional exige que al día 181 si el trabajador si el empleador quiere despedir al trabajador necesita del permiso del Ministerio de Trabajo para poderlo despedir. Solamente así, en esas condiciones se podría despedir a un trabajador con el permiso autorizado del Ministerio del Trabajo. Pero que tengamos una norma propia con nosotros en el Código Sustantivo del Trabajo no la hay. Es más el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo en el numeral 15, tiene una norma que aquí lo dice, vamos a buscarlo un momentico para que seamos más claro y que de pronto despejemos alguna duda dónde está que es una causal de despido, Artículo 62 , numeral 15, dice: Que la enfermedad contagiosa o crónica del trabajador que no tenga carácter laboral así como cualquier otra enfermedad o lesión que lo incapacita para el trabajo cuya recuperación no haya sido posible durante 180 días, el despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso (Colombia P. d., 1951). O sea que ya el trabajador que le dura incapacidad sobre los 180 días lo puede despedir pero al día 181 mire lo que hice: Al vencer y no exime al empleador de las prestaciones e indemnizaciones derivadas por la enfermedad, le paga y se va. Pero la Corte Constitucional en numerosas sentencias ha dicho que no lo puede despedir así tan fácilmente, que necesita del permiso del Ministerio del Trabajo (Cabello, 2019).

Como quiera que fue traído a colación el tema de la autorización que el empleador debe solicitar al ministerio de trabajo para despedir al trabajador, se le realizó el preguntado a la abogada, Magistrada P. Cabello, al respecto, quien manifiesta:

Lo que pasa es que el permiso allá ellos si lo hacen de una manera subjetiva, porque no tienen norma o tienen una ley que les diga: Ustedes se van a basar en esto y esto (Cabello, 2019).

Significando con lo expuesto por la profesional entrevistada que no existe una certeza normativa que obligue o que por el contrario le impida al Ministerio de Trabajo expedir la autorización para el despido del trabajador que lleva más 180 días incapacitado. Por otra parte, dicha profesional también se refiere a la otra parte afectada en la relación laboral cuando el trabajador presenta una incapacidad con prolongación superior a 180 días, añadiendo:

Es que también tenemos que tener presente que el empleador también pierde porque, póngase a pensar el trabajador que dure 180 días el 181 y la EPS no le resuelve, ¿cómo va a pagar el salario? si la ley también le dice: Usted suspende el salario, no puede pagar el salario porque según un trabajador que viene incapacitado y no puede pagar el salario, porque él no va a prestar el servicio y si no presta el servicio usted no le puede dar la plata el salario se afecta la economía de la empresa ósea que necesitamos que realmente en Colombia realmente se proteja a esa gente incapacitada, pero con unas normas realmente que se puedan hacer valer, pues la Corte Constitucional en la tutela, pues a muchos los han reintegrado y les han dicho las tutelas que les den un trabajo igual o que no afecte la situación que se viene presentando, pero para la empresa también eso es una desmejora tener a un trabajador que no le rinda al 100% y que lo tenga dentro de la empresa.

Finalmente al respecto expresa que existe ambigüedad en la norma, porque al empleador no le conviene tener a un trabajador enfermo en su empresa, por ello la ambigüedad en la norma estriba en que el empleador no sabe si el Ministerio le va a conceder permiso para despedir a ese trabajador que no le está produciendo, el cual en su consideración termina siendo por causas subjetivas; entonces considera que para él no hay garantías tampoco.

Por otra parte (Angel, 2019), se concreta en afirmar que la causal para terminar por justa causa el contrato laboral prevista en la norma enunciada resulta ser una causal objetiva, sobre la cual la jurisprudencia ha evolucionado entorno a la filosofía del derecho laboral, impidiendo que se aplique de manera arbitraria, sintetizando su versión conforme a su experiencia como operador judicial:

Efectivamente hay una causal objetiva que habilita al empleador para poner fin al contrato de trabajo por esta causa cuando la incapacidad del trabajador supera los 180 días; sin embargo la jurisprudencia ha evolucionado mucho al respecto y atendiendo la filosofía del derecho laboral, esa causal no se puede tampoco evaluar al “rompe” o como digamos, hacerla valer a “rajatabla”, es menester que el juzgador a quien se le pone en conocimiento de una situación controversial respecto de una incapacidad que supera los 180 días, dicha dado lugar para que el empleador despida en un trámite judicial deba advertir si ese trabajador estaba siendo valorado y si había recomendaciones que se le habían eventualmente otorgado al empleador para reubicarlo en un determinado cargo distinto al que estaba ejerciendo, de tal manera que se proteja la estabilidad laboral del trabajador (Angel, 2019).

En lo que respecta al fundamento que pudiere tener el Ministerio de Trabajo para autorizar los despidos justificados por esta causa, explica:

El único motivo que tendría, que habilitaría el despido por justa causa es que se haga irreconciliable o inviable la posibilidad de reenganchar al trabajador en otro cargo porque no exista en la esfera de personal de la empresa y resulte imposible vincularlo, porque para lo cual está apto el empleado, no tendría cobertura dentro de la empresa. Pero esa sería la excepción pero de manera general se debe proteger la estabilidad del trabajador en el seno de la empresa. También el del trabajador puede acudir a un proceso judicial valiéndose del artículo 26 de la ley 361 de 1997 y hacer valer el reintegro, si demuestra que la desvinculación se originó precisamente en su estado de discapacidad, porque se presumirá

que el despido sea de acuerdo a la jurisprudencia tuvo lugar por la discapacidad que el trabajador asumía por la incapacidad que venía padeciendo. De otro lado el trabajador también tendría además del proceso judicial la cobertura de la acción de tutela, por ser un trámite más rápido y más eficaz para esta clase casos (Angel, 2019).

3.4. Fallas en cabeza del empleador y de las instituciones.

(Arismendy, 2019), precisa que a pesar de que la norma y la jurisprudencia han establecido las reglas del juego, si existen incumplimientos de las mismas, especialmente en cabeza de los empleadores, que abusan de su posición y de la ignorancia del trabajador, no cumpliendo con el deber de hacer el acompañamiento al trabajador en la contingencia de la enfermedad, lo mismo ocurre con las EPS, pues unas y otras entidades se endilgan responsabilidades, por lo que muchas veces el trabajador se ve abocado finalmente a hacer uso del mecanismo de tutela, por eso en muchos fallos de tutela se ordena al empleador hacer el acompañamiento al trabajador.

En el mismo sentido se expresa la Honorable Magistrada del Tribunal Superior de La Guajira, P. Cabello, y coincide en la posición (Angel, 2019), diciendo coloquialmente que al trabajador lo someten las entidades generalmente “al vaivén” mandándolo de una entidad a la otra y sin solucionar su situación de incapacidad, incluso estableciendo que el origen es común cuando a veces es profesional, del mismo modo cuando se cumple el día 181 y el subsidio de incapacidad le corresponde a la AFP, pero ésta solo lo asume si la EPS ha emitido concepto de favorabilidad, donde inicia otro conflicto jurídico que solo se está solucionando vía de tutela lo cual es recurrente, con la que se obliga a la EPS a emitir el respectivo concepto, afectando con todas estas omisiones a ese trabajador y también a la empresa, que también se ve averiada, por lo que no le queda otro camino que la acción de tutela, cuando hace uso de ese mecanismo constitucional, ya que lastimosamente de no hacerlo así, no se genera la protección; señala también que existe desconocimiento de la norma por parte del empleador, trabajador y de las entidades, pero que muchas veces no es desconocimiento sino incumplimiento de

las obligaciones para no gastar el recurso. expone que no es lo mismo pasar 10 días de incapacidad que durar 180, lo que es equivalente a seis (6) meses, ya que en ese caso es evidente que con ese trabajador está ocurriendo algo trascendente en su salud; de hecho muchas veces se observa a un trabajador al que le generan incapacidades, luego se las suspenden, luego lo incapacitan otra vez y así sucesivamente, entonces surge el cuestionamiento si esas suspensiones de incapacidad es por su real estado de salud o es al sistema al que no le conviene tener a ese afiliado con las incapacidades prolongadas y calificarlo (Cabello, 2019)

Plantea finalmente (Angel, 2019), que la falla principal es que las entidades no asumen los roles que les corresponden y en consecuencia se da la desobediencia del ordenamiento jurídico, ya que el procedimiento está previsto, las garantías normativas están planteadas, no obstante existe una recurrencia en su incumplimiento y en lo seguido se afectan las relaciones laborales, en especial al trabajador por ser la parte más débil.

4. Entidades del Sistema General de Seguridad Social:

4.1. Empresas Promotoras de Salud.

En lo que respecta a las entidades promotoras de salud, a fin de conocer su concepción, respecto al tema que ocupa este capítulo, se hizo uso del instrumento derecho de petición, debidamente avalado por la institución a varias de ellas como SURA EPS, Nueva EPS, Sanitas EPS, respondiendo la solicitud solo esta última, la cual se pronunció en los siguientes términos:

Petición No 1. Se sirva indicar cuales son las enfermedades de origen común que generan en cotizantes trabajadores más incapacidades con prolongación superior a 180 días?.

Rta La clasificación internacional de enfermedades se encuentra clasificada en CIE 10.

Petición No 2. Cuál es el procedimiento empleado por la entidad cuando el afiliado cotizante presenta una incapacidad por enfermedad general, cuando supera los 180 días?

Rta. Se emite oficio a la administradora de fondos de pensiones notificando el estado de incapacidad laboral prolongada del usuario, con copia al empleador y al trabajador. Anexo al mismo, se remite certificación del récord acumulado de incapacidad laboral y el concepto de rehabilitación expedido por médico de la EPS, para que con base en dicho dictamen la respectiva administradora asuma el subsidio temporal por incapacidad laboral a partir del día 181 de que trata el Decreto Ley 019 de 2012, o bien proceda a calificar la pérdida de capacidad laboral y determinar el derecho a una eventual pensión de invalidez si a ello hubiere lugar.

Petición No 3 y 4. Cuáles son las mayores dificultades presentadas en el procedimiento para el pago de incapacidades por enfermedad general superiores a 180 días, y en el trámite que se surte en general para con ese afiliado?

Rta. La Sentencia T-401 de 2017, la Corte Constitucional, reitera la interpretación respecto de cuál es la entidad del Sistema General de Seguridad Social debe asumir el pago de las incapacidades entre el día 180 y el día 540, que ya había sido expuesta en la sentencia T-920 de 2009, al analizar el reconocimiento de las incapacidades superiores a 180 días, precisa la Corte lo siguiente:

“Respecto de las incapacidades que persisten y superan el día 181, se han suscitado debates en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios generados y a la exigibilidad de los mismos, en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001.

Sobre la responsabilidad del pago, esta Corporación ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación...”

Es necesario enfatizar que el concepto favorable o desfavorable de recuperación, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral. Este asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador.

La forma condicional en que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto indica que el objetivo de dicha norma es el equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema. Por tanto, se otorga un margen de espera y propende por evitar que se tenga por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio

económico por incapacidad durante este período, el Legislador dispuso que los subsidios de incapacidad estuvieran a cargo de las AFP.

Desde esta óptica, el concepto sobre la rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico.

Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. Dicho deber es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad(Sanitas E.P.S., 2019)

Atendiendo la respuesta brindada por la EPS Sanitas, se evidencia que dicha entidad tiene claridad de las disposiciones legales y jurisprudenciales que regulan la materia objeto de consulta, lo cual significa que de existir omisiones en su caso no obedece al desconocimiento de las mismas, sino a cualquier otra causal externa al desconocimiento o inexistencia de regulación en este aspecto, para ello llama la atención que entorno a esta misma investigación, en entrevista aplicada al empleador D. Mejía, comunicación personal, 19 de noviembre, 2019, se expone la situación particular de una empleada de su entidad la cual presenta una incapacidad de origen común superior a 180 días, afiliada a la EPS Sanitas en la cual hasta ese periodo no se ha emitido concepto de recuperación de la afiliada, tampoco se ha remitido a la afiliada a la AFP para el trámite correspondiente posterior a los 180 días y no se han efectuado los pagos por concepto de subsidio de incapacidad a la funcionaria, asegurando el empleador que le ha correspondido a este el pago de las mismas y el posterior recobro a la EPS a fin de no afectar el mínimo vital de la trabajadora.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las otras Empresas Promotoras de Salud, escogidas de forma aleatoria a fin de conocer su concepción frente a las incapacidades de origen común superior a 180 días no dieron respuestas a las peticiones de consultas que de manera respetuosas fueron elevadas, fue necesario a fin de lograr el objetivo propuesto en este capítulo ingresar a sus páginas web o publicaciones electrónicas que institucionalmente reflejaran su concepción, en este sentido se obtuvo la siguiente información:

La Nueva EPS, establece en su página web un procedimiento dispuesto para sus afiliados a partir del día 120 de incapacidad en los siguientes términos:

Incapacidades de más de 120 días de remisión a la administradora de fondo de pensiones.

NUEVA EPS brinda el acompañamiento de remisión al fondo de pensiones para todos los afiliados que presenten un evento de

incapacidad temporal y por el cual se hayan generado incapacidades de origen no laboral durante 120 días continuos o más.

De esta forma y en concordancia con lo establecido en el Decreto 019/2012, Artículo 142, elabora el concepto de rehabilitación correspondiente y lo remite ante la administradora de fondo de pensiones donde se encuentre vinculado el afiliado antes del día 150 para que esta entidad continúe efectuando el reconocimiento económico de incapacidades que se puedan generar superiores a los 181 días y realice la calificación de la pérdida de la capacidad laboral.

Recuerda que es fundamental realizar el proceso de transcripción de las incapacidades en los siguientes 30 días calendario contados a partir de su fecha de expedición para lograr que este acompañamiento de remisión se dé en los plazos señalados y se realice el reconocimiento oportuno de las incapacidades en los primeros 180 días y los posteriores ante el fondo de pensiones.

Antes de solicitar el pago de tu licencia o incapacidad, como empleador o cotizante independiente, debes inscribir tu cuenta bancaria radicando los siguientes documentos en la Oficina de Atención al Afiliado, dirigidos a la Dirección de Gestión Tributaria:

1. Formato de solicitud de creación o actualización de terceros completamente diligenciado para persona jurídica y natural

Documentos persona jurídica

(Empleadores identificados con número de Identificación Tributaria NIT)

- Copia de RUT.
- Copia del documento de identificación del representante legal.
- Certificado original de Cámara de Comercio o certificado de existencia y representación Legal con vigencia no mayor a 30 días.

- Certificación bancaria de una cuenta a nombre del empleador o cotizante independiente adscrita a la Red ACH con vigencia no mayor a 90 días.

Documentos persona natural.

- Certificación bancaria de una cuenta a nombre del empleador o cotizante independiente adscrita a la Red ACH con vigencia no mayor a 90 días. Si no posees una cuenta bancaria, podrás solicitar que el pago se realice directamente a tu nombre por ventanilla.
- Copia del documento de identificación.

¿Qué debes tener en cuenta?

El proceso de inscripción de cuenta se realiza en un plazo ocho (8) días hábiles contados a partir del día siguiente en que radicaste la solicitud. Para realizar el proceso de solicitud de pago a través de nuestro portal transaccional, deberás esperar a que haya transcurrido este tiempo.

La presentación de los documentos se requiere por primera y única vez o en caso de efectuar alguna novedad en tu razón social, representación legal o cuenta bancaria.

La inscripción de tu cuenta en nuestro sistema de información solo podrá realizarse si cumples con todos los requisitos. Podrás solicitar información del resultado de tu trámite en la Oficina de Atención del Afiliado donde solicitaste la inscripción.

De acuerdo con lo establecido normativamente, únicamente los empleadores o cotizantes independientes pueden solicitar el reconocimiento económico de incapacidades y licencias. Por lo tanto, la cuenta bancaria inscrita debe estar a nombre del empleador o cotizante independiente.

Requisitos para realizar tu solicitud de pago.

- Tener un usuario registrado en Trámites en Línea.

- Tener una cuenta bancaria registrada en nuestro sistema de información para abono por concepto de prestaciones económicas.

¿Cómo realizar tu registro en el Portal Transaccional?.

- Ingresa a Trámites en Línea desde nuestra página web www.nuevaeps.com.co
- Selecciona “Solicitar un nuevo usuario”, lee y acepta las condiciones de servicio.
- Selecciona la opción “Empleador” e ingresa tus datos en el formulario y acepta.

Una vez ingreses toda la información, recibirás en el correo electrónico registrado el usuario y la contraseña para acceder a los servicios ofrecidos en el Portal Transaccional de NUEVA EPS.

¿Cómo realizar tu solicitud de pago?

- Ingresa a nuestra página web www.nuevaeps.com.co y selecciona Trámites en Línea.
- Digita tu usuario y contraseña e ingresa, así se activará la opción de “Servicio en línea”.
- También se habilitará el botón de “Empleador”. Ingresa y selecciona la empresa para la cual deseas realizar tu solicitud de pago.
- En el menú “Incapacidades” selecciona “Solicitudes de pago”
- Elige la forma de pago, las incapacidades que deseas cobrar y selecciona la opción “Enviar”.

En cumplimiento de la Circular 011 de la Superintendencia de Salud, la solicitud de pago de incapacidades y licencias debe realizarse con la periodicidad de la nómina y por la parte causada por esta razón las incapacidades y licencias expedidas a sus empleados estarán disponibles para cobro 30 días después de la fecha de inicio de las mismas.

Las incapacidades con acumulados superiores a 540 días pueden ser solicitadas para cobro por el aportante a través de comunicación escrita radicada en la Oficina de Atención al Afiliado.

Según la normatividad vigente, las siguientes incapacidades no están a cargo de la EPS y, por lo tanto, no están disponibles para cobro a través del portal transaccional:

- Incapacidades iniciales inferiores a tres (3) días: a cargo del empleador, según Decreto 2943 del 17 de diciembre de 2013.
- Incapacidades con acumulados superiores a los 180 días, a cargo de la Administradora Fondo de Pensiones (AFP), según Decreto Ley 019 de 2012.
- Incapacidades con origen accidente de trabajo o enfermedad profesional, a cargo de la Administradora de Riesgos Laborales (ARL), según Decreto 1295 de 1994.

Consulta giro de incapacidades: verifica el detalle de las incapacidades y licencias pagadas que son transferidas a tu cuenta o fueron reclamadas en las sucursales Bancolombia. El detalle estará disponible para descargar dos semanas después de realizada la transferencia o efectuada la reclamación del pago por ventanilla.

Generación certificado de incapacidad y licencia: obtén los certificados de incapacidades y licencias luego de haber efectuado el proceso de transcripción o una vez finalizada la consulta en nuestras IPS exclusivas.

Generación certificado fondo de pensiones: descarga la relación de incapacidades expedidas para iniciar los trámites ante el fondo de pensiones.

Estadísticas de incapacidad: Como empleador, puedes consultar el estado de las incapacidades transcritas, así como las solicitudes de pago

efectuadas en los últimos seis (6) meses. En esta opción también se incluyen las fechas de transferencia y los valores reconocidos en los últimos tres (3) años contados hacia atrás a partir de la fecha en que realizas la consulta. (Nueva EPS)

Conforme se pudo observar, en la página oficina de la Empresa Promotora de Salud consultada se evidencia que los requerimientos allí planteados se encuentran conforme al ordenamiento jurídico vigente y además se establece un procedimiento interno de la entidad para efectos del trámite de incapacidad correspondiente, lo cual da cuenta que de existir incumplimientos en torno al tema que ocupa la atención por parte de la Nueva EPS, no estaría originado en el desconocimiento de sus obligaciones.

Del mismo modo fue consultada la EPS Sura, no se encontró un procedimiento tan explícito como el relacionado en la EPS anterior, más que documentos en los que se copia el contenido del artículo 41 de la ley (Congreso de la Republica de Colombia, 1993) (Sura E.P.S., 2016), y una guía de preguntas frecuentes donde se indica que hace la EPS cuando el trabajador supera 180 días de incapacidad de origen común donde simplemente se indica que:

La EPS envía al paciente al fondo de pensiones 30 días antes del día 180, con el fin de que evalúen si el paciente tiene posibilidad de recuperación para prorrogar la incapacidad o si se define evaluación para pensión de invalidez (Sura EPS, 2020).

Lo anterior, da cuenta que a pesar de no establecer en su página principal, un procedimiento explícito o una posición determinada sobre como concibe esta institución las garantías bajo la contingencia de la incapacidad en los términos estudiados, si evidencia que en cuanto a disposiciones legales las entidades tienen claras sus responsabilidades y que hacer en cada momento de la enfermedad.

5. Administradoras de Fondos de Pensiones

Al igual que en el caso de averiguar la percepción propia de las EPS, se envió el día 25 de octubre del año 2019 a los cuatro (4) principales fondos de pensiones, derechos de peticiones escritos, por correo certificado y vía electrónica con la finalidad de que emitieran su concepto a un cuestionario previamente elaborado y aprobado por la institución como instrumento de este capítulo, encontrando respuesta únicamente por parte de la AFP Porvenir, quien procedió a desglosarnos en su respuesta se resumen en los siguientes aspectos:

- a. Ellos no son la entidad encargada de establecer cuáles son las enfermedades de origen común que se generan en cotizantes al sistema, ya que esa es información de exclusivo manejo por parte de la EPS y de las compañías de seguros, basándose para ello en lo dispuesto por el artículo 142 del decreto 019 de 2012.
- b. La única responsable de establecer de los conceptos propios que atañen al trabajador incapacitado por enfermedad de riesgo común cuando estas superan los ciento ochenta (180) días, es la E.P.S., quien deberá generar el concepto de rehabilitación integral, establecer cuál es la patología del trabajado que genera la incapacidad, el origen de la misma (es decir, si es de origen común o profesional) y si el concepto de rehabilitación integral es NO FAVORABLE o FAVORABLE, siendo en este último caso cuando entra la AFP a pagar los subsidios de incapacidades.
- c. Lo también se ratificó en el artículo 67 de la ley 1753 de 2015, en el artículo 2.2.3.3.1 del decreto 1333 de 2018, así mismo ratificados por la sentencia T - 144 de 2006 y por el concepto # 20173200884611 de fecha de 12 de mayo de 2017.

Además de este concepto, también fue enviado un folleto, muy completo, en el cual se le ayuda al trabajador a solventar sus dudas con respecto a los trámites pendientes de realizar ante la entidad AFP cuando se incapacidad supere los 181

días, y los 541 días, como también los requisitos requeridos por esta entidad para iniciar el trámite de pago de los subsidios respectivos.

Conclusiones del capítulo.

Una vez revisadas las concepciones de los empleadores, trabajadores, abogados, representantes de entidades de seguridad social en relación con las garantías jurídico - procesales en las incapacidades por riesgo común superior a 180 días, es preciso concluir que cada uno tiene un criterio diverso acorde a sus propios intereses, que en algunos casos logran confluirse, lo cual podría contribuir a entender las razones en las que se origina a veces la incertidumbre de existencia o no de esas garantías mencionadas, toda vez que resulta evidente que cada actor representa un interés distinto alrededor de una sola situación: La incapacidad de origen común del trabajador superior a 180 días.

Todos confluyen en lo establecido anteriormente: *no hay claridad ni unificación legislativa y jurisprudencial adecuada que permita a Empleadores y Trabajadores saber como deben actuar en caso de incapacidades superiores a los 180 días; se requiere de un proceso abreviado que permita la protección definitiva de los derechos del Trabajador incapacitado, más allá de la acción de tutela; y es necesario que las intermediaciones de las EPS sean reguladas de una manera más estricta, o que el Estado asuma un efectivo control de la gestión en salud, derivado de la cotización, desde el inicio de la incapacidad hasta la valoración definitiva del Trabajador, en dónde prevalezca el derecho a la vida, seguridad social y salud, antes que la utilidad del negocio.*

Bibliografía

Sentencia T-404, T-2562802 (Corte Constitucional 27 de mayo de 2010).

Sentencia T-729, T- 3.500.488 (Corte Constitucional M.P. Alexei Julio Estrada 19 de Septiembre de 2012).

Sentencia T. 140, T-5253368 y T-5239472. (Corte Constitucional 18 de marzo de 2016).

Sentencia C -200, D-12408 (Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado 15 de Mayo de 2019).

Alvarado, L. (12 de Marzo de 2020). Conocer las concepciones de trababajadores, empeladores, abogados, entidades de Seguridad Social sobre las garantías juridico procesales cuandoo el trabajador presenta incapacidades superior a 180 días. (K. K. Redondo, Entrevistador) Riohacha, La Guajira, Colombia.

Angel, L. E. (8 de noviembre de 2019). Conocer la concepcion de los trabajadores, empleadores, abogados, entidades de la seguridad social respecto a las garntías juridico procesales de los sujetos de la relacion laboral cuando el trabajador tiene una enfermedad de origen comun superior a 180 d. (K. K. Redondo, Entrevistador) Barranquilla, Atlantico, Colombia.

Arismendy, L. M. (7 de Noviembre de 2019). Conocer las concepciones de los trabajadores, empleadores, abogados, entidades de seguridad social sobre las garantías juridico procesales que tienen los sujetos de la relación laboral cuando el trabajador tiene incapacidades superior a 180 días. (K. K. Redondo, Entrevistador) Riohacha, La Guajira, Colombia.

Arregocés, J. L. (20 de Noviembre de 2019). Conocer las concepciones de trabajadores, empleadores, abogados, entidades de la Seguridad Social, respecto a las garntías Juridico Procesales de los sujetos de la relacion laboral cuando el trabajjador tiene incapacidad superior a 180 días. (K. K. Redondo, Entrevistador) Riohacha, La Guajira , Colombia.

- Cabello, P. L. (7 de Noviembre de 2019). Conocer las concepciones de los trabajadores, empleadores, abogados, entidades de la seguridad social respecto a las garantías jurídico procesales de los sujetos de la relacion laboral cuando el trabajador presenta una incapacidad superior a 180 dias. (K. K. Redondo, Entrevistador) Riohacha, La Guajira, Colombia.
- Colombia, P. d. (07 de junio de 1951).Codigo Sustantivo del Trabajo. Bogotá, Cundinamarca, Colombia.
- Colombia, P. d. (10 de enero de 2012). Decreto 019. *Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública*. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia.
- Colombia, P. d. (17 de diciembre de 2013). Decreto 2943 . *Por el cual se modifica el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999*. Bogotá D.C., Colombia.
- Colombia, P. d. (6 de Mayo de 2016). Decreto 780. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Proteccion Social*. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia.
- Congreso de la Republica de Colombia. (23 de diciembre de 1993). Lay 100. *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Cundinamarca , Colombia.
- Congreso de la Republica de Colombia. (23 de Diciembre de 1993). Ley 100. *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia.
- Congreso de la Republica de Colombia. (11 de febrero de 1997). Ley 361. *Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Cundinamarca , Colombia.

Congreso de La Republica de Colombia. (9 de junio de 2015). Ley 1753. *Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país"*. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia.

Ferrajoli, L. (1999). *Jueces para la Democracia*.

Ferrajoli, L. (2000). *Jueces para la Democracia*.

Labato, J. R. (2016). *Calificación y valoración de la enfermedad profesional: Análisis de la situación actual y propuestas de mejora*. Recuperado el 27 de febrero de 2020, de Medicina y Seguridad en el Trabajo: scielo.isciii.es/pdf/mesetra/v62sextra/ponencias8.pdf

Mejía, D. (19 de noviembre de 2019). Conocer las concepciones de trabajaodres, empleadores, abogados, entidades de seguridad social respecto a las incapacidades de oirgen comun superior a 180 días. (K. K. Redondo, Entrevistador)

Nueva EPS . (s.f.). www.nuevaeps.com.co. Recuperado el 21 de febrero de 2020, de <https://www.nuevaeps.com.co/empresas/licencias-e-incapacidades>

Palacio, I. (3 de diciembre de 2019). Conocer la concepciones de los empleadores, trabajadores, abogados, entidades de la Seguridad Social sobre las garantías juridico procesales cuando el trabajador tiene incapacidad de origen comun superior a 180 días. (K. K. Redondo, Entrevistador) Riohacha, La Guajira , Colombia.

Patiño, J. F. (4 de octubre de 2013). El sistema de salud de Colombia: crisis sin precedentes. *Colombia de Cirugía*, 28(4), 259-261.

Republica, P. d. (22 de junio de 1994). Decreto 1295. *Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales*. Bogotá D.C., Colombia.

Sachez, F. R. (7 de noviembre de 2019). Conocer las concepciones de trabajadores, empleadores, abogados, entidades de la segridad social

respecto a las garantías jurídico procesales de los sujetos de la relacion laboral cuando el trabajador tiene una incapacidad de origen común superior a 180. (K. K. Redondo, Entrevistador)

Sanitas E.P.S. (06 de Noviembre de 2019). Respuesta Comunicación PQR-19-142958. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia.

Sura E.P.S. (agosto de 2016). *www.epssura.com*. Recuperado el 26 de enero de 2020, de https://www.epssura.com/images/docs/normatividad_vigente_201608.pdf

Sura EPS. (2020). *www.epssura.com*. Recuperado el 10 de marzo de 2020, de <https://www.epssura.com/faqs?id=220>

Conclusiones y resultados

Las garantías Jurídico - Procesales de los sujetos de la relación laboral en Colombia, cuando el trabajador tiene una incapacidad de origen común superior a 180 días, ha sido un análisis histórico - hermenéutico de normas, doctrina, conceptos, jurisprudencia y concepciones de los actores en esta temática, el cual a través de una investigación cualitativa, donde se realizó el análisis de cada uno de los datos obtenidos a través de las técnicas utilizadas para la obtención de los datos que fueron objeto de estudio y que permitieron conseguir respuestas a cuales eran esas garantías de orden jurídico y procesal que inquietaron a los investigadores de este trabajo.

En este orden de ideas, una vez terminado este trabajo es posible decir de las garantías, en el entendido que las mismas son:

La ampliación del significado del término “garantías” y la introducción del neologismo “garantismo” al referirse a las técnicas de tutela de los derechos fundamentales (...). Aquellos derechos universales y por ello indisponibles e inalienables, que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto a personas, ciudadanos o capaces de obrar; ya se trate de derechos negativos, como los derechos de libertad a los que corresponden prohibiciones de lesionar, o derechos positivos, como los derechos sociales a los que corresponden obligaciones de prestación por parte de los poderes públicos (Ferrajoli, 2000).

Que garantía hace referencia al mecanismo, proceso o técnica previsto en el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos humanos en coherencia con su estipulación constitucional (Ferrajoli, Jueces para la Democracia, 1999).

Así las cosas, las garantías objeto de análisis han sido todos esos derechos insertos en el ordenamiento jurídico nacional, de carácter sustancial y procesal, bien

sea en sede administrativa o en sede judicial, referentes a las incapacidades de origen común cuando superan los 180 días. Los sujetos de esos derecho son los trabajadores y empleadores, como partes de la relación laboral.

En este orden de ideas, se tiene que el trabajador cuenta con las garantías de:

- 1). Gozar de una incapacidad cuando su salud ha sido afectada por un accidente o una enfermedad de origen común, en consecuencia el sistema de seguridad social en salud le otorga el tiempo que dure su recuperación para que descanse bajo una remuneración (Congreso de La Republica de Colombia, 1993);
- 2). Ser calificado el origen de su incapacidad desde el primer momento en que recibe el servicio asistencial (Colombia P. d., Decreto 1295 , 1994);
- 3) Hacer uso de los recursos de ley cuando está en desacuerdo con el origen determinado y si le es calificada perdida de calificación laboral, el porcentaje, entre otros términos dispuestos en dicha decisión (Congreso de La Republica de Colombia, 1993);
- 4). Que se asuma por parte de las entidades responsables del sistema, la prestación económica durante la vigencia de la incapacidad (Colombia P. d., 2016), (Congreso de La Republica de Colombia, 1993);
- 5). La estabilidad laboral reforzada (Congreso de la Republica de Colombia, 1997), entre otros que fueron desarrollados al interior de la presente investigación.

Por su parte el empleador goza de la garantía de no asumir durante la contingencia de la enfermedad, la carga económica correspondiente al salario del trabajador (Colombia P. d., 2016) (Congreso de La Republica de Colombia, 1993);

- 2). Que llegado el día 180 de incapacidad del trabajador, puede acudir ante el Ministerio de Trabajo a solicitar permiso para terminar su contrato con justa causa.

No obstante, no están totalmente dadas las garantías para los sujetos de la relación laboral cuando el trabajador presenta incapacidades de origen común superior a 180 días, toda vez que, como primera medida, la norma obliga a que a partir del día 181 de incapacidad, sea pagado el subsidio de la misma a cargo de la AFP, siempre y cuando el concepto de recuperación sea favorable (Colombia P. d., Decreto 019, 2012); pero el problema surge cuando el concepto de recuperación no es favorable, ya que si bien la norma obliga a que se proceda a la calificación de

pérdida de capacidad laboral, ocurre que si dicha calificación es inferior al 50% y se siguen generando incapacidades, los pagos de ese tiempo de incapacidad no han sido desarrollados por la norma, sino vía jurisprudencial, donde se obliga a la AFP seguir cubriendo ese subsidio de incapacidad, pero esto generalmente solo es logrado por parte del trabajador mediante el ejercicio del mecanismo de tutela T-920 de (Corte Constitucional , 2009), no de forma automática, pese a la reiteración jurisprudencial.

Ahora bien, a esto se le suma que existe un factor que evita que las garantías existentes sean efectivas y de esta manera lograr su razón de ser, ese factor es sin lugar a dudas la omisión por parte de las instituciones, dado que la razón de ser de la congestión de muchas tutelas y afectaciones especialmente del trabajador incapacitado, es porque las instituciones no asumen sus responsabilidades del modo y en el tiempo previsto en la ley, como por ejemplo: la emisión del concepto de recuperación favorable o no por parte de la EPS al día 120 de incapacidad; la remisión de este mismo a la AFP al día 150, la asunción de la carga económica de incapacidad a partir del día 181 por parte de la AFP, la remisión a la Junta de Calificación de invalidez para que califique la pérdida de capacidad laboral del trabajador, entre otros en los cuales se centra el obstáculo para que sean efectivas las garantías jurídico procesales a los sujetos de la relación laboral bajo la contingencia de la enfermedad (Sentencia T. 140, 2016).

Además de lo anterior, también existen otros factores que hacen parte de las omisiones a cargo de las entidades y/o fallas del sistema de seguridad social en salud, consistente en que, al existir una ventaja en los beneficios de aquellos incapacitados por una enfermedad o accidente de origen común frente a los de origen profesional (Congreso de La Republica de Colombia, 1993), las calificaciones muchas veces le es dada la determinación de origen común, siendo en muchos casos el origen profesional, por lo que se genera a partir de entonces una lucha jurídica que sin duda termina afectando también las garantías descritas; del mismo modo, en muchos de los casos, en virtud de la crisis del Sistema General de Seguridad Social, especialmente el sistema de salud (Patiño, 2013), el concepto

de recuperación y porcentaje de pérdida de capacidad laboral no corresponde a la situación de salud que presenta el trabajador, por lo que le toca enfrentarse a una actividad laboral no apta para sus condiciones de salud ocupacional (Alvarado, 2020).

Por otro lado se encuentra una garantía que es paralela para los sujetos de la relación laboral, donde lo que para una parte es garantista, para la otra resulta una desventaja y viceversa, se trata de la causal para dar por terminado el contrato de trabajo por justa causa cuando el trabajador tiene una incapacidad superior a 180 días, prevista en el artículo 62, numeral 15, literal a), del (Colombia P. d., Código Sustantivo del Trabajo, 1951). Esta causal comienza a ser una garantía para el empleador cuando tiene un trabajador vinculado a su nomina, pero que por motivo de una incapacidad extendida no le está prestando un servicio y en consecuencia afectando su actividad económica, en razón de ello el ordenamiento jurídico le ha brindado una solución que es hacer cesar ese vínculo laboral y es aquí cuando se convierte en una desventaja para el trabajador, el cual como se ha expuesto al interior de la investigación, además de enfrentar los quebrantos de salud, tiene que enfrentarse al monstruo del desempleo.

Ahora bien, entorno a esta última temática surge una garantía para el trabajador, la cual comienza a convertirse a su vez en desventaja para el empleador, como lo es la estabilidad laboral reforzada para quienes sean considerados en estado de debilidad manifiesta respaldada por el artículo 26 de ley 361 (Congreso de la República de Colombia, 1997), limitando entonces el despido por esta causa a quienes se encuentren en esa circunstancia legalmente protegida. Pero contradictoriamente empiezan los llamados choques de trenes entre los altos tribunales, quienes manejan criterios diferentes frente a aquellos a quienes se les es considerado en estado de debilidad manifiesta y a quienes no; al igual cuando es posible el despido en virtud de la causal del artículo 62, numeral 15, literal a), del (Colombia P. d., Código Sustantivo del Trabajo, 1951) con la autorización del Ministerio de Trabajo y cuando es válido ese despido incluso sin dicha autorización, como ocurre con las posiciones diversas que tienen la Corte Constitucional y la

Corte Suprema de Justicia sobre esta temática en las providencias (Sentencia SU 049, 2017) y (SL4033, 2018) entre otras objeto de estudio de este trabajo.

No puede olvidarse indicar que durante la incapacidad laboral y más aun cuando tiene una prolongación tan amplia como son las que superan 180 días, a pesar de que en el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 51, no se encuentra prevista la incapacidad como suspensión del contrato de trabajo, claro es que durante esta contingencia desaparecen los elementos esenciales del contrato de trabajo de manera temporal similar a lo que ocurre en la suspensión del contrato de trabajo, de allí que es entendible la legislación española en la cual está incorporada la incapacidad temporal como una causal de suspensión del contrato de trabajo; con lo que en consideración de los autores de este trabajo en cuentan que en este aspecto también se afectan las garantías de las partes del contrato de trabajo, dado que por una parte desaparece el elemento salario, disminuyéndose su proporción y denominación y por la otra persisten obligaciones en materia de seguridad social y persistencia de un contrato de trabajo con una persona que no esta prestando efectivamente el servicio.

Por último, se hizo una exploración aleatoria a fin de conocer las voces de los empleadores, trabajadores, abogados, entidades de seguridad social, quienes a fin de cuentas son los actores que se encuentran vinculados al tema objeto de estudio. Las mismas fueron conocidas a través de las técnicas de investigación aplicadas para la recolección de datos, en las que si bien no determinan sus concepciones necesariamente lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, sí representa su posición profesional, personal y administrativa respecto a las garantías de orden sustancial y procesal para los sujetos de la relación laboral entorno a la incapacidad de origen común superior a 180 días. Es esta la importancia de conocer su concepción sobre estos derechos, ya que de esta manera se puede conocer por ejemplo en el caso de los abogados, cómo conciben aquellos profesionales que son quienes les asesoran a los actores bajo estas circunstancias, lo cual en consecuencia permite ver otras esferas del problema planteado como por ejemplo, que si bien existe incumplimiento por parte de las entidades responsables en los distintos escenarios,

conforme se ha evidenciado los análisis realizados, ello puede estar originado entre otras cosas como el desconocimiento o en las diversas interpretaciones de la ley y la jurisprudencia.

Todo lo abordado en la presente investigación, permite concluir a demás de lo expuesto que necesaria la creación de un procedimiento legal unificado, sencillo y claro para las partes del contrato laboral bajo la contingencia en estudio, además para que aparte de solucionar las dificultades normativas existentes y la dispersión de distintas normas que pueden conllevar a la dispersión de la información, al desconocimiento o confrontación, es preciso que exista una regulación imperativa que castigue a las entidades que omiten sus obligaciones y que hacen que las garantías brindadas por el ordenamiento jurídico, no se materialice. Por otro lado, es imperiosa la necesidad de un proceso abreviado a fin de que, no siendo un proceso ordinario laboral, pero tampoco congestionando los despachos judiciales con la acción de tutela, se establezca un proceso corto y eficaz para resolver los problemas jurídicos que se originen en el riesgo de las citadas garantías, la cual pueda ser promovida por el actor que las encuentre conculcadas.

Como portafolio de la presente investigación los suscritos investigadores cuentan con las respectivas evidencias investigativas de los instrumentos aplicados, audios de entrevistas, documentos entregados y exhibidos por algunos de los entrevistados, respuestas y anexos a las respuestas de derechos de petición los cuales han soportado este trabajo.

En estos términos se espera, que lo abordado en esta investigación resulte de gran provecho para la academia en general, ello incluye la posibilidad de generar más investigación a partir de lo determinado en ésta; ser fuente de generación de nuevo conocimiento y de saberes compartidos por docentes y estudiantes; pero en especial que en el mundo jurídico pueda servir para resolver problemas que continuamente surgen entorno a esta temática, a fin de que puedan ser resueltas de la forma más garantista para las partes del contrato de trabajo.

Bibliografía

- T- 141, T-5205582 (Corte Consitucional, M.P.Dr. Gloria Stella Ortiz Delgado 28 de marzo de 2016).
- T-467, T-2555547 (Corte Constitucional,, M.P. Dr. Jorge Ivan Palacio Palacio 16 de junio de 2010).
- Alonso G. (11 de 03 de 2020). Entrevista a Empleador dentro del Trabajo denominado "Garantías jurídico - procesales de los sujetos de la relación laboral en Colombia frente a las incapacidades de origen común del Trabajador cuando es superior a los 180 días". (G. O., Entrevistador)
- Alterini, J. H. (15 de mayo de 2012). La doctrina como fuente del Derecho. *Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs.*
- Alvarado, L. (12 de Marzo de 2020). Conocer las concepciones de trababajadores, empeladores, abogados, entidades de Seguridad Social sobre las garantías juridico procesales cuandoo el trabajador presenta incapacidades superior a 180 días. (K. K. Redondo, Entrevistador) Riohacha, La Guajira, Colombia.
- Angel, L. E. (8 de noviembre de 2019). Conocer la concepcion de los trabajadores, empleadores, abogados, entidades de la seguridad social respecto a las garntías juridico procesales de los sujetos de la relacion laboral cuando el trabajador tiene una enfermedad de origen comun superior a 180 d. (K. K. Redondo, Entrevistador) Barranquilla, Atlantico, Colombia.
- Arismendy, L. M. (7 de Noviembre de 2019). Conocer las concepciones de los trabajadores, empleadores, abogados, entidades de seguridad social sobre las garantías juridico procesales que tienen los sujetos de la relación laboral cuando el trabajador tiene incapacidades superior a 180 días. (K. K. Redondo, Entrevistador) Riohacha, La Guajira, Colombia.
- Arregocés, J. L. (20 de Noviembre de 2019). Conocer las concepciones de trabajadores, empleadores, abogados, entidades de la Seguridad Social, respecto a las garntías Juridico Procesales de los sujetos de la relacion

laboral cuando el trabajador tiene incapacidad superior a 180 días. (K. K. Redondo, Entrevistador) Riohacha, La Guajira , Colombia.

Asamblea Constituyente de Colombia. (20 de Julio de 1991). *Secretaria del Senado - Constitución Nacional*. Bogotá D. C.: DIARIO OFICIAL DE COLOMBIA. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991). Constitución Política. Bogotá D.C., Colombia.

Ávila R., Z. E. (01 de 01 de 2019). Concepto del Ministerio del Trabajo # ID 103719 - 16. *"Terminación de contrato de obra o labor contratada de Trabajador en situación de discapacidad*. Bogotá DC, Cundinamarca, Colombia: Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social de Colombia.

Beltrán M. (11 de 03 de 2020). Entrevista a Empleador dentro del Trabajo denominado "Garantía Jurídico - Procesales de los sujetos de la relación laboral en Colombia frente a las incapacidades de origen común del trabajador cuando es superior a 180 días. (Granados O., Entrevistador)

Bembibre, C. (septiembre de 2010). *Definición ABC*. Recuperado el 29 de mayo de 2019, de <https://www.definicionabc.com/salud/incapacidad.php>

Cabello, P. L. (7 de Noviembre de 2019). Conocer las concepciones de los trabajadores, empleadores, abogados, entidades de la seguridad social respecto a las garantías jurídico procesales de los sujetos de la relacion laboral cuando el trabajador presenta una incapacidad superior a 180 días. (K. K. Redondo, Entrevistador) Riohacha, La Guajira, Colombia.

Colombia, P. d. (11 de enero de 1950). Código Sustantivo del Trabajo. *compilación Decreto 3743 por el cual se modifica el Decreto número 2663 de 1950*. Bogotá D.C., Colombia.

Colombia, P. d. (7 de junio de 1950). decreto Ley 3743. Bogotá, Colombia.

Colombia, P. d. (7 de junio de 1951). Código Sustantivo del Trabajo. *dición Oficial del CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO, con sus modificaciones, ordenada por el artículo 46 del Decreto Ley 3743 de 1950, la cual fue publicada en el Diario Oficial No 27.622, del 7 de junio de 1951, compilando los Decretos 2663 y 3743 de 1950 y.* Bogotá D.C., Colombia.

Colombia, P. d. (07 de junio de 1951). Código Sustantivo del Trabajo. *Código Sustantivo del Trabajo.* Bogotá, Cundinamarca, Colombia.

Colombia, P. d. (30 de abril de 1975). Decreto 770 . *"Por el cual se aprueba el Acuerdo número 536 de 1974 del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales sobre reglamento general del seguro de enfermedad general y maternidad".* Bogotá D.C., Colombia.

Colombia, P. d. (22 de junio de 1994). Decreto 1295 . *"Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales".* Bogotá, Colombia.

Colombia, P. d. (22 de junio de 1994). Decreto 1295 . *"Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales".* Bogotá, Colombia.

Colombia, P. d. (3 de agosto de 1994). Decreto 1832. *Por el cual se adopta la Tabla de Enfermedades Profesionales.* Bogotá D.C. , Cundinamarca, Colombia.

Colombia, P. d. (2 de agosto de 1999). Decreto 1406. *Por el 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 1998, se dictan disposiciones para la puesta en operación del Registro Unico de Aportantes al S.* Bogotá , Cundinamarca, Colombia.

Colombia, P. d. (28 de julio de 1999). Decreto 1406. *Por el 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 1998, se dictan disposiciones para la puesta en operación del Registro Unico de Aportantes al Sistem. Bogotá, Colombia.

Colombia, P. d. (20 de noviembre de 2001). 2463. *Por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez.* Bogotá, Cundinamarca, Colombia.

Colombia, P. d. (20 de noviembre de 2001). Decreto 2463. *por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez.* Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia.

Colombia, P. d. (10 de enero de 2012). Decreto 019. *Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.* Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia.

Colombia, P. d. (17 de diciembre de 2013). Decreto 2943. *Por el cual se modifica el párrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.* Bogotá D.C. , Colombia.

Colombia, P. d. (12 de Agosto de 2014). Decreto 1507. *Por el cual se expide el, Manual Unico para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad laboral y Ocupacional.* Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia.

Colombia, P. d. (26 de mayo de 2015). Decreto 1072. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.* Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia.

Colombia, P. d. (6 de Mayo de 2016). Decreto 780. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Proteccion Social.* Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia.

Colombia, P. d. (27 de julio de 2018). Decreto 1313. *Por el cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, se reglamenta las*

incapacidades superiores a 540 días y se dictan otras disposiciones. Bogotá, Colombia.

Colombia, P. d. (27 de 07 de 2018). Decreto 1333. (VLEX, Ed.) Recuperado el 30 de 04 de 2019, de <https://bbibliograficas.ucc.edu.co:2823/#search/jurisdiction:CO/DECRETO+1333+DE+2018/WW/vid/736128077>

Congreso de la Republica de Colombia . (11 de febrero de 1997). Ley 361. *Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones.* Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia .

Congreso de la Republica de Colombia . (9 de junio de 2015). Ley 1753. *Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país".* Bogotá D.C., Colombia.

Congreso de la Republica de Colombia. (23 de diciembre de 1993). Ley 100. *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.* Bogotá D.C. , Colombia.

Congreso de La Republica de Colombia. (23 de diciembre de 1993). Ley 100. *Por el cual se establece el Sistema General de Seguridad Social en Colombia.* Bogotá, Colombia.

Congreso de La Republica de Colombia. (23 de diciembre de 1993). Ley 100. Bogotá, Colombia.

Congreso de la Republica de Colombia. (11 de febrero de 1997). Ley 361. *Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones.* Bogotá D.C., Cundinamarca , Colombia.

Congreso de La Republica de Colombia. (5 de agosto de 2002). Ley 762. *Por medio de la cual se aprueba la "Convención Interamericana para la Eliminación de*

todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad", suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el siete (7) de junio de 1999 . Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia.

Congreso de la Republica de Colombia. (17 de diciembre de 2002). Ley 776. *Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales.* Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia.

Congreso de La Republica de Colombia. (11 de Julio de 2012). Ley 1562. *Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional.* Bogota D.C., Colombia.

Congreso de La Republica de Colombia. (11 de julio de 2012). Ley 1562 . *Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional.* Bogotá, Colombia.

Congreso de La Republica de Colombia. (9 de junio de 2015). Ley 1753. *Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país".* Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia.

Congreso de la Republica de Colombia. (29 de diciembre de 2016). Ley 1819 . *"Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones".* Bogotá, Coolombia.

Congreso de los Estados Unidos de Colombia. (1873). *Código Civil Colombiano.* Bogota D. C., Colombia: Diario Oficial de Colombia. Recuperado el 16 de 07 de 2018, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

Constitución Política de Colombia, Secretaria del Senado de Colombia. (31 de 07 de 2018). *Constitución Política de Colombia, Secretaria del Senado de Colombia.* Recuperado el 31 de 07 de 2018, de

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Cornejo Saavedra, J. (2009). Evolución del sistema de Subsidios por Incapacidad en Chile con especial énfasis en el sistema de Licencias Médicas. Santiago, Chile.

Corte Constitucional de Colombia. (25 de Septiembre de 1997). Sentencia de Unificación 480 de 1997. *Corte Constitucional SU 480 de 1997*. Bogotá D.C., Bogotá D.C., COLOMBIA. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU480-97.htm>

Cortés H., O. (2011). *Derecho de la Seguridad Social* (CUARTA ed.). Bogotá: EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA.

Cristancho, J. R. (2019). El derecho a la estabilidad laboral reforzada de personas con discapacidad en Colombia: "las mujeres desvinculadas del fondo rotatorio de la Policía Nacional". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cusco - Perú (UNSAAC)*, 222.

Cueto Rúa, J. (1961). *Fuentes del derecho*. Buenos Aires, Argentina.

Decreto 1409. (2 de agosto de 1999). *Por el 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 1998, se dictan disposiciones para la puesta en operación del Registro Unico de Aportantes al Sistem*. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia. Recuperado el 01 de 05 de 2019, de DECRETO 1406 DE 1999: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_1406_1999.htm

Duque, M. I., & Granada, M. (2012). Pago de Incapacidades de Origen Común desde la Jurisprudencia. *Universidad Pontificia Bolivariana*, 25. Recuperado el 10 de 09 de 2018

Ferrajoli, L. (1999). *Jueces para la Democracia*.

- Ferrajoli, L. (2000). *Jueces para la Democracia*.
- Galindo Vacha, J. C. (2011). *Amparos y coberturas de la salud: seguridad social, medicina prepagada y seguros privados*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibañez. Recuperado el 6 de 06 de 2019
- Galindo, J. C. (2011). *Amparos y coberturas de la salud: seguridad social, medicina prepagada y seguros privados*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibañez. Recuperado el 6 de 06 de 2019
- García González, F. (2017). *Incapacidad temporal por contingencias comunes: impacto de una intervención en la UMVI de Jaén*. Jaen, España: Universidad de Jaén.
- García, W., & Martín, M. (2013). Hermenéutica y pedagogía. La practica educativa en el discurso sobre la educación. *Pulso*(36), 55-78.
- Gobierno Nacional. (05 de agosto de 1950). Decreto 2663 de 1950 "Sobre Código Sustantivo del Trabajo", en virtud del Estado de Sitio promulgado por el Decreto Extraordinario No 3518 de 1949.". Bogotá D.C., Colombia.
- Goldstein, M. (2010). *Diccionario jurídico consultor magno*. Bogota D.C. : Editora Cultural Internacional.
- Instituto de Los Seguros Sociales . (13 de agosto de 1998). Resolución 2266. Bogotá, Colombia.
- Isaza Cadavid, G. (2017). *Derecho Laboral Aplicado*. BOGOTA DC: LEYER. Recuperado el 1 de JULIO de 2018
- Isaza, G. (2015). *Derecho laboral aplicado*. Bogota D. C.: LEYER.
- Jaramillo Zabala, J. A. (2013). *Trabajo de investigación Doctoral- la estabilidad laboral del trabajador incapacitado temporalmente*. BOGOTA, COLOMBIA: UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. Recuperado el 04 de ABRIL de 2018

- La Vanguardia. (28 de abril de 2019). *La Vanguardia*. Obtenido de <https://www.lavanguardia.com/vida/salud/enfermedades-infecciosas/20190428/461913697251/rinovirus-adenovirus-rotavirus-poliovirus-herpesvirus-hepatitis-papiloma-vih-cockackie-contagio-infeccion.html>
- López de Insua, B. (01 de Noviembre de 2012). La incapacidad temporal como contingencia protegida por la seguridad social. *Tesis Doctoral*. Granada, Granada, España: Universidad de Granada.
- Lopez, Y. (16 de junio de 2015). La hermenéutica en el pensamiento de Wilhelm Dilthey. *Griot revista dde Filosofía*, 11(1), 324-341.
- Martinez, M. M. (2006). Hermenéutica y Análisis del Discurso como Metodo de Investigación Social . *Investigación Social* .
- Mejía D. (19 de 11 de 2019). ENTREVISTA A EMPLEADORES DENTRO DEL TRABAJO "GARANTÍA JÚRIDICO - PROCESALES DE LOS SUJETOS EN LA RELACIÓN LABORAL EN COLOMBIA FRENTE A LAS INCAPACIDADES DE ORIGEN COMÚN DEL TRABAJADOR CUANDO ES SUPERIOR A 180 DÍAS . (Redondo K., Entrevistador)
- Mejía, D. (19 de noviembre de 2019). Conocer las concepciones de trabajaodres, empleadores, abogados, entidades de seguridad social respecto a las incapacidades de oirgen comun superior a 180 dias. (K. K. Redondo, Entrevistador)
- Mesa M. C. y Vélez C. (23 de 08 de 2019). ¿La cuantía del auxilio monetario por enfermedad no profesional es o no es constitucional? *Monografía*. Medellín, Antioquía, Colombia: Repositorio Eafit.
- Ministerio de Salud y de la Protección Social de Colombia. (27 de 7 de 2018). Decreto 1333 de 2018. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial de Colombia.

Ministerio del Trabajo. (2009). *Concepto 58993*. Bogotá. Recuperado el 5 de ABRIL de 2018

Ministerio del Trabajo de Colombia. (05 de 02 de 2020). ¿Qué es la Seguridad Social? Bogotá D. C., Cundinamarca, Colombia. Obtenido de <http://www.mintrabajo.gov.co/empleo-y-pensiones/empleo/subdireccion-de-formalizacion-y-proteccion-del-empleo/que-es-la-seguridad-social>

Monrry, M. G. (2003). *Introducción al Derecho* (13 ed.). Bogotá D.C., COLOMBIA: Temis S.A. Recuperado el 06 de 09 de 2018

Montoya, P. A., & Stefani, C. (2009). Reflexiones sobre la construcción de problemas de investigación desde las perspectivas empirico - analítica (investigación Cualitativa), e histórico - hermenéutica e histórico hermenéutica (Investigación Cualitativa).

Morella Arráez, J. C., & Liuval, M. d. (mayo de 2006). La Hermenéutica: una actividad interpretativa. *SAPIENS*, 7(2), 171 - 181.

Moreno, J. y. (1998). *El Abogado de la seguridad social*. BOGOTA DC: PLANETA S.A.

Municio del Amo, A. P. (2009). *La incapacidad temporal en el Regimen General de Seguridad Social*. Madrid, España: Dykinson.

Niebles L. (13 de 03 de 2020). Entrevista a Empleador dentro del Trabajo denominado "Garantías Jurídico - Procesales de los sujetos de la relación laboral en Colombia frente a las incapacidades de origen común del Trabajador cuando es superior a 180 días. (Granados O., Entrevistador)

Oficina Internacional del Trabajo - OIT, O. I. (2011). *La seguridad social y la primacía del Derecho*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Organización de las Naciones Unidas, O. (10 de DICIEMBRE de 1948). Declaración Universal de los Derechos del Hombre - Naciones Unidas. *LEY UNIVERSAL*. Obtenido de <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

- Organización de Naciones Unidas (ONU). (16 de diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Organización Internacional del Trabajo, O. (04 de 07 de 2019). *OIT*. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf /
- Ossorío, M. (2008). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: Heliasta.
- Patiño, J. F. (4 de octubre de 2013). El sistema de salud de Colombia: crisis sin precedentes. *Colombia de Cirugía*, 28(4), 259-261.
- Politecnico Gran Colombiano. (2016). *Blogs Derecho Laboral*. Recuperado el 18 de septiembre de 2019, de <http://adyderecholaboral.blogspot.com/2016/10/concepto-debilidad-manifiesta.html>
- Real Academia de la lengua española, D. (03 de 06 de 2019). Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. *Diccionario*. España. Obtenido de www.rae.es
- Rodríguez, I. y. (2018). Pronunciamiento de la Corte Constitucional y Corte Suprema De Justicia Colombiana sobre la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores con discapacidad. *Panorama jurídico y sociojuridico de los derechos humanos, sociales y ambientales tomo I*, 139.
- Rodríguez, G. G., Gil Flores, J., & Garcia Jimenez, E. (1996). *Metodología de la Investigación Cualitativa*. Archidona (Málaga): Aljibe.
- Sachez, F. R. (7 de noviembre de 2019). Conocer las concepciones de trabajadores, empleadores, abogados, entidades de la seguridad social respecto a las garantías jurídico procesales de los sujetos de la relación laboral cuando el trabajador tiene una incapacidad de origen común superior a 180. (K. K. Redondo, Entrevistador)

- Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia, C. (14 de 10 de 2015).
Jurisprudencia # 58083 de 14 de octubre de 2015 SCL Colombia. *Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Corte Suprema de Justicia.
- Sampaio, R. F. (2004). Incapacidades laborales: problemas en la reinserción al trabajo. *Cadernos de Saúde Pública - Escola Nacional de Saúde Pública*, 809-815.
- Sampere Valero, M. (2012). Reincorporación al trabajo después de un episodio de incapacidad temporal por contingencia común de larga duración. Análisis de los factores pronóstico. *Tesis Doctorals en Xarxa*, 195.
- Sánchez R. (20 de 11 de 2019). Entrevista al Empleador dentro del Trabajo de investigación denominado "garantías jurídico-procesales de la relación laboral en Colombia frente a las incapacidades de origen común del Trabajador cuando es superior a los 180 días". (Redondo K., Entrevistador)
- Sentencia SU 049, T-4632398 (Corte Constitucional M.P. Maria Victoria Calle Correa 2 de febrero de 2017).
- Sentencia 32532, 32532 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casacion Laboral, M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón 15 de julio de 2008).
- Sentencia 35606, 35606 (Corte Suprema de Jussticia- Sala de Casación Laboral M.P. Dra. Isaura Vargas Díaz 25 de marzo de 2009).
- Sentencia 38992, 38992 (Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral 3 de noviembre de 2010).
- Sentencia 39207, 39207 (Corte Suprema de Justicia- Sala de Casaciòn Laboral. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz 28 de agosto de 2012).
- Sentencia C- 065, 065 (Corte Consstitucional 01 de febrero de 2005).

Sentencia C -200, D-12408 (Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado 15 de Mayo de 2019).

Sentencia C-065, D-5341 (Corte Constitucional, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra 1 de febrero de 2005).

Sentencia C531, D-2600 (Corte Constitucional 10 de mayo de 2000).

Sentencia No. 32532, 32532 (Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón 15 de julio de 2008).

Sentencia SL3772-2018/46498, 46498 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Dr. Rigoberto Echeverri Bueno. 5 de septiembre de 2018).

Sentencia SU 049 , T-4632398 (Corte Constitucional M. P. Dra. María Victoria Calle Correa 2 de febrero de 2017).

Sentencia SU049, T4632398 (Corte Constitucional 2 de febrero de 2017).

Sentencia T- 086, T-2033513. (Corte Constitucional 17 de febrero de 2009).

Sentencia T 161, T- 7059948 (Corte Constitucional, M.P. Cristina Pardo Schlesinger 9 de abril de 2019).

Sentencia T 333, T- 3775923 (Corte Constitucional, M.P. Luis Enernesto Vargas Silva 11 de junio de 2013).

Sentencia T 468, Acumulados T-2539240, T-2497616 y T-2560721 (Corte Constitucional 16 de junio de 2010).

Sentencia T. 140, T-5253368 y T-5239472. (Corte Constitucional 18 de marzo de 2016).

Sentencia T-404, T-2562802 (Corte Constitucional 27 de mayo de 2010).

Sentencia T-468, expedientes Acumulados T-2539240, T-2497616 y T-2560721.
(Corte Constitucional, M.P. Dr. Jorge Ivan Palacio Palacio 16 de Junio de 2010).

Sentencia T-729, T- 3.500.488 (Corte Constitucional M.P. Alexei Julio Estrada 19 de Septiembre de 2012).

Sentencia T-920, T-2.317.440 (Corte Constitucional 7 de Diciembre de 2009).

Sentencia T-920, T-2.317.440 (Corte Constitucional. M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo 7 de Diciembre de 2009).

Sentencia T-980, T-1936659 (Corte Constitucional 10 de Octubre de 2008).

Sentencia CSJ SL12998, 12998 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral 2017).

SL4033, 56189 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Dra. Jimena Isabel Godoy Fajardo. 19 de septiembre de 2018).

T- 1210, T-1994794 (Corte Constitucional, M.P. Clara Inez Vargas Hernandez 05 de diciembre de 2008).

T-040, T-5.168.539 (Corte Constitucional, M.P. Dr. Alejandro Linares Cantillo 9 de febrero de 2016).

T-086, T-2033513. (Corte Constitucional 17 de Febrero de 2009).

T-1040, Acumulados T-445.134 y T-457.673 (Corte Constitucional M.P. Rodrigo Escobar Gil 27 de septiembre de 2001).

T-1046, T-1.950.416 (Corte Constitucional, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo 24 de octubre de 2008).

T-106, T-4.596.125 y T-4.599.220, (Corte Constitucional, M.P. Gloria Estela Ortiz Delgado 25 de marzo de 2015).

T-118, T-2.400.807 (Corte Constitucional, M.P. Gaabriel eduardo Mendoza Martelo 16 de febrero de 2010).

T-141, expedientes T-5152536 y T-5208261 (Corte Constitucional 28 de marzo de 2016).

T-144, T-4114530 (Corte Constitucional, M.P. Alberto Rojas Rios 13 de marzo de 2014).

T-263, T-2173913 (Corte Constitucional, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva 3 de abril de 2009).

T-310, Expedientes T-4.688.410 y T-4.579.755 (Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub 22 de mayo de 2015).

T-351, T-3.010.397 (Corte Constitucional, M.P. Pedro Ignacio Vargas Acosta 15 de junio de 2015).

T-364, T- 5.424.680 (Corte Constitucional, M.P. Luis Guillermo Guerrero Perez 16 de julio de 2016).

T-405, Expedientes T-3919246, T-3921904 T-3925289 y T-3928410 (Corte Constitucional, M.P. Maria Victoria Calle Correa 30 de junio de 2015).

T-780, T-1877545 (Corte Constitucional, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabras 13 de agosto de 2008).

T-936, T-2.326.074, T- 2.384.577 y T-2.387.690. (Corte Constitucional, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto 14 de diciembre de 2009).

Vanegas Castellanos, A. (2011). *Derecho individual del trabajo - conceptos básicos*. Bogota D.C. : Libreria ediciones del profesional Ltda.

Vanegas, A. (2011). *Derecho individual del trabajo - conceptos básicos*. Bogota D.C.: Libreria ediciones del profesional Ltda.

Zabala, L. K. (3 de 10 de 2016). Derecho Laboral. Recuperado el 04 de MAYO de 2018, de <http://adyderecholaboral.blogspot.com/2016/10/concepto-debilidad-manifiesta.html>