

Bogotá D.C., 15/12/2017

08SE2017120300000034068

Al responder por favor citar este número de radicado

URGENTE

ASUNTO: Respuesta Radicado No. 11EE2017120000000043920
Prerrogativas del Sistema de Seguridad Social subsidiado para trabajadores independientes sin capacidad de pago

Respetado(a) Señor(a)

Hemos recibido la comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual Usted se refiere a una consulta acerca de las prerrogativas del Sistema de Seguridad Social subsidiado para trabajadores independientes sin capacidad de pago, para cuyos fines, esta Oficina se permite de manera atenta, contestar sus interrogantes, mediante las siguientes consideraciones generales:

Inicialmente, se observa oportuno señalar que de acuerdo con la naturaleza y funciones asignadas en el Decreto 4108 de 2011 a la Oficina Asesora Jurídica de este Ministerio, sus pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta debido a que sus funcionarios no están facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias.

Con respecto a sus inquietudes, cabe manifestar que la Ley 100 de 1993 *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”*, en su artículo 211, prevé lo concerniente al régimen subsidiado en salud, norma que a la letra dice:

“Artículo 211- DEFINICIÓN. El régimen subsidiado es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente Ley.”

Por ello la misma norma ha establecido, quienes son los beneficiarios del régimen subsidiado, señalándolo expresamente en el artículo 213 *ibidem*, norma que a la letra dice:

“Artículo 213.-Beneficiarios del régimen. Será beneficiaria del régimen subsidiado toda la población pobre y vulnerable, en los términos del artículo 157 de la presente ley ...”

Por ello, quienes estén inmersos en el régimen subsidiado en salud, tienen derecho a participar de los beneficios que les otorga el Sistema de Selección de Beneficiarios Para Programas Sociales cuya sigla distintiva es “SISBEN”, considerado como *una herramienta, conformada por un conjunto de reglas, normas y procedimientos para obtener información socioeconómica confiable y actualizada de grupos específicos en todos los departamentos, distritos y municipios del país*; no quienes se encuentren vinculados a la fuerza laboral, como serían las personas que prestan sus servicios domésticos o los llamados mayordomos, pues media entre ellos y la Empleadora, un vínculo laboral, que obliga a cotizar al Sistema de seguridad social integral contributivo y no subsidiado.

Cabe destacar que el Decreto 2353 de 2015, *“Por el cual se unifican y actualizan las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se crea el Sistema de Afiliación Transaccional y se definen los instrumentos para garantizar la continuidad en la afiliación y el goce efectivo del derecho a la salud”*, cuyas disposiciones fueron compiladas en el Decreto Unico Reglamentario del Sector Salud, y Protección Social 780 de 2016, modificado por los artículo 1 y 2, del Decreto 1370 de 2016, contempla quienes son afiliados al regimen subsidiado cuando a la letra dice:

“Artículo 2.1.5.1. Afiliados al régimen subsidiado. Modificado por el Art. 1 del Decreto Nacional 2083 de 2016. Son afiliados en el Régimen Subsidiado las personas que sin tener las calidades para ser afiliados en el Régimen Contributivo o al Régimen de Excepción o Especial, cumplan las siguientes condiciones:

- 1. Personas identificadas en los niveles I y II del Sisben o en el instrumento que lo reemplace, de acuerdo con los puntos de corte que adopte el Ministerio de Salud y Protección Social.*
- 2. Personas identificadas en el nivel III del Sisben o en el instrumento que lo reemplace que, a la vigencia de la Ley 1122 de 2007, se encontraban afiliados al régimen subsidiado.*
- 3. Las personas que dejen de ser madres comunitarias y sean beneficiarias del subsidio de la Subcuenta de Subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, en los términos de lo dispuesto en el artículo 164 de la Ley 1450 de 2011. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar elaborará el listado censal.*
- 4. Población infantil abandonada a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. El listado censal de beneficiarios será elaborado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).*
- 5. Menores desvinculados del conflicto armado. El listado censal de beneficiarios para la afiliación al Régimen Subsidiado de Salud de los menores desvinculados del conflicto armado bajo la protección del ICBF, será elaborado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, (ICBF).*
- 6. Población infantil vulnerable bajo protección en instituciones diferentes al ICBF. El listado censal de beneficiarios de esta población será elaborado por las alcaldías municipales.*
- 7. Comunidades Indígenas. La identificación y elaboración de los listados censales de la población indígena para la asignación de subsidios se efectuará de conformidad con lo previsto en el artículo 5° de la*

Ley 691 de 2001 y las normas que la modifiquen adicionen o sustituyan. No obstante, cuando las autoridades tradicionales y legítimas lo soliciten, podrá aplicarse la encuesta Sisben, sin que ello limite su derecho al acceso a los servicios en salud. Cuando la población beneficiaria identificada a través del listado censal no coincida con la población indígena certificada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), la autoridad municipal lo verificará y validará de manera conjunta con la autoridad tradicional para efectos del registro individual en la base de datos de beneficiarios y afiliados del Régimen Subsidiado de Salud.

8. Población desmovilizada. El listado censal de beneficiarios para la afiliación al Régimen Subsidiado de Salud de las personas desmovilizadas y su núcleo familiar deberá ser elaborado por la Agencia Colombiana para la Reintegración o quien haga sus veces. Los integrantes del núcleo familiar de desmovilizados que hayan fallecido mantendrán su afiliación con otro cabeza de familia.

9. Adultos mayores en centros de protección. Los adultos mayores de escasos recursos y en condición de abandono que se encuentren en centros de protección, el listado de beneficiarios será elaborado por las alcaldías municipales o distritales.

10. Población Rrom. El listado censal de beneficiarios para la afiliación al Régimen Subsidiado de Salud de la población Rrom se realizará mediante un listado censal elaborado por la autoridad legítimamente constituida (SheroRom o portavoz de cada Kumpania) y reconocida ante la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior. El listado deberá ser registrado y verificado por la alcaldía del municipio o distrito en donde se encuentren las Kumpania. No obstante, cuando las autoridades legítimas del pueblo Rrom lo soliciten, podrá aplicarse la encuesta Sisben.

11. Personas incluidas en el programa de protección a testigos. El listado censal de beneficiarios para la afiliación al Régimen Subsidiado de Salud de la población incluida en el programa de protección de testigos será elaborado por la Fiscalía General de la Nación.

12. Víctimas del conflicto armado de conformidad con lo señalado en la Ley 1448 de 2011 y que se encuentren en el Registro Único de Víctimas elaborado por la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

13. Población privada de la libertad a cargo de las entidades territoriales del orden departamental, distrital o municipal que no cumpla las condiciones para cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud. El listado censal de esta población será elaborado por las gobernaciones o las alcaldías distritales o municipales.

14. La población migrante de la República Bolivariana de Venezuela de que tratan los artículos 2.9.2.5.1 a 2.9.2.5.8 del presente decreto.”

La misma disposición consagra el período de protección laboral y el tiempo que permanece protegido en la eventualidad de algún cambio, cuando en el artículo 2.1.8.1, la norma contempla lo referente al período de protección laboral cuando a la letra dice:

“Artículo 2.1.8.1. Período de protección laboral. Cuando el empleador reporte la novedad de terminación del vínculo laboral o cuando el trabajador independiente pierda las condiciones para continuar como cotizante y reporte la novedad, el cotizante y su núcleo familiar gozarán del período de protección laboral hasta por uno (1) o tres (3) meses más contados a partir del día siguiente al vencimiento del período o días por los cuales se efectuó la última cotización.

Durante el período de protección laboral, el afiliado cotizante y su núcleo familiar tendrán derecho a la prestación de los servicios de salud del plan de beneficios por el período de un (1) mes cuando haya estado inscrito en la misma EPS como mínimo los doce (12) meses anteriores y de tres (3) meses cuando haya estado inscrito de manera continua durante cinco (5) años o más.

Cuando durante el período de protección laboral al afiliado se le otorgue el Mecanismo de Protección al Cesante previsto en la Ley 1636 de 2013 y en el Capítulo 1, del Título 6 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072 de 2015 o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan, el período de protección laboral cesará.

(Artículo 66 del Decreto 2353 de 2015)

Estas son las razones por las cuales, cuando existe una relación laboral o un contrato de trabajo, mediante la cual se haya vinculado a los trabajadores, no es posible aplicar el régimen subsidiado en salud, sino que por el contrario la Empleadora tiene la obligación de afiliarlos al sistema de seguridad social integral, salud, pensión, riesgos laborales, para cubrir los riesgos que pudieran ser ocasionados por las contingencias de enfermedad general y maternidad; invalidez, vejez y muerte y el accidente de trabajo y la enfermedad laboral.

Sin embargo, los trabajadores independientes quienes por su falta de capacidad económica para cotizar al sistema de seguridad social contributivo, establecido en la Ley 100 de 1993, pueden vincularse al sistema de seguridad social en el régimen subsidiado establecido en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, norma que establece la forma de implementación del régimen subsidiado en salud, norma que a la letra dice:

*“Artículo 157-Tipos de participantes en el sistema general de seguridad social en salud. A partir de la sanción de la presente ley, todo colombiano participará en el servicio público esencial de salud que permite el sistema general de seguridad social en salud. **Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado** y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.*

A) Afiliados al sistema de seguridad social

Existirán dos tipos de afiliados al sistema general de seguridad social en salud:

- 1- Los afiliados al sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente ley.*
- 2- **Los afiliados al sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el artículo 211 de la presente ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización.** Será subsidiada en el sistema general de seguridad social en salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y posparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores*

de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.

B) Personas vinculadas al sistema.

Los participantes vinculados son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado. (resaltado fuera de texto)

Por eso, cuando existe la posibilidad de que la persona labore como independiente, puede laborar como tal en cualquier actividad como también tendrá la posibilidad de formar su empresa y tener trabajadores a su servicio, con quienes tendrá las obligaciones como Empleador; sin embargo, si sus ingresos no le permiten tener capacidad de pago, puede pertenecer al régimen subsidiado. El Decreto 3063 de 1989, “*Por el cual se aprueba el Acuerdo 044 de 1989 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios*”, define al trabajador independiente en su artículo 15, así:

“Artículo 15 Trabajador Independiente. Se entiende por trabajador independiente o autónomo, la persona natural que ejerce personal y directamente una Profesión; oficio o actividad económica, con o sin trabajadores a su servicio, sin sujeción a contrato de trabajo.

Cuando el trabajador independiente tenga trabajadores bajo su dependencia, adquiere el carácter de patrono frente a ellos.”

Por ello, en caso de sufrir una contingencia, cuando el trabajador independiente carece de capacidad de pago y pertenece al régimen subsidiado en salud, el sistema tan solo le otorga prestaciones asistenciales, a través de la EPS., subsidiadas y no prestaciones económicas, como si paga el régimen contributivo en atención a lo normado por el artículo del Decreto Único Reglamentario del Sector Salud 780 de 2016, en su artículo 2.1.1.3, de las Definiciones, en el cual en su numeral segundo establece lo pertinente al pago de las prestaciones económicas en el régimen contributivo, norma que a la letra dice en su parte pertinente:

“Artículo 2.1.1.3 Definiciones. Para los efectos de la presente Parte, las expresiones afiliación, afiliado, datos básicos, inscripción a la Entidad Promotora de Salud - EPS, movilidad, novedades,

registro, traslados, traslado de EPS dentro de un mismo régimen, traslado de EPS entre regímenes diferentes, y validación tendrán los siguientes alcances:

1. (...)
2. *Afiliado: Es la calidad que adquiere la persona una vez ha realizado la afiliación y que otorga el derecho a los servicios de salud del plan de beneficios que brinda el Sistema General de Seguridad Social en Salud y, **cuando cotiza, a las prestaciones económicas...*** (resaltado fuera de texto)

Con respecto al accidente de trabajo, cabe manifestar que el Sistema de Riesgos Laborales, se encuentra reglado en la Ley 100 de 1993, su Decreto Ley Reglamentario 1295 de 1994, el cual fuera modificado por la Ley 1562 de 2012, norma que entre otros aspectos, regula lo concerniente a las incapacidades de origen laboral, estableciendo el ingreso base de liquidación para este tipo de incapacidades pues cuando se trata de accidente de trabajo o enfermedad profesional, es diferente a la de origen común, debido a que las incapacidades las cancela el sistema de seguridad social en riesgos laborales, en el 100% del ingreso base de cotización, desde el día siguiente al de ocurrencia de la contingencia, de acuerdo a lo normado por la Ley 1562 de 2012, *“Por la cual se modifica el sistema de riesgos laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional”*.

El artículo 3 de la Ley 1562 de 2012, establece la definición de lo que se considera como accidente de trabajo, norma que a la letra dice:

“Artículo 3°. Accidente de trabajo. Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce 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. Igualmente se considera accidente de trabajo el que se produzca 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. También se considerará como accidente de trabajo el ocurrido 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. De igual forma se considera accidente de trabajo 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.”

La H. Corte Constitucional, en Sentencia C-509/14, Referencia expediente D-10016, Magistrado ponente Doctor Mauricio González Cuervo, conceptúa sobre el accidente de trabajo, en uno de sus apartes la Sentencia dice:

“4.4. Concepto de accidente de trabajo.

4.4.1. Previo a la concepción de accidente de trabajo del artículo 3 de la Ley 1562 de 2012, la definición del mismo era inexistente, en la medida en que la noción contemplada en el Decreto Ley 1295 de 2004 fue declarada inexecutable por la Corte en la sentencia C-858 de 2006, al constatarse el desbordamiento de las facultades expresas conferidas al Presidente. Por lo que desde su expulsión del ordenamiento jurídico hasta la sanción de la Ley ahora acusada, se tomó como referencia el concepto de la CAN plasmado en la Decisión 584, el cual como puede apreciarse es muy similar al contemplado por el legislador en el artículo 3 ahora demandado, así ... “

Por tanto, no es la clase de afección que sufra el trabajador como consecuencia de la ocurrencia de una contingencia, lo que hace que ella sea calificada como de origen común o laboral, sino que el suceso acaecido al trabajador, encaje dentro de la definición que de accidente de trabajo trae la norma transcrita ut supra, el cual tiene como condiciones que sea un suceso que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo y que produzca, como en el caso que nos ocupa una lesión orgánica o una perturbación funcional o psiquiátrica o una invalidez o la muerte.

El Decreto-Ley 1295 de 1994 *“Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales”*, que fuera modificado en algunos de sus aspectos por la Ley 1562 de 2012, establece las prestaciones asistenciales y económicas que se derivan del accidente de trabajo, norma que en su artículo 5 a la letra dice:

“Artículo 5º. Prestaciones asistenciales.

Todo trabajador que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional tendrá derecho, según sea el caso, a:

- a) Asistencia médica, quirúrgica, terapéutica y farmacéutica;*
- b) Servicios de hospitalización;*
- c) Servicio odontológico;*
- d) Suministro de medicamentos;*
- e) Servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento;*
- f) Prótesis y órtesis, su reparación, y su reposición solo en casos de deterioro o desadaptación, cuando a criterio de rehabilitación se recomiende;*
- g) Rehabilitaciones física y profesional;*
- h) Gastos de traslado, en condiciones normales, que sean necesarios para la prestación de estos servicios.*

Los servicios de salud que demande el afiliado, derivados del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, serán prestados a través de la Entidad Promotora de Salud a la cual se encuentre afiliado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, salvo los tratamientos de rehabilitación

profesional y los servicios de medicina ocupacional que podrán ser prestados por las entidades administradoras de riesgos profesionales.

Los gastos derivados de los servicios de salud prestados y que tengan relación directa con la atención del riesgo profesional, están a cargo de la entidad administradora de riesgos profesionales correspondiente.

La atención inicial de urgencia de los afiliados al sistema, derivados de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, podrá ser prestada por cualquier institución prestadora de servicios de salud, con cargo al sistema general de riesgos profesionales.”

El artículo 7 ibídem, establece las prestaciones económicas, norma que a la letra dice:

“Artículo 7º. Prestaciones económicas.

Todo trabajador que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional tendrá derecho al reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones económicas:

- a) Subsidio por incapacidad temporal;*
- b) Indemnización por incapacidad permanente parcial;*
- c) Pensión de Invalidez;*
- d) Pensión de sobrevivientes; y,*
- e) Auxilio funerario.”*

Por tanto, cuando haya ocurrido una contingencia, y el trabajador es dependiente, su Empleador por ser el aportante al Sistema de Seguridad Social y quien crea el riesgo para el trabajador, es quien en atención a lo normado por el artículo 124 del Decreto 019 de 2012, debe realizar el trámite pertinente para la obtención del pago de las prestaciones económicas, consistentes en el auxilio por la incapacidad, cancelándole al trabajador la incapacidad en las mismas fechas en las cuales se le cancelaba el salario, todo ello para proteger el mínimo vital del trabajador y su núcleo de familia.

La H. Corte Constitucional, en Sentencia T-245/15, Referencia: expediente T-468652, Magistrado Ponente, Doctor Jorge Ivan Palacio Palacio, en uno de los apartes de la Providencia al respecto de las incapacidades, a la letra dice:

“RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES-Reglas jurisprudenciales

A pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar las acreencias laborales, entre ellas las incapacidades, cuando estas no se pagan oportunamente se afectan derechos del orden constitucional, por lo que se hace necesaria la intervención del juez de tutela a fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se puede ver abocado el individuo y su núcleo familiar.”

El Sistema de Riesgos Laborales, se encuentra reglado en la Ley 100 de 1993, su Decreto Ley Reglamentario 1295 de 1994, el cual fuera modificado por la Ley 1562 de 2012, norma que entre otros aspectos, regula lo concerniente a las incapacidades de origen laboral, estableciendo el ingreso base de

liquidación para este tipo de incapacidades pues cuando se trata de accidente de trabajo o enfermedad profesional, es diferente a la de origen común, pues las incapacidades las cancela el sistema de seguridad social en riesgos laborales, en el 100% del ingreso base de cotización, desde el día siguiente al de ocurrencia de la contingencia, de acuerdo a lo normado por la Ley 1562 de 2012, “Por la cual se modifica el sistema de riesgos laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional”, norma que en su artículo 5 a la letra dice:

“Artículo 5°. Ingreso base de liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las prestaciones económicas lo siguiente:

a) Para accidentes de trabajo El promedio del Ingreso Base de Cotización (IBC) de los seis (6) meses anteriores a la ocurrencia al accidente de trabajo, o fracción de meses, si el tiempo laborado en esa empresa fuese inferior a la base de cotización declarada e inscrita en la Entidad Administradora de Riesgos Laborales a la que se encuentre afiliado;

b) Para enfermedad laboral El promedio del último año, o fracción de año, del Ingreso Base de Cotización (IBC) anterior a la fecha en que se calificó en primera oportunidad el origen de la enfermedad laboral. En caso de que la calificación en primera oportunidad se realice cuando el trabajador se encuentre desvinculado de la empresa se tomará el promedio del último año, o fracción de año si el tiempo laborado fuese inferior, del Ingreso Base de Cotización (IBC) declarada e inscrita en la última Entidad Administradora de Riesgos Laborales a la que se encontraba afiliado previo a dicha calificación.

Parágrafo 1°. Las sumas de dinero que las Entidades Administradoras de Riesgos Laborales deben pagar por concepto de prestaciones económicas deben, indexarse, con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) al momento del pago certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE.

Parágrafo 2°. Para el caso del pago del subsidio por incapacidad temporal, la prestación será reconocida con base en el último (IBC) pagado a la Entidad Administradora de Riesgos Laborales anterior al inicio de la incapacidad médica las Administradoras de Riesgos Laborales deberán asumir el pago de la cotización a pensiones y salud, correspondiente a los empleadores o de los trabajadores independientes, durante los periodos de incapacidad temporal y hasta por un Ingreso Base de Cotización equivalente al valor de la incapacidad. La proporción será la misma establecida para estos sistemas en la Ley 100 de 1993.

Parágrafo 3°. El pago de la incapacidad temporal será asumido por las Entidades Promotoras de Salud, en caso de que la calificación de origen en la primera oportunidad sea común; o por la Administradora de Riesgos Laborales en caso de que la calificación del origen en primera oportunidad sea laboral y si existiese controversia continuarán cubriendo dicha incapacidad temporal de esta manera hasta que exista un dictamen en firme por parte de la Junta Regional o Nacional si se apela a esta, cuando el pago corresponda a la Administradora de Riesgos Laborales y esté en controversia, esta pagará el mismo porcentaje estipulado por la normatividad vigente para el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, una vez el dictamen esté en firme podrán ; entre ellas realizarse los respectivos reembolsos y la ARP reconocerá al trabajador la diferencia en caso de que el dictamen en firme indique que correspondía a origen laboral.

Parágrafo 4. El subsidio económico por concepto favorable de rehabilitación a cargo de la Administradora del Fondo de Pensiones se reconocerá en los términos del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012 o la norma que lo modifique o sustituya” (resaltado fuera de texto)

Sin embargo, la Administradora de Riesgos Laborales, es responsable del accidente del trabajo o la enfermedad laboral, aun cuando el trabajador ya no labore para la Empleadora frente a la cual le ocurrió la contingencia, debido a que debe responder de igual manera que al momento de la contingencia, por las secuelas del accidente de trabajo o la enfermedad laboral, en atención a lo normado por el artículo del Decreto 776 “Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales”, norma que en su artículo 1 , a la letra dice:

“Artículo 1 DERECHO A LAS PRESTACIONES. Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, en los términos de la presente ley o del Decreto-ley 1295 de 1994, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera,

tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto-ley 1295 de 1994 y la presente ley (...)

PARÁGRAFO 2o. Las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, serán reconocidas y pagadas por la administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación.

Cuando se presente una enfermedad profesional, la administradora de riesgos profesionales que asume las prestaciones, podrá repetir proporcionalmente por el valor pagado con sujeción y, en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura.

Para enfermedad profesional en el caso de que el trabajador se encuentre desvinculado del Sistema de Riesgos Profesionales, y la enfermedad sea calificada como profesional, deberá asumir las prestaciones la última administradora de riesgos a la cual estuvo vinculado, siempre y cuando el origen de la enfermedad pueda imputarse al período en el que estuvo cubierto por ese Sistema.

*La **Administradora de Riesgos Profesionales** en la cual se hubiere presentado un accidente de trabajo, **deberá responder íntegramente por las prestaciones derivadas de este evento, tanto en el momento inicial como frente a sus secuelas, independientemente de que el trabajador se encuentre o no afiliado a esa administradora ...”** (resaltado fuera de texto)*

Igualmente, el Empleador debe responder por la culpa en el accidente de trabajo y la enfermedad laboral, a través del pago de la plenitud de las indemnizaciones que le adeuda al trabajador, en atención a lo

normado por el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 216, cuestión que se reclama judicialmente, norma que a la letra dice:

*“Artículo 216. CULPA DEL EMPLEADOR. **Cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este Capítulo**” (resaltado fuera de texto)*

Sin embargo, es la Justicia la que a través de sus Autoridades, es la única que tiene facultad exclusiva y excluyente para declarar derechos y definir controversias judiciales.

Sin embargo, cuando existe disminución de la capacidad para laborar por parte de un trabajador como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad laboral, es deber del Empleador y de las Autoridades tanto Administrativas, como Judiciales, proteger a quienes se encuentran en situación de

debilidad manifiesta, para quienes tanto la Constitución Nacional, norma de normas, en su artículo 25, que protege el derecho fundamental al trabajo, como la Ley 361 de 1997 *“Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones”*, en su artículo 26, norma reflejo de la protección constitucional antes aludida, preceptúan lo concerniente a la prohibición de discriminación laboral de la persona que se encuentre en situación de discapacidad, pues ella no es sinónimo de ausencia de capacidad para laborar, norma constitucional que a la letra dice:

“Artículo 25 - 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”.

En atención a ello, el Gobierno Nacional, expidió la Ley 361 de 1997, *“Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones”*, la que en su artículo 26 refleja la protección constitucional al derecho fundamental al trabajo, debida a las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad, norma que a la letra dice:

“Artículo 26 – No discriminación a persona en situación de discapacidad- En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá

ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente

a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

La norma antes transcrita preconiza la protección a la no discriminación laboral de las personas en situación de discapacidad y solo cuando se comprueba incompatible con el cargo a desempeñar, existe la obligación del Empleador de solicitar la autorización del Ministerio de Trabajo para la correspondiente desvinculación, para que el Empleador realice el procedimiento de solicitud de autorización de despido de quien se encuentra vinculado como trabajador o como funcionario. Esto se hace con el fin de proteger a la población vulnerable por encontrarse en situación de discapacidad y por sobre todo proteger el derecho fundamental al trabajo de la persona que se encuentra en esta situación, pues la Constitución Nacional al reglar la especial protección de las personas en estado de vulnerabilidad en la Ley 361 de 1997, lo que protege es el derecho fundamental al trabajo y la no discriminación laboral de las personas que se encuentran vinculadas laboralmente.

La protección preconizada en la norma transcrita ut supra, por tanto, se predica para todo trabajador o Funcionario, que se encuentra en estado de vulnerabilidad con respecto a la entidad Empleadora que pretende abusivamente la desvinculación del trabajador o Funcionario o la transgresión de los derechos laborales que le corresponden, tales como el pago de salarios, prestaciones sociales y todos los emolumentos laborales y la afiliación y pago de aportes al sistema de seguridad social integral, de quienes se encuentren vinculados al mercado laboral.

Por ello, la prórroga constitucional, principio desarrollado jurisprudencialmente por la H. Corte Constitucional, siendo la suprema guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución Nacional, (artículo 241 de la Constitución Nacional) es como su nombre lo indica, la protección que la Constitución Nacional le otorga a los Trabajadores o Funcionarios que se encuentran en estado de vulnerabilidad, por encontrarse en situación de discapacidad extendida al mundo laboral, reflejada en el derecho que les asiste a que el Empleador no pueda desvincularlos abusivamente del trabajo por el hecho de encontrarse en situación de discapacidad, amén de la posibilidad de que siendo la misma demostrada incompatible con el cargo a desempeñar, el Empleador deba solicitar autorización al Ministerio de Trabajo, para la desvinculación del trabajador o funcionario discapacitado.

Esta situación se da igualmente, por cuanto la discapacidad de un trabajador no es sinónimo de falta de capacidad para trabajar sino diversidad funcional, lo que hace que sea indignante la discriminación laboral por esta situación, que en ocasiones se da por cuanto el paradigma de la sociedad que pretende perfección en sus individuos no existe en la realidad, siendo un conjunto de personas que en su diversidad funcional, tienen la misma dignidad, no importa la situación en la que cada quien se encuentre, solamente que el Estado tiene la obligación de protección a la población vulnerable, en la forma antes prevista.

La H. Corte Constitucional en su Jurisprudencia ha desarrollado la temática de la protección constitucional en lo referente a la población vulnerable, como en lo relativo al cambio de paradigma de la discapacidad, cuando en Sentencia T-098/15.- Referencia: Expedientes T-4579271, T-4599253, T-4598573, T-4597713 y T-4579776 .- Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expresó al respecto:

“PROTECCION LABORAL REFORZADA DEL TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD

Al respecto, ha dicho la Corte lo siguiente: “... se encuentra establecido que se presenta una clara diferencia

*entre los conceptos de discapacidad e invalidez. En efecto, podría afirmarse que la discapacidad es el género, mientras que la invalidez es la especie, y en consecuencia no siempre que existe discapacidad necesariamente nos encontramos frente a una persona invalida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa”. Agrega que la discapacidad “implica una restricción debida a la deficiencia de la facultad de realizar una actividad en la forma y dentro del margen que se considera normal para el ser humano en su contexto social. En este sentido, **discapacidad no puede asimilarse, necesariamente a pérdida de capacidad laboral. Así, personas con un algún grado discapacidad pueden desarrollarse plenamente en el campo laboral...**” (Negrilla fuera del texto)*

En conclusión las prestaciones asistenciales y económicas a las que tiene derecho el trabajador que sufre un accidente de trabajo o enfermedad laboral como consecuencia de la ocurrencia de una contingencia de origen laboral, deben ser asumidas por la correspondiente Administradora de Riesgos Laborales, la que debe cancelar tanto las prestaciones asistenciales como las económicas, aludidas con antelación, siendo las incapacidades inicialmente canceladas al trabajador por parte del Empleador a quien se le presente la incapacidad concedida y quien por ser el aportante debe realizar el trámite respectivo ante la Administradora de Riesgos Laborales, cancelándole al trabajador los respectivos valores en la misma fecha en la que le cancelaba el salario para no afectar el mínimo vital del trabajador y el de su núcleo de familia, que depende económicamente del ingreso percibo por el trabajador; contraria situación frente a la ocurrencia de una contingencia de un trabajador independiente que debido a su falta de capacidad de pago se encuentra en el regimen subsidiado en salud, pues cuando se presente una contingencia que sería calificada como de origen común, tan solo tiene derecho al pago de las prestaciones asistenciales, más no las económicas, que son privilegio del sistema contributivo.

Por ello, si el trabajador, considera que su Empleador ha vulnerado sea las normas constitucionales o legales a las que se ha hecho alusión con antelación, al pertenecer a una población vulnerable, por su situación de salud al ser despedido sin los condicionamientos legales a los cuales se hace referencia con antelación, estará en libertad de acudir a los Estrados Judiciales en defensa de sus derechos, pues las protecciones que las normas da en situaciones como las planteadas son de rango constitucionales, las cuales podrán ser reclamadas vía tutela.

Para más información, se invita a consultar nuestra página web www.mintrabajo.gov.co, en donde entre otros aspectos de interés, se encuentra tanto la normatividad laboral como los conceptos institucionales, los cuales servirán de guía para solventar sus dudas en esta materia.

La presente consulta se absuelve en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual las respuestas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

MARISOL PORRAS MENDEZ

Coordinadora

Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia Laboral de la Oficina Jurídica

Elaboró: Adriana C.
Revisó: Maria G.
Aprobó: Dra. Marisol P.

Ruta Electrónica:/C:\Users\lcalvachi\Documents\2017 CONSULTAS\15-12-2017\11EE2017120000000043920 Atenais Cervantes CAJACOPI EPS Régimen subsidiado.docx+