

Bogotá, D.C.

08SE2017120300000028828

Al responder por favor citar este número de radicado

URGENTE

ASUNTO: Respuesta Radicado No. 11EI201712000000002582 – 2017
Trámite y reconocimiento de pensión de invalidez por enfermedad de origen común superior a 540 días

Respetado(a) Señor(a)

Le presentamos disculpas por la demora en la respuesta a su comunicación, pero dificultades de índole administrativo nos imposibilitaron atenderla de manera oportuna.

Ahora bien, en atención a su comunicación radicada en esta Oficina Asesora Jurídica, a través de la cual requiere pronunciamiento de este Ministerio sobre trámite y reconocimiento de pensión de invalidez por enfermedad de origen común superior a 540 días, le informo:

Alcance de los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica

Antes de dar trámite a su consulta es de aclararle que esta Oficina Asesora Jurídica solo estaría habilitada para **emitir conceptos generales y abstractos** en relación con las normas y materias que son competencia de este Ministerio, de conformidad con el Artículo 8° del Decreto 4108 de 2011 y por ende **no le es posible realizar declaraciones de carácter particular y concreto**. De igual manera, el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el art. 41 del D.L. 2351 de 1965, modificado por el art. 20 de la ley 584 de 2000, dispone que los funcionarios de este Ministerio **no quedan facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces**.

Tema de consulta

- Trámite y reconocimiento de pensión de invalidez por enfermedad de origen común superior a 540 días

Normatividad aplicable

- Ley 100 de 1993
- Decreto 2463 del 2001
- Ley 1573 del 2015
- Jurisprudencia Colombiana

Consideraciones

Sobre la Estabilidad ocupacional reforzada

Con el fin de darle respuesta a la solicitud radicada por usted ante este Ministerio, es necesario aclarar algunos aspectos legales y jurisprudenciales que pueden fungir como criterios orientadores para dilucidar la solución al problema jurídico planteado en su escrito.

Como primera medida, es necesario indicar que los trabajadores en situación de discapacidad, gozan de una protección especial, establecida por el ordenamiento jurídico, que atendiendo a su especial condición de salud, les otorga una estabilidad reforzada (fuero de salud) para la permanencia en sus trabajos. Protección que obedece a la desigualdad o debilidad del trabajador en situación de discapacidad, frente a los demás trabajadores. Toda vez que no se encuentran en las mismas condiciones físicas y/o psíquicas para el desarrollo de las funciones o tareas para las que han sido contratados; consiste entonces ese fuero en la protección especial de la que gozan los trabajadores que padecen una disminución física, psíquica y/o sensorial (disminución en la salud) que lo pone en condiciones de desigualdad ante los demás trabajadores. Al respecto, el artículo 26 de la ley 361 de 1997 dispuso:

“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la limitación <discapacidad><1> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación <discapacidad><1> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. **Así mismo, ninguna persona limitada <en situación de discapacidad><1> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad><1>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.**

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad><1>, 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”. (Resaltado Fuera de texto)

Ahora bien, la Corte Constitucional en aras de respaldar los derechos y las garantías de los trabajadores, unifico sus criterios con relación a la estabilidad laboral que tienen aquellas personas quienes sin tener previa

calificación por parte de las juntas de calificación, para valorar la pérdida de su capacidad laboral, tienen un aval con relaciones a su situación laboral; es decir, cuando aquellos trabajadores que no han sido determinados a través de una calificación de pérdida de capacidad laboral, encontrada esta como moderada, severa o profunda, o cuente con un certificado que acredite que su condición de salud le impide llevar una situación laboral dentro de los rangos de ejecución normal, cuenta con una estabilidad que la mencionada Corte en su sentencia de unificación 049 del 2 de febrero del 2017, con la ponencia de la Magistrada María Victoria Calle Correa ha llamado **Estabilidad Ocupacional Reforzada**.

Es decir, la Corte Constitucional en su sentencia de unificación, amplía el rango de protección para aquellas personas que pese a que no cuenten con un certificado que acredita que su condición de salud, es un factor que le impide de manera efectiva realizar sus actividades laborales o prestaciones, para el caso de las personas vinculadas a través de contrato de prestación de servicios o lo ponga en una situación de debilidad manifiesta, cuentan con la garantía y protección constitucional de gozar de una estabilidad, que impide que su situación laboral sea desmejorada o terminada sin una justa causa debidamente certificada por este Ministerio, so pena de que aquel despido sea declarado por la jurisdicción laboral como ineficaz, pues es la Constitución, quien garantiza la protección igualitaria en virtud del artículo 13 de la misma y no discrimina o hace referencia alguna a que esa estabilidad se encuentre sometida a algún tipo de calificación.

Esta Oficina Asesora Jurídica considera pertinente traer a colación uno de los fragmentos de la mencionada sentencia, que a la letra dice:

“El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. 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. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada 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, incluso en el contexto de una relación contractual de prestación de servicios, cuyo contratista sea una persona que no tenga calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda” (Negrilla fuera del texto)

Pues como lo ha interpretado la Corte Constitucional, al encontrarse el trabajador en una situación que le impide ejecutar al 100 por ciento su productividad laboral por una condición de salud, física psíquica, mental o cualquiera que lo lleve a enfrentarse ante una debilidad manifiesta, puede desafiar una discriminación ante su condición, escenario que resulta contrario a los fines que persigue este Estado Social de Derecho que anima el fortalecimiento de las condiciones humanas, así entonces, en el entendido de que el trabajo dignifica al hombre y ostenta la importancia que resulta necesaria para su manutención y la de su familia, calificar al trabajador solo por su productividad dejando alejado las circunstancias que le impiden realizar de manera efectiva su trabajo, independientemente de una calificación previa, atenta contra el derecho al trabajo, este planteamiento lo mantiene la Corte Constitucional, cuando en la prenombrada sentencia dijo:

“Los seres humanos no son objetos o instrumentos, que solo sean valiosos en la medida de su utilidad a los fines individuales o económicos de los demás. Las personas tienen un valor en sí mismas, y al experimentar una afectación de salud no pueden ser tratadas como las mercancías o las cosas, que se desechan ante la presentación de un ‘desperfecto’ o ‘problema funcional’. Un fundamento del Estado constitucional es “el respeto de la dignidad humana” (CP art 1), y la Constitución establece que el trabajo, “en todas sus modalidades”, debe realizarse en condiciones dignas y justas (CP art 25). Estas previsiones impiden que en el trabajo las personas sean degradadas a la condición exclusiva de instrumentos”

Sobre la rehabilitación del trabajador

Frente al tema que nos atañe, en cuanto al concepto favorable de rehabilitación, resulta necesario mencionar los artículos 4º y 8º de la Ley 776 de 2002 se establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 4o. REINCORPORACIÓN AL TRABAJO. *Al terminar el periodo de incapacidad temporal, los empleadores están obligados, si el trabajador recupera su capacidad de trabajo, a ubicarlo en el cargo que desempeñaba, o a reubicarlo en cualquier otro para el cual esté capacitado, de la misma categoría.*

ARTÍCULO 8o. REUBICACIÓN DEL TRABAJADOR. *Los empleadores están obligados a ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios.”*

Una vez el trabajador haya cumplido el proceso de rehabilitación satisfactoriamente, el empleador estará obligado a reincorporarlo en el mismo cargo que desempeñaba o reubicarlo en otro que pueda desarrollar.

Ahora bien, si se trata de un trabajador que **después de su rehabilitación** haya quedado con una incapacidad parcialmente, el empleador deberá reubicarlo en el mismo cargo o en otro de acuerdo a sus nuevas capacidades.

No obstante, si una vez realizado todo el proceso de rehabilitación, el empleador desea dar por terminado el contrato laboral deberá llevar acabo el trámite y autorización de despido en razón a su discapacidad o problemas de salud del trabajador ante el Inspector de Trabajo. Sobre el particular, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-531/2000 del 10 de mayo de 2000, Referencia: Expediente D-2600, M.P. Álvaro Tafur Galvis, manifestó lo siguiente:

“(…) En consecuencia, la Corte procederá a integrar al ordenamiento legal referido los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como los mandatos constitucionales que establecen una protección especial para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), de manera que, se procederá a declarar la exequibilidad del inciso 2o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, bajo el entendido de que el

despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria. (Subrayas fuera de texto).

Cabe destacar que la indemnización contenida en este inciso es adicional a todas las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar según la normatividad sustantiva laboral (Ley 50 de 1990), como bien se indica en el texto del inciso 2o. del artículo 26 en estudio. (...)"

Sobre la incapacidad:

La incapacidad es la circunstancia en que se encuentra un trabajador inhabilitado física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio para el cual fue contratado; en este período, el trabajador no devenga salario sino un auxilio económico reconocido por el Sistema de Seguridad Social en Salud en las condiciones establecidas en la legislación laboral y de seguridad social vigente sobre la materia. El artículo 206 de la Ley 100 de 1993 dispone lo siguiente:

“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”.

El auxilio por incapacidad, se define como el reconocimiento y pago de una prestación de tipo económico que hacen las empresas promotoras de salud (EPS) a sus afiliados cotizantes no pensionados, por todo el tiempo en que estén inhabilitados física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio para el cual fue contratado. Al respecto, el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo estableció lo siguiente:

“ARTÍCULO 227. VALOR DE AUXILIO. <Ver Notas del Editor> <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”.

Como lo indicó la citada norma, en caso de incapacidad 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.** Pasados 180 días de incapacidad, la empresa promotora de Salud deja de tener la responsabilidad de reconocer el pago de una

incapacidad, y por tanto, deberá iniciarse el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral para el reconocimiento de las prestaciones de invalidez.

Frente a la incapacidad superior a los 540 días

Resulta pertinente resaltar la obligación frente a la cual se encuentra sometida la Empresa Promotora de Salud, de pagar el respectivo auxilio económico cuando el empleador reporta la incapacidad en la que se encuentra inmerso el trabajador, así entonces, frente al mismo pago, se encuentra adherida aquella de prestar todos los servicios necesarios para que el trabajador pueda reincorporarse a su actividad laboral o sea reconocido con la pensión de invalidez.

Así entonces, superados los 120 y antes de los 150 días de incapacidad, la Empresa Promotora de Salud, debe enviar al respectivo fondo de pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador, el concepto favorable de rehabilitación, con la finalidad de que el fondo de pensiones postergue el proceso de calificación para el reconocimiento de la pensión de invalidez por un término de 360 días adicionales a los primeros 180 días, para un total de 540 días, es decir, cuando la Empresa Promotora de Salud, expida el concepto favorable de rehabilitación, el fondo de pensiones posterga el proceso de calificación por 360 días adicionales, pero si la Empresa Promotora de Salud no expide dicho certificado, seguirá siendo responsabilidad de la misma, el pago del auxilio económico de incapacidad hasta tanto se expida el mencionado certificado, así lo establece el artículo 142 del Decreto Ley 19 del 2012 que a la letra dice:

“ARTICULO 142. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ.

El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, quedará así:

“Artículo 41. Calificación del Estado de Invalidez. *El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.*

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.

El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta

decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional. Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones -, ARP, aseguradora o entidad promotora de salud) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudir en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la respectiva entidad.

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 (sic) 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.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.”(Negrilla fuera del texto)

Ahora bien, con relación al pago del auxilio económico de la incapacidad cuando esta supera los 540 días, es importante mencionar la sentencia T – 200 del 3 de abril del 2017 con ponencia del Magistrado José Antonio Céspedes Amarís, pues esta determina lineamientos importantes que se encuentran presentes a la hora de ponderar los derechos de los trabajadores, entre ellos con relación al mínimo vital estableció:

“El pago de incapacidades tiene una estrecha relación con la garantía del derecho al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, en los periodos en los cuales la persona no se encuentra en condiciones adecuadas para realizar labores que le permitan obtener un salario. Con estas reglas, la Corte reconoce implícitamente que sin dicha prestación, es difícilmente presumible que se estén garantizando los derechos mencionados.”(Negrilla fuera del texto)

En ese entendido y ante el vacío jurídico que existía con relación sobre quien recaía la obligación del pago del auxilio económico de incapacidad cuando esta supera los 540 días, el Gobierno Nacional a través de la Ley 1573 del 2015, en su artículo 67 estableció la destinación de los recursos que administran las Empresas Promotoras de Salud, así en su literal a señala:

*“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.” (Negrilla fuera del texto)*

Conclusiones

- El término de la Estabilidad Laboral Reforzada se amplía para aquellas personas que sin tener una calificación de pérdida de capacidad laboral en leve, moderada o severa o certificación que acredite que su deteriorada salud es una razón para que su productividad laboral se vea disminuida, implica hablar de una Estabilidad Ocupacional Reforzada, que garantiza que su situación laboral no se vea disminuida o terminada sin que se compruebe la justa causa por parte de un inspector de trabajo de este Ministerio so pena de que la terminación sea declarada ineficaz.
- Es obligación del pago del auxilio económico de la incapacidad será:
 - ✓ Los primeros dos días pagados por parte del empleador
 - ✓ Desde el día 3 hasta el día 180 por parte de la Empresa Promotora de Salud, con la obligación por parte de la misma dentro de los 120 a 150 días de incapacidad de enviar al fondo de pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador el concepto favorable de rehabilitación.
 - ✓ Desde el día 180 días hasta el día 360 días por parte del fondo de pensiones
 - ✓ Desde el día 360 y posterior a los 540 días a menos que se reconozca la pensión de invalidez por parte de la Empresa Promotora de Salud

Finalmente este Ministerio lo invita para que visite nuestra página <http://mintrabajo.gov.co/conceptos-institucionales-oficina-asesora-juridica>, donde encontrará publicado los conceptos que ha emitido esta Oficina Asesora Jurídica.

En este sentido damos respuesta a su comunicación, no sin antes advertir que este concepto tiene los alcances determinados en el artículo 28 de la Ley 1437 del 2011, adicionado por el artículo 1 de la ley 1755 del 30 de junio del 2015 en virtud del cual las respuestas dadas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

MARISOL PORRAS MENDEZ

Coordinadora

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

Transcriptor: Alejandra P.
Elaboró: Alejandra P. 19/08/2017
Aprobó: Marisol P.