

Bogotá D.C.

Al responder por favor citar esté número de radicado

URGENTE

ASUNTO: Radicado 11EE2017120300000000338 - 2016
Pago de Incapacidades Superiores a 540 Días

Respetada señora:

Hemos recibido la comunicación radicada con el número del asunto, en la cual Usted indica que un trabajador que desempeña labores como vigilante lleva más de 540 días de incapacidad, respecto de lo cual el fondo de pensiones le informo que a ellos ya no les correspondía el pago de las incapacidades, por lo anterior requiere se informe quien debe asumir el pago de estas incapacidades, si la EPS o la Empresa, en el caso del trabajador que no lo han calificado o su calificación es inferior al 50% pero continua con incapacidades.

Inicialmente, se observa oportuno señalar que de acuerdo con la naturaleza y funciones asignadas en el Decreto Ley 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 ni dirimir controversias.

El Artículo 41 de la Ley 100 de 1993 modificado por el Artículo 142 del Decreto 19 de 2012, establece el trámite de determinación de la pérdida de la capacidad laboral su origen y la calificación del estado de invalidez, el cual debe ser realizado en primera oportunidad por las Entidades Administradoras de la Seguridad Social tales como la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, las Administradoras de Riesgos Laborales ARL, las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y las Entidades Promotoras de Salud EPS y en caso de controversia deberá ser definida por las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y de persistir la misma será de conocimiento del Juez Laboral competente.

La misma disposición normativa establece que la EPS antes de superados los 180 días (antes del día 120 de la incapacidad) deberá expedir el concepto favorable o desfavorable de rehabilitación (y enviarlo antes del día 150 de la misma incapacidad al fondo), así en el caso de que sea favorable el fondo de pensiones postergará el trámite de calificación de invalidez hasta por un término máximo de 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días y seguirá reconociendo el subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

En el caso de que el concepto expedido sea desfavorable para rehabilitación, el fondo de pensiones deberá verificar que la calificación de la pérdida de la capacidad laboral es superior al 50% así como el cumplimiento por parte del afiliado de los demás requisitos para proceder al reconocimiento de la pensión de invalidez.

Al respecto la Honorable Corte Constitucional, en la sentencia T-137 de 2012, hace énfasis en la obligación por parte del Fondo de Pensiones del pago de las incapacidades superiores a los primeros 180 días, como una traducción del desarrollo del principio constitucional plasmado en el Artículo 48 relativo a que la Seguridad Social es un derecho fundamental e irrenunciable, así las cosas, en uno de sus apartes expreso lo siguiente:

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

Ahora bien, 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 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 y hasta que se expida el dictamen de pérdida de capacidad laboral, que le permita consolidar el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez.

De acuerdo con lo planteado, si el afiliado no alcanza el porcentaje mínimo requerido para consolidar el derecho pensional, y por su estado de salud le siguen ordenando incapacidades laborales, le corresponderá al fondo de pensiones continuar con el pago de aquéllas, siempre que exista un concepto médico favorable de rehabilitación o hasta que se emita, o, hasta que se pueda efectuar una nueva calificación de su invalidez

(...)”

Así en conclusión, es claro que por los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad, la EPS a la cual se encuentre afiliado el trabajador, deberá atender el pago del auxilio económico y posteriormente dicha prestación estará a cargo de la AFP, siempre y cuando exista concepto favorable de rehabilitación o mientras se determina la pérdida de capacidad laboral, a efectos de establecer el eventual otorgamiento de una pensión de invalidez, en virtud de la interpretación constitucional que en esta materia ha efectuado la citada Corporación.

Posteriormente ante el vacío normativo frente al reconocimiento de las incapacidades superiores a 540 días, la citada Corte en la sentencia T-144 de 2016, realizó una serie de reflexiones y explicaciones acerca de estas incapacidades, al precisar:

“Incapacidades prolongadas más allá de 540 días.

29. Las eventualidades y responsabilidades en materia de incapacidades que superan los 180 días conducen a una evaluación por parte de las autoridades calificadoras acerca de la pérdida de capacidad laboral. Una vez efectuada la calificación, varios son los resultados posibles: a) No hay pérdida de capacidad laboral relevante para el Sistema General de Seguridad Social, esto es cuando el porcentaje oscila entre 0% y 5%. b) Se presenta una incapacidad permanente parcial, esto es cuando el porcentaje es superior al 5% e inferior al 50%. Y c) cuando el porcentaje es superior al 50%, esto es cuando se genera una condición de invalidez.

30. Las personas incapacitadas de forma parcial y permanente, se encuentran en una situación adversa, en la medida en que no tienen la plenitud de la fuerza de trabajo, pero no son consideradas técnicamente inválidas. En estos casos es claro que existe una obligación en cabeza del empleador de reintegrar al afectado a un puesto de trabajo que esté acorde a sus nuevas condiciones de salud. En otras palabras el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Ahora bien ¿qué sucede con el empleado que, a pesar de tener una incapacidad permanente parcial, sigue con problemas de salud de tal índole que le impiden médicamente ejercer su trabajo? Es decir, ¿qué pasa cuando agotado todo el proceso antes relatado, el trabajador no obtiene un porcentaje superior al 50% de PCL, pero aun así continúa como acreedor de certificados médicos de incapacidad laboral, pasados los referidos 540 días? Estas preguntas se pueden aclarar desde dos puntos de vista:

31. El **primero**, que apunta a reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado, en especial frente al **concepto de invalidez**. Lo anterior, pues según amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, “... la invalidez es un estado que tiene relación directa con el individuo y con la sociedad en la cual se desenvuelve, **el criterio de evaluación debe tener patrones científicos que midan hasta qué punto el trabajador queda afectado para desempeñar la labor** de acuerdo con las características del mercado laboral”.

De lo anterior se puede colegir que una persona que a pesar de no ser considerada técnicamente inválida, sigue incapacitada para trabajar con posterioridad a los 540 días, por motivos atribuibles a la razón primigenia de la incapacidad, debe contar con un mecanismo para reevaluar su porcentaje de habilidad para laborar, pues ese porcentaje está íntimamente relacionado con su labor u oficio. Sobre este punto se hará referencia más adelante.

32. El **segundo** punto de vista, está relacionado con la desprotección que enfrenta una persona que recibe **incapacidades prolongadas más allá de 540 días** pues, en principio, no existía una obligación legal de

pago de dichos certificados, en cabeza de ninguno de las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social, dejando al trabajador desprotegido.

(...)

34. Ahora bien, retomando lo referente al déficit de protección legal para asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días que no tienen derecho a una pensión de invalidez, es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la **Ley 1753 del 9 de junio de 2015 –Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–**, reguló lo referido al pago de las incapacidades superiores a los 540 días y estableció, en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de regular el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad, dando soluciones a los dos puntos de vista analizados en los fundamentos 31 y 32 de esta sentencia.”

De la citada jurisprudencia se podría concluir que la expedición de incapacidades que superan el tope de los 540 días, haría factible la revisión del porcentaje de pérdida de la capacidad laboral en tanto no hay recuperación de la salud en pos de la rehabilitación y el reintegro a las labores del trabajador y tampoco existe certeza de que su estado de salud hace procedente iniciar el trámite de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez previo cumplimiento de los requisitos.

Ahora en efecto con la expedición de la Ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, se establece:

“ARTÍCULO 67. 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. (...) (Subrayado fuera de texto)

Bajo esos parámetros tal como lo expreso la Honorable Corte Constitucional, la expedición de incapacidades superiores a 540 días, torna apremiante la revaluación del estado de salud del trabajador y por tanto debería requerirse una nueva calificación de la pérdida de la capacidad laboral que posiblemente permitiera iniciar el trámite pertinente para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Por otra parte, si bien la citada disposición normativa de la Ley 1753 de 2015 deberá ser objeto de reglamentación por parte del Ministerio de Salud y Protección Social a fin de que sea procedente el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días continuos cuando sean de origen común, por lo cual esta Entidad no podría establecer que organismo del Sistema de Seguridad Social Integral debe asumir su pago, además que de conformidad con lo establecido en el Artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el Artículo 20 de la Ley 584 de 2000 el Ministerio del Trabajo como autoridad laboral administrativa no cuenta con la potestad para declarar derechos ni dirimir controversias; sin embargo es preciso acotar que ante la eventual amenaza de derechos fundamentales se podría acudir al mecanismo preferente y sumario de la acción constitucional de tutela.

La presente consulta, se absuelve en los términos del Artículo 28 la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual las respuestas dadas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Para mayor 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.

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

MARISOL PORRAS MENDEZ

Coordinadora

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

Elaboró: María Teresa G.
Revisó y Aprobó: Dra. Marisol P.

C:\Users\mgil\Desktop\ABRIL 2017\CONCEPTO BABEL\RAD 338 PAGO DE INCAPACIDADES SUP A 540 DIAS.docx