



Revista Facultad de Derecho y Ciencias
Políticas
ISSN: 0120-3886
revista.derecho@upb.edu.co
Universidad Pontificia Bolivariana
Colombia

Duque Quintero, Sandra Patricia; Quintero Quintero, Marta Lucia; González Sánchez,
Patricia

El pago de incapacidades por enfermedad común y el derecho al mínimo vital de un
trabajador en Colombia

Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 47, núm. 127, julio-diciembre,
2017, pp. 383-405
Universidad Pontificia Bolivariana
Medellín, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=151454678005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

El pago de incapacidades por enfermedad común y el derecho al mínimo vital de un trabajador en Colombia¹

The payment of disabilities for common disease and the right to the minimal vital of a worker in Colombia

Le paiement des incapacités pour maladies communes et le droit au minimum vital d'un travailleur en Colombie

O pagamento das incapacidades por doença comum e o direito ao mínimo vital de um trabalhador na Colômbia

Sandra Patricia Duque Quintero²
orcid.org/0000-0002-1610-5312

Marta Lucia Quintero Quintero³
orcid.org/0000-0003-1231-3701

Patricia González Sánchez⁴
orcid.org/0000-0001-7618-7738

1 Este artículo es producto del proyecto de investigación *El pago de incapacidades por enfermedad común en el Sistema General de Seguridad Social en Salud: una mirada desde el derecho fundamental al mínimo vital*, financiado por el Comité para el Desarrollo de la Investigación-CODI- de la Universidad de Antioquia.

2 Doctora en Educación de la Universidad de Antioquia. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia adscrita al Grupo de Investigación de Derecho y Sociedad de la misma universidad. Correo electrónico: spatricia.duque@udea.edu.co / Dirección postal: Calle 70 No 52-21, Bloque 14 of-109. Medellín-Colombia.

3 Doctora en Ciencias Pedagógicas de la Universidad Pinar del Río. Docente de la Facultad de Educación de la Universidad de Antioquia adscrita al Grupo de Investigación DIDES de la misma universidad. Correo electrónico: marta.quintero@udea.edu.co / Dirección postal: Calle 70 No 52-21, Bloque 9 of-144. Medellín-Colombia.

4 Doctora en Historia de la Universidad de Antioquia. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia adscrita al Grupo de Investigación de Derecho y Política de la misma universidad. Correo electrónico: derpgs@gmail.com / Dirección postal: Calle 70 No 52-21, Bloque 14 of-403. Medellín-Colombia.

Resumen

Este artículo de investigación tiene por objeto analizar el pago de incapacidades por enfermedad común en el sistema de seguridad social en salud desde el derecho fundamental al mínimo vital. Para lo cual, presenta una descripción sobre el sistema de seguridad social de salud en Colombia, haciendo énfasis en la financiación del régimen contributivo; un análisis de la normativa atinente a la incapacidad por enfermedad general; una determinación de los componentes del derecho fundamental a la Salud y su relación con el pago de incapacidades por enfermedad general y una conceptualización del derecho fundamental al mínimo vital. Así, a partir del análisis de datos y las fuentes documentales, fue posible concluir que si bien las incapacidades por enfermedad común fueron en un principio un auxilio a cargo del empleador, a partir de la Ley 100 de 1993 se vuelve una prestación económica del sistema general de salud, y que si lo que busca es proteger al trabajador que soporta una enfermedad para la recuperación de su salud, las normas aplicables al pago de incapacidades por enfermedad general vulneran el derecho fundamental al mínimo vital de un trabajador, al reducir sustancialmente su salario y capacidad de subsistencia en condiciones dignas.

Palabras clave

Sistema de salud, incapacidades, enfermedad general, salud, mínimo vital.

Abstract

This research article aims to analyze the payment of common illness disabilities in the social security system in health from the fundamental right to the vital minimum. For this, it presents a description of the social health insurance system in Colombia, with emphasis on the financing of the contributory system; an analysis of the regulations concerning incapacity for general illness; a determination of the components of the fundamental right to health and its relation to the payment of incapacities for general illness and a conceptualization of the fundamental right to the vital minimum. Thus, based on the analysis of data and documentary sources, it was possible to conclude that although the incapacities due to common illness were initially an aid to the employer, from the law 100 of 1993 it becomes an economic benefit of the system general health

Como citar este artículo:

Duque, S., Quintero, M., González, P. (2017). El pago de incapacidades por enfermedad común y el derecho al mínimo vital de un trabajador en Colombia. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 47 (127), pp. 385-407.

Recibido: 18 de septiembre de 2017

Aprobado: 10 de noviembre de 2017

and that if it seeks to protect the worker who supports a disease for the recovery of his health, the rules applicable to the payment of incapacity for general illness violate the fundamental right to the minimum life of a worker, by substantially reducing his salary and subsistence capacity in decent conditions.

Keywords

Health system, disability, general illness, health, poverty line.

Résumé

Le but de cet article de recherche est d'analyser le paiement des handicaps dus aux maladies communes dans le système de sécurité sociale en matière de santé en vertu du droit fondamental au minimum vital. Pour cela, il présente une description du système de sécurité sociale de la santé en Colombie, en insistant sur le financement du régime contributif; une analyse de la réglementation relative à l'incapacité due à une maladie générale; une détermination des composantes du droit fondamental à la santé et de sa relation avec le paiement des handicaps dus à la maladie générale et une conceptualisation du droit fondamental au minimum vital. Ainsi, à partir de l'analyse des données et des sources documentaires, il a été possible de conclure que bien que les incapacités dues à une maladie commune aient été initialement à la charge de l'employeur, la loi 100 de 1993 en fait une prestation du système général de santé, et que, si elle vise à protéger le travailleur porteur d'une maladie pour le rétablissement de sa santé, les règles applicables au paiement de son invalidité pour cause de maladie générale violent le droit fondamental au minimum vital et la capacité de subsistance dans des conditions décentes.

Mots-clés

Système de santé, handicaps, maladie générale, santé, minimum vital

Resumo

O objetivo principal deste artigo de pesquisa é analisar o pagamento de incapacidades por doença comum no sistema de segurança social em saúde desde o direito fundamental ao mínimo vital. Para isso, o artigo apresenta uma descrição do sistema de segurança social da saúde na Colômbia, com ênfase no financiamento do sistema contributivo; uma análise dos regulamentos relativos à incapacidade por doenças gerais; uma determinação dos componentes do direito fundamental à saúde e sua relação com o pagamento de incapacidades por doenças gerais e uma conceituação do direito fundamental ao mínimo vital. Assim, com base na análise de dados e fontes documentais, foi possível concluir que, embora as incapacidades por doenças comuns foram inicialmente um auxílio pelo empregador, a partir da lei 100 de 1993 torna-se um benefício econômico do sistema

geral de saúde que se procura proteger ao trabalhador que suporta uma doença para a recuperação da sua saúde, as normas aplicáveis ao pagamento da incapacidade por doença geral violam o direito fundamental ao mínimo vital de um trabalhador, reduzindo substancialmente seu salário e capacidade de subsistência em condições dignas.

Palavras-chave

Sistema de saúde, incapacidade, doença geral, saúde, mínimo vital.

Introducción

La Constitución Política de 1991 define a Colombia como un Estado Social de Derecho, lo que implica garantizar los derechos sociales, tanto de índole individual como de orden colectivo, mediante su reconocimiento en la legislación y políticas activas de protección social (Giovanella, et al., 2012). En concordancia, la Constitución Política establece en el Título II, de los Derechos Garantías y Deberes, en su Capítulo 2, de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, artículos 48 y 49, los derechos a la seguridad social y a la atención en salud, como servicios públicos. El artículo 48 define la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio y como un derecho irrenunciable de los habitantes, 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 establece la ley. Asimismo, garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, señalando que estas tienen el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

Con la Ley 100 de 1993, se crea el Sistema General de Seguridad Social en Salud, adoptando un modelo de pluralismo estructurado que incorporó los principios de la competencia regulada y que pretendió organizar la segmentación en la prestación de los servicios, creándose un sistema de seguros públicos y privados diferenciados por grupo poblacional conforme al ingreso, con separación de funciones de conducción, aseguramiento y prestación. El Estado asume el papel de conducción y regulación, y las aseguradoras privadas o públicas en competencia asumen las funciones de aseguramiento y compra de servicios. La población inserta en el mercado de trabajo formal, cotiza obligatoriamente para el régimen contributivo y aporta una pequeña parte para un fondo solidario. Este fondo solidario financia el régimen subsidiado que cubre a los más pobres, seleccionados conforme el ingreso por los municipios (Giovanella, et al., 2012).

Así se establece un régimen subsidiado y otro contributivo, este último para las personas con capacidad de pago. En el régimen contributivo, además de la atención en salud a los afiliados y beneficiarios, se ofrecen unas prestaciones económicas exclusivamente para el afiliado cotizante. Es importante anotar que las prestaciones que otorga la seguridad social están representadas por los emolumentos de tipo económico que entregan las instituciones de seguridad social a sus afiliados, cuando un hecho previsto produce la pérdida, disminución o suspensión de los ingresos. Su objeto consiste en buscar el restablecimiento

del desequilibrio económico que se origina por la situación de infortunio o de necesidad que se derivan (Cañón, 2007). Son prestaciones económicas en el sistema de seguridad social en salud, el pago de la licencia de maternidad y paternidad y las incapacidades por enfermedad general.

La incapacidad por enfermedad general es el reconocimiento de la prestación de tipo económico y pago de la misma que hacen las 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 habitual. Es importante señalar que la prestación económica por enfermedad no laboral, o común, fue asumida hasta 1975 por el empleador, a quien se le hacía exigible a título de auxilio a favor del trabajador, así lo consagra el artículo 227 del Código Sustantivo del trabajo:

En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no laboral, 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 noventa (90) días, y la mitad del salario por el tiempo restante.

A partir de la promulgación del Decreto 770 de 1975, dicha prestación fue asumida por el entonces Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, en los porcentajes establecidos por el Código Sustantivo del Trabajo.

Posteriormente, la incapacidad generada por enfermedad general fue consignada en el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

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 (Ley 100 de 1993).

Así, a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 206, la obligación inherente al pago del valor correspondiente a la incapacidad por enfermedad común o no profesional es una responsabilidad del Sistema de Seguridad Social en Salud con cargo al régimen contributivo, prestación basada en un sistema de cotización tripartita: (i) por parte del trabajador, (ii) el empleador y, (iii) eventualmente en los casos en los cuales tales recursos resulten insuficientes para atender la cobertura

general, con la participación del Estado. En esa dirección, y en concordancia con lo previsto en el Decreto 1049 de 1999, que fue modificado por el Decreto 2943 de 2013, se establece que

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.

Ahora bien, se considera que los porcentajes establecidos en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo para liquidar las incapacidades por enfermedad no profesional tenían justificación en cuanto se trataba de un auxilio a cargo del empleador, a quien se pensaba no se podía hacer más gravosa la situación, habida cuenta que con sus propios recursos debía sufragar el salario del trabajador que desempeñaba su labor en reemplazo de aquel que se hallaba incapacitado. Al cambiar la naturaleza jurídica de la prestación y el responsable del pago de la misma, es importante preguntarse ¿porque continúa aplicándose e interpretándose el pago de las incapacidades acorde al referido artículo? Así, en esta investigación se analiza si esta interpretación y práctica es congruente con el nuevo orden de cosas en materia de la seguridad social, y si se vulnera el derecho fundamental al mínimo vital de un trabajador cuando este ve reducido su salario en ocasión de una incapacidad por enfermedad común.

Metodología

La investigación es cualitativa, pues se esgrime como un paradigma de investigación al abordar lo real, en tanto proceso cultural, desde una perspectiva netamente subjetiva donde se busca comprender los múltiples sentidos de las acciones humanas en su generalidad, particularidad y singularidad (González, 2011, p.4). El enfoque que orienta la investigación es el hermenéutico. La experiencia hermenéutica se vive mediante el proceso y la estructura. El proceso, como un continuo en el tiempo, se desarrolla a través de los prejuicios, la reflexión, el análisis, la compresión, la interpretación y la síntesis de las estructuras de sentido. La estructura hermenéutica se manifiesta en el círculo de la comprensión que va creciendo concéntricamente en tanto va relacionando el todo con sus partes en fusión de horizontes (González, 2011, p.127).

De esta manera, mediante el proceso y la estructura hermenéutica, se constituyen las condiciones en las cuales se van a comprender el pago de incapacidades por enfermedad general y su relación con el derecho a la salud y el mínimo vital de un trabajador. Así las cosas, la pregunta que orienta la investigación es ¿en qué medida el pago de incapacidades por enfermedad general contemplado en el ordenamiento jurídico colombiano vulnera al derecho fundamental al mínimo vital de un trabajador? Como proyecto de sentido, la experiencia hermenéutica posibilitó conversar con los textos especializados, la jurisprudencia y la normatividad, hasta alcanzar una fusión de horizontes en el análisis sobre el pago de incapacidades por enfermedad general y su relación con el mínimo vital de las personas.

Resultados

Descripción del Sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia

Los sistemas de seguridad social pretenden tener un carácter integral y universal, y proponen extender los beneficios a toda la población como un derecho social solidario que obliga a la sociedad y al Estado a proporcionar un mínimo de bienestar general, independientemente de las aportaciones que pudiera realizar cada individuo al financiamiento de los servicios. Bajo este enfoque, los costos de la salud deben ser cubiertos principalmente con recursos fiscales del Estado (Beveridge, 1946). Sin embargo, en América Latina tradicionalmente predominan sistemas de salud segmentados y fragmentados, coexistiendo con sistemas de seguridad social de corte bismarckiano, difíciles de contextualizar en una realidad en la que el trabajo es predominantemente informal y precario (Sojo, 2011).

A finales de la década del ochenta y comienzos del noventa, prácticamente todos los países latinoamericanos adoptaron los programas de estabilización y de ajuste estructural, determinados por el Fondo Monetario Internacional. Estos programas estaban basados en el paquete de reformas económicas y políticas que caracterizan el modelo neoliberal: apertura completa de las economías a los mercados y al capital internacional, recorte del gasto público y eliminación de los subsidios estatales, privatización de las empresas públicas y de los servicios sociales y, en general, el establecimiento del clima más propicio

para la inversión extranjera. Las instituciones financieras internacionales presionaron para que dichos cambios se realizaran, mostrándolos como la única forma de afrontar la crisis del sector (Ahumada, 1998, p.19). Así, en ejercicio de las facultades constitucionales, el legislador expidió la Ley 100 de 1993, reguladora del Sistema Integral de Seguridad Social en salud, estableciendo dos regímenes distintos de participación al mismo: el Régimen Contributivo y el Régimen Subsidiado.

El Régimen Subsidiado, lo define el artículo 211 de la Ley 100 de 1993 en los siguientes términos:

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.

Mediante este régimen se financia la atención en salud de las personas más pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar (arts. 257, 212 y 213 de la Ley 100 de 1993).

El Régimen Contributivo lo define el artículo 202 de la Ley 100, modificado por el artículo 30 de la Ley 1607 de 2012, como:

(El) conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre este y el empleador o la Nación, según el caso.

El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 define como afiliados obligatorios a este régimen las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago, quienes deben pagar una cotización o aporte económico previo, el cual puede ser financiado directamente por el afiliado o en concurrencia con el empleador.

La prestación del servicio está a cargo de las Entidades Promotoras de Salud EPS, por delegación del Estado, quienes a la vez están autorizadas para contratar la atención de los usuarios con las diferentes Instituciones Prestadoras de Salud IPS. Las EPS están encargadas también de recaudar las cotizaciones

obligatorias de los afiliados a este régimen, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía, de cuyo monto debe descontar el valor de la Unidad de Pago por Capitación UPC, por cada usuario, y trasladar la diferencia al Fondo de Solidaridad y Garantía.

Para el Sistema de Seguridad Social en Salud se ha establecido el mandato de destinación específica de los recursos de la seguridad social y el carácter parafiscal de dichos recursos, así como la forma de financiación del sistema mediante las cotizaciones y el pago de la Unidad de Pago por Capitación – UPC- o valor per cápita, respecto del cual el valor del UPC es aquel que se le reconoce a las EPS y EPS-S por la prestación de los servicios de salud del plan obligatorio de salud, el cual está determinado con base en el perfil epidemiológico de la población, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, y que tiene como objetivo garantizar la viabilidad del sistema y su continuidad (Sentencia C-824 de 2004).

El hecho que los recursos de la seguridad social en salud tengan carácter parafiscal hace que los mismos deban destinarse a la función propia de la seguridad social: la salud de los afectados. Con tal fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema de seguridad social en salud, cuyo objetivo fundamental define el artículo 162, que es crear las condiciones de acceso a un Plan de Salud Obligatorio, para todos los habitantes del territorio nacional, que busca la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención y diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.

Ahora bien, el régimen contributivo se financia principalmente con las cotizaciones obligatorias, así, con cargo a las cotizaciones de los afiliados, estos y sus beneficiarios tienen derecho a un conjunto de servicios de salud que se denomina plan obligatorio de salud. Las cotizaciones obligatorias del sistema de salud, aunque deben ser pagadas a la entidad promotora de salud correspondiente, no ingresan al patrimonio de la misma sino que pertenecen al Fondo de Solidaridad y Garantía (Arenas, 2008). La subcuenta de compensación de dicho fondo se encarga de compensar los ingresos por cotizaciones entre todas las EPS. La cuantía de cotización fue fijada por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 1122 de 2007, artículo 10, así:

La cotización al régimen contributivo de salud será, a partir de 1 de enero de 2007, el 12.5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado 4%. 1.5% de la cotización serán trasladados a la subcuenta de solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado (Ley 1122 de 2007).

La Ley 100 de 1993 consagra además los criterios técnicos necesarios para el establecimiento del valor de la Unidad de Pago por Capitación. En efecto, el artículo 182 de la Ley establece que por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Salud Obligatorio para cada afiliado, el Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a cada EPS un valor per cápita, que se denominará Unidad de Pago por Capitación.

Por su parte, el Decreto 4023 de 2011 reglamenta el proceso de compensación y el funcionamiento de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga y se fijan reglas para el control del recaudo de cotizaciones al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Así las cosas, tal como lo señalaba la Sentencia SU-480 de 1997, es relevante para el sistema de seguridad social en salud que los recursos lleguen y que se destinen a la función propia de la seguridad social, los cuales tienen el carácter de parafiscales. Las cotizaciones que hacen los usuarios al sistema de salud, al igual que toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, son dineros públicos que las EPS y el Fondo de solidaridad y garantía administran sin que en ningún instante se confundan ni con patrimonio de la EPS, ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales, porque no dependen de circunstancias distintas a la atención al afiliado.

Análisis en el ordenamiento jurídico colombiano sobre la incapacidad por enfermedad común o general

Como se anotó anteriormente, el régimen contributivo se financia principalmente con los aportes o cotizaciones que deben efectuar los afiliados. Con cargo a las cotizaciones de los afiliados, estos y sus beneficiarios tienen

derecho a un conjunto de servicios de salud (siempre que no sean explícitamente excluidos, de acuerdo con el artículo 15 de la Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015) y a unas prestaciones económicas: el pago de incapacidades por enfermedad general y la licencia de maternidad y paternidad. En cuanto a las incapacidades por enfermedad general, es importante describir su desarrollo normativo, mostrando como en un principio era un auxilio a cargo del empleador y como a partir de la Ley 100 de 1993 se vuelve una prestación económica del sistema general de salud.

Así, un referente normativo importante sobre el pago de las incapacidades es el artículo 227 de la Ley 141 de 1961 que previó

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 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.

Los artículos 193 y 259 de la misma Ley 141 de 1961, por la cual se expidió el Código Sustantivo del Trabajo, advirtieron que las prestaciones comunes señaladas en el Título VIII y algunas de las prestaciones especiales reguladas en el Título IX del mismo Código “dejarán de estar a cargo de los empleadores cuando el riesgo de ellas sea asumido por el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales”. Dicho Instituto, precisamente con la expedición del Decreto 770 de 1975, asumió, entre otros, el pago del auxilio monetario por enfermedad no profesional.

Al respecto en dicho Decreto se señaló lo siguiente:

Artículo 9. (...) 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 se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos, siempre que la interrupción no exceda de 30 días.

Artículo 10. El término de 180 días previsto en el artículo anterior podrá prorrogarse por 360 días más exclusivamente en cuanto a las prestaciones asistenciales, siempre que existan pronósticos favorables de curación. En este caso, el subsidio sólo 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 (Decreto 770 de 1975).

Posteriormente, la Ley 100 de 1993, dentro de la configuración del sistema general de seguridad social en salud, dispuso que deberían estar afiliados al régimen contributivo “las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago” (art. 157 -A), señalando en el artículo 206 de la misma norma, que el reconocimiento de las incapacidades generadas por enfermedad general se harían de acuerdo a las normas vigentes. Así, al remitir el artículo citado a las disposiciones legales vigentes, en la práctica se acude al Código Sustantivo del Trabajo, artículo 227, según el cual en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho al pago de “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.”

Igualmente, el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, estableció que estarían a cargo de los empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado. No obstante, el Decreto 2943 de 2013 reforma la anterior norma, en el sentido de fijar para los empleadores el pago solo de los dos primeros días de incapacidad, aduciendo el gobierno, ajustar el número de días que los empleadores deben asumir frente a las prestaciones económicas con el fin de estimular la responsabilidad laboral.

Así, el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, modificado por el art. 1 del Decreto 2943 de 2013 señala:

Parágrafo 1º. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente (Decreto 2943 de 2013).

Frente al reconocimiento de la incapacidad generada por enfermedad común o general, las Entidades Promotoras de Salud del Sistema de Salud son

las responsables, en principio, del pago de las incapacidades originadas por los primeros 180 días; tratándose del pago de las incapacidades mayores a 180 días corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador, prorrogable hasta que se produzca el dictamen de invalidez por lo menos 360 días adicionales; en caso de la pérdida del 50% o más de la capacidad laboral el fondo de pensiones deberá reconocerle al trabajador la pensión de invalidez; pero si el trabajador no consigue 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 estas.

Ahora bien, los requisitos necesarios señalados por la Corte Constitucional para que una EPS se encuentre obligada a pagar en favor de un afiliado una incapacidad médica por enfermedad general son:

(...) (i) que el trabajador (dependiente o independiente), haya cotizado un mínimo de cuatro (4) semanas en forma ininterrumpida y completa y, (ii) que su empleador (en el caso de los trabajadores dependientes o él mismo, en el evento de que se trate de un trabajador independiente), haya pagado de manera oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por lo menos cuatro (4) de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho y que lo haya hecho de manera completa frente a las cotizaciones de todos sus trabajadores, por lo menos durante el año anterior a la fecha de causación del derecho (Sentencia T-602 de 2007).

Por lo tanto, en caso de que el empleador no cumpla con el segundo requisito señalado anteriormente, le corresponderá a él pagar la incapacidad médica. En el mismo sentido, en el evento en el que sea el cotizante independiente quien incumpla el requisito citado, por regla general, perderá el derecho. Ahora bien, la Corte Constitucional, en posterior jurisprudencia, ha modulado la aplicación de las normas citadas, de acuerdo con la teoría del allanamiento a la mora y el principio de la buena fe. Así, conforme con la teoría planteada, en el evento en el que el empleador o el cotizante independiente haya efectuado las cotizaciones al sistema de salud de manera tardía o incompleta, ello no acarrearía de forma automática el traslado de la responsabilidad en el pago de la incapacidad laboral por enfermedad general de la EPS al empleador o al cotizante independiente, siempre y cuando la correspondiente Entidad Promotora de Salud se hubiere allanado a recibir las cotizaciones de manera extemporánea, es decir, cuando ella no rechazó los pagos efectuados de manera tardía, y los aceptó guardando silencio sin

manifestar ninguna inconformidad al respecto, y en estas circunstancias, no se podrá rehusar con base en el anterior argumento a reconocer y pagar la incapacidad laboral solicitada, pues habrá operado el fenómeno del allanamiento a la mora (Sentencia T-025 de 2017).

Determinación de los componentes del derecho fundamental a la salud y su relación con el pago de incapacidades por enfermedad general

La jurisprudencia constitucional, desde su inicio, ha reconocido que la salud es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo. La salud, por tanto, no es una condición de la persona que se tiene o no se tiene. Se trata de una cuestión de grado, que ha de ser valorada específicamente en cada caso. Así pues, la salud no sólo consiste en la ausencia de afecciones y enfermedades en una persona. Siguiendo a la OMS, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la salud es un estado completo de bienestar físico, mental y social dentro del nivel posible de salud para una persona. En términos del bloque de constitucionalidad, el derecho a la salud comprende el derecho al *nivel más alto de salud posible* dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva (Sentencia T-760 de 2008).

Con la finalidad de garantizar el derecho fundamental a la salud, el legislador estatutario estableció una lista de obligaciones para el Estado, reguladas en el artículo 5 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, cuya lectura no puede realizarse de forma restrictiva, pues responden al mandato amplio del deber del Estado de adoptar medidas de respeto, protección y garantía. Dichas obligaciones incluyen, a *grosso modo*, dimensiones positivas y negativas. En las primeras, el Estado tiene el deber de sancionar a quienes dilaten la prestación del servicio, así como generar políticas públicas que propugnen por garantizar su efectivo acceso a toda la población; mientras que, en las segundas, se impone el deber a los actores del sistema de no agravar la situación de salud de las personas afectadas (Sentencia T-362 de 2016).

La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar la obligatoriedad de la protección de la salud como derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional. Ahora bien, el pago de la incapacidad laboral derivada

de enfermedad no profesional es una protección indirecta del derecho a la salud. En efecto, el derecho a la salud no solo se ve protegido con la atención en salud. También se protege cuando se dan las condiciones de reposo para que la salud se restaure. Tales condiciones no pueden darse de manera simple sino cualificada, es decir, permitiéndole al trabajador el tiempo de reposo y garantizándole, simultáneamente, que en ese tiempo cuente con medios de subsistencia equivalentes a los que le brinda la realización de su labor. En este orden de ideas, el pago de incapacidades se configura como un mecanismo idóneo para la protección de los derechos al mínimo vital, y a la salud del trabajador que a todas luces se encuentra en una circunstancia de debilidad manifiesta, y que incluso se constituye como el único medio de digna subsistencia para remediar el padecimiento que lo aqueja (Sentencia T-457 de 2013).

Esta es una expresión fehaciente de la concreción de los postulados constitucionales, y de los fines del Estado Social de derecho, el cual persigue garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, como el de asegurar la vigencia de un orden justo. Asimismo, busca la protección del derecho fundamental a la igualdad en sus múltiples manifestaciones, circunscribiendo la igualdad de oportunidades, la igualdad real y efectiva o las acciones afirmativas a favor de grupos discriminados o marginados y de personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, como es el caso de los trabajadores en situación de indefensión, ya que están incapacitados por una enfermedad general para desempeñar sus labores cotidianas.

Conceptualización del derecho fundamental al mínimo vital

El concepto de mínimo vital responde a una elaboración jurisprudencial que envuelve múltiples preceptos condensados en la Constitución. Por una parte, se fundamenta en el principio de la dignidad humana, eje fundacional, entre otros, sobre el que se construye el Estado (art. 1º de la Constitución). Por otro lado, la Constitución brinda una protección especial a la vida al declarar en su artículo 11 que ella constituye un derecho. Ahora bien, la Corte ha conjugado estas dos disposiciones y ha concluido que el derecho a la vida *no* “hace relación exclusivamente a la vida biológica, sino que abarca también las condiciones de vida correspondientes a la dignidad intrínseca del ser humano” (Sentencia T-668 de 2012).

En este sentido, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1º de la Constitución Política, Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana. La dignidad equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano. Desarrollando los conceptos anteriores, la jurisprudencia constitucional en torno del derecho a la vida ha hecho énfasis en que este no hace relación exclusivamente a la vida biológica, sino que abarca también las condiciones de vida correspondientes a la dignidad intrínseca del ser humano. Ha tratado entonces del derecho a la vida digna, y se ha referido al sustrato mínimo de condiciones materiales de existencia, acordes con el merecimiento humano, llamándolo mínimo vital de subsistencia (Sentencia SU-062 de 1999).

Igualmente, estas condiciones de vida digna, que la Corte también ha denominado condiciones decorosas de vida, se corresponden con la satisfacción de necesidades básicas, que en términos generales están permeadas por el principio de onerosidad. Conjuntamente, la cobertura y financiación de estas necesidades demanda de unos ingresos económicos suficientes, a los cuales se les ha acuñado el nombre de mínimo vital y los cuales han servido de justificación para que judicialmente se reconozcan derechos económicos y sociales. Así las cosas, el mínimo vital está compuesto por la porción de los ingresos de las personas destinada a atender dichas necesidades categóricas, a la vez que funge como núcleo esencial de los derechos económicos y sociales (Sentencia T-668 de 2012).

La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho fundamental al mínimo vital en los siguientes términos:

(...) constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud; prerrogativas cuya titularidad son indispensables para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional (Sentencia T-211 de 2011).

En este orden de ideas, la Corte ha establecido que el derecho al mínimo vital tiene su alcance más allá de los límites del salario mínimo, de tal forma que

debe ser estimado no en términos cuantitativos, sino dentro de una dimensión cualitativa. Así, la posible vulneración del derecho se debe analizar conforme con las condiciones personales de cada persona y el nivel de vida que esta ha adquirido. Por lo tanto, se trata de un derecho inalienable de todo trabajador constituido de todos los elementos básicos para la subsistencia de la persona y su núcleo familiar en condiciones de dignidad.

En este sentido, sobre la dimensión cualitativa del derecho fundamental al mínimo vital, profundizó la Corte en los siguientes términos:

(...) el mínimo vital garantizado como derecho inalienable de todo trabajador, está constituido por los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano. En otros términos, el mínimo vital, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1, 2, 5, 25 y 53 de la Constitución, incorpora un componente social que obliga al Estado a considerar a la persona en su plena dimensión, no sólo material sino espiritual, cuya subsistencia digna no se agota en la simple manutención, mediante el suministro de alimentos, sino que involucra todas las necesidades inherentes a su condición de ser humano, inserto en la familia y en la sociedad (Sentencia T-011 de 1998).

Es importante anotar que el derecho al mínimo vital no se agota, de manera exclusiva, en la posibilidad de gozar de un ambiente en el cual las necesidades de subsistencia biológica se encuentren satisfechas, pues tal derecho debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individual, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador (Sentencia, T-818 de 2000). Y tal como se señaló en la Sentencia SU-995 de 1999, reiterado en la Sentencia T-053 de 2014, el mínimo vital es un derecho fundamental ligado estrechamente a la dignidad humana, el cual se concreta en la posibilidad de contar con una subsistencia digna.

De esta manera, si el pago de incapacidades por enfermedad general constituye la única fuente de ingresos económicos que permiten satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del trabajador, en la medida que posibilita la conservación del giro ordinario del proyecto vital del beneficiario

y de su grupo familiar, no es admisible que en la práctica se siga acudiendo al Código Sustantivo del Trabajo, artículo 227, según el cual en caso de incapacidad, el trabajador tiene derecho solo al pago de las dos terceras partes de su salario durante los primeros noventa días, y la mitad del salario por el tiempo restante.

Conclusiones

Es importante resaltar tres aspectos importantes sobre el pago de incapacidades por enfermedad de origen común: el primero que los derechos prestacionales derivados de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud frente al afiliado se encuentran garantizados por la ley (artículos 6°, numeral 1° y 153, numeral 3 de la Ley 100 de 1993) a partir de un sistema de financiamiento a través de aportes parafiscales; el segundo, que hubo una derogación parcial del artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que la prestación económica derivada de la incapacidad no profesional entra a ser asumida por el Sistema de Seguridad Social en Salud a través del régimen contributivo y, tercero, que la prestación que se asignaba por el Código Sustantivo del Trabajo a título de auxilio se transformó en un derecho prestacional.

Así, es paradójico que aunque a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 las prestaciones por concepto de incapacidad laboral por enfermedad general están a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y no del empleador, como lo preveía el art. 227 del C. S. T., el valor de la prestación por concepto de incapacidad es el previsto con algunas variaciones como regla general en esta última disposición.

Y aunque la Corte se pronunció en la Sentencia C-543 de 2007, declarando exequible el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, en el entendido que el auxilio monetario por enfermedad no profesional no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente, es importante señalar que también la Corte ha reiterado en su jurisprudencia que el mínimo vital es un derecho fundamental ligado estrechamente a la dignidad humana, pues “constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, indispensables para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana” (Sentencia, SU-995 de 1999). Entonces, si el concepto de mínimo vital no se reduce a una perspectiva cuantitativa, sino que su

contenido depende de las condiciones particulares de cada persona y no es necesariamente equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, ya que depende en últimas del estatus socioeconómico que ha alcanzado una persona a lo largo de su vida, las reglas que se aplican para el pago de incapacidades por enfermedad laboral no son coherentes con esta interpretación constitucional.

Precisamente, señala la Corte Constitucional que el pago de las incapacidades hace las veces de salario mientras que el trabajador se encuentra en recuperación y alejado de la actividad laboral, de tal suerte que la cancelación de dichas prestaciones permite al empleado restablecer su salud, sin que esta se vea alterada por la preocupación que pueda surgir por conseguir los recursos para sufragar las diferentes obligaciones con las que cuenta (Sentencia T- 490 de 2015).

A su vez, indica la Corte Constitucional que el pago de licencia por incapacidad laboral derivada de enfermedad no profesional es una protección indirecta del derecho a la salud. En efecto, el derecho a la salud no solo se ve protegido por el suministro de medicamentos o tratamientos de manera oportuna y respetuosa del principio de continuidad, también se protege cuando se dan las condiciones de reposo para que la salud se restaure. Tales condiciones no pueden darse de manera simple sino cualificada, es decir, permitiéndole al trabajador el tiempo de reposo y garantizándole, simultáneamente, que en ese tiempo cuente con medios de subsistencia equivalentes a los que le brinda la realización de su labor. A lo anterior se agrega que, al no obtener ingreso alguno en caso de que suspenda su ejercicio laboral por un tiempo, el trabajador enfermo no contará con los medios económicos suficientes para cuidar de su salud (Sentencia C-065 de 2005).

Entonces, si la prestación económica con la cual el sistema de seguridad social en salud protege al trabajador que soporta una incapacidad por enfermedad no laboral, tiene como finalidad otorgar el amparo necesario para la recuperación de la salud y las condiciones de productividad y subsistencia, las reglas para el pago de incapacidades por enfermedad general contempladas en el ordenamiento jurídico colombiano vulneran claramente el derecho fundamental al mínimo vital de un trabajador al reducir sustancialmente su salario, que es para la mayoría, el único ingreso para su subsistencia y la de su grupo familiar. ■

Referencias

- Ahumada, C. (1998). Política Social y reforma de salud en Colombia. *Papel Político*, 7, pp. 9-35.
- Arenas, G. (2008). *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*. Bogotá: Legis.
- Beveridge, Sir W. (1946). *El seguro social y sus servicios conexos*. México: Editorial Jus.
- Cañón, L. (2007). *Una visión integral de la seguridad social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de Colombia de 1991*.
- Colombia. Congreso de la República. *Código Sustantivo del trabajo*, Ley 141 de 1961.
- Colombia. Congreso de la República. *Ley 100 de 1993*.
- Colombia. Congreso de la República. *Ley 1122 de 2007*.
- Colombia. Congreso de la República. *Ley 1607 de 2012*.
- Colombia. Congreso de la República. *Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015*.
- Colombia. Presidencia de la República. *Decreto 1049 de 1999*.
- Colombia. Presidencia de la República. *Decreto 1406 de 1999*.
- Colombia. Presidencia de la República. *Decreto 2943 de 2013*.
- Colombia. Presidencia de la República. *Decreto 4023 de 2011*.
- Colombia. Presidencia de la República. *Decreto 770 de 1975*.
- Corte Constitucional (1997). Bogotá. Sentencia de Unificación SU-480. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional (1998). Bogotá. Sentencia de Tutela T-011 de 1998. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional (1999). Bogotá. Sentencia de Unificación SU-062 de 1999. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional (1999). Bogotá. Sentencia de Unificación SU-995 de 1999. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional (2000). Bogotá. Sentencia de Tutela T-818 de 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (2004). Bogotá. Sentencia de Constitucionalidad C-824 de 2004. Magistrado Ponente: Rodrigo Uprimny Yepes.

Corte Constitucional (2005). Bogotá. Sentencia de Constitucionalidad C-065 de 2005. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional (2007). Bogotá. Sentencia de Constitucionalidad C-543 de 2007. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional (2007). Bogotá. Sentencia de Tutela T-602 de 2007. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional (2008). Bogotá. Sentencia de Tutela T-760 de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional (2011). Bogotá. Sentencia de Tutela T-211 de 2011. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional (2012). Bogotá. Sentencia de Tutela T-668 de 2012. Magistrado Ponente: Adriana María Guillén Arango.

Corte Constitucional (2013). Bogotá. Sentencia de Tutela T-457 de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional (2014). Bogotá. Sentencia de Tutela T-053 de 2014. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional (2015). Bogotá. Sentencia de Tutela T-490 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional (2016). Bogotá. Sentencia de Tutela T-362 de 2016. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional (2017). Bogotá. Sentencia de Tutela T-025 de 2017. Magistrado Ponente: Aquiles Arrieta Gómez.

Giovanella, L., Feo, O., Tobar, S., & Faria, M. (2012). *Sistemas de salud en América Latina: desafíos para la universalidad, la integralidad y la equidad*. Río de Janeiro: Instituto Suramericano de Gobierno en Salud.

González, E. (2011). Sobre la experiencia hermenéutica o acerca de otra posibilidad para la construcción del conocimiento. *Discusiones Filosóficas*, 12(18), pp. 125-143.

Sojo, A. (2011). Reformas de gestión en salud en América Latina. *Revista de la CEPAL*, 74, pp. 139-157.