UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

La pensión del incapacitado permanente parcial: una necesidad ante la deficiencia o discapacidad que le impida o le limite la fuerza de trabajo para procurarse un ingreso digno

Wilter Antonio Gómez Campos

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia

2023

La pensión del incapacitado permanente parcial: una necesidad ante la deficiencia o discapacidad que le impida o le limite la fuerza de trabajo para procurarse un ingreso digno

Wilter Antonio Gómez Campos

Trabajo final de Maestría presentad como requisito para optar al título de:
Magister en Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Director:
Doctor Leonardo Corredor Avendaño
Codirector:
Doctor Hernando Torres Corredor

Línea de Investigación:
Área de Profundización en Derecho del Trabajo y Seguridad Social:

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia
2023

Declaración de obra original

Yo declaro lo siguiente:

He leído el Acuerdo 035 de 2003 del Consejo Académico de la Universidad Nacional. «Reglamento sobre propiedad intelectual» y la Normatividad Nacional relacionada al respeto de los derechos de autor. Esta disertación representa mi trabajo original, excepto donde he reconocido las ideas, las palabras, o materiales de otros autores.

Cuando se han presentado ideas o palabras de otros autores en esta disertación, he realizado su respectivo reconocimiento aplicando correctamente los esquemas de citas y referencias bibliográficas en el estilo requerido.

He obtenido el permiso del autor o editor para incluir cualquier material con derechos de autor (por ejemplo, tablas, figuras, instrumentos de encuesta o grandes porciones de texto).

Por último, he sometido esta disertación a la herramienta de integridad académica, definida por la universidad.

Wilter Antonio Gómez Campos

Fecha 26/01/2023

Resumen

La pensión del incapacitado permanente parcial: una necesidad ante la deficiencia o discapacidad que le impida o le limite la fuerza de trabajo para procurarse un ingreso digno:

Debido a la regulación que existe en estos momentos en Colombia, respecto del pago de las prestaciones económicas temporales (incapacidades), tanto en el campo del Sistema de Salud, el Sistema Pensional, como en el campo de los Riesgos Laborales. Al igual que la regulación que existe en estos dos últimos campos en el tema de la pensión de invalidez. Se hace necesario preguntarnos, ¿Debería consagrarse una prestación económica definitiva en favor del afiliado que supera los 50 años de edad, y que padeciendo una afección de salud crónica que no le permita reintegrarse a laborar, es decir, permanezca incapacitado, no alcance con el porcentaje mínimo del 50% de pérdida de capacidad laboral?

De la pregunta anterior surgen nuevas interrogantes, tales como: 1. ¿Qué tan conveniente es para el empleador, tener un empleado que goza indefinidamente de incapacidad para poder laboral, pero que no alcanza el porcentaje mínimo del 50% de PCL? 2. ¿Qué tan viable es para el sistema de salud, en tratándose de contingencias de índole común, acarrear con una prestación económica de manera indefinida, después del día 540 de incapacidad? 3. ¿Qué tan viable es para el Sistema de Riesgos Laborales, en tratándose de contingencias de índole laboral, acarrear con una prestación económica de manera indefinida, después del día 720 de incapacidad? 4. ¿Pueden los profesionales de la salud, abstenerse de conceder la expedición de incapacidades a los afiliados del Sistema de Seguridad Social Integral, indistintamente del riesgo, por haberse superado el término legal máximo de incapacidades?

Entre los fines esenciales del Estado, se encuentran el de protección y efectividad de los derechos laborales y sociales. Igualmente, en los artículos 48 y 53 de la Constitución Nacional, se señala la garantía de la seguridad social desde el punto de vista de la integralidad.

Podríamos afirmar, que un asegurado mayor de 50 años, indistintamente del origen, cuando padece de una serie de alteraciones orgánicas o funcionales incurables o de duración no previsible, que le impiden desempeñar su trabajo habitual u otro similar compatible con sus aptitudes y formación profesional, y permanece en una condición de incapacidad permanente, pero que no alcanza el 50% de PCL. Debe ser sujeto de una protección estatal, que podríamos denominar pensión de invalidez temporal. Para lo cual, deberá declararse la pérdida de "capacidad laboral parcial" (entendiendo parcial, la Pérdida de Capacidad Laboral por debajo del 50%, pero no inferior al 40%), la cual en un principio sería de manera no definitiva, siendo concedida por el lapso de dos años continuos.

Si pasados los dos años subsisten las condiciones de salud del afiliado, la pensión pasará de ser temporal, a ser definitiva, sin embargo, la entidad, sea fondo de pensiones o Administradora de riesgos laborales podrá efectuar la revisión de la incapacidad cuando lo estime necesario, si hubiere fundamento para presumir que han cambiado las condiciones que determinaron su otorgamiento.

Palabras clave: Pensión de Invalidez, Pérdida de Capacidad Laboral, Incapacidad Permanente Parcial.

Abstract

The pension of the partially permanent disabled: a need due to the deficiency or disability that prevents or limits the work force to obtain a decent income: (Resolución 023 de 2015. Artículo 02)*

Due to the regulation that currently exists in Colombia, regarding the payment of temporary economic benefits (disabilities), both in the field of the Health System, the Pension System, and in the field of Occupational Risks. Like the regulation that exists in these last two fields on the issue of disability pension. It is necessary to ask ourselves, should a definitive economic benefit be consecrated in favor of the affiliate who is over 50 years of age, and who, suffering from a chronic health condition that does not allow him to return to work, that is, remains disabled, does not reach the minimum percentage of 50% loss of work capacity?

New questions arise from the previous question, such as: 1. How convenient is it for the employer to have an employee who enjoys indefinite disability for work power, but who does not reach the minimum percentage of 50% of PCL? 2. How viable is it for the health system, in the case of contingencies of a common nature, to carry an economic benefit indefinitely, after day 540 of disability? 3. How viable is it for the Occupational Hazards system, in the case of contingencies of a labor nature, to carry an economic benefit indefinitely, after day 720 of disability? 4. Can health professionals refrain from granting the issuance of disability to members of the Comprehensive Social Security System, regardless of the risk, for having exceeded the maximum legal term of disability?

Among the essential purposes of the State are the protection and effectiveness of labor and social rights. Likewise, in articles 48 and 53 of the National Constitution, the guarantee of social security is indicated from the point of view of integrality.

We could affirm that an insured person over 50 years of age, regardless of origin, when he suffers from a series of incurable organic or functional alterations or of an unforeseeable duration, which prevent him from performing his usual job or another similar one compatible with his skills and professional training, and remains in a condition of permanent disability, but does not reach 50% PCL. You must be subject to state protection, which we could call temporary disability pension. For which, the loss of "partial work capacity" must be declared (understanding partial, the Loss of Work Capacity below 50%, but not less than 40%), which at first would be non-definitive, being granted for a period of two continuous years.

If after two years the member's health conditions subsist, the pension will go from being temporary to being permanent, however, the entity, whether it is a pension fund or an occupational risk administrator, may review the disability when it deems it necessary. , if there are grounds to presume that the conditions that determined its granting have changed.

Keywords: Disability Pension, Loss of Work Capacity, Partial Permanent Disability.

Contenido

Pág.

Lista de tablas 11

1. Introducción 12

2. Orígenes del sistema de seguridad social en Colombia: Recuento histórico desde sus inicios hasta la actualidad 16

3. Sistema de seguridad social en Colombia: Enunciación de subsistema 27

3.1. Prestaciones económicas: Regulación legal en Colombia (Subsistema de salud, pensiones y riesgos laborales) 28

3.2. La pensiónn de invalidez como prestación económica permanente y definitiva: análisis doctrinal 35

3.3. Prestaciones económicas en algunos instrumentos internacionales adoptados por la oit 41

4. Dificultades prácticas que encuentra un sector de la población al requerir las prestaciones económicas en el marco de la pensión de invalidez 50

4.1. Disminución en la capacidad productiva (diferentes estados de salud) 54

4.2. Ausencia de una calificación cualitativa con ocasión de disminución de capacidad productiva 74

4.3. La dignidad humana en la ausencia de la fuerza de trabajo (su vulneración) 77

5. Ausencia de regulación legal (desprotección) 82

5.1. Aplicación de principios (Ronald Myles Dworkin) 86

5.2. Principios legales y constitucionales de la seguridad social como pautas de interpretación 90

6. Alternativas prestacionales y/o laborales con las que cuenta el afiliado cuando se enfrenta al escenario antes reseñado 98

6.1. Capacidad residual 107

6.1.1.Formulación de norma (lege referenda) 116

7. Conclusiones 118

8. Bibliografía 122

1. Introducción

Con la creación del nuevo sistema de seguridad social integral, que introdujo la Ley 100 de 1993, se fijó como objeto de dicho sistema "garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten"1. Precisamente el presente trabajo muestra todo lo contrario: "La desprotección". Sí, la desprotección que se refleja en el Sistema General de Seguridad Social Integral sobre aquellos usuarios que padecen una deficiencia o una discapacidad que les impide o limita para el desempeño de su actividad laboral y en virtud de ello, tienen una incapacidad permanente parcial debidamente calificada. Existen de igual forma, otros afiliados que aún se encuentran siendo beneficiados de una incapacidad médica (ya se trate de origen común o de origen laboral), que les impide desempeñar la actividad económica que les genera ingresos, llegando, incluso, a superar el número máximo legal de días de incapacidad. Esto, sin recibir el alta médica que les permite reincorporarse laboralmente.

Esta desprotección se edifica sobre la base de que el afiliado, en las condiciones antes señaladas, no alcanza la pérdida de capacidad laboral u ocupacional, igual o superior al

[1] Artículo 1º Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones (23 de diciembre de 1993). https:// http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html

cincuenta por ciento (50%) y que le permita acceder a una pensión de invalidez. Como si fuera poco, su condición de salud tampoco le permite reincorporarse laboralmente a sus actividades, sean de índole dependiente o independiente.

Por consiguiente, la persona queda atrapada en lo que podemos señalar como "zona gris". Una situación que consiste en que el afiliado no tiene una pensión de invalidez por no ser inválido, pero tampoco puede retornar a su actividad laboral por padecer una incapacidad permanente parcial, la cual es de tal envergadura que lo somete a permanecer incapacitado por el médico tratante.

Entonces, el problema radica en que el afiliado no tiene una pensión de invalidez por no ser inválido, pero tampoco puede retornar a su actividad laboral por padecer una incapacidad permanente parcial, la cual es de tal envergadura que lo somete a permanecer incapacitado por el médico tratante.

La relevancia del problema se encuentra como se adelantó más arriba, en la desprotección de la cual es objeto el afiliado que se encuentra disminuido en sus: i) Condiciones de salud, ii) Limitación en la generación de ingresos y iii) falta de cumplimiento de los requisitos para pensión de invalidez.

Pues bien, frente a la hipótesis del trabajo, lo que nos proponemos, no es más que dejar en evidencia la falencia que tiene nuestro sistema de seguridad social integral, cuando se habla de protección del nicho de personas antes descrito. Y consecuencialmente, proponer una fórmula de solución al problema mismo. Claro está, no es una camisa de fuerza la solución que aquí se propone, sin embargo, es la que nos parece más acertada. Siendo esta la creación de una norma legal que cubra dicha desprotección. Sin embargo, la última palabra la tendrá el congreso de la república expidiendo o no la norma pertinente que permita dar protección a esta situación que padecen miles de colombianos y que aún se encuentran en la penumbra.

El trabajo lo hemos desarrollado de la siguiente manera: haremos un recuento desde los orígenes hasta la actualidad del sistema de seguridad social integral para ubicarnos históricamente en el tema.

Posteriormente enunciaremos los subsistemas que componen el sistema general de seguridad social integral, dejando de lado aquellos que no se relacionan con el objeto de nuestro estudio. Para dar paso a tres subtemas como son la enunciación de aquellas prestaciones económicas que trae consigo tanto el subsistema de salud, como el de pensiones y el de riesgos laborales. Y el análisis de la pensión de invalidez como prestación económica como tal, deteniéndonos en los conceptos de prestación económica permanente y definitiva, esto desde la perspectiva doctrinal. Para finalizar este capítulo dando una mirada a algunos instrumentos internacionales del trabajo desarrollados por la Organización Internacional del Trabajo.

Luego, expondremos las dificultades prácticas que se encuentran en un sector de la población cuando requieren de las prestaciones económicas, al presentar limitación para laborar con ocasión de un deterioro en la salud. Para lo cual se hace necesario plantear el tema de la disminución de la capacidad productiva del afiliado al sistema al igual que la ausencia de una calificación cualitativa en todo el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral. Para culminar este capítulo con la influencia que tiene todo este trámite en la dignidad humana del afiliado que evidencia la ausencia de su fuerza laboral.

Abordaremos posteriormente la ausencia de regulación legal de este tema, lo que se ve reflejado en una desprotección económica que padece el afiliado al soportar una limitación en su condición de salud.

Continuaremos con una enunciación de los principios legales y constitucionales más relevantes como pautas de interpretación de la seguridad social. Y citaremos a nuestro modo de ver, cual es la aplicación que más se ajusta a dichos principios. Haremos uso en dicho sentido de la teoría de interpretación del maestro Ronald Dworkin.

Pasaremos finalmente a señalar las alternativas prestacionales y/o laborales con las que cuenta el afiliado cuando se encuentra en la situación aquí planteada, al tiempo de hablar de la capacidad residual desde el punto de vista de la inclusión social, para finalmente

formular la norma que consideramos podría ser de utilidad para enmendar la desprotección al afiliado.

2. Orígenes del sistema de seguridad social en Colombia: Recuento histórico desde sus inicios hasta la actualidad

A lo largo de la historia colombiana, el concepto de seguridad social no siempre ha sido conocido como un sistema de protección social como lo conocemos hoy en día en el país, ya que, anteriormente, se centraba en el cobro de seguros más que en el beneficio humano. Su existencia se remonta, incluso, desde el imperio romano, el cual no fue indiferente a la previsión. Si quisiéramos estudiarla desde un punto de vista histórico, tendríamos que ir varios siglos atrás. Por ello, en este trabajo haremos un análisis contextual, partiendo desde el año 1810, fecha en la que la nación atravesaba su lucha libertadora.

Las primeras apariciones del concepto de seguridad social no pudieron haber iniciado en un campo diferente que, en el militar, como es de esperarse en un país que, en esa época buscaba su independencia. Es por ello que, en la mayoría de la literatura sobre este tipo de protección se fija como referencia y punto de partida a Simón Bolívar, específicamente en su discurso de Angostura de febrero de 1819. Allí habló sobre la seguridad social al decir: "El sistema de gobierno más perfecto es el que comparta mayor cantidad de bienestar, de seguridad social y de estabilidad política", haciendo alusión a ese plan de previsión económica y de salud de los militares.

De manera que, el modelo de seguridad social no fue creación criolla, más bien, consistió en la implementación del modelo español empleado en organizaciones militares, más conocido como montepío, un tipo de fondo conocido por su funcionamiento en Suramérica. Hay que destacar que en nuestro país dicha asistencia era financiada en su totalidad por la milicia, modelo que perduró hasta el año 1827 y en el que, además, dichas aportaciones desaparecieron.

Al desaparecer dichas aportaciones, retornó la desprotección que padecían los integrantes del grupo familiar de los fallecidos en combate. La anterior situación motivó la creación de la Ley 9 de 1843, restableciendo nuevamente los llamados montepíos y creando prestaciones económicas en favor de las viudas y huérfanos de los militares caídos, tanto en la contienda de independencia, como en las batallas libertadoras.

Unos años después, la Ley del 30 de abril de 1855 acabó nuevamente con los montepíos militares. Para ser más claros, se continuó con las prestaciones económicas a los familiares de militares caídos en combate, con la sola diferencia del valor económico en función del cargo ostentado por el soldado caído en contienda.

Así pues, en el año 1883 surge uno de los dos modelos de la seguridad social tal como conocemos hoy en día[2]. El canciller de hierro, (primer ministro de Prusia) Otto Von Bismark instituyó lo que a partir de esa fecha se conocería como el sistema de seguros

[2]Teniendo en cuenta que, hoy en día se destacan notoriamente dos modelos de seguridad social, ambos surgidos en Europa, de un lado el modelo desarrollado por el canciller de hierro, Otto Von Bismark en la Alemania del siglo 19. De otro lado, el modelo inglés cuya consecución estuvo en manos de sir William Beveridge.

sociales, lo cual lo hace con una afirmación bastante interesante: "Es necesario tener un poco de socialismo para evitar tener socialistas", frase bastante categórica en mi concepto. Esos primeros métodos de prevención y ahorro económico, se componían de seguros contra enfermedades, accidentes de trabajo, invalidez y vejez.

Más tarde, la ley 120 de 1892 modificó en algunos temas la Ley 30, cambios de los cuales podemos destacar: la pérdida del derecho a la prestación concedida por contraer nuevas nupcias por parte de la viuda y no brindar educación a los hijos del causante. Esta es la primera oportunidad en la que se habló de la eliminación del derecho por contraer segundo matrimonio.

Para cerrar un poco de contexto el siglo XIX, un par de años después a estas modificaciones se acude a una nueva reglamentación por medio de la Ley 153 de 1896. Allí, se le otorga al montepío militar el carácter de una especie de caja de sueldos de nivel nacional.

El siguiente paso dentro del ordenamiento del sistema de asistencia social se dio por medio de la Ley 29 de 1905, con la prestación en favor de magistrados de la Corte Suprema, quienes, a partir de esta nueva legislación y después de cumplir sesenta años de edad, gozarían de una pensión ascendente al 50 por ciento de su sueldo.

Para el año 1912, por medio de ley numerada igual que su antecesora (Ley 29), se consagró pensión en favor del grupo familiar de los expresidentes de la República. Además, ordenaba la prestación económica a las viudas de estos exmandatarios.

Cuatro años más tarde, la Ley 80 de 1916 sobre pensiones y recompensas, dispone límites máximos a tales beneficios, debido a que estableció que ninguna pensión que se reconozca a cargo del Tesoro Público Nacional, excederá, en lo futuro, de ochenta pesos ($80) mensuales. Igualmente, señala que ninguna pensión será transmisible, ni acumulable, ya que, con la muerte del beneficiado, queda extinguida la pensión. En conclusión, en esta legislación queda anunciada la intransmisibilidad y la no acumulación de las pensiones.

Como resultado de la Ley 40 de 1922 se crea, en favor de los jefes y oficiales, clases e individuos de tropa que comprueben ante el Ministerio de Guerra haber contraído la enfermedad de la lepra durante su servicio en el ejército. Aquellos tendrían derecho, además del asilo en los leprosarios nacionales, al sueldo correspondiente a su empleo, mientras permanezcan en los lazaretos.

Es importante detallar que, la Ley 86 de 1923 modifica la ley anterior y se hace extensiva a todos los empleados que se hayan contagiado de este padecimiento estando al servicio del Gobierno Nacional, Departamental y Municipal, así como en cualquiera de las oficinas públicas relacionadas con el ramo de lazaretos, aún cuando dichas oficinas no se hallen dentro del perímetro de estos.

Adicionalmente, se ordena que todo empleado público nacional tendría derecho a la mitad del sueldo que devengue mensualmente. Lo anterior hasta por seis meses, cuando por consecuencia de enfermedad contraída en el servicio o agravaba por la causa de este, se halle imposibilitado para prestarlo.

A medida del paso de los años, se fueron creando más y más leyes que añadían o modificaban algunos de los puntos de la seguridad social en el país. Un ejemplo de ello es la Ley 102 de 1927, en la cual se fijan los topes de las pensiones de jubilación que tienen derecho los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales Superiores de Distrito Judicial de acuerdo con las Leyes 29 de 1905 y 12 de 1907. Asimismo, ordena que las viudas de los magistrados de la Corte Suprema y de los Tribunales Superiores que hayan servido por más de veinte años (20) en la rama judicial, disfrutarán de una pensión mensual con las limitaciones y requisitos establecidos por las leyes.

Llega el año 1928. Para ese entonces, ya existía el modelo Bismarkiano de seguros sociales, el auge de los seguros comerciales y el buen desempeño de los montepíos militares como cajas de auxilio. Sin embargo, un hombre trató de dar un vuelco total al sistema de

asistencia social que imperaba en nuestro país[3]. José Antonio Montalvo[4] presentó un proyecto de ley al Congreso sobre seguros del trabajo, con la intención de crear una caja de seguros de orden nacional, que brindara asistencia en temas como invalidez, vejez y muerte, incluyendo, protección a la maternidad.

Este primer asomo a la concesión del inicio del seguro social en Colombia no tuvo éxito, debido al alto contenido comercial de dicha propuesta, razón por la cual no llegó a buen puerto, siendo finalmente desechado. No obstante, después del proyecto de Montalvo vinieron muchos más que, a pesar de estar cargados de buenas intenciones, corrieron con la misma suerte y fueron rechazados por su evidente tinte de lucro. Uno de ellos fue el proyecto presentado por Dr. Chaux[5] en el año 1930, quien pretendía la creación del Código del Trabajo.

Como punto crucial, en el año 1939 llegó el segundo modelo de seguridad social más empleado en la actualidad. Tal como lo anticipamos líneas atrás, Sir. William Beveridge, con el objeto de remediar las miserias que dejaron las guerras, diseñó un plan integral de asistencia que tenía como propósito brindar protección a todos los ciudadanos, dicho plan llevaría como nombre Seguridad social.

Seis años después, con la expedición de la Ley 6 de 1945, se presenta la que podríamos llamar la norma fundadora del sistema de previsión social. Con ella se crea una metodología de prestaciones sociales tanto para el sector privado como para el sector público de orden nacional, distinguiendo entre trabajadores del Estado y trabajadores particulares. Cabe resaltar que, el artículo 12 de esta ley determinó que mientras se organizaba el seguro social obligatorio para el beneficiario, le correspondería al patrono las indemnizaciones o prestaciones tales como: Indemnizaciones por accidentes de trabajo; por

[3]Asistencia social en sentido amplio, debido a que, si hablamos del término propiamente dicho, Colombia aún estaba lejos de contar con una asistencia social por parte del Estado.

[4]Político colombiano que nació el 22 de febrero de 1892, en Santafé de Bogotá, y murió en la misma ciudad, el 5 de junio de 1970. Ministro de Industrias (1927-1929) FUENTE: Texto extraído de www.mcnbiografias.com

[5]Francisco José Chaux ministro de Agricultura y Comercio entre 1930-1934, en el gobierno del presidente Enrique Olaya Herrera. Fuente: ttps://www.wikiwand.com/es/Anexo:Ministros_de_Agricultura_de_Colombia

enfermedad profesional; el auxilio por enfermedad no profesional hasta por ciento ochenta (180) días; auxilio funerario; vacaciones; indemnización en caso de despido; auxilio de cesantías.

Asimismo, esta ley, además de distinguir entre trabajadores del sector público y particular, determinó que la Caja Nacional de Previsión Social sería la encargada de las prestaciones del sector público. De igual forma, estipuló que esta sería la responsable de las prestaciones del sector público, entre tanto, sería a cargo de la entidad que asumiera el manejo del Seguros Social Obligatorio, la encargada del reconocimiento de las prestaciones en el sector privado.

Es así como el día 26 de diciembre de 1946, más de un año después de la directriz dada por la Ley 6, fue expedida la Ley 90 de 1946, por medio de la cual se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales Obligatorio como una entidad autónoma con personería jurídica y patrimonio propio.

Es importante aclarar que, no por haberse creado estas entidades dejaron de existir o de formarse otras de iguales características. Sin embargo, sí empezaron a fundarse otras instituciones enfocadas en un nicho específico, como el Fondo de Ferrocarriles Nacionales, la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria, Corporación de Empleados de la Superintendencia de Sociedades, la Caja de Previsión Social del Distrito de Bogotá, entre otras.

A raíz de todo esto se reveló la falta de organización del sistema pensional en el país que perduró hasta el año 1993, cuando la Ley 100 de 19936 puso punto final a la gran mayoría de cajas o fondos de previsión. En conclusión, se puede decir que la Ley 6 de 1945 y la Ley 90 de 1946 se encargaron de diseminar el sistema pensional entre lo público y lo privado.

[6]Esta ley se crea con el fin primordial de darle organización a un sistema pensional totalmente disperso y desfinanciado, para tomar las riendas de este por medio de un sistema dual que fuera más eficiente y viable financieramente.

Para cerrar este análisis histórico sobre el sistema de pensiones en Colombia, señalaremos las normas que consideramos más importantes para cada régimen7, tanto del público como el privado. Además, haremos un recuento normativo subsiguiente a la expedición de las normas mencionadas en el párrafo anterior. Para ello, comenzaremos por el sistema pensional privado para luego continuar con el público.

El Decreto 722 del 21 de marzo de 1949 se convirtió en el primer reglamento de inscripciones del primer contingente de afiliados al seguro social obligatorio de Enfermedad-Maternidad, dejando para más adelante la contingencia pensional.

Consecuentemente, el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte llegó casi veinte años después con el Acuerdo 224 de 1966 expedido por el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Norma que fue aprobada por el Decreto 3041 de 1966.

El anterior decreto sufrió modificaciones importantes a raíz del Decreto 1900 de 1983, el cual aprobó el Acuerdo 16 de 1983 que, a su vez, aprobó el Acuerdo 29 de 1983. Este último incluyó cambios en materia de pensión en la vejez. Estableció que los afiliados que acrediten un número de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores tendrían derecho a la pensión. Esta vez, ya no se trata de darle cumplimiento a las edades mínimas, sino a la fecha de la solicitud.

Al año siguiente, el Decreto 232 de 1984 vuelve a modificar el Decreto 3041 de 1966, en materia de pensión de invalidez, al pasar de exigir ciento cincuenta (150) semanas de cotización acreditadas dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez, de las cuales setenta y cinco (75) deben corresponder a los últimos tres (3) años; para pasar a exigir tener 150 semanas de cotización acreditadas. Este último, para los riesgos de invalidez, vejez y

[7]Propiamente en este punto de la época de nuestro país no se habla específicamente de regímenes, esto si tenemos en cuenta que los regímenes pensionales fueron creados por la Ley 100; Rais y Rpm. Sin embargo, por cuestiones de método de estudio, hemos llamado en este punto de nuestro documento: régimen público y régimen privado.

muerte (IVM) dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez o 300 semanas de cotización en cualquier época.

Posteriormente es expedido el Decreto 2879 de 1985 aprobatorio del Acuerdo 29 de 1985, que hizo modificaciones importantes al Decreto 3041 de 1966. Dentro de los cambios más destacados podemos resaltar los nuevos porcentajes para proceder con la liquidación de las pensiones de invalidez y de vejez, así como la creación de incrementos pensionales por persona a cargo.

Finalmente, el Decreto 758 de 1990 aprueba el Acuerdo 049 de 1990, aprobatorio del último reglamento del seguro social. Este señaló que tendrían derecho a la pensión de vejez los afiliados que acrediten un número de 500 semanas de cotización pagadas al cumplimiento de las edades mínimas, ya no a la fecha de la solicitud, sino de las edades mínimas. Es decir, instaló nuevamente el requisito que había fijado el Decreto 1900 de 1983. Además, trató temas como el disfrute, la causación de la pensión y la compartibilidad de pensiones. Luego pasó a tratar a fondo el ámbito del sector público.

Debemos decir que, en diciembre de 1968, fue expedido el Decreto 3135, el cual modificó para los empleados oficiales, del orden nacional, el estatuto establecido por la Ley 6 de 1945, integrando la seguridad social entre el sector público y el privado. También, reglamentó el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales. Adicionalmente, definió ciertas responsabilidades para la Caja de Previsión Social en cuanto a la prestación de su servicio, en beneficio del trabajador afiliado.

Aquellas fueron: Asistencia médica obstétrica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria; Asistencia médica, o servicio odontológico; Auxilio por enfermedad no profesional; Auxilio de maternidad; Indemnización por accidente de trabajo; Indemnización por enfermedad profesional; Pensión de invalidez; Pensión vitalicia de jubilación o vejez; Pensión de retiro por vejez y, finalmente, un seguro por muerte. Todo lo anterior dirigido a los empleados públicos y trabajadores.

De otra parte, se le asignó a los pensionados, ya sea por invalidez, jubilación, vejez o retiro por llegar a la edad máxima: Asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y

hospitalaria; Auxilio funerario y sustitución de la pensión a beneficiarios del pensionado fallecido, (en términos que más adelante se establecen).

El Decreto 1848 de 1969, actualmente en vigencia, se encargó de reglamentar el Decreto 3135 de 1968. Aquél se ocupó de temas como enfermedad profesional, accidente de trabajo y auxilio de maternidad, entre otras prestaciones para el sector público.

Unos años después, la Ley 33 de 1985 unificó el régimen de los empleados oficiales, incluyendo tanto a los de orden nacional como territorial, eso sí, dejando de lado aquellos que fueron sujeto de algún régimen especial.

Tres años más tarde es promulgada la Ley 71 de 1988, que introdujo lo que comúnmente se conoce como un régimen mixto, debido a que la pensión se obtiene por contar con cotizaciones en el sector privado (seguro social) y aportes acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces.

En el año 1993 es expedida la Ley 100, la cual dio un vuelco total al sistema pensional que funcionaba tiempo atrás en el país. Este ordenamiento jurídico fijó dos regímenes pensionales que trabajaban paralelamente. Sin embargo, siendo excluyente uno del otro. Asimismo, esta reforma pretendió acabar con el desorden administrativo como económico que padecía la estructura de las pensiones y de esta manera, enderezar la llamada "bomba pensional".

Cabe decir que, diez años más tarde se hizo necesaria una nueva reforma pensional en un momento en el que aún no se terminaba de asentar el "nuevo" sistema pensional colombiano. Dicha reforma fue introducida por medio de la Ley 797 de 2003, la cual, entre otras cosas, cambia algunas disposiciones del Sistema General de Seguridad Social de Pensiones (que fundó la Ley 100), en el campo de aplicación de la ley, las características del sistema, la obligatoriedad de las cotizaciones y el ingreso base de cotización. Esta reforma estableció varias aspectos. Veamos más en detalle:

1. No poder trasladarse de régimen cuando le falten diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.
2. Fijó la afiliación obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes.
3. Elevó el porcentaje de cotización.
4. Aumentó el número de semanas mínimas necesarias para acceder a la pensión de vejez.
5. Se crearon dos prestaciones especiales por vejez y una por deficiencia física, psíquica o sensorial del 50% o más. Estas incluyen la dirigida a la madre o padre trabajador que tenga a cargo un hijo que padezca invalidez física o mental, debidamente certificada.
6. Introdujo una nueva forma de calcular el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez.
7. Fijó un requisito nuevo en pensión de sobrevivientes (la fidelidad: concepto que se explicará en el siguiente párrafo).
8. Modificó la regulación de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros temas transversales al sistema.

Solo unos meses más tarde, se incorporaron otros cambios mediante la Ley 860 de 2003. Esta también modificó algunas normas de la Ley 100 por ejemplo, en la pensión de invalidez fijó un requisito nuevo la fidelidad *(Consistente en la obligación de cotizar: i) el 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha del fallecimiento, si la muerte es causada por accidente; ii) el 20% por el mismo rango si la muerte es causada por accidente; iii) Si la causa del fallecimiento es homicidio se aplicará lo prescrito para accidente y iv) Si la causa del fallecimiento es suicidio se aplicará lo prescrito para enfermedad.)*[8], la Pensión de vejez por alto riesgo, y a su vez, realizó cambios en la forma de hacer los cálculos actuariales.

Por otra parte, encontramos el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual le dio un giro de 180 grados al sistema pensional. Veamos:

[8]Corte Constitucional. Sentencia C-1094 de 2003. M.P.: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

1. Terminó con el reconocimiento de la mesada 14, a partir del mes de julio de 2011.
2. Fijó tope al valor de las mesadas pensionales, en un monto no superior a 25 salarios mínimos mensuales.
3. Modificó el régimen de transición, fijando como plazo para su terminación el día 31 de julio de 2010. Es decir, hasta esta fecha se daba continuidad a las reglas como se venían aplicando. Empero, quien cumpliera requisitos después de ese límite, debería acreditar 750 semanas cotizadas al 25 de julio de 2005, fijando como plazo último el año 2014 para acreditar requisitos.
4. Limitó los regímenes especiales o exceptuados a la fuerza pública, a los docentes y al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).

Finalmente, como una de las reformas más notorias al sistema, se creó por medio de la Ley 1580 de 2012, la pensión familiar definida como: "aquella que se reconoce por la suma de esfuerzos de cotización o aportes de cada uno de los cónyuges o cada uno de los compañeros permanentes, cuyo resultado es el cumplimiento de los requisitos establecidos para la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida o régimen de ahorro individual y de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993", (Ley 1580, 2012, art.151A).

Con la pensión familiar se permitió que aquellos hogares dentro de los cuales ninguno de los dos cónyuges o compañeros reuniesen por separado el número mínimo de semanas requeridas para hacerse a la pensión de vejez, les fuese posible juntar sus semanas, para que, de esta manera, pudiesen alcanzar el reconocimiento de una prestación por vejez conjunta.

En resumidas cuentas, lo explicado anteriormente, es el panorama a muy grosso modo de las principales categorías conceptuales de nuestro sistema pensional. A continuación, en el capítulo siguiente, trataremos de exponer cómo está compuesto el actual Sistema General de Seguridad Social Integral.

3. Sistema de seguridad social en Colombia: Enunciación de subsistema

Como resultado de la reorganización introducida por la Ley 100 de 1993 y sus posteriores modificaciones (a las que se hizo referencia en el capítulo anterior), se creó el Sistema General de Seguridad Social Integral, que se compone por cuatro subsistemas, siendo ellos los siguientes:

1. Sistema General de Seguridad Social de Pensiones.
2. Sistema General de Seguridad Social en Salud.
3. Sistema General de Seguridad Social de Riesgos Laborales.
4. Sistema General de Seguridad Social de Subsidio Familiar y la Protección contra el desempleo.

Cabe anotar que, para el planteamiento del problema no es necesario referirnos al Sistema de Subsidio Familiar y la Protección Contra el Desempleo. Los otros tres subsistemas, los abordaremos a partir de las prestaciones económicas que corresponden a cada uno. Sin embargo, dentro del estudio de dichas prestaciones, no abordaremos las prestaciones económicas de invalidez y muerte reconocidas por el Sistema General de Riesgos Laborales.

Por cuestiones metodológicas, continuaremos con nuestra disertación, en el siguiente orden: i) Sistema General de Seguridad Social en Salud; ii) Sistema General de Seguridad Social de Pensiones; iii) Sistema General de Seguridad Social de Riesgos Laborales.

3.1. Regulación legal de las prestaciones económicas: Subsistema de salud, pensiones y riesgos laborales.

Resulta necesario dar un desarrollo sucinto a los tres subsistemas citados en el capítulo anterior. Así pues, el Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro de su densa normatividad, consagra las siguientes prestaciones económicas:

a) *Señalan los artículos 206 y 207 de la Ley 100 de 19939 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 10 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.

Artículo 207. De las licencias por maternidad. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el Fondo de Solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente de las Unidades de Pago por Capitación UPC.

---

[9] Artículos 206º y 207º Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones (23 de diciembre de 1993). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html

[10]Con la entrada en vigor de la Ley 1562 de 2012, "por la cual se modifica el Sistema General de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional", publicada en el Diario Oficial No. 48.488 de 11 de julio de 2012.El término "riesgos profesionales" debe entenderse como "riesgos laborales". Así mismo, el término "enfermedad profesional" debe entenderse como "enfermedad laboral".

Resulta que hay dos tipos de prestaciones económicas dentro del Sistema de Salud como lo son, la incapacidad temporal derivada de la enfermedad o accidente de origen común, y la licencia de maternidad. Para la presente disertación, sólo es pertinente referirnos a la primera de ellas.

En la actualidad el Decreto 2943 de 201311, dispuso que "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". En lo que respecta al periodo máximo de duración de la incapacidad, los primeros ciento ochenta días (180), estarán a cargo de la EPS a la que se encuentre afiliada la persona.

El artículo 227 del Código Sustantivo de Trabajo ordena que hasta el día 90 se reconocen las dos terceras partes del salario, es decir el 66,66% y a partir del día 91 y hasta el día 180 se reconoce la mitad del salario correspondiente al 50%.

Es posible prorrogar la incapacidad dentro del subsistema de salud hasta por otros 360 días más. Esto si tenemos en cuenta que el Decreto 019 de 2012, señala que "Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador" (Decreto 019 de 2012, art. 142).

[11] Artículo1ºDecreto 2943 de 2013. Por el cual se modifica el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 (17 de diciembre de 2013). https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=55977

En lo referente al Sistema General de Seguridad Social de Pensiones, debemos recordar que tiene a su cargo también prestaciones económicas temporales, respecto de accidente o enfermedad común. Estas, a su vez, difieren a las de vejez, invalidez y sobrevivientes.

Es así como nuestro ordenamiento jurídico por medio del Decreto Ley 019 de 201212, en su artículo 142 consagró lo siguiente:

Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Consecuentemente, si existiera el concepto médico favorable expedido por la EPS, a partir del día 181 de incapacidad y hasta por otros 360 días más, el pago de la prestación económica por enfermedad o accidente común sería pagado por el Fondo de Pensiones con cargo al seguro de invalidez y sobrevivencia.

Conforme a lo estudiado hasta este momento, la incapacidad puede llegar hasta los 540 días, que consta de los primeros 180 días, y los subsecuentes 360 días más. Ahora bien, con la expedición de la Ley 1753 de 201513, se reguló el pago de las incapacidades que superan los 540 días. La norma consagra:

---

[12] Artículo142º Decreto Ley 012 de 2012. Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. (10 de enero de 2012). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0019_2012.html

[13] Artículo67º Ley 1753 de 2015. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país". (09 de junio de 2015). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1753_2015.html

a) *Artículo 67. Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. (…) 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.*

A partir de la expedición de la norma anterior, se determinó que el pago de incapacidades que superan los 540 días serían pagadas por la EPS con cargo a la entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES).

También existen las prestaciones económicas que reconoce el Sistema General de Seguridad Social de Riesgos Laborales. El artículo 206 de la Ley 100 de 1993 ordenó lo siguiente, respecto del subsidio temporal de origen laboral:

Las incapacidades originadas en enfermedad profesional[14] 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.

De otro lado, el artículo 1 de la Ley 776 de 2002 señala que "todo afiliado a quien se le defina una incapacidad temporal recibirá un subsidio equivalente al cien (100%) de su salario base de cotización, calculado desde el día siguiente el que ocurrió el accidente de

[14]Con la entrada en vigor de 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", publicada en el Diario Oficial No. 48.488 de 11 de julio de 2012, el término "riesgos profesionales" debe entenderse como "riesgos laborales". Así mismo el término "enfermedad profesional" debe entenderse como "enfermedad laboral".

trabajo y hasta el momento de su rehabilitación, readaptación o curación, o de la declaración de su incapacidad permanente parcial, invalidez o su muerte".(Art. 1 Ley 776 de 2002)

De igual forma, el artículo 3 de esta ley señala que "el período durante el cual se reconoce la prestación de que trata el presente artículo será hasta por ciento ochenta (180) días, que podrán ser prorrogados hasta por períodos que no superen otros ciento ochenta (180) días continuos adicionales, cuando esta prórroga se determine como necesaria para el tratamiento del afiliado, o para culminar su rehabilitación". (Art. 3 Ley 776 de 2002).

Para ser más exactos, en un principio hablamos de un término de incapacidad de 360 días continuos con respecto al Régimen de Riesgos Laborales. No obstante, como antes de la Ley 776 de 2002, imperaba el Decreto Ley 1295 de 1994 (norma que establecía los términos de la incapacidad), debemos recordar que ésta última sufrió una modificación con la aparición del Decreto 2463 de 200115, que en su tenor literal indica:

> *Expirado el tiempo de incapacidad temporal establecido por el Decreto-Ley 1295 de 1994, las entidades administradoras de riesgos profesionales podrán postergar el trámite ante las juntas de calificación de invalidez y hasta por trescientos sesenta (360) días calendario adicionales, siempre que otorguen una prestación económica equivalente a la incapacidad que venía disfrutando y exista concepto médico favorable de rehabilitación.*

Decreto éste último (2463) que perdió toda vigencia, con ocasión de la expedición del Decreto 1352 de 2013. Por lo tanto, el término máximo legal de incapacidad cuando se trataba de enfermedad o accidente laboral correspondiente a 720 días, perdió vigor.

En suma, podemos concluir que, según lo establecido en la Ley 776 de 2002, el Decreto Ley 19 de 2012 y el Decreto 1352 de 2013. El término inicial de incapacidad para ambos

---

[15] Artículo23º Decreto 2463 de 2001. Por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez. (20 de noviembre de 2001). https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6273

sistemas (riesgo común o laboral) sería el de 180 días, límite que sería apenas normal para determinar si existe o no una mejoría en la salud. Cabe añadir que, después de estos primeros 180 días, ambos subsistemas comparten un límite máximo de hasta 540 días.

Es así que, el sistema de pensiones consagra dentro de sus prestaciones, la pensión de invalidez de origen común, la cual, según los lineamientos de la Ley 100 de 1993, con sus modificaciones, permite al afiliado acceder a una compensación económica de invalidez cuando: "la persona que, por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral", (Ley 100, 1993, art.38).

Igualmente, tendrá derecho a la mesada de invalidez el afiliado al sistema que habiendo perdido el 50% o más de su capacidad laboral sea: i) Declarado inválido y acredite cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, cuando la misma se cause por enfermedad de origen común; o ii) Cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante, cuando la invalidez sea causada por accidente de origen común.

En el caso de que la persona inválida sea menor de veinte (20) años, "sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria", según lo expresa la Ley 860 de 2003, en el artículo 39, parágrafo 1. De otro lado, cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la compensación económica de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años".

Por otra parte, en el Régimen de Riesgos Laborales, la Ley 776 de 2002 en su artículo noveno, señala que "para los efectos del Sistema General de Riesgos Profesionales se considera inválida la persona que, por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el cincuenta por ciento (50%) o más de su capacidad

laboral de acuerdo con el Manual Único de Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la calificación".

Es fundamental decir que, todo afiliado al que se le defina una invalidez tendrá derecho, desde ese mismo día, a la pensión de invalidez, cuyo monto podrá variar, dependiendo del porcentaje de pérdida de capacidad laboral que se le haya calificado. Valga decir, que en este sistema, no se deben acreditar un número determinado de semanas cotizadas para acreditar el derecho a la prestación por invalidez.

Con respecto al anterior escenario, es preciso observar el caso de los afiliados que superan los 50 años y que, por causa de enfermedad o accidente de origen común o laboral, sufren una afección de salud crónica que no le permite desarrollar el trabajo en el que se viene desempeñando, pero la pérdida de capacidad laboral no asciende al 50%. Eventualmente ocurre que su estado de salud le hace permanecer incapacitado indefinidamente, inclusive, habiéndose agotado la mejoría médica máxima.

Es aquí donde adquiere relevancia explorar la posibilidad de una prestación económica para estos eventos. Una de esas prestaciones la constituye la pensión de invalidez, misma que pasa a estudiarse en el siguiente capítulo.

3.2. La pensión de invalidez como prestación económica permanente y definitiva: análisis doctrinal

La pensión de invalidez es la prestación económica por excelencia cuando de pérdida de capacidad se trata. Por ello, para un mejor entendimiento de esta, debemos hacer un acercamiento a su concepto y su tratamiento en la doctrina nacional e internacional.

El exconsejero de Estado Gerardo Arenas Monsalve, señala que "la situación de invalidez constituye una de las contingencias más dolorosas y frustrantes para el ser humano. La capacidad de locomoción y plenitud de las funciones físicas y psíquicas son tan necesarias para llevar una vida normal, tanto en el plano individual como en la relación social, que la pérdida o disminución de esas capacidades y funciones afecta en el ser humano en forma dramática el concepto de sí mismo y la posibilidad de desarrollar las potencialidades propias" 16 .Concluye el profesor indicando que "cuando el derecho de la seguridad social se refiere a la invalidez y su tratamiento normativo, siempre se debe tener presente el profundo impacto que la situación de invalidez le genera a la persona afectada y a su círculo familiar"17.

En lo referente al tema a tratar en este corto escrito, Arenas afirma que "en desarrollo de las normas constitucionales de protección al trabajo (C.P., art. 25 y 53) y de protección a las personas en situación de discapacidad (arts. 13 y 54), se ha venido construyendo una jurisprudencia protectora de la estabilidad laboral de las personas que padecen discapacidades que no constituyen invalidez, que abarcan situaciones en las cuales a las personas no se le ha calificado aún qué grado de pérdida de capacidad laboral registra, es decir, que se encuentra en incapacidad temporal"18.

[16]ARENAS MONSALVE, Gerardo. El derecho de la seguridad social. Bogotá: Editorial Legis,2018. Pág. 363.

[17]Ibidem, pág. 363.

[18]Ibidem, pág. 379.

Por su parte, el exmagistrado de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el profesor Eduardo López Villegas, aduce que "la invalidez es un estado permanente de afectación de la integridad corporal que compromete la funcionalidad laboral" 19.

La seguridad social ampara los riesgos a los que está expuesta toda la población: salud, vejez e invalidez, los cuales, en caso de producirse, comprometen la capacidad de la persona para generar ingresos, los cuales, en una sociedad de trabajadores, corresponden a las rentas del trabajo personal indispensables para mantener el estándar de vida.

El daño psico-físico tiene relevancia en la medida en que trasciende al desempeño laboral y deteriora la capacidad de trabajo. Eso es justamente lo que la Ley 962 de 2005, en su artículo 5220 (el cual modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993) reclama de las Juntas Calificadoras "calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral", veamos:

> *ARTÍCULO 52. Determinación de la pérdida de capacidad laboral y grado de invalidez. El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, quedará así:*
>
> *ARTÍCULO 41. 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, expedido por el Gobierno Nacional, vigente a la fecha de calificación, que 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. (Ley 962, 2005).*

[19] LÓPEZ VILLEGAS, Eduardo. Seguridad Social. Teoría Crítica. Tomo II. Medellín: Editorial Universidad de Medellín,2011. Pág. 277

[20] Artículo 52º Ley 962 de 2005. Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos. (8 de julio de 2005). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0962_2005.html

En efecto, desde la perspectiva de la seguridad social "la invalidez es una pérdida de la capacidad de ganancia laboral"21 . Este planteamiento de Eduardo López Villegas nos brinda un panorama más claro en lo que respecta a la invalidez como afectación de salud, relacionada con el propósito económico que tiene la actividad laboral y las consecuencias de no poder realizarla.

Reafirmando lo citado anteriormente por LOPEZ VILLEGAS, indica Morad que: "vale la pena señalar que esta prestación está destinada a suplir los ingresos que la persona ya no puede procurarse a partir de su trabajo. En efecto, la Corte Constitucional en sentencia de tutela T-952 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil, 2008) ha señalado que el hecho que la persona no pueda continuar laborando, justifica el reconocimiento de una suma de dinero que garantice su subsistencia, siempre y cuando acredite el requisito de semanas mínimas"22.

No obstante, el argumento expuesto por Morad, a renglón seguido señala que la pensión debe ser reconocida siempre y cuando acredite una pérdida de capacidad laboral de por lo menos el 50%, por lo que nuestro planteamiento, que busca precisamente todo lo contrario, resultaría ajeno.

Parte de lo tratado en este escrito, refiere a algunas deficiencias en el proceso de calificación por parte de las Juntas Calificadoras, que en algunas ocasiones no realizan una correcta evaluación de la capacidad laboral del usuario y, de esa forma, se le asigna un porcentaje inferior al 50%.

En este sentido el tratadista Jorge Narváez, realiza la siguiente crítica: "resulta cuestionable el esquema que acoge el Decreto 917 de 199923, donde en aras de la seguridad

---

[21] LÓPEZ VILLEGAS, Eduardo. Seguridad Social. Teoría Crítica. Tomo II. Medellín: Editorial Universidad de Medellín,2011. Pág. 277.

[22]MORAD ACERO, Juliana. Apuntes de Derecho de la Seguridad Social. Bogotá: Tirant lo Blanch manuales. 2019. Pág. 180.

[23]Conviene precisar, que si bien el Decreto 917 de 1999, no es la norma que hoy en día se encuentra vigente para realizar el dictamen de pérdida de capacidad laboral. Al ser la norma actual el Decreto 1507 de 2014, le asiste la misma crítica.

jurídica se establece un procedimiento de valoración con carácter de pautas de orientación (art. 4º, inc. 1º), aunque en la praxis, esa naturaleza de criterios orientadores, se desvirtúa porque se tornan en patrones rígidos e inmutables y se olvidan que la incapacidad física puede repercutir de distinta manera en un trabajo concreto" *24*

Este es un tema que genera preocupación en el concierto universal y por supuesto, ha sido materia de análisis y evaluación en el seno de organismos internacionales. Además, es un hecho que la mayoría de las legislaciones han adoptado el término "Clasificación Internacional de las Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías" de la Organización Mundial de la Salud25, la cual compartimos.

Es muy relevante la constitucionalización de la que ha sido objeto nuestra normatividad laboral y de seguridad social, siendola Corte Constitucional la precursora de este fenómeno jurídico social. Por su parte, el autor Alberto Tarazona en su libro "Aproximaciones a la Seguridad Social en el Estado Social de Derecho", afirma que:

> *Como vemos, el derecho a la seguridad social ha venido enriqueciéndose con la Carta Política, siempre en procura de beneficiar a los miembros del Estado social de derecho; aunque falta mucho en el camino, también somos creyentes de que a diario las Altas Cortes serán las llamadas a purgar todo aquello que esté en contra de los trabajadores26.*

Cobra vital importancia, entonces, examinar el tema aquí tratado bajo el lente de la Constitución Nacional, de un lado, y los instrumentos internacionales, de otro. La Constitución de 1991 propone el derecho a la seguridad social, como un bien jurídico objeto de protección, incluso de protección directa por medio de la acción de tutela.

---

[24]NARNÁEZ BONNET, Jorge. Régimen Pensional y Seguros Privados. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA. 2008. Pág. 207.

[25]Ibidem.

[26]TORRES TARAZONA, Luís Alberto. Aproximaciones a la Seguridad Social en el Estado Social de Derecho. Aspectos teóricos y jurisprudenciales. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA. 2018. Pág. 171.

De acuerdo con el artículo 48 de la Carta Magna, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio. Pero va más allá, al punto de fijarla como un derecho irrenunciable. En armonía con el resto de la constitución, debemos mencionar los siguientes puntos de interés: i) que la mujer durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada (Artículo 43); ii) que son derechos fundamentales de los niños, la salud y la seguridad social (Artículo 44); iii) El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la Seguridad Social Integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia (Artículo 46); iv) Garantía a la seguridad social (Artículo 53); v) Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud (Artículo 54).

Ahora bien, en concordancia con el artículo 93 de la Constitución y en virtud de la aprobación y ratificación de múltiples convenios y tratados internacionales, el Estado colombiano ha asumido la obligación de garantizar el derecho humano a la seguridad social y de interpretar el ordenamiento jurídico interno que desarrolla la materia a la luz del derecho internacional.

En efecto, de acuerdo con el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporado al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 74 de 1968, el Estado reconoce "el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social". Igualmente, mediante el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 'Protocolo de San Salvador', incorporado al ordenamiento interno mediante la Ley 319 de 1996, toda persona tiene derecho a la seguridad social como mecanismo de

protección frente a las consecuencias de la vejez y de la incapacidad física o mental, a fin de "obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa"27.

[27] BARONA BETANCOURT, Ricardo. El Trabajo y La Seguridad Social Según La Constitución y Las Normas Internacionales. Bogotá: IBAÑEZ. 2015. Pág. 230.

3.3. Prestaciones económicas en algunos instrumentos internacionales adoptados por la Organización Internacional del Trabajo OIT

En las prestaciones económicas que se acompasan con el estado de salud de los ciudadanos, también han sido parte fundamental los instrumentos internacionales. Dentro de los que consideramos pertinentes para desarrollar el problema, encontramos algunos surgidos en la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Sin embargo, es pertinente precisar su obligatoriedad dentro del ámbito interno.La Corte Constitucional en nuestro país ha enseñado que:

> "*Los actos mediante los cuales se manifiesta la Organización Internacional del Trabajo se denominan convenios y recomendaciones, definición que depende de la Conferencia a la OIT, a quien corresponde decidir si un texto ha de revestir tal o de cuál forma*" 28.

A propósito, los convenios internacionales del trabajo se han definido como instrumentos destinados a crear obligaciones internacionales para los Estados que los ratifican. Al paso que las recomendaciones no crean tales obligaciones, sino que se dirigen a definir guías que orienten la acción de los gobiernos, respecto a sus relaciones laborales.

De igual forma, la referida entidad judicial en la sentencia C-562 de 1992 establece lo siguiente:

> "*-Un convenio internacional del trabajo no vincula a un Estado sino hasta cuando éste lo ratifica. Ratificación que no tiene el significado y alcance que se ha dado a esta figura jurídica en el Derecho Internacional, como se verá.*
>
> *La Ratificación de Convenios Internacionales del Trabajo.*

[28]Corte Constitucional. Sentencia C-562 de 1992. M.P.: JAIME SANÍN GREIFFENSTEIN.

La ratificación conforme al Derecho Internacional es el acto jurídico internacional mediante el cual un Estado manifiesta su consentimiento en obligarse por un tratado o convenio internacional, acto que se cumple mediante el canje o depósito de ratificaciones, o a través de intercambios del instrumento y, a veces, por adhesión o aprobación. Sin embargo para efectos de los convenios internacionales del trabajo, ésta adquiere un significado diferente.

En efecto, los convenios de la O.I.T., desde el punto de vista internacional, carecen formalmente de "ratificación", pues solamente se requiere de la información a su Director General sobre la aprobación del mismo por parte de la autoridad legislativa interna, en nuestro caso del Congreso de la República.

El carácter específico de la ratificación de estos convenios, contrariamente a la práctica seguida en los tratados diplomáticos tradicionales, no implica firmas previas por parte de los representantes de los Estados, ni intercambio de documentos de ratificación, sino que tiene más bien carácter informativo.

Efectuada tal "ratificación" se produce la obligación para el Estado que la efectúa de tomar las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones del mismo.

Desde el punto de vista constitucional es indispensable, sin embargo, que el Presidente de la República apruebe el convenio, pues ni siquiera estos tratados sui generis escapan a la regla nunca exceptuada por la Carta de que ellos deben ser celebrados por este funcionario.

Conforme a nuestra Carta Política los convenios internacionales del trabajo se entienden incorporados automáticamente a la legislación interna una vez hayan sido ratificados, al establecer en el artículo 53 inciso cuarto, lo siguiente:

"Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna".

Hoy, con esta disposición, se puso fin a una prolongada discusión sobre los efectos y la obligatoriedad internos de estos convenios en el sentido de su aplicabilidad inmediata una vez ratificado sin necesidad de medidas complementarias.

Concluyendo se tiene que los convenios de la O.I.T. no requieren, como exigencia internacional, formalmente de "ratificación" como lo exige la Convención de Viena -Derecho de los Tratados-, para los tratados ordinarios entre Estados, es decir, que el Presidente de la República no tiene que efectuar el canje o depósito de instrumentos de ratificación o la adhesión del Estado, sino simplemente comunicar al Director General de la Organización que tal instrumento ha sido aprobado por el órgano legislativo interno, información que se da también al Secretario General de la Organización de Naciones Unidas para efectos del registro y la publicación a que alude el artículo 102 de la Carta de la misma.

Por tanto y para efectos del artículo 58 transitorio de la Constitución vigente, el término "ratificar" allí contenido, para efectos del perfeccionamiento de los convenios celebrados con la Organización Internacional del trabajo tiene la connotación a que antes nos referimos y queda cumplida con la decisión misma del Constituyente, pero no excusa ni dispensa la aquiescencia o aprobación del Presidente de la República, cuyo consentimiento es indispensable para que desde el punto de vista de la Constitución Colombiana se entienda que el tratado o convenio ha sido celebrado, pues solo a él compete esta potestad; a él corresponde además, transmitir al Director General de la O.I.T. la información pertinente.29. (Corte Constitucional, Sentencia 562, 1992).

Para entender qué instrumentos internacionales del trabajo se consideran parte de nuestro ordenamiento interno, debemos identificar si hacen parte del bloque de constitucionalidad 30 denominado, por un sector de la doctrina, bloque de la

[29]Ibidem

[30]En sentencia C-225 de 1995 que El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas

constitucionalidad. Ahora bien, a este particular concepto nos referiremos en un capítulo más adelante.

Como primera parte, la Corte Constitucional ha establecido que no todos los convenios de la OIT hacen parte del bloque de constitucionalidad y que será ella la que defina cuáles sí lo son, a medida que ella misma vaya abordando el estudio de cada convenio en particular31.

En continuidad hay que decir que existen dos convenios muy pertinentes para el tema que aquí se trata, pese a que aquellos no están ratificados por Colombia y por dicha razón, no han sido objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional:

C102 - Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102). La OIT indica que este convenio es el acuerdo faro de esa organización sobre este tema, puesto que es el único instrumento internacional basado en principios fundamentales de seguridad social. Además, porque establece normas mínimas aceptadas a nivel mundial para las nueve ramas de la seguridad social. Estas son:

- Asistencia médica.
- Prestaciones monetarias de enfermedad.
- Prestaciones de desempleo.
- Prestaciones de vejez
- Prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedad profesional.
- Prestaciones familiares.
- Prestaciones de maternidad.
- Prestaciones de invalidez.
- Prestaciones de sobrevivientes.

situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.

[31] Normas Internacionales del Trabajo: Doctrina y jurisprudencia constitucional. Bogotá. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2009. Pág. 33.

Si bien el Convenio N.º 102 abarca todas estas ramas, los Estados Miembros de la OIT solamente necesitan ratificar tres de ellas, lo cual permite una extensión progresiva de la cobertura de la seguridad social en los países que lo ratifican.

Para cada una de las nueve ramas, los objetivos mínimos del convenio hacen referencia al porcentaje de la población protegida por sistemas de seguridad social, al nivel de la prestación mínima que se garantiza a las personas protegidas,a los requisitos para tener derecho a prestaciones y al periodo de derecho a las prestaciones. Por otro lado, es importante precisar que el Convenio N.º 102 no prescribe la manera de lograr estos objetivos, sino que deja una cierta flexibilidad a los Estados Miembros. Estos objetivos pueden alcanzarse a través de:

- Regímenes universales.
- Regímenes de seguridad social con componentes relacionados con los ingresos o de tasa fija o ambos.
- Regímenes de asistencia social.

De otro lado, los principios establecidos en el Convenio N.º 102 son:

- La garantía de prestaciones definidas.
- La participación de los empleadores y de los trabajadores en la administración de los regímenes.
- La responsabilidad general del Estado en lo que se refiere a las prestaciones concedidas y a la buena administración de las instituciones.
- El financiamiento colectivo de las prestaciones por medio de cotizaciones o de impuestos.

El Convenio exige igualmente la realización de evaluaciones actuariales de manera regular para garantizar la sostenibilidad de los regímenes. Además, este acuerdo establece que los regímenes de seguridad social deben ser administrados sobre una base tripartita,

con el fin de garantizar y fortalecer el diálogo social entre gobiernos, empleadores y trabajadores.

Asimismo, el Convenio N.º 102 es considerado como una herramienta para la extensión de la cobertura de la seguridad social, ya que proporciona un incentivo a los países que lo han ratificado al ofrecerles flexibilidad en su aplicación, en función de sus niveles socioeconómicos.

En 2001, el Consejo de Administración de la OIT confirmó su estatus de norma actualizada. A su vez, la Conferencia Internacional del Trabajo en 2011 lo reconoció como un punto de referencia en el desarrollo gradual de una cobertura de seguridad social integral a nivel nacional.

Cabe resaltar que, el Convenio referido ha sido ratificado por 48 Estados Miembros de la OIT desde su entrada en vigor en 1952, siendo Honduras el último país en ratificar este acuerdo en el 2012. De cualquier modo, se esperan más ratificaciones en los próximos años.

Un cierto número de países han ratificado el Código Europeo de la Seguridad Social, diseñado según el modelo del Convenio núm. 102 pero proporciona niveles de prestaciones más elevados"32.

C128 - Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967 (núm. 128). Este convenio trata sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes con sus consecuentes lineamientos. En él se desprenden las condiciones mínimas que deben contener los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado Miembro, en relación con las materias citadas en el acuerdo. También se pretende la consecución de la progresividad en temas de protección social.

Con el panorama que se expone anteriormente, las personas que hayan tenido un concepto favorable de rehabilitación, además de calificación de pérdida de capacidad

[32]https://www.ilo.org/secsoc/areas-of-work/legal-advice/WCMS_222058/lang--es/index.htm

laboral inferior al 50% y continúan siendo incapacitadas por la misma causa, más allá de los 540 días; se encontraban en una desprotección social por parte del Estado. Razón por la cual, y con ocasión de la constitucionalización del derecho social a que se ha hecho alusión, la honorable Corte Constitucional se pronunció al respecto y dijo:

> *Aunque en principio se diría que las garantías proteccionistas del Sistema Integral de Seguridad Social son generosas, esta Sala repara en el hecho de que no existe legislación que proteja al trabajador cuando se le han prolongado sucesivamente incapacidades de origen común y que superan los 540 días. Son muchos los casos en que las dolencias o las secuelas que dejan las enfermedades o accidentes de origen común, (...) que obligan a las EPS o demás entidades que administran la salud a certificar incapacidades por mucho más tiempo del estipulado en el Sistema Integral de Seguridad Social y que a pesar de las limitaciones físicas la pérdida de la capacidad laboral no alcanza a superar el 50% y por tanto, tampoco nace el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, lo que deja al trabajador en un estado de desamparo y sin los medios económicos para subsistir. (Corte Constitucional, Juzgado 45 Civil Municipal de Bogotá, T- 11001-40-03-045, 2020) 33.*

A partir de ello, la Corte concluye que:

> *En esta situación, el trabajador está desprotegido por la falta de regulación legal en la materia, ya que no existe claridad de cuál sería la entidad de protección social que debe asumir el pago del auxilio por incapacidad. Situación que empeora si el empleador logra demostrar ante el Ministerio de Protección Social que, en virtud de la incapacidad del trabajador, no es posible reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro similar. De esta manera, se genera el despido con justa causa, demostrado en el artículo 62, numeral 14 del Código Sustantivo del Trabajo34.*

[33]Corte Constitucional. Sentencia T-468 de 2010. M.P.: JORGE IVAN PALACIO PALACIO

[34]Ibidem

Como si fuera poco, tres años después, la Corte tuvo nuevamente la oportunidad de pronunciarse respecto al tema. En esta ocasión indicó que:

> *Si bien las garantías proteccionistas del sistema integral de seguridad social son amplias, es menester resaltar que no existe legislación que ampare al trabajador cuando se le han prolongado sucesivamente incapacidades de origen común y que superan los 540 días. Diversos son los casos en que las secuelas que dejan las enfermedades o accidentes de origen común que obligan a las EPS o demás entidades que administran la salud a certificar incapacidades por mucho más tiempo del estipulado en el Sistema Integral de Seguridad Social y que a pesar de las limitaciones físicas la pérdida de la capacidad laboral no alcanza a superar el 50% y, por ende, tampoco surge el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, lo que deja al trabajador en un estado de desamparo y sin los medios económicos para subsistir35.*

Evidenciada la desprotección del trabajador por la falta de regulación legal en la materia, la cual hizo visible la Corte Constitucional, el Gobierno Nacional de la época optó por expedir la Ley 1753 de 2015 que dice lo siguiente:

> *"Mediante la cual buscó dar una solución al aludido déficit de protección. Así, dispuso en el artículo 67 de la mencionada ley, que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas "al 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.". (Cita dentro de cita). Es decir, se le atribuyó la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS36.*

[35]Corte Constitucional. Sentencia T-876 de 2013. M.P.: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

[36]Corte Constitucional. Sentencia T-161 de 2019. M.P.: CRISTINA PARDO SCHLESINGER

En resumidas cuentas, las decisiones de la Corte Constitucional, en este campo, han caminado muy de la mano con las tendencias desarrolladas por la Organización Internacional del Trabajo.

4. Dificultades prácticas que encuentra un sector de la población al requerir las prestaciones económicas en el marco de la pensión de invalidez

A pesar de los avances en el campo de las prestaciones económicas por pérdida de capacidad laboral, aún hay eventos que escapan a su protección.

En efecto, al abordar la regulación que existe en estos momentos en Colombia, respecto al pago de las prestaciones económicas temporales (incapacidades), en todos los campos (pensional, salud, riesgos laborales), al igual que la regulación que existe en estos dos últimos campos en el tema de la pensión de invalidez, se evidencia una desprotección de algunos sectores de afiliados al Sistema General de Seguridad Social Integral (en adelante SGSSI).

Una desprotección que se refleja sobre aquellos usuarios que padecen una deficiencia o una discapacidad que les impide o limita para el desempeño de su actividad laboral y en virtud de ello, tienen una incapacidad permanente parcial[37] debidamente calificada. Existen otros afiliados que aún se encuentran siendo beneficiados de una incapacidad médica[38] (ya se trate de origen común o de origen laboral), que les impide desempeñar la actividad económica que les genera ingresos, llegando, incluso a superar el número

[37]Entendida esta como la disminución definitiva, igual o superior al cinco por ciento (5%) e inferior al cincuenta por ciento (50%) de la capacidad laboral u ocupacional de una persona, como consecuencia de un accidente o de una enfermedad de cualquier origen.

[38]Incapacidad que se refiere, además, de la condición médica de la persona.También a que la misma se encuentra debidamente soportada en la certificación médica del profesional tratante perteneciente al sistema.

máximo legal de días de incapacidad. Esto, sin recibir el alta médica que les permite reincorporarse laboralmente.

Esta desprotección se edifica sobre la base de que el afiliado, en las condiciones antes señaladas, no alcanza la pérdida de capacidad laboral u ocupacional, igual o superior al cincuenta por ciento (50%) y que le permita acceder a una pensión de invalidez. Como si fuera poco, su condición de salud tampoco le permite reincorporarse laboralmente a sus actividades, sean de índole dependiente o independiente.

Por consiguiente, la persona queda atrapada en lo que podemos señalar como "zona gris". Una situación que consiste en que el afiliado no tiene una pensión de invalidez por no ser inválido, pero tampoco puede retornar a su actividad laboral por padecer una incapacidad permanente parcial, la cual es de tal envergadura que lo somete a permanecer incapacitado por el médico tratante.

Finalmente, debemos concentrarnos entonces en la pregunta: ¿debe crear el legislador una prestación económica nueva que cubra la desprotección que padecen los afiliados que se encuentran en las condiciones descritas anteriormente?

Para ello, debemos contemplar que los pagos de incapacidades tienen las siguientes dificultades:

1. No equivalen al 100% del salario.
2. Es necesario renovar la incapacidad cada vez que se culmine.

Así pues, lo más humillante llega en un momento en el que, por superar el número de días máximo de incapacidades, el médico tratante ya no se las expide. Por ende, al afiliado no le queda otro camino que acudir por el sistema de urgencias, con el fin de que le generen dichas incapacidades, las cuales solo se otorgan por dos días máximo.

Bajo esta óptica, existe una omisión legislativa que trae consigo un vacío en el ámbito de la protección social de la población. Aquella, ya está suficientemente identificada por

encontrarse sin su fuerza de trabajo, al igual que, sin un ingreso permanente, el cual le permita solventarse de una manera digna.

Teniendo en cuenta las conclusiones acuñadas anteriormente, surge la siguiente problemática: ¿Es necesaria una prestación económica permanente parcial39 definitiva en favor del incapacitado? quien, recordemos que, su deficiencia o discapacidad le impide o limita el desempeño de su actividad laboral y por ende, no pueda reintegrarse a laborar.

En este contexto en el que se desarrolla la problemática planteada, podemos proponer la consecución de una prestación económica con una asignación de porcentaje de calificación que se encuentre por debajo del 50% de la PCL. Para ello, será de vital importancia decidir si la calificación deberá dar más peso a elementos cuantitativos o, en cambio, a elementos cualitativos al momento de proferirla.

A partir de los postulados anteriores, en definitiva, se evidencia un vacío en el manual de calificación actual que se revela en la poca influencia que tiene la actividad laboral desarrollada como tal al momento de calificar el título dos. Lo anterior, bajo el entendido de que el afiliado que es calificado, debe serlo en función del trabajo que desempeña conforme a su arte, profesión u oficio y no, en atención a reglas de actividades generales.

Para ilustrar: un futbolista que sufre una lesión tan grave que aún después de su recuperación no puede volver a correr de una forma normal y competitiva, a pesar de poder caminar de una manera normal. Sin embargo, no puede volver a competir. Si a primera vista dicho deportista conserva sus plenas facultades para conseguir un ingreso digno al margen del fútbol, no es menos cierto que su capacidad laboral respecto de dicha actividad ya no está.

De la problemática anterior surgen interrogantes tales como:

[39]Acudir al término prestación económica en lugar de pensión, no es fortuito. Lo hacemos conscientemente, porque la prestación económica podría estar por debajo del salario mínimo, situación que no sería igual con la pensión, la cual no puede ser inferior al salario mínimo.

1. ¿Qué tan conveniente es para el empleador tener un empleado que goza indefinidamente de incapacidad para poder laborar, pero que no alcanza el porcentaje mínimo del 50% de PCL? Desde ninguna óptica es conveniente, para el empleador ni para el empleado. El empleador se verá en la engorrosa situación de continuar con un empleado que no se encuentra en óptimas condiciones de salud para reincorporarse a laborar. Y el empleado igualmente afrontará en desolador panorama de no poder trabajar lo que se verá reflejado en su ingreso.

2 ¿Qué tan viable es para el sistema de salud, tratándose de contingencias de índole común, acarrear con el pago de una incapacidad de manera indefinida, después del día 540 de incapacidad? No es viable para el sistema de salud, tener que solventar una prestación económica de manera indefinida. Cuando por la condición de salud inmejorable del afiliado, dicha prestación debería estarla solventando el sistema de pensiones.

3. ¿Qué tan viable es para el sistema de Riesgos Laborales, tratándose de contingencias de índole laboral, acarrear con el pago de una incapacidad de manera indefinida después del día 720 de incapacidad? De igual manera que el escenario anterior, debe definirse el tema en favor del afiliado,para que su prestación sea de manera definitiva y así darle final a la generación de incapacidades por una condición de salud que no mejorará.

4. ¿Pueden los profesionales de la salud, abstenerse de conceder la expedición de incapacidades a los afiliados del Sistema de Seguridad Social Integral, indistintamente del riesgo, por haber superado el término legal máximo de incapacidades? Esto definitivamente no puede pasar. Los profesionales de la salud deben expedir tantas incapacidades como sean necesarias por parte de afiliado. Pero no tratar de evadirlas por instrucción de la institución médica que los contrata. Si ya de por sí, es lamentable que la persona por su condición de salud se vea obligado a frecuentar el médico de su EPS para generar incapacidades,más penoso aún, es que se les imponga una barrera para obtenerla necesitándola.

4.1. Disminución en la capacidad productiva (diferentes estados de salud)

Los diferentes escenarios planteados en el capítulo anterior devienen de los diferentes estados de salud que puede padecer la persona. Razón por la cual se hace imperativo conocerlos más al detalle.

A diario oímos hablar en el escenario de la salud de términos como invalidez, deficiencia, minusvalía etc. Sin embargo, aunque podemos tener claro de qué se trata, es posible que no sepamos cómo podemos agrupar estos conceptos. Es decir, discernir si son sinónimos, antónimos, similares, complementarios, de referencia etc, puesto que en ocasiones se hace referencia a ellos indistintamente incurriendo en imprecisiones. A partir de aquí, podemos hablar, entonces, de un marco conceptual para la descripción de la salud y los estados relacionados con este[40] cuya denominación genérica[41] es la palabra discapacidad siendo las demás especies de esta. Ahora, revisemos algunas definiciones de lo que llamamos especies del género Discapacidad.

El Decreto 917 de 1999 que contenía el Manual Único para la Calificación de la Invalidez hasta el 11 de agosto de 2014, introdujo las definiciones de invalidez, incapacidad permanente parcial, capacidad laboral, trabajo habitual, deficiencia, discapacidad y minusvalía.

En igual sentido, la Ley 1618 de 2013, en el N.°1 del artículo 2, "por la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad", introdujo otras como: i) Personas con y/o en situación de discapacidad; ii)

[40] Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud. Organización Mundial de la Salud, 2001.

[41] Op. cit., pág. 17. Los componentes de Funcionamiento y Discapacidad de la Parte 1 de la CIF se pueden emplear de dos maneras. Por un lado, pueden utilizarse para indicar problemas (ej., deficiencias, limitación en la actividad o restricción en la participación; todos ellos incluidos bajo el concepto global de discapacidad). Por el contrario, también pueden indicar aspectos no problemáticos (ej. neutrales) de la salud y aspectos «relacionados con la salud" (todos ellos incluidos en el concepto genérico de funcionamiento).

Inclusión social; iii) Acciones afirmativas; iv) Acceso y accesibilidad; v) Barreras siendo estas Actitudinales, Comunicativas y Físicas; vi) Rehabilitación funcional; vii) Rehabilitación integral; viii) Enfoque diferencial; ix) Redes nacionales y regionales de y para personas con discapacidad.

En resumidas cuentas, podemos resaltar que, según esta ley, la persona en situación de discapacidad es aquella que padece de una deficiencia, la cual puede ser física, mental, intelectual o sensorial. Por tal razón, aquella le impide su participación plena y efectiva en la sociedad.

Luego, el Decreto 1507 de 2014, por medio del cual se crea un nuevo Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, trajo nuevos conceptos, al tiempo que varió otros. A saber: i) Actividad; ii) Capacidad; iii) Capacidad Ocupacional; iv) Capacidad Laboral; v) Condición de Salud; vi) Daño Corporal; vii) Desempeño/ Realización; viii) Deficiencia; ix) Estados Relacionados con la Salud; x) Fecha de Declaratoria de la Pérdida de la Capacidad Laboral; xi) Fecha de Estructuración; xii) Funcionamiento xiii) Incapacidad Permanente Parcial; xiv) Invalidez; xv) Minusvalía; xvi) Ocupación; xvii) Rehabilitación Integral; xviii) Trabajo habitual;

A continuación, se asigna la definición a cada concepto de los que fueron citados anteriormente:

Invalidez. Se presenta cuando la persona, por cualquier causa, de cualquier origen, no provocada intencionalmente, haya perdido el 50% o más de su capacidad laboral *(Decreto 917 de 1999)*. Es la pérdida de la capacidad laboral u ocupacional igual o superior al cincuenta por ciento (50%) *(Ley 1507 de 2014)*.

Incapacidad permanente parcial. Se considera con incapacidad permanente parcial a la persona que, por cualquier causa, de cualquier origen, presente una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 5% e inferior al 50% *(Decreto 917 de 1999)*. Es la disminución definitiva, igual o superior al cinco por ciento (5%) e inferior al cincuenta por

ciento (50%) de la capacidad laboral u ocupacional de una persona. La anterior como consecuencia de un accidente o de una enfermedad de cualquier origen *(Ley 1507 de 2014)*.

Capacidad Laboral. Se entiende por capacidad laboral del individuo el conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten desempeñarse en un trabajo habitual. *(Decreto 917 de 1999)*. Conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que permiten desempeñarse en un trabajo. *(Ley 1507 de 2014)*.

Trabajo Habitual. Se entiende como aquel oficio u ocupación que desempeña el individuo con su capacidad laboral, entrenamiento y/o formación técnica o profesional, recibiendo una remuneración equivalente a un salario o renta, y por el cual cotiza al Sistema Integral de Seguridad Social *(Decreto 917 de 1999)*. Aquel oficio o labor que desempeña la persona con su capacidad laboral, entrenamiento y/o formación técnica o profesional, recibiendo una remuneración *(Ley 1507 de 2014)*.

Deficiencia. Se entiende como toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes. Entre ellas se incluye la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, así como también los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano *(Decreto 917 de 1999)*. Alteración en las funciones fisiológicas o en las estructuras corporales de una persona. Puede consistir en una pérdida, defecto, anomalía o cualquier otra desviación significativa respecto de la norma estadísticamente establecida *(Ley 1507 de 2014)*.

Discapacidad. Se entiende como toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producto de una deficiencia. Se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño y comportamiento en una actividad normal o rutinaria, las cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, progresivas o regresivas. También,

representa la objetivación de la deficiencia y por tanto, refleja alteraciones al nivel de la persona.

Minusvalía. Es toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que lo limita o impide para el desempeño de un rol, que es normal en su caso en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece. Representa la socialización de la deficiencia y su discapacidad por cuanto refleja las consecuencias culturales, sociales, económicas, ambientales y ocupacionales, que para el individuo se derivan de la presencia de las mismas y alteran su entorno *(Decreto 917 de 1999)*. Se entiende por minusvalía toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que le impide o limita para el desempeño de un rol, que es normal en su caso, en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece. Representa la socialización de la deficiencia y su discapacidad, por cuanto refleja las consecuencias culturales, sociales, económicas, ambientales y ocupacionales, que para el individuo se derivan de la presencia de las mismas y alteran su entorno. Esta se valorará en el Título Segundo "Valoración del rol laboral, rol ocupacional y otras áreas ocupacionales *(Ley 1507 de 2014)*.

Personas con y/o en situación de discapacidad. Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que. Asimismo, se caracteriza por el hecho de que, al interactuar con diversas barreras, incluyendo las actitudinales, se presenta una limitación para su participación plena y efectiva en la sociedad. Lo anterior, en igualdad de condiciones con las demás.

Inclusión social. Es un proceso que asegura que todas las personas tengan las mismas oportunidades, las posibilidades reales y efectivas de acceder, participar, relacionarse y disfrutar de un bien, servicio o ambiente, junto con los demás ciudadanos. Esto, sin ninguna

limitación o restricción por motivo de discapacidad, mediante acciones concretas que ayuden a mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad.

Acciones afirmativas. Políticas, medidas o acciones dirigidas a favorecer a personas o grupos con algún tipo de discapacidad, con el fin de eliminar o reducir las desigualdades y barreras de tipo actitudinal, social, cultural o económico que los afectan.

Acceso y accesibilidad. Condiciones y medidas pertinentes que deben cumplir las instalaciones y los servicios de información para adaptar el entorno, productos y servicios, así como los objetos, herramientas y utensilios, para asegurar el acceso de las personas con discapacidad. Deben ser en igualdad de condiciones en todo entorno físico como, por ejemplo: el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, tanto en zonas urbanas como rurales. Las ayudas técnicas se harán con tecnología apropiada teniendo en cuenta estatura, tamaño, peso y necesidad de la persona.

Barreras. Cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad. Estas pueden ser:

Actitudinales. Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad.

Comunicativas. Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad. A su vez, a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.

Físicas. Aquellos obstáculos materiales, tangibles o construidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.

Rehabilitación funcional. Proceso de acciones médicas y terapéuticas, encaminadas a lograr que las personas con discapacidad estén en condiciones de alcanzar y mantener un estado funcional óptimo. Esto, desde el punto de vista físico, sensorial, intelectual, psíquico o social, de manera que les posibilite modificar su propia vida y ser más independientes.

Rehabilitación integral. Mejoramiento de la calidad de vida y la plena integración de la persona con discapacidad al medio familiar, social y ocupacional, a través de procesos terapéuticos, educativos y formativos los cuales se brindan acorde al tipo de discapacidad *(Decreto 917 de 1999)*. Conjunto de acciones realizadas en el que se involucra el usuario como sujeto activo de su propio proceso, con el objetivo de lograr su reincorporación, reubicación, readaptación o reinserción laboral y ocupacional. También se trata de mantener la máxima autonomía e independencia en su capacidad física, mental y vocacional, así como la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida *(Ley 1507 de 2014)*.

Enfoque diferencial. Es la inclusión en las políticas públicas de medidas efectivas para asegurar que se adelanten acciones ajustadas a las características particulares de las personas o grupos poblacionales. Promueven el ejercicio efectivo de sus derechos acorde con necesidades de protección propias y específicas. *(Ley 1618 de 2013).*

Redes nacionales y regionales de y para personas con discapacidad. Son estructuras sin personería jurídica que agrupan las organizaciones de y para personas con discapacidad, las cuales apoyan la implementación de la convención. *(Ley 1618 de 2013).*

Actividad. Realización de una tarea o acción por parte de una persona. *(Decreto 1507 de 2014).*

Capacidad. Describe la aptitud de una persona para realizar una tarea o acción. *(Decreto 1507 de 2014)*

Capacidad Ocupacional. Calidad de ejecución de una persona para llevar a cabo actividades de la vida cotidiana y ocupaciones. Depende de las habilidades motoras, procesamiento, comunicación e interacción, según las etapas del ciclo vital. *(Decreto 1507 de 2014)*

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

Daño Corporal. Concepto que resulta de la confluencia de dos perspectivas, la médica y la jurídica. Con el nombre de daño corporal se conoce cualquier alteración somática o psíquica que, de una forma u otra, perturbe, amenace o inquiete la salud de quien la sufre. Pero también que limite o menoscabe la integridad personal del afectado, ya sea en lo orgánico o en lo funcional. Para que se configure es suficiente cualquier merma de la integridad de la biología individual, con independencia de sus repercusiones prácticas en uno o más campos de la actividad humana. *(Decreto 1507 de 2014)*

Desempeño/ Realización. Describe lo que una persona hace en su contexto o entorno actual. *(Decreto 1507 de 2014)*

Discapacidad. Término genérico que incluye limitaciones en la realización de una actividad. La anterior se valorará en el Título Segundo, "Valoración del Rol Laboral, Rol Ocupacional y otras áreas Ocupacionales" de este documento. *(Decreto 1507 de 2014)*

Estados Relacionados con la Salud. Componentes de la salud relativos al bienestar: educación, trabajo, autocuidado, relaciones interpersonales y cultura, entre otros. Guardan una estrecha relación con la salud y normalmente no se incluyen en las responsabilidades

prioritarias de ese sistema. Hacen parte de los listados básicos definidos para Actividades y Participación de la Clasificación del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud – CIF.

Fecha de Declaratoria de la Pérdida de la Capacidad Laboral. Fecha en la cual se emite una calificación sobre el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral u ocupacional. *(Decreto 1507 de 2014)*

Fecha de Estructuración. Se entiende como la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente. A su vez se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional. *(Decreto 1507 de 2014)*

De igual manera, este tiempo debe soportarse en la historia clínica, en los exámenes clínicos y como ayuda diagnóstica. Esta puede ser anterior o corresponder a la fecha de la declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Para aquellos casos en los cuales no exista historia clínica, se debe apoyar en la historia natural de la enfermedad. En todo caso, esta fecha debe estar argumen-tada por el calificador y consignada en la calificación. Además, no puede estar sujeta a que el solicitante haya estado laborando y cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral.

Funcionamiento. Término genérico que incluye funciones corporales, actividades y participación. Indica los aspectos positivos de la interacción entre una persona, con una determinada condición de salud y su entorno. *(Decreto 1507 de 2014)*

Ocupación. Actividades de la vida nombradas, organizadas y que tienen un valor y significado para las personas de una determinada cultura. La ocupación es lo que hacen las personas en el desempeño de sus roles, incluyendo el cuidado de sí mismos, el disfrute de la vida y la contribución al desarrollo económico y social de sus comunidades. Representa las labores propias de cada etapa del ciclo vital, de tal forma que el juego y el estudio

resultan ser la acción principal en la infancia y la adolescencia. De igual forma, el trabajo en la etapa adulta y el uso del tiempo de ocio, en la etapa de adulto mayor. *(Decreto 1507 de 2014)*

Hay un término, especie, limitación, que, aunque es muy importante y utilizado comúnmente, no se encuentra definido en la normativa acabada de citar (Decreto 1507 del 2014, Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional).

Por otro lado, ese término (limitación) no está definido por los Decretos 917 y 1507. No obstante, el Decreto 917, a pesar de nombrarlo en varios apartes, da por hecho su definición sin suministrarla. Similar a lo acontecido en el 1507 que, además de no definirlo, sólo lo cita una vez, y es para dar a entender que es equiparable con la palabra discapacidad, es decir lo determina como sinónimo o equivalente. Veamos con exactitud como lo muestra el decreto:

Verbigracia: discapacidad=limitación

Consultando la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF) encontramos que la limitación es: "la medición, la discordancia entre el desempeño/realización esperado y el observado. El desempeño/realización esperado es la norma de la población, que representa la experiencia de personas sin la condición de salud específica. La misma norma es utilizada en el calificador de capacidad de manera que una persona puede deducir qué se puede hacer en el entorno de la persona para incrementar su desempeño/realización"42.

Es importante destacar que, desde el año 1980, la Organización Mundial de la Salud realizó una gráfica muy ilustrativa en la cual se sistematizan tres conceptos fundamentales: i) Deficiencia, ii) Incapacidad y iii) Minusvalía, dando un alcance más global en torno al concepto de discapacidad. Actualmente, esta permanece vigente:

[42] Op. cit., pág. 25

Deficiencia (dimensión orgánica)	Incapacidad (Dimensión individual)	Minusvalía (dimensión social)
Pierna amputada	Dificultada para andar	Desempleo
Pérdida parcial de la vista	Dificultades para leer páginas impresas	Incapacidad para asistir a la escuela
Pérdida de sensibilidad de los dedos	Dificultades para alzar o recoger objetos pequeños	Subempleo
Parálisis de los brazos o piernas	Limitación de movimientos	Hay que quedarse en casa
Deficiencia de la función vocal	Capacidad limitada para hablar y hacerse entender	Reducción de interacción
Retraso mental	Aprendizaje lento	Aislamiento social

Tabla 1.1.

Clasificación internacional de deficiencias, incapacidades y minusvalías

Clasificación Internacional de Deficiencias, Incapacidades y Minusvalías143 .

Respecto a este tema (Disminución en la capacidad productiva), es importante señalar que a nivel mundial existen dos modelos que nos permiten comprender de tres formas distintas el concepto de discapacidad: i) EL MODELO DE PRESCINDENCIA44 en este modelo se considera que la persona en discapacidad no tiene nada que aportar a la sociedad, por dicha razón es prescindible al no tener que aportar nada a la sociedad; ii) EL MODELO MÉDICO O REHABILITADOR podríamos decir que cronológicamente, este modelo fue el que sucedió al de prescindencia y su objetivo es curar a la persona discapacitada, o bien modificar su conducta con el fin de esconder la diferencia y, de ese modo, incorporarla a la sociedad 45 y iii) es el EL MODELO SOCIAL DE LA DIVERSIDAD FUNCIONAL.

En este modelo ya se pasa de lo individual a lo social. Fijando, por decirlo coloquialmente, la discapacidad en la sociedad, mas no en el individuo. En este modelo se hace énfasis en la rehabilitación de una sociedad, que ha de ser concebida y diseñada para hacer frente a las necesidades de todas las personas, gestionando las diferencias e integrando la diversidad 46. A nivel internacional la tendencia es el modelo social.

A nivel nacional, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala laboral ha optado primordialmente por un modelo MÉDICO mientras que la Corte Constitucional, ha dado aplicación al modelo SOCIAL por ir más acorde con nuestra constitución.

La Corte Suprema reconoce el modelo médico-rehabilitador de la discapacidad y la define a partir de un criterio científico que fija determinado porcentaje de pérdida de

[43]Gráfica extraída de la OMS, Clasificación Internacional de Deficiencias, Incapacidades y Minusvalías (Ginebra, OMS, 1980). Citado en Normas Internacionales del Trabajo: Doctrina y jurisprudencia constitucional. Bogotá. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2009. Pág. 181

[44] Velarde-Lizama, Valentina. "Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico". Revista empresa y humanismo. 2012, VOL. 15, Nº. 1, PÁG.115-136. Se puede consultar en internet en: https://dadun.unav.edu/handle/10171/29153

[45]Ibidem

[46]Ibidem

capacidad que ha sido de mucha ayuda para entender y distinguir los conceptos que en este aparte del trabajo se están tratando.

La Corte Constitucional ha optado por reconocer los dos modelos y ha definido ambos de la siguiente manera: i) el médico-rehabilitador consiste en considerar que las "causas de la discapacidad ya no eran religiosas, sino científicas y podían ser tratadas a través de procedimientos médicos47 y ii) el modelo social entiende que el origen de la discapacidad no atiende a factores religiosos o médicos, sino sociales, de modo que la discapacidad no es del sujeto, sino que surge de las barreras externas asociadas a la comunidad en general48. Pese a reconocer los dos modelos, la Corte Constitucional ha optado por el modelo social por ser el compatible con la Constitución al valorar el contexto y la forma en la cual la situación de discapacidad se manifiesta en cada oportunidad49.

Retomando la posición de la Corte Suprema de Justicia,si bien es cierto que en la actualidad en su jurisprudencia, impera la anquilosada tesis del modelo médico,consideramos relevante el salvamento de voto plasmado por la reconocida Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo y el Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez, al fallo de casación SL 572 del 24 de febrero de 2021, radicación interna 86728,por atreverse a dar el giro hacia un modelo social.

La Corte en el fallo objeto de salvamento de voto reiteró su posición respecto del modelo médico e indicó que la estabilidad laboral reforzada no se otorga con el solo quebrantamiento de la salud o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica, pues debe acreditarse la limitación física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral con el carácter de moderada, esto es, igual o superior al 15 %.

[47]Corte Constitucional. Sentencia C-025 de 2021. M.P.: Dr. CRISTINA PARDO SCHLESINGER

[48]Ibidem

[49]Corte Constitucional. Sentencia SU-087 de 2022. M.P.: Dr. JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Dijo la Sala en aquella oportunidad:

> *La protección por estabilidad laboral reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 requiere que el trabajador esté en situación de discapacidad, al tiempo que implica soportar un nivel de limitación que influya en el desempeño laboral, necesario para establecer la relación directa de esta con el acto discriminatorio del despido, razón por la cual se exige la calificación de la pérdida de la capacidad laboral para el momento de la terminación de la relación laboral -los soportes de las patologías y secuelas del trabajador registrados en la historia clínica no son suficientes.* 50

Continúa la Corte señalando que:

> *Exigir la calificación de la pérdida de la capacidad laboral para el momento de la terminación de la relación laboral no es un capricho, esto obedece a que la protección por estabilidad laboral reforzada por razones de salud, estatuida por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, requiere que el trabajador se encuentre en situación de discapacidad, al tiempo que ello implica soportar un nivel de limitación en el desempeño laboral, necesario para establecer la relación directa con el acto discriminatorio que originó el despido.* 51

Hasta aquí los fundamentos del máximo tribunal para decidir la litis.

Ahora, nos ocupamos de los atinados argumentos de los Magistrados que salvaron el voto, quienes en otro frente de análisis se pronunciaron en el siguiente sentido:

> *Disentimos de la postura adoptada, en la medida que la tesis jurídica de la sentencia desconoce tratados internacionales que reconocen derechos humanos de las personas con discapacidad y*

[50]Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL572-2021 M.P. Dr. Luís Benedicto Herrera Díaz

[51]Ibidem

es una involución en la historia de las luchas y conquistas normativas de los colectivos con diversidad funcional". 52

La posición de los magistrados que salvaron el voto es tajante, al tildar la tesis jurídica de la Corte como involutiva y desconocer tratados internacionales.

El salvamento de voto con contundencia argumentativa señala igualmente que:

En efecto, el fallo sostiene que, la situación de discapacidad en que se encuentra el trabajador no depende de los hallazgos que estén registrados en el historial médico, sino de la «limitación que estos le produzcan para desempeñar su labor», misma que, de acuerdo con la sentencia, solo es posible establecer a través de una evaluación de carácter técnico, en la que se analice el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional; esto es, con el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional. 53

Así mismo, refiere el salvamento de voto que:

en caso de no contar con la respectiva calificación «técnica descriptiva» en virtud del principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, dicha limitación «se puede inferir del estado de salud en que se encuentra el trabajador, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando aquel viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta concepto favorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo».

De esas afirmaciones es de las que precisamente diferimos, en tanto consideramos que la decisión fusiona indistintamente los conceptos del modelo médico rehabilitador y del modelo

[52]Ibidem

[53]Ibidem

social –vigente a nivel universal-, y que contienen enormes diferencias como más adelante explicaremos.

Aquí comienzan los magistrados que salvaron el voto a referir el modelo rehabilitador y modelo social. El salvamento de voto continúa así:

En primer lugar, hay que recordar que la Convención acoge expresamente un modelo social de discapacidad, en virtud del cual esta es concebida como el resultado negativo de la correlación entre las circunstancias específicas de un sujeto y las barreras impuestas por la sociedad.

En su preámbulo, tras reconocer que la discapacidad es «un concepto que evoluciona», prescribe que ella es el producto «de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». En igual dirección, el artículo 1.º señala que las personas con discapacidad «incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

En oposición, en el modelo médico-rehabilitador de discapacidad -hegemónico en gran parte del siglo XX-, la discapacidad viene a ser consecuencia de las limitaciones o pérdidas anatómicas o funcionales de los trabajadores. Por ello, la consideración de si un trabajador tenía o no una discapacidad, dependía exclusivamente de parámetros médicos, más no sociales o contextuales. Precisamente, el artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001, así como el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, sitúa la discapacidad en la persona, al identificarla en función de porcentajes de pérdida de capacidad laboral o deficiencias, sin reparar en las causas sociales o factores externos.

De esta forma, se asimila la deficiencia a discapacidad y la titularidad de los derechos queda relegada a criterios científicos -juntas médicas- orientados a establecer la magnitud de las limitaciones. 54.

Se afirma por los Magistrados que salvaron el voto, que desde la mismísima Corte se confunden dos conceptos: deficiencia y discapacidad.

De igual forma , dijo el salvamento de voto:

Como se puede observar, los grados de discapacidad acogidos por la Sala Laboral, se basan en el modelo médico rehabilitador de discapacidad, ya revaluado a nivel mundial, de manera que esta tesis traída a esta época es anacrónica.

De hecho, en los debates del proceso de elaboración del proyecto de la Convención, el Grupo de Trabajo integrado por los representantes de varios gobiernos, organizaciones no gubernamentales e instituciones de derechos humanos acordaron que la definición de persona con discapacidad iba a estar sustentada en el modelo social de la discapacidad y no en el rehabilitador". (Negrita fuera de cita).

La intención de los grupos de trabajo que participaron en la redacción de la Convención era precisamente evitar que los Estados incluyeran en sus legislaciones internas definiciones pensadas en función de porcentajes, grados o criterios netamente médicos que situarán la discapacidad en las limitaciones de la persona y, en lugar de ello, adoptaran un concepto amplio de discapacidad compatible con el modelo social que tuviera en cuenta los distintos colectivos con diversidades funcionales y las barreras que obstaculizan su integración (factores individuales y sociales).

Adicionalmente, la mayoría de la Sala sigue anclada al modelo médico, pues entiende que un número, dictaminado por un cuerpo médico, da más certeza y seguridad que un concepto. O,

[54]Ibidem

dicho de otro modo, para la Sala es más objetivo un porcentaje o número que una definición. Con esto, a nuestro modo de ver, incurre en el paralogismo de la falsa precisión, error de juicio que tiene lugar cuando un dato numérico se presenta de manera tal que implica una precisión mejor que la que tiene en realidad. O cuándo los números se utilizan para ideas que no pueden ser expresadas en términos exactos.

La discapacidad según el modelo social o de derechos humanos, no puede evaluarse con un dato numérico, por la elemental razón de que las barreras sociales (factores contextuales) y las restricciones o desventajas que suponen para una persona, no pueden cuantificarse. Además si lo ponemos en términos de lo que es objetivo y subjetivo, resulta más subjetivo identificar a las personas con discapacidad con base un grados de PCL que con un concepto, ya que podrían ocurrir dos cosas: dejar por fuera de protección personas que tienen una PCL por debajo del 15% y, sin embargo, tienen una deficiencia que en un entorno ocupacional determinado les dificulta o impide el desarrollo de sus roles; o incluir en la protección personas que a pesar de tener una PCL superior al 15%, no tienen una discapacidad porque su deficiencia es irrelevante laboralmente.

Por ello, lo que a la mayoría le parece objetivo y subjetivo, tiene un aroma ideológico-político, producto de las percepciones individuales acerca de quienes se considera deben tener o no la protección, obviando lo que objetivamente consagran las normas internacionales y locales de derechos humanos.

En segundo lugar, la ponencia resuelve acudir al Decreto 1507 de 2014 «Por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional»; sin embargo, tal normativa no ayuda en nada al criterio plasmado en el fallo. Por el contrario, expresamente prohíbe en su artículo 2.º emplear los criterios técnicos del manual para calificar a las personas con discapacidad, incluso, refiere que no tiene validez para identificar a los beneficiarios de la Ley 361 de 1997, como puede observarse:

El presente manual no se aplica en los casos de: certificación de discapacidad o limitación, cuando se trate de solicitudes para reclamo de subsidio ante Cajas de Compensación Familiar,

Fondo de Solidaridad Pensional" Fondo de Solidaridad y Garantía, así como en los casos de solicitudes dirigidas por empleadores o personas que requieran, el certificado, con el fin de obtener los beneficios establecidos en las Leyes 361 de 1997 y 1429 de 2010 y demás beneficios que señalen las normas para las personas con discapacidad. Estas certificaciones serán expedidas por las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo o Subsidiado a la cual se encuentre afiliado el interesado, de conformidad con la reglamentación que expida el Ministerio de Salud y Protección Social.

Lo anterior es coherente. Hoy la discapacidad no puede definirse con base en la pérdida de capacidad laboral dictaminada por las juntas médicas; hacerlo es volver al modelo médico en el que la última palabra la tenía el médico, pues las barreras importaban poco o nada. De igual modo, la sentencia pasa por alto que la calificación que estos organismos realizan con base en el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional solo sirve para acceder a prestaciones del sistema de seguridad social integral. (Negrita fuera de la cita) 55

Hay que decir que este aparte es trascendental, ya que deja a un lado el modelo médico incluyendo el modelo social, punto importante cuando se habla de capacidad residual que tiene muy en cuenta el medio.

Continúa precisando el salvamento:

La discapacidad excede la seguridad social. Es un concepto universal y transversal. Actualmente, es certificada -sin que esto suponga una prueba formal o excluyente de esta condición- por los equipos multidisciplinarios de las entidades prestadoras de servicios de salud con base en el enfoque dinámico e interactivo de discapacidad de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y de la Ley Estatutaria 1618 de 2013, y

[55]Ibidem

científicamente se soporta en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud -CIF de la OMS.

Además, al acudir como parámetro al Manual Único de Calificación es claro que se equipara invalidez con discapacidad que, se repite, son conceptos diseñados al interior del sistema de seguridad social y son útiles para el acceso a determinadas prestaciones sociales. (Negrilla fuera de cita).

En este caso, se insiste en la garrafal equivocación del máximo tribunal, al asimilar conceptos de discapacidad e invalidez.

Sigue exponiendo el salvamento:

En efecto, la invalidez se alcanza cuando una persona pierde el 50% o más de su capacidad laboral. Da lugar a una pensión de invalidez de origen laboral o común según el origen de la contingencia. La invalidez se determina con base en el manual único de calificación de invalidez por las instituciones descritas en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, dentro de las cuales se encuentran las juntas de calificación de invalidez.

Por su parte, la incapacidad hace referencia a la situación del trabajador que viene realizando una determinada tarea y le sobreviene, de forma involuntaria e imprevisible, una disminución o anulación de su capacidad laboral. Aquí, por cuenta de la enfermedad o accidente, el trabajador presenta una alteración de la salud que le impide trabajar. Su establecimiento permite el acceso a los subsidios por incapacidad temporal o la indemnización por incapacidad permanente parcial a cargo del sistema de seguridad social, en cualquiera de sus subsistemas, según corresponda.

En cambio, la discapacidad la establecen los equipos multidisciplinarios de las entidades prestadoras de servicios de salud3, con base en el enfoque dinámico e interactivo de discapacidad de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y de la

Ley Estatutaria 1618 de 2013, y científicamente se soporta en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud -CIF- de la OMS.

Conforme a ello, un trabajador puede poseer una discapacidad y no tener una incapacidad ni invalidez; o puede tener una incapacidad o invalidez y no tener una discapacidad. De hecho, muchos trabajadores con discapacidad son plenamente capaces de laborar y, por tanto, no pueden ser considerados como incapacitados o inválidos; e incluso una persona declarada inválida puede no tener una discapacidad para una actividad laboral específica.

De modo que, la pérdida o afectación de una estructura anatómica o una función psicológica o fisiológica no es suficiente para determinar una discapacidad -como se asegura en la ponencia de la que nos apartamos-, pues es indispensable, adicionalmente, poner esa limitación en contexto con las funciones y entornos laborales, solo el resultado de esta operación consistente en la imposibilidad o dificultad para que un trabajador desarrolle roles ocupacionales o participe en la vida laboral en igualdad con los demás, es una discapacidad (negrita fuera de cita). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL572, 2021).

Este salvamento de voto culmina haciendo alusión a lo que llaman, capacidad residual del trabajador, sin citarlo literalmente.

Con todo lo anterior queda claro que, el deterioro en la salud de las personas no es uniforme. Por ello, debe brindarse una protección para aquel afiliado que no se encuentra en el ámbito de protección de la norma, pero que aun así necesita de dicha protección.

4.2. Ausencia de una calificación cualitativa con ocasión de disminución de capacidad productiva

Para brindar al afiliado la protección a la que se hizo alusión en el capítulo precedente, se podría echar mano de la calificación cualitativa de la pérdida de capacidad laboral.

Según nuestro ordenamiento jurídico de seguridad social, en el momento en que un ciudadano afronta un proceso de calificación de su invalidez, se encuentra ante un escenario abstracto. Esto se debe a que la labor que desempeña la persona es irrelevante para definir si el afectado, con una pérdida de capacidad laboral, alcanza el porcentaje para considerarse inválido. En este sentido, el futbolista profesional que pierde, por alguna razón, una de sus dos piernas (y que por dicho motivo no podrá desempeñar nuevamente su actividad laboral) será calificado en su capacidad laboral igual que aquel que su trabajo consiste en recibir llamadas en un call center (y quien al perder una de sus piernas podrá seguir desempeñando con normalidad su trabajo).

La Corte Constitucional enseña que, "un elemento definidor del estado de invalidez, radica en que la persona por sí misma no pueda asegurar los medios de subsistencia que le posibiliten vivir de manera digna y decorosa, específicamente cuando tales medios emanan de una actividad laboral remunerada. Se presume, entonces, que el momento clave de la estructuración de la invalidez está directamente ligado a aquel en que la persona no pueda seguir laborando, al sobrevenirle disfunciones físicas o mentales"56.

Cabe decir que, los manuales de calificación, tanto como el anterior *(Decreto 917 de 1999)* y el actual*(Ley 1507 de 2014)*, señalan que existen dos tipos de pérdida de capacidad: la ocupacional y la laboral. Luego, se indica que es inválido quien pierde el 50% o más de su capacidad laboral u ocupacional. Además, es importante explicar que con sólo perder una

[56] Corte Constitucional, Sentencia T-427 de 2018.

de las dos, la laboral o la ocupacional, en un porcentaje de por lo menos el 50%, la persona será considerada inválida.

Adicionalmente, se indica que el trabajo habitual es aquella labor u oficio que desempeña una persona con su capacidad laboral sea dicha actividad técnica, profesional o no. Con lo dicho anteriormente podríamos afirmar en un principio que, aquel futbolista de nuestro ejemplo, que pierde su pierna, sería sujeto de una pensión por ser inválido, al haber perdido su capacidad laboral en no menos de un 50%(aspecto cualitativo), por ende, no puede seguir desempeñando su trabajo profesional habitual.

Empero, el manual más adelante señala que, el rango de calificación oscila entre un mínimo de cero por ciento (0%) y un máximo de cien por ciento (100%), correspondiendo, cincuenta por ciento (50%) al Título Primero (Valoración de las deficiencias) y cincuenta por ciento (50%) al Título Segundo, (Valoración de 1 rol laboral, rol ocupacional y otras áreas ocupacionales).

Es aquí donde cambia el tema: Del total de la calificación que recibirá nuestro futbolista, su rol laboral solo le permitirá llegar, en el mejor de los casos, a un 25% del 50% mínimo requerido para acceder a su pensión de invalidez (aspecto cuantitativo), así esté demostrado que con una sola pierna no podrá volver a desempeñarse profesionalmente en el fútbol. ¿Y por qué? Resulta que el manual indica que la valoración del rol laboral podrá ascender a un porcentaje máximo del 25%.

Algunos argumentarán que es sensato calificarlo de esta manera, pues aún conserva una capacidad residual (tema que abordaremos más adelante). Podríamos decir que sí es cierto, pero ¿por qué no brindarle una pensión por invalidez, al no poder desempeñar su labor ocupacional, y de esta manera darle una solución a la pérdida de su ingreso? Con ello, su capacidad residual podrá ser útil en otros campos laborales, con la diferencia de que no tendrá que enfrentar el resto de su vida la falta de un ingreso digno garantizado.

¿Es racional pensar que el individuo al no poder desempeñar su labor ocupacional, sea castigado por aún contar con una capacidad residual que, de alguna u otra, le pueda

brindar sustento económico? Consideramos que no es así. Se debe repensar la protección frente a la labor ocupacional desde una perspectiva cualitativa más no cuantitativa. No se puede calificar a los seres humanos como simples ecuaciones u operaciones matemáticas, sino ver el tema desde el individuo mismo.

4.3. La dignidad humana en la ausencia de la fuerza de trabajo (su vulneración)

Cuando se adelanta el proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral, como una simple ecuación fría y calculadora, hace que dicho proceso se torne inquisidor y amenazante para la dignidad humana.

Nuestra carta política consagra, en su artículo primero, el valor de la dignidad humana: "Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general". (negrilla fuera de cita).

El tribunal máximo de jurisdicción constitucional, la Corte Constitucional enseña que, «la expresión "dignidad humana" como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa».

Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo dignidad humana, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) Entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (es decir, vivir como quiera); (ii) Tomándola como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien); y finalmente, (iii) percibiéndola como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).57

De otro lado, al tener como punto de vista la funcionalidad del enunciado normativo, dignidad humana, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) Como principio fundante

[57] Este tema ha sido tratado entre otros fallos en la T-881 de 2002, T-436 de 2012, T-143 de 2015 y en la sentencia de unificación SU-696 de 2015.

del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor; (ii) Como principio constitucional; y (iii) Como derecho fundamental autónomo"58.

Estos dos ámbitos de protección integran, entendidos en su conjunto, el objeto protegido por las normas constitucionales desarrolladas a partir de los enunciados normativos sobre "dignidad", principalmente el contenido en el artículo 1: "(Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria,... [sic] fundada en el respeto de la dignidad humana…), y de manera secundaria, los contenidos en los artículos 25 (Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas), 42 (la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables)y 51 (Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna)"59.

Como podemos apreciar, el objeto de estudio del valor de la dignidad humana es bastante amplio. Por dicha razón en este trabajo, abordaremos el valor de la dignidad humana desde dos aristas:

i). El objeto de protección referido a la posibilidad real de acceder a ciertos bienes o servicios materiales, entendiendo la dignidad humana, como derecho a la igualdad.

Este derecho, por disposición constitucional, debe ser protegido, garantizando para todos unos mínimos de equidad. Se impone así una obligación cuya responsabilidad y cumplimiento recaen de manera especial sobre las ramas del poder público. Toda persona tiene derecho a la igualdad de oportunidades, dentro de la relación individuo-sociedad. Sin embargo, en razón de esa misma igualdad se impone un trato compensatorio a aquellos grupos, que se encuentran en una situación particular de debilidad manifiesta, en cuanto éstos no pueden acceder fácilmente a los medios materiales que les permita hacer efectiva su dignidad en un marco de igualdad.60

[58] Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002. M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

[59] Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002. M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

[60] Corte Constitucional. Sentencia T-124 de 1993. M.P.: VLADIMIRO NARANJO MESA

ii). El objeto de protección referido al derecho a disfrutar de ciertas condiciones de protección y mantenimiento de condiciones de vida digna61. En concordancia con los dos objetos de protección antes aducidos. El Estado y la sociedad deben asumir un papel activo en la redistribución de bienes y servicios con el fin proteger la dignidad humana, pilar ético fundamental de nuestro ordenamiento62.

Con lo anterior podemos decir que, se genera una cultura económica más pluralista que extractiva como lo sugieren Daron Acemoğlu y James A. Robinson en su obra, Por qué fracasan los países63.

Como se citó previamente, aquellos afiliados al Sistema General de Seguridad Social Integral que, padeciendo una deficiencia o una discapacidad que les impide o limita para el desempeño de su actividad laboral y en virtud de ello tienen una incapacidad permanente parcial, 64 debidamente calificada. Asimismo, que aún se encuentran disfrutando de una incapacidad médica,65 (ya se trate de origen común o de origen laboral), que les impide desempeñar la actividad económica que les genera ingresos, llegando, incluso, a superar el número máximo legal de días de incapacidad, sin recibir el alta médica que les permite reincorporarse laboralmente.

Al no contar con el cumplimiento de requisitos legales que les permita acceder a una pensión de invalidez, pero que tampoco gozan de buena salud para reincorporarse a trabajar, se ven en la penosa necesidad de sobrevivir económicamente del pago de una incapacidad continua, la cual, en muchos casos, es inferior al salario mínimo.

---

[61] Corte Constitucional. Sentencia T-596 de 1992. M.P.: CIRO ANGARITA BARÓN

[62] Corte Constitucional. Sentencia T-1430 de 2000. M.P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

[63] Obra de muy valioso aporte para entender por qué razón hay países que a pesar de su riqueza, su población es tan pobre, y de cómo han llegado países otrora pobres a consolidar una mejor redistribución de la riqueza.

[64]Entendida ésta como la disminución definitiva, igualo superior al cinco por ciento (5%) e inferior al cincuenta por ciento (50%) de la capacidad laboral u ocupacional de una persona, como consecuencia de un accidente o de una enfermedad de cualquier origen.

[65]Incapacidad que refiere además de la condición médica de la persona, también a que la misma se encuentra debidamente soportada en la certificación médica del profesional tratante perteneciente al sistema.

Lo anterior, vulnera su congrua y digna subsistencia, sin tener en cuenta, la inadecuada práctica por parte de algunas instituciones de salud que, dado el lapso de incapacidad prolongado del afiliado, le ponen cortapisas para no expedir dichas incapacidades. Esto llega al punto de que estos operadores no expiden incapacidades por más de 3 días, con el único objetivo de exonerar del pago de incapacidades al sistema y cargándole dicha responsabilidad a los empleadores.

Como si fuera poco, este caso agudiza la situación del afiliado, al obligarlo, casi que semanalmente, a acudir a la institución que le brinda los servicios de salud a efectos de obtener la acreditación de la tan necesaria incapacidad. No obstante, esta problemática se creyó remediada con la expedición de la Ley del anterior Plan de Desarrollo (Ley 1753 de 2015) incluyendo el artículo 67, en el cual se establecen "los recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud", los cuales serán destinados 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.*

Sin embargo, la anterior regulación, no logró el objetivo porque las EPS no cambiaron sus políticas de otorgamiento de incapacidades, sino que siguen haciéndole el quite a su expedición, agudizando más la situación del afiliado pues a las condiciones que se encuentra descritas anteriormente, se le suman estas barreras administrativas.

La vulneración al derecho fundamental a la dignidad humana (en el ámbito de redistribución de bienes y servicios), derecho a su vez vinculado al derecho a la vida en condiciones dignas, se concreta en la penosa situación de los afiliados, quienes, durante la

mayor parte del tiempo, se encuentran en una situación que se ha prolongado de manera indefinida. Esta consiste en padecer una pérdida de capacidad laboral que no llega al 50% y además, en razón de dicha pérdida de capacidad laboral, no pueden trabajar por imposibilidad física. Como si fuera poco, deben acudir al servicio de salud a que certifique su incapacidad para poder cobrar al sistema las prestaciones económicas.

No obstante, en dicha institución médica no le brindan una incapacidad superior a tres días, es decir, cada cuatro días deben estar allí, ya que de no proceder de esa manera, se verá entorpecida la posibilidad de la alimentación y demás necesidades básicas.

Existe una estrecha relación entre la posibilidad del goce efectivo del derecho a la dignidad humana (en el ámbito de redistribución de bienes y servicios) y el no suministro de las incapacidades como bien constitucionalmente protegido. No solo porque el pago de la prestación económica depende de la falta de acreditación de la incapacidad, la cual se convierte en su único ingreso probable, sino también porque las cortapisas que coloca el operador de salud para expedirla se hacen insufribles. Por ende, se traduce en una vulneración del derecho a la dignidad humana en el sentido señalado.

5. Ausencia de regulación legal (desprotección)

En los capítulos anteriores, hicimos mención a la disminución de la capacidad productiva del afiliado y cómo esta se ve amenazada por la falta de una calificación cualitativa que tenga en cuenta unas condiciones objetivas de salud para continuar, ejecutando su fuerza laboral. Evento que, en muchos casos deviene en una amenaza de la dignidad humana del usuario.

Podemos inferir entonces que existe una ausencia de protección social de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social Integral que padecen alguna deficiencia o discapacidad. Asimismo, en virtud de ello tienen una incapacidad permanente parcial debidamente calificada, la cual no les permite desempeñar su actividad laboral y a pesar de encontrarse eventualmente disfrutando de una incapacidad médica sin importar su origen, esta (la incapacidad) les impide desempeñar la actividad económica que les genera ingresos. Por consiguiente, llegan, incluso, a superar el número máximo legal de días de incapacidad (respecto del afiliado que la esté disfrutando), sin recibir el alta médica, el cual les permite reincorporarse laboralmente.

Explorando esta problemática, encontramos tanto doctrinantes de amplia experiencia en el tema en el contexto nacional, al igual que jurisprudencia que se ha pronunciado respecto de las prestaciones económicas temporales (incapacidades). Cabe decir que, el tema, desde la perspectiva que proponemos, no ha sido tratado con suficiencia, razón por la cual se formulala solución que nos parece más acertada y la cual podría servir en el futuro como *Lege ferenda* para una eventual creación normativa.

La solución a esta problemática, la cual se ha insinuado líneas atrás, consiste en que el asegurado, indistintamente del origen, cuando padece deficiencia o discapacidad que le genere una serie de alteraciones orgánicas o funcionales incurables o de duración no previsible. De igual forma, que le impidan desempeñar su trabajo habitual u otro similar compatible con sus aptitudes y formación profesional, a su vez que permanece en una condición de incapacidad permanente y que por tanto no alcanza el 50% de PCL; debe ser sujeto de una protección estatal, la cual podríamos denominar como prestación de invalidez temporal. Prestación que en un principio sería de manera no definitiva, siendo concedida por el lapso de dos años continuos.

Si pasados los dos años subsisten las condiciones de salud del afiliado, la prestación pasará de ser temporal, a ser definitiva. Sin embargo, la entidad, sea fondo de pensiones o administradora de riesgos laborales, podrá efectuar la revisión de la condición de salud cuando lo estime necesario, si hubiese fundamento para presumir que han cambiado las condiciones que determinaron su otorgamiento.

Pero ¿por qué razón consagrar una protección por fuera de los lineamientos regulares que podría posarse como desigual, respecto de los demás afiliados al sistema? La respuesta no es fácil. Empero, tomando como referencia el Convenio 159 de la OIT, referente a la readaptación profesional y el empleo, encontramos que tal desigualdad no es tal, si entendemos que la "igualdad de oportunidades y de trato a todas las categorías de personas inválidas en materia de empleo y de integración en la comunidad"66, debe ser una prerrogativa para todos los estados que propendan por una calidad de vida digna de este sector de la población.

"Como se puede observar la importancia del Convenio No 159 de 1983 radica en la búsqueda de la igualdad de oportunidades laborales para las personas que sufren de discapacidades, pero de igual forma se señalan las pautas o los parámetros necesarios los

[66]Adopción: Ginebra, 69ª reunión CIT (20 junio 1983) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Técnicos). Tomado de internet: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C159.

cuales estarán a cargo de cada Estado miembro"67 y que fue ratificado por Colombia e integrado a nuestra legislación interna por medio de la Ley 82 de 1988, posteriormente desarrollado por el Decreto 2177 de 1989.

Además, el decreto antes mencionado establece como principio garantizar la igualdad de oportunidades y derechos laborales a las personas inválidas física, mental o sensorialmente. Lo anterior, conforme al Convenio número 159 suscrito con la organización Internacional del Trabajo (OIT) y las disposiciones vigentes sobre la materia, zanjando todo asomo de duda en cuanto a la eventual desigualdad planteada respecto de la protección que se propone en este trabajo.

Podemos mencionar que, del sistema de protección social en Colombia, entre otras prerrogativas, se infieren las siguientes:

- La *igualdad material* es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado, con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. De esta forma, el Estado Social de Derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional68.

- *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.

[67] HERNÁNDEZ RAMÍREZ, Adriana Coromoto, y EUGENIO MENDOZA Samaris Paola. Estabilidad Laboral Reforzada. Bogotá. Leyer. 2016. Pág. 191 y 192.

[68] Corte Constitucional. Sentencia C-1064 de 2001. M.P.: Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Y Dr. JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Con fundamento en estas dos prerrogativas enunciadas podemos señalar que: por mandato constitucional se debe perseguir como fin último la igualdad real y efectiva de aquellos grupos que por distintas razones han sido discriminados por problemas de salud, por padecer una situación económica o social adversa69.

Expuesto lo anterior es importante citar que, dentro de nuestro ordenamiento interno ha sido fundamental la protección efectiva de aquellas personas que, por su condición de salud, se encuentran en situación de debilidad manifiesta que los coloca en un estado de indefensión. Esto, incluso antes de la Constitución de 1991 y después con desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional y también con la expedición de leyes como la Ley 361 de 1997.

Luego, con la expedición de la Ley 100 de 1993, que como ya se indicó en el aparte de antecedentes, le dio un giro de 180 grados al sistema pensional. Adicionalmente, de la mano de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha generado una protección efectiva en el campo de la prestación por invalidez.

Sin embargo, se ha quedado corto el legislador al momento de consagrar derechos sociales, porque a pesar de la problemática aquí planteada no se evidencia un interés por brindar solución a la dificultad social que genera la desprotección aquí aducida.

Por tal motivo, se debe procurar por la configuración legislativa de una prestación especial al afiliado, quien, padeciendo limitaciones de salud, estas no le permiten reintegrarse a la fuerza laboral para proveerse de por lo menos lo necesario sin menoscabar su dignidad.

[69] Serie Investigaciones en Derecho Laboral No 11. Debilidad Manifiesta, garantía de protección laboral constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2016. Pág. 15.

5.1. Aplicación de principios (Ronald Myles Dworkin)

Por no tener nuestro ordenamiento una disposición legal vigente aplicable como se ha mencionado precedentemente (si tenemos en cuenta que el único referente es una norma ya derogada). Para el desarrollo de la problemática propuesta en este trabajo, procuraremos seguir la teoría jurídica del profesor estadounidense, Ronald Myles Dworkin70, por ser de gran utilidad al desarrollar él su discurso de filosofía del derecho sobre la base del Iusnaturalismo71 La respuesta a la dificultad planteada no se considera fácil, pero además, debemos contemplar la probabilidad de que la contestación cuando se obtenga, no sea la correcta.

En ese escenario, cuando debemos apoyar nuestra investigación en la teoría jurídica de los casos difíciles desarrollada por Dworkin, partiendo de su afirmación "un caso es difícil cuando hay incerteza en su solución", incerteza que deviene de la existencia de normas contradictorias o por la falta de su existencia misma. En este último escenario es donde consideramos que nos encontramos estacionados. Ello, por no existir en nuestro ordenamiento jurídico norma que contemple el supuesto de hecho que se plantea como problemático, menos una solución apropiada con grado de certeza para este.

Es así que, este escenario por representar una situación que no tiene una norma que aplicar (refiriéndonos a la problemática planteada), es decir, al tratarse de una "zona gris", como hemos optado por calificarlo a lo largo de este documento, es que debemos echar mano de los principios. ¿Cuáles? eso nos lo dirá el desarrollo del trabajo. Sin embargo, algunos de ellos son los contenidos en i) la constitución como son: el respeto de la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad y ii) En la legislación, concretamente la Ley 100 de 1993

---

[70] Ronald Dworkin es uno de los principales representantes de la filosofía jurídica anglosajona. Crítico implacable y puntilloso de las escuelas positivistas y utilitaristas. Abogado filósofo del derecho y catedrático de derecho constitucional de origen Estadounidense.

[71] Salvo mejor concepto, si tenemos presente que Albert Calsamiglia Blancafort considera que Dworkin no es Iusnaturalista por no creer (Dworkik) en un derecho natural que está constituido por un conjunto de principios unitarios, universales e inmutables. Discusión que no hace parte de nuestro trabajo y que por tanto pasaré por alto.

por ser el estatuto básico de la seguridad social en Colombia. Recordemos: eficiencia, solidaridad, universalidad, integralidad, unidad y participación. De reiterar que, aquellos no son taxativos son apenas enunciativos. Esto se debe porque hay muchos más. De lo contrario, de nada valdría pregonar el iusnaturalismo de Dworkin, si nos encasillamos en unos principios predeterminados como si se tratara de la ley misma.

En la teoría de Dworkin se encuentran incluidos preponderantemente tres elementos, a saber: seguridad jurídica, corrección de las decisiones y la apropiación de la historia institucional del derecho. No obstante, estos tres elementos deben desarrollarse bajo la premisa de siempre cumplir el principio de legalidad. Lo anterior debe explicarse porque no puede entenderse el iusnaturalismo pregonado por Dworkin como contravía de dicho principio, destacando eso sí la realización de los valores que contienen los derechos humanos. Asimismo, a pesar de la rigurosidad de la ley, muchas veces escapan a su órbita de protección algunas situaciones por ser la misma ley impersonal y abstracta.

Si bien es cierto, nuestro trabajo está sustentado sobre la base de una formulación de *Lege Ferenda*, no está de más tener presente que, con base en las necesidades que arroja nuestra problemática, es muy probable que la solución al problema sea también, ¿por qué no? Una solución en sede judicial por medio de la jurisprudencia.

Nuestro sistema jurídico por ser del Civil Law debe estar sustentado sobre una ley legalmente expedida y vigente de la cual se sustrae la regla a aplicar. Contrario a lo que acontece en 87 Común Law que no tiene ley escrita de la cual extraer la regla aplicable al caso, sino que la regla es creada por el antecedente.

La teoría de Dworkin nos permite hacer esa interpretación de la norma para encontrar la regla, cuando no existe norma aplicable al caso, llegando a esta mediante los principios y de esta forma, no se vulnera el principio de legalidad.

Con respecto al término "Interpretación" no es casualidad haber empleado esa palabra. Como el mismo Dworkin lo ha planteado, las decisiones judiciales son la piedra angular de su planteamiento iusnaturalista y lo es porque toda la actividad jurídica se sustenta en

torno a la actividad del juez. Lo anterior genera una gran distinción al momento de solucionar los casos, pues mientras Hart encuentra que la solución siempre se encontrará en las reglas, tanto primarias como secundarias, para Dworkin, el actor estelar siempre será el operador judicial, ya que en últimas es quien aplica la ley e imparte justicia.

Es así como, para Hart, la aplicación de la ley no necesariamente debe estar antecedida de interpretación y que, al no existir ley aplicable, entra a obrar el poder discrecional del juez. En cambio, para Dworkin, no es así. No puede haber poder discrecional del juez porque de existir, se estaría dejando al libre pensamiento del fallador las decisiones que se le encomiendan tomar cuando no haya ley aplicable. Sin embargo, lo que sí es permitido (según Dworkin) es que el juez haga el proceso interpretativo de la ley y para ello no fundarse en discrecionalidad, sino en un factor más objetivo como es la aplicación de los principios.

Lo anterior es la razón por la que Dworkin afirme que no hay caso sin solución. Siempre existirá la solución a un caso, por difícil que sea y, es más, va mucho más lejos, pues afirma que siempre existirá la respuesta correcta para todo caso, aunque sea difícil.

Vemos entonces lo relevante que se vuelve así. no hablar de precedentes en el sentido estricto. La jurisprudencia cobra vital importancia como derrotero a seguir y fuente creadora de derecho.

En términos de Dworkin, "si no podemos exigir que se llegue a las respuestas adecuadas respecto de los derechos de los ciudadanos, podemos reclamar que, por lo menos lo intenté" 72. A su vez, podemos exigir que se tomen "los derechos en serio", tal como lo dijo el filósofo y catedrático:

La validez de los principios en el mundo jurídico queda evidenciada con la multiplicidad de fallos que han resuelto serias colisiones de intereses y situaciones reales de injusticia material, recurriendo a este tipo de normas, aunque produzca resistencia

[72] Dworkin Ronald (2013) Los Derechos en Serio. Barcelona, España: Editorial Ariel S.A.7ª reimpresión. Pág. 278.

tanto por los supuestos efectos económicos, como por las disputas de poder que conllevan estas decisiones. Por ello, la jurisprudencia constitucional ha incidido en la actividad legislativa y en la función de los administradores públicos y privados, que se han visto obligados a ajustar sus actos a los precedentes sustentados en principios. Paradójicamente, este carácter vinculante que *per se* tiene la jurisprudencia fundada en principios debió ser positivizado a través de leyes como la 1395 de 2010 y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, develando el apego cultural a las reglas[73].

Los principios que se citaron anteriormente no son una camisa de fuerza, es decir, son meramente enunciativos, no taxativos. Aunque consideramos que citamos los más relevantes.

En atención al activismo judicial que vivimos a diario desde nuestras altas cortes, no es posible considerar el desarrollo de nuestro Sistema General de Seguridad Social sin ponderar el contenido de los principios, pues el resultado sería el menos deseado. Lo anterior, al punto de no lograr la solución a problemas que día a día surgen en la sociedad, con ocasión de un derecho que, por ser social, debe ir de la mano de la evolución de los tiempos a las soluciones de los problemas planteados.

La línea teórica aquí esbosada, será desarrollada en el capítulo siguiente..

[73] Goyes Moreno, I., & Hidalgo Oviedo, M. (2017). ¿Los principios del derecho laboral y la seguridad social dinamizan la jurisprudencia constitucional en Colombia?. Entramado, 8(2), 168–183. Recuperado a partir de https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/entramado/article/view/3435

5.2. Principios legales y constitucionales de la seguridad social como pautas de interpretación

Siendo palmaria como lo es la ausencia de regulación legal para la protección del afiliado, mientras se logra obtener, este tema no será regulado de la noche a la mañana. En cambio, podemos echar mano de la alternativa de suplir dichas falencias por la vía de la aplicación de los principios. Veamos:

La Ley 100 de 1993, que es la norma macro de seguridad social y crea el Sistema General de Seguridad Social Integral, en su artículo segundo, consagra los llamados principios del servicio público de seguridad social, siendo estos:

Eficiencia: Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente; universalidad: Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida; Solidaridad: Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil. Cabe añadir que, es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección de este. Los recursos provenientes del erario en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables; Integralidad: Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto, cada uno contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley; Unidad: Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social; Participación: Es la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión, así como de la fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.

De igual manera, la Constitución Política incorpora una serie de principios:

Sostenibilidad Financiera del Sistema Pensional: Referido a que en la expedición de normas referidas al Sistema General de Seguridad Social Integral debe asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas; Irrenunciabilidad: Señala que el derecho a la Seguridad Social no es renunciable; Favorabilidad: Aplicación de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; Principio de Progresividad en los Beneficios de la Seguridad Social: Consiste en evitar políticas regresivas, que tengan por objeto o efecto la disminución del estado de goce de los derechos económicos, sociales y culturales74. El legislador no puede desmejorar los beneficios señalados previamente en leyes, sin que existan razones suficientes y constitucionalmente válidas75; Principio de Igualdad de Oportunidades: Es una de las fuentes normativas más importantes de protección de los derechos de las personas. Debido a ello ha dado lugar a una amplia jurisprudencia en todos los regímenes constitucionales occidentales, el cual se extiende desde la clásica concepción formalista según, la cual los hombres son iguales ante la ley, hasta la concepción contemporánea que predica y exige la promoción de las condiciones para el logro de una igualdad real y efectiva (C.P., 1991, art.13); Confianza Legítima: "Es la garantía que tiene el administrado de exigir una protección jurídica de sus expectativas legítimas cuando, al tener razones objetivas para confiar en la estabilidad de la situación jurídica preexistente, la alteración repentina de la misma, sin haber sido proporcionados el timpo y los mecanismos necesarios para su adaptación a la nueva situación, desencadena una alteración grave de sus condiciones económicas y patrimoniales"76; Principio de Interpretación Pro Homine: El principio de interpretación pro homine, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos. Esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente

[74] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003(Fondo, Reparaciones y Costas)

[75] Corte Constitucional. Sentencia C-428 de 2009. M.P.: Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

[76] Viana Cleves M. El Principio de Confianza Legítima en el Derecho Administrativo Colombianao. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Primera Edición 2012. Página 162

por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional[77].

Luego, debemos tener presente que, en atención al Bloque de la Constitucionalidad[78] la gama de principios aplicables al derecho de la seguridad social es amplio y permite un abanico serio de posibilidades.

Con la permeabilización que ha tenido el Derecho Social en Colombia, por cuenta de la Constitución. O lo que llaman algunos autores la Constitucionalización del Derecho Laboral[79]. El Sistema General de Seguridad Social Integral, ha tomado paulatinamente verdaderos ribetes de Seguridad Social, dejando de lado el simple modelo asegurador de Seguro Social.

Empero, es una verdad de apuño que, nuestro Sistema de Seguridad Social Integral, tiene un cúmulo importante de normas en sentido amplio (leyes, decretos, resoluciones etc.) que lo hace denso, y que podría dejar pensar que toda la casuística se encuentra contenida allí. Sin embargo no es así, y la única forma que le queda al juez al aplicar la norma jurídica, en especial la norma de derecho social, no es otra que recurrir a los principios.

Ahora, a pesar de la existencia de los principios antes enunciados, no es suficiente con su existencia, si no es acompañado por un operador jurídico dinámico. Actividad que el juez constitucional y juez ordinario han realizado satisfactoriamente, en la mayoría de los casos luego de la entrada en vigor de nuestra Constitución. Labor que debe ser dinámica, llenando de contenido la norma cuando el caso concreto lo amerita. Porque como si insinuó líneas atrás, la ley una vez promulgada empieza a dejar por fuera una serie de situaciones

[77] Corte Constitucional. Sentencia T-191 de 2009. M.P.: Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

[78] Molina Monsalve. Carlos Ernesto. El Bloque de la Constitucionalidad. Bogotá: Legis. Primera Edición 2022. Página 1. Señala el Dr. Molina que conforme la Real Academia de la Lengua Española, lo correcto es El Bloque de la Constitucionalidad y no Bloque de Constitucionalidad.

[79] Betancur Ricardo y otros. Constitución y Derecho Laboral: evocando al Dr. Carlos Restrepo Piedrahíta. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Primera Edición 2018.

de hecho, que como es apenas lógico, no puede ser tenida en cuenta por el legislador. Por no estar en sus manos (del legislador) que la norma subsuma todas las contingencias que en razón de la norma puedan presentarse.

Esto no es nuevo, ya lo vienen haciendo de vieja data nuestras altas Cortes como pasa a rememorarse:

Favorabilidad. Aplicación de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho.

EL CASO: "El Seguro Social negó pensión por no contar el causante con las 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior a pesar de contar con más de 1000 semanas, los demandantes argumentan que el causante dejo causado el derecho conforme a la ley 12 de 1975, al haber dejado cotizadas el total de semanas y solo faltarle la edad. En primera instancia el juez de conocimiento absolvió.

El juez de segunda instancia, revocó la sentencia y condenó a la pensión de sobrevivientes aplicando el decreto 758 de 1990, por considerar que con las 1000 semanas que dejó cotizadas el causante dejó acreditado el derecho a la pensión por existir habilitación de edad y solo tener que esperar el cumplimiento de la edad, en aplicación del artículo 11 de la ley 100 de 1993 y el artículo 53 de la constitución nacional.

Al resolver el recurso de Casación, la Sala Laboral de la Corte no casó y se argumentó que: Se aplica el principio de la condición más beneficiosa y el de proporcionalidad ya que en virtud de estos es posible aplicar las normas anteriores que regulan el tema de la pensión de sobrevivientes, ya que las normas actuales son más exigentes y el causante había dejado satisfecho el requisito de semanas antes de entrar en vigencia la ley 100 al momento de morir.

Lo anterior debido a que pensar de otra forma sería tanto como afirmar que una persona que cotizó 6 meses continuos en el año inmediatamente anterior a su fallecimiento, tendría más derecho a la pensión que quien edificó la misma durante más de 20 años de cotizaciones" 80.

Principio de Progresividad en los Beneficios de la Seguridad Social. Consiste en evitar políticas regresivas, que tengan por objeto o efecto la disminución del estado de goce de los derechos económicos, sociales y culturales81. El legislador no puede desmejorar los beneficios señalados previamente en leyes, sin que existan razones suficientes y constitucionalmente válidas.

EL CASO: "La Corte Constitucional conoció en acción pública de inconstitucionalidad la solicitud de inexequibilidad del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 46 de la ley 100 de 1993. Tomando la decisión de declarar inexequibles los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Para arribar a esa decicsión se fundamentó entre otros argumentos en:

Empieza por delimitar el principio de la siguiente forma:

(…) Del principio de progresividad (la obligación de moverse lo más rápidamente posible hacia la meta) se deriva la prohibición de regresividad (las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente). Así, el Estado se encuentra obligado a aumentar progresivamente la satisfacción de los derechos sociales y tiene prohibido, al menos en principio, retroceder en los avances obtenidos. Como se verá, uno de tales avances es la inversión de recursos para la satisfacción del derecho, especialmente si existe una deficiente prestación del mismo por insuficiente cobertura, baja calidad o adaptabilidad. La prohibición de regresividad ha sido explicada en múltiples decisiones de esta Corte. En algunas de ellas la Corte se ha referido a la prohibición de regresividad por la disminución del radio de protección

[80] Sala de Casación Laboral, Radicado No 9758 del 13 de agosto de 1997 M.P. Dr. José Roberto Herrera Vergara.

[81] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Op. cit.

de un derecho social. En otras, se ha referido a la violación de esta garantía constitucional, por la disminución de los recursos públicos invertidos en la satisfacción de un derecho social o el aumento significativo del costo para la persona de escasos recursos que esta en proceso de acceder al derecho. En otro tipo de decisiones la Corte ha reiterado la aplicación del principio de progresividad y la prohibición de regresividad cuando se está frente a sectores especialmente vulnerables de la población. Como lo ha señalado la Corte, cuando una norma retrocede, por cualquier vía, el nivel de satisfacción de un derecho social, inmediatamente debe presumirse inconstitucional. Sin embargo, esta presunción admite, prueba en contrario. En este sentido la Corte ha señalado que la prohibición de regresividad es apenas una prohibición prima facie y no absoluta. (…)

Para finalmente concluir que se vulneró dicho prinicipio porque:

(…) El artículo 12 de la Ley 797 de 2003 modificó el 46 de la Ley 100 de 1993, señalando los requisitos para la obtención de la pensión de sobrevivientes, y exige que el afiliado fallecido hubiera cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años (los inmediatamente anteriores al fallecimiento) y que se acrediten los requisitos contemplados en los literales a) y b) de dicho artículo, que contemplan una exigencia de fidelidad de cotización, que no estaba prevista en la Ley 100 de 1993, que constituye una medida regresiva en materia de seguridad social, puesto que la modificación establece un requisito más riguroso para acceder a la pensión de sobrevivientes, desconociendo la naturaleza de esta prestación, la cual no debe estar cimentada en la acumulación de un capital, sino que por el contrario, encuentra su fundamento en el cubrimiento que del riesgo de fallecimiento del afiliado se está haciendo a sus beneficiarios. (…)" 82.

Principio de Interpretación Pro Homine. El principio de interpretación pro homine, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos. Esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional.

[82] Corte Constitucional. Sentencia C-556 de 2009. M.P.: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Dicho principio ha sido materia de interpretación por parte de la Corte Constitucional a la hora de afrontar el estudio de derechos humanos y fundamentales, al respecto ha enseñado que:

(…) De otra parte es necesario tener en cuenta además que de acuerdo con el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos , siempre habrá de preferirse la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos a que aluden los tratados de derechos humanos conocida también como principio pro homine, que tanto la jurisprudencia de la Comisión Interamericana como de la Corte Constitucional ha aplicado en repetidas ocasiones .

La Corte Constitucional ha hecho referencia en efecto a dicha cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos en relación con la interpretación de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y su aplicación frente a los mandatos constitucionales y ha señalado que frente a aquellos prevalecen las normas contenidas en la Constitución cuando ellas ofrecen mayores garantías de protección de los derechos de las personas. (…)" 83.

Confianza Legítima. El prinicipio de confianza legítima, debiene del principio de la buena fe que se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 83 de nuestra Constitución. De esta manera cada vez que se presente una vulneración al principio de confianza legítima, necesariamente estaremos ante el quebranto de igual manera de la buena fe *84* .

> *EL CASO: "La ciudadana luego de cumplir con el tiempor requerido para hacerse merecedora de su pensión de jubilación, solicita la misma. Dicha petición es aceptada y se le solicita la renuncia para ingreso a nómina. Solicitud a la que accede, presentando su carta de renuncia.*

[83] Corte Constitucional. Sentencia C-1056 de 2004. M.P.: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

[84] Viana Cleves M. El Principio de Confianza Legítima en el Derecho Administrativo Colombianao. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Primera Edición 2012. Página 44.

En los dís posteriores, la ciudadana recibe una nueva comunicación en la que le informan que no es posible acceder al reconocimiento pensional por falta de disponibilidad presupuestal. Se encuentra entonces la afectada frente a la falta de reconocimiento de su pensión y sin su empleo al haber renunciado.

Solición a la controversia por parte de la Corte con base en el Principio de Confianza Legítima. Dijo la Corte:

(…) La buena fé de la peticionaria al solicitar su pensión de jubilación, convencida de que el reconocimiento de su derecho era suficiente para la efectividad del mismo, se vio asaltada por problemas de índole presupuestal que impidieron el pago de su pensión. Es indispensable que el Estado respalde la confianza de ciudadanos en el derecho y en las instituciones. El caso de la peticionaria, muestra claramente la importancia que tiene la efectividad del derecho en la búsqueda del propósito general de la legitimidad del poder y del derecho, una de cuyas manifestaciones es el principio de buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitucion. (…)85"

[85] Corte Constitucional. Sentencia T-526 de 1992. M.P.: Dr. CIRO ANGARITA BARÓN.

6. Alternativas prestacionales y/o laborales con las que cuenta el afiliado cuando se enfrenta al escenario antes reseñado

Entre los fines esenciales del Estado se encuentran: el de protección y efectividad de los derechos laborales y sociales. Igualmente, los artículos 48 y 53 de la Constitución Nacional señalan la garantía de la seguridad social desde el punto de vista de la integralidad.

Podríamos afirmar que un asegurado, indistintamente del origen, cuando padece deficiencia o discapacidad que le genere una serie de alteraciones orgánicas o funcionales incurables o de duración no previsible, que le impiden desempeñar su trabajo habitual u otro similar compatible con sus aptitudes y formación profesional y permanece en una condición de incapacidad permanente, pero que no alcanza el 50% de PCL; debe ser sujeto de una protección estatal que podríamos denominar prestación de invalidez temporal. Para lo cual, deberá declararse la incapacidad permanente parcial y en un principio sería de manera no definitiva, siendo concedida por el lapso de dos años continuos.

Si pasados los dos años subsisten las condiciones de salud del afiliado, la pensión pasará de ser temporal, a ser definitiva. Sin embargo, la entidad, sea fondo de pensiones o administradora de riesgos laborales, podrá efectuar la revisión de la incapacidad cuando lo estime necesario, si hubiere fundamento para presumir que han cambiado las condiciones que determinaron su otorgamiento.

La solución que se plantea no sería nada nuevo, ya que sería casi el mismo tipo de prestación, que ya otrora, el desaparecido Instituto de los Seguros Sociales. Aquel reconocía a sus afiliados dentro del Régimen de Riesgos Profesionales (hoy Riesgos Laborales), en

virtud de la aplicación del Decreto 3170 de 1964, que aprobó el acuerdo 155 de 1963, por el cual se aprobó el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. El texto de las normas es el siguiente:

Decreto 3170 de 1964

Artículo 21. El incapacitado permanente parcial tendrá derecho a una pensión proporcional a la que le hubiere correspondido en caso de incapacidad permanente total y de acuerdo con el porcentaje de valuación de la incapacidad.

Incapacitado permanente total tendrá derecho a una pensión mensual equivalente al 60% del salario mensual de base.

El incapacitado permanente absoluto tendrá derecho a una pensión mensual equivalente al 70% del salario mensual de base.

El gran inválido tendrá derecho a una pensión equivalente al 85% del salario mensual de base.

En ningún caso las pensiones por incapacidad permanente total, absoluta, o gran invalidez, podrán ser inferiores a la que habría correspondido al asegurado en el Seguro de Invalidez no profesional. En caso de serlo, se elevará la pensión hasta el valor que le habría correspondido en el mencionado seguro.

Artículo 23. Al declararse la incapacidad permanente, sea total o parcial, se concederá provisionalmente la pensión por un periodo inicial de dos (2) años.

Si subsiste la incapacidad después de transcurrido tal período, la pensión tendrá carácter definitivo, sin embargo, el instituto podrá efectuar la revisión de la incapacidad cuando lo estime necesario, si hubiere fundamento para presumir que han cambiado las condiciones que determinaron su otorgamiento.

Las pensiones serán vitalicias a partir de la edad mínima que para el derecho de pensión de vejez fija el reglamento general del seguro de invalidez, vejez y muerte.

Artículo 24. El asegurado que quede con una incapacidad permanente parcial entre el 5% y el 20%, tendrá derecho a que se pague en sustitución de la pensión una indemnización en capital equivalente a las tres (3) anualidades de aquella.

Las pensiones correspondientes a una reducción de capacidad de trabajo superior al 20 % no podrán pagarse en forma de capital. La incapacidad parcial inferior al 5% no es indemnizable.

La norma que le antecedió al citado decreto fue el Decreto 1698 de 1960, que aprobó el acuerdo 101 del mismo año, por el cual se aprobó el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Allí la norma pertinente, en su artículo 7, consagra que, "el trabajador afiliado al instituto, que sufra un accidente de trabajo, o una enfermedad profesional, tendrá derecho a las siguientes prestaciones".

Para esta cita tendremos en cuenta únicamente el punto (c) del Decreto, el cual dice lo siguiente:

c) A una indemnización variable según el grado de incapacidad, en forma de renta o de capital conforme se establece en los artículos siguientes, sólo cuando las lesiones por accidentes de trabajo o la enfermedad profesional determinen un estado de incapacidad permanente igual o superior al 5%. (Decreto 1698, 1960).

A su vez, es importante revelar lo que estipula el Decreto 1698 de 1960, siendo esto que:

i) A partir de un 20% inclusive de incapacidad parcial, la indemnización dé que trata el numeral c) del artículo 7° del presente Reglamento, será en forma de renta, y en caso de que sea inferior a este límite, será en forma de capital; ii) Cuando la lesión o la enfermedad cure antes de los 180 días, terminará el pago del subsidio que venía recibiendo el trabajador, y se

> *procederá a calificar sus consecuencias definitivas para establecer si hay o no lugar a las indemnizaciones de que trata el ordinal c) del artículo 7° de acuerdo con las Tablas que para tal fin elabore el Instituto; iii) Si pasados los 180 días de incapacidad temporal, las lesiones o la enfermedad sufridas no han curado, y continúa el trabajador incapacitado, habrá lugar a que se le considere transitoriamente hasta por 180 días mas como incapacitado permanente total, para efecto de que durante este tiempo perciba la renta correspondiente a este estado; iv) El trabajador que por razón de un accidente de trabajo, o de una enfermedad profesional, quede con una incapacidad permanente parcial superior al 20%, tendrá derecho hasta por dos (2) años a una renta mensual proporcional a la incapacidad de ganancia, que se liquidará sobre las dos terceras partes del salario básico correspondiente, cotizado en el mes anterior a la fecha del accidente o de la manifestación de la enfermedad profesional; v) La renta por incapacidad permanente parcial podrá ser prolongada por más de dos (2) años, a juicio de la Comisión Técnica del Departamento de Riesgos Profesionales, y de acuerdo con la capacidad de ganancia del trabajador en el momento de la revisión; vi) Se entiende por incapacidad permanente parcial, la ocasionada por lesiones o estados patológicos, orgánicos o funcionales que por el hecho de impedir la actividad normal de ciertas funciones por un tiempo prolongado e indefinido, disminuyen la capacidad general de ganancia del trabajador. (Decreto 1698, 1960).*

Y si nos vamos aún más atrás en el tiempo, fue el Decreto 2623 de 1950 que aprobó la resolución No 2295 del mismo año, por el cual se aprobó el Reglamento General del Seguro Obligatorio de Riesgos Profesionales, en ese entonces la norma, en su artículo 10, fijaba que:

> *El trabajador que resulte con una incapacidad permanente parcial superior al 15% tendrá derecho a una renta mensual equivalente a las dos terceras partes del salario correspondiente al porcentaje de incapacidad de ganancia calificada de acuerdo con el salario básico cotizado en el último mes anterior a la fecha del accidente o de la manifestación de la enfermedad profesional, hasta por dos años.*

Parágrafo. La renta por incapacidad permanente parcial podrá ser prolongada a juicio de la Comisión Permanente de Valuación de Incapacidades y de acuerdo con la capacidad de ganancia del trabajador en ese momento. (Decreto 2623, 1950).

Para esa época, las normas de la seguridad social consideraban tan grave el accidente o enfermedad profesional como generador de una pensión de invalidez que, debido a ello, el Instituto de Seguros Sociales determinó en sus reglamentos este tipo de prestación.

A pesar de que nuestra posición tuvo sustento en nuestra legislación, aun cuando ésta ya no se encuentra en vigor, consideramos pertinente buscar una regulación similar a la aquí propuesta, pero en la legislación internacional, en este caso México.

Las prestaciones que se incluyen en la rama del seguro de riesgo de trabajo o para generalizar: las prestaciones que contemplan los diversos institutos del seguro social al presentarse un riesgo de trabajo (enfermedad profesional o accidente de trabajo), se otorgan en función de la consecuencia que el propio riesgo de trabajo genere86.

Las consecuencias de los riesgos de trabajo son consideradas como incapacidad laboral. Cabe explicar que, la incapacidad laboral es la falta de facultades o aptitudes para desarrollar la actividad laboral. Esta puede ser temporal, incapacidad permanente parcial o incapacidad permanente total. La ley del Seguro Social mexicana, que data del 21 de diciembre de 1995, incluye la última reforma publicada en el diario oficial federal del 21 de octubre de 2020 y esta señala que:

Sección Tercera:

De las Prestaciones en Dinero

Artículo 58. El asegurado que sufra un riesgo de trabajo tiene derecho a las siguientes prestaciones en dinero:

[86]MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, Gabriela. La Seguridad Social en México. México D.F. Segunda Edición. Editorial Porrúa. 2013. Pág. 192.

I. Si lo incapacita para trabajar recibirá mientras dure la inhabilitación, el cien por ciento del salario en que estuviese cotizando en el momento de ocurrir el riesgo.

El goce de este subsidio se otorgará al asegurado entre tanto no se declare que se encuentra capacitado para trabajar, o bien se declare la incapacidad permanente parcial o total, lo cual deberá realizarse dentro del término de cincuenta y dos semanas que dure la atención médica como consecuencia del accidente, sin perjuicio de que una vez determinada la incapacidad que corresponda, continúe su atención o rehabilitación conforme a lo dispuesto por el artículo 61 de la presente Ley.

De igual forma, pasaremos a ver el artículo 61 de la presente legislación, la cual dice que:

Al declararse la incapacidad permanente, sea parcial o total, se concederá al trabajador asegurado la pensión que le corresponda, con carácter provisional, por un período de adaptación de dos años".

Durante ese período de dos años, en cualquier momento el Instituto podrá ordenar y, por su parte, el trabajador asegurado tendrá derecho a solicitar la revisión de la incapacidad con el fin de modificar la cuantía de la pensión.

Transcurrido el período de adaptación, se otorgará la pensión definitiva, la cual se calculará en los términos del artículo 58 fracciones II y III de esta Ley. (Ley del Seguro Social, 1995).

Tenemos entonces que, dentro del sistema de seguridad social mexicano, si un afiliado al instituto mexicano de seguro social es declarado con una Incapacidad Permanente Parcial (IPP), tendrá derecho a una pensión provisional por un periodo inicial de dos años. Luego, finalizado el periodo de dos años, si las condiciones del afiliado continúan igual, la pensión será definitiva.

Es importante precisar que, conforme a la Ley Federal del Trabajo de México, artículo 479, se entenderá por incapacidad permanente parcial: la disminución de las facultades o aptitudes de una persona para trabajar. Sin embargo, para generar el derecho a pensión (provisional) deberá existir un porcentaje de entre el 25% y el 50% de IPP. En el evento de ser inferior al 25%, lo que procederá será indemnización.

En la República de Argentina se presenta un caso similar, pero que varía en función del porcentaje de incapacidad permanente parcial. A diferencia de nuestro país, cuando de accidente o enfermedad se trata, se habla de incapacidad laboral. En Argentina se habla de Incapacidad Laboral Temporaria (ILT), "siendo dicha incapacidad aquella situación, consecuencia del infortunio laboral, que impide al trabajador en forma temporaria la realización de sus tareas habituales"87. Por su parte, el artículo 7 de la Ley 24557 de 1993 establece que, "luego, si transcurre por lo menos un año desde la fecha de inicio de la Incapacidad Laboral Temporaria, pasará entonces a ser considerada una incapacidad permanente parcial o total.88

A su vez, el artículo 8 de dicha ley dice que "La Incapacidad Laboral Permanente puede ser parcial o total, según sea el grado de insuficiencia que produzca el accidente o la enfermedad profesional. La Incapacidad Laboral Permanente será total, cuando la disminución de la capacidad laborativa permanente sea igual o superior al 66 % y parcial, cuando sea inferior a este porcentaje".89

La prestación por Incapacidad Permanente Parcial (IPP) podrá ser pagada como suma única o como prestación mensual, dependiendo del porcentaje asignado. Luego tenemos, que se le entregará al afiliado una suma única a título de indemnización cuando la

[87]LINO CHIRINOS, BERNABÉ. Tratado de la Seguridad Social Tomo II. Buenos Aires. Primera Edición. Editorial La Ley. 2009. Pág. 201.

[88]Artículo 7º de la Ley N° 24.557 del 03 de octubre de 1995 : 1. Existe situación de Incapacidad Laboral Temporaria (ILT) cuando el daño sufrido por el trabajador le impida temporariamente la realización de sus tareas habituales.

[89] Artículo 8º de la Ley N° 24.557 del 03 de octubre de 1995 : 2. La Incapacidad Laboral Permanente (ILP) será total, cuando la disminución de la capacidad laborativa permanente fuere igual o superior al 66 %, y parcial, cuando fuere inferior a este porcentaje.

incapacidad permanente parcial sea igual o inferior al 20%. Pero si supera el 20% y es inferior al 66%, recibirá una renta periódica.90

Ya dimos una mirada a la regulación de la figura propuesta, tanto en el extremo norte y sur de nuestro continente. Ahora tratemos de mirar cómo es su regulación en Europa, especialmente en España.

En el mencionado país, la IPP es la que a pesar de no alcanzar el grado de total91, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal para la profesión habitual. Lo anterior, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma. Además, la prestación consiste en una cantidad a tanto alzado92.

---

[90] Artículo 14º de la Ley N° 24.557 del 03 de octubre de 1995 : Prestaciones por Incapacidad Permanente Parcial (IPP).

1. Mientras dure la situación de provisionalidad de la Incapacidad Laboral Permanente Parcial (IPP), el damnificado percibirá una prestación de pago mensual cuya cuantía será igual al 70 % del valor mensual del ingreso base multiplicado por el porcentaje de incapacidad, además de las asignaciones familiares correspondientes.

2. Declarado el carácter definitivo de la Incapacidad Laboral Permanente Parcial (IPP), el damnificado percibirá las siguientes prestaciones:

a) Cuando el porcentaje de incapacidad sea igual o inferior al 20 %, una indemnización de pago único, cuya cuantía será igual a 43 veces el valor mensual del ingreso base, multiplicado por el porcentaje de incapacidad y por un coeficiente que resultara de dividir el número 65 por la edad del damnificado a la fecha de la primera manifestación invalidante.

Esta suma en ningún caso será superior a la cantidad que resulte de multiplicar $55.000 por el porcentaje de incapacidad.

b) Cuando el porcentaje de incapacidad sea superior al 20 % e inferior al 66 %, una Renta Periódica —contratada en los términos de esta ley—, cuya cuantía será igual al 70 % del valor mensual del ingreso base multiplicado por el porcentaje de incapacidad. Esta prestación está sujeta a las retenciones por aportes provisionales y del sistema nacional del seguro de salud.

[91] La incapacidad permanente parcial y total son los grados en se encuentran divididas las incapacidades laboral permanente. Y se diferencia la total de la parcial, en que la primera, se produce cuando una persona se encuentra inhabilitada para desempeñar las tareas de su puesto de trabajo habitual, pero sí puede dedicarse a otros trabajos diferentes. Es importante el aspecto de que el trabajador podrá trabajar en otra profesión diferente a la habitual, para la cual fue incapacitado totalmente, ya que esto es lo que diferencia la incapacidad permanente total de la incapacidad permanente absoluta.

[92] Expresión que se emplea, cuando de pago en cifra única se hace, es decir, no por instalamentos sino en un solo pago.

Cuando se presenta la enfermedad profesional o el accidente de trabajo y se lleva a cabo todo el tratamiento debido para optimizar de nuevo la salud del empleado, pero a pesar de ello, dicha contingencia deja secuelas susceptibles de ser indemnizadas o valorables como constitutivas de algún grado de IP, se procede a calificar dichas secuelas con el objetivo de identificar si el empleado es inválido.

Sin embargo, a diferencia nuestra, allí se consagran varios tipos de invalidez, tales como: i) Lesiones Permanentes no Invalidantes (LPI); ii) Incapacidad Permanente Parcial (IPP); iii) Incapacidad Permanente Total (IPT); iv) Incapacidad Permanente Absoluta (IPA) y v) Gran Invalidez.

Cabe mencionar que, la (i) y (ii) son generadoras de una indemnización de un solo pago y el trabajador deberá volver a su actividad laboral, en tanto que las (iii), (iv) y (v) son generadoras de una pensión[93].

[93]Artículo 194 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

6.1. Capacidad residual

El profesor Stephen W Hawking[94] al prologar el informe mundial sobre discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (OMS) en el año 2011, indicó lo siguiente:

> *La discapacidad no debería ser un obstáculo para el éxito (negrilla fuera de cita). Yo mismo he sufrido una neuropatía motora durante prácticamente la totalidad de mi vida adulta y no por ello he dejado de desarrollar una destacada carrera profesional como astrofísico y de tener una feliz vida familiar .*
>
> *Al leer el Informe mundial sobre la discapacidad, muchos aspectos me han evocado mi propia experiencia. Yo he podido beneficiarme de un acceso a atención médica de primera clase, y dependo de un equipo de asistentes personales que hacen posible que viva y trabaje con comodidad y dignidad. Mi casa y mi lugar de trabajo han sido adaptados para que me resulten accesibles. Expertos en computación me han apoyado con un sistema de comunicación asistida y un sintetizador de habla, lo cual me permite preparar conferencias e informes y comunicarme con audiencias diversas.*
>
> *Pero soy consciente de que he tenido mucha suerte, de muy diversos modos. Mi éxito en la física teórica me ha asegurado el apoyo necesario para vivir una vida digna de ser vivida. Está claro que la mayoría de las personas con discapacidad tienen enormes dificultades para sobrevivir cotidianamente, no digamos ya para encontrar un empleo productivo o para realizarse personalmente.*

[94] (Stephen William Hawking; Oxford, 1942 - Cambridge, 2018) Físico teórico británico. A pesar de sus discapacidades físicas y de las progresivas limitaciones impuestas por la enfermedad degenerativa que padecía, Stephen Hawking es probablemente el físico más conocido entre el gran público desde los tiempos de Einstein. Luchador y triunfador, a lo largo de toda su vida logró sortear la inmensidad de impedimentos que le planteaba el mal de Lou Gehrig, una esclerosis lateral amiotrófica que le aquejó desde que tenía veinte años. Hawking fue, sin duda, un caso particular de vitalidad y resistencia frente al infortunio del destino.

Acojo con satisfacción este primer Informe mundial sobre la discapacidad, que contribuirá grandemente a nuestro conocimiento de la discapacidad y de su impacto en las personas y la sociedad. En él se destacan los diferentes obstáculos que afrontan las personas con discapacidad (en las actitudes y obstáculos físicos y financieros). Superar esos obstáculos está a nuestro alcance.

De hecho, tenemos el deber moral de eliminar los obstáculos a la participación y de invertir fondos y conocimientos suficientes para liberar el inmenso potencial de las personas con discapacidad. Los gobiernos del mundo no pueden seguir pasando por alto a los cientos de millones de personas con discapacidad a quienes se les niega el acceso a la salud, la rehabilitación, el apoyo, la educación y el empleo, y a los que nunca se les ofrece la oportunidad de brillar.

En el informe se formulan recomendaciones para la adopción de medidas a escala local, nacional e internacional. Por consiguiente, será una herramienta inestimable para las instancias normativas, los investigadores, practicantes, defensores de los derechos y los voluntarios relacionados con la discapacidad. Mi esperanza es que, a partir de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y ahora con la publicación del Informe mundial sobre la discapacidad, este siglo marque un giro hacia la inclusión de las personas con discapacidad en las vidas de sus sociedades"95.

La discapacidad del científico Hawking nunca fue una limitante para entregar todo el potencial con el que contaba, y no lo fue, porque su capacidad residual pudo ser explotada por superar los obstáculos discapacitantes.

Los obstáculos discapacitantes más comunes que ha señalado la Organización Mundial de la Salud96 (en adelante OMS) son:

[95] https://www.oas.org/es/sedi/ddse/paginas/documentos/discapacidad/DESTACADOS/ResumenInformeMundial.pdf

[96] Ibidem

Políticas y Normas Insuficientes	La formulación de políticas no siempre tiene en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad, o bien no se hacen cumplir las políticas y normas existentes.
Actitudes Negativas	Las creencias y prejuicios constituyen obstáculos para la educación, el empleo, la atención de salud y la participación social.
Prestación Insuficiente de Servicios	Las personas con discapacidad son particularmente vulnerables a las deficiencias que presentan los servicios tales como la atención de salud, la rehabilitación y la asistencia y apoyo.
Problemas con la Prestación de Servicios	La mala coordinación de los servicios, la dotación insuficiente de personal y su escasa competencia pueden afectar a la calidad, accesibilidad e idoneidad de los servicios para las personas con discapacidad.
Financiación Insuficiente	Los recursos asignados para poner en práctica políticas y planes son a menudo insuficientes
Falta de Accesibilidad	Muchos edificios (incluidos los lugares públicos) y sistemas de transporte y de información no son accesibles a todas las personas. La falta de acceso al transporte es un motivo habitual que desalienta a las personas con discapacidad a buscar trabajo o que les impide acceder a la atención de salud.
Falta de consulta y participación	Muchas personas con discapacidad están excluidas de la toma de decisiones en cuestiones que afectan directamente a su vida. Por ejemplo, donde las personas con discapacidad no pueden decidir y controlar cómo se les presta apoyo en sus hogares.
Falta de datos y pruebas	La falta de datos rigurosos y comparables sobre la discapacidad y la falta de pruebas objetivas sobre los programas que funcionan pueden dificultar la comprensión e impedir que se adopten medidas.

Tabla 1.2. Obstáculos discapacitantes más comunes. Tabla elaboración propia con información extraida del informe mundial sobre la discapacidad.*97*

Claro lo anterior, la OMS revela las formas en que se ven afectadas las personas con discapacidad98 en razón de los obstáculos discapacitantes, siendo estos:

Peores Resultados Sanitarios	Hay pruebas crecientes de que las personas con discapacidad tienen peores niveles de salud que la población general. La necesidad no satisfecha de servicios de rehabilitación, incluidos los dispositivos auxiliares, puede tener malas consecuencias para las personas con discapacidad, como el deterioro del estado general de salud, limitaciones de las actividades, restricciones para la participación y peor calidad de vida.
Peores Resultados Académicos	Los niños con discapacidad tienen menos probabilidades que sus homólogos no discapacitados de ingresar en la escuela, permanecer en ella y superar los cursos sucesivos
Menor Participación Económica	Las personas con discapacidad tienen más probabilidades de estar desempleadas y generalmente ganan menos cuando trabajan. De esta manera son abusadas en su fuerza de trabajo por empleadores que se aprovechan de su necesidad económica

[97]Ibidem

[98] Ibidem

Tasas más Altas de Pobreza	Las personas con discapacidad presentan tasas más altas de pobreza que las personas sin discapacidad. En promedio, las personas con discapacidad y las familias con un miembro con este flagelo tienen mayores tasas de privaciones como: inseguridad alimentaria, condiciones deficientes de vivienda, falta de acceso a agua potable y salubridad, así como acceso deficiente a atención de salud. De igual forma, poseen menos bienes que las personas y familias sin una discapacidad. Como si fuera poco, las personas con discapacidad pueden tener costos adicionales de asistencia personal, atención médica o dispositivos auxiliares. Debido a estos gastos más elevados, es probable que las personas con discapacidad y sus familias sean más pobres que las personas sin discapacidad con unos ingresos similares. En los países de ingresos bajos, las personas con discapacidad, en comparación con las personas sin discapacidad, tienen una probabilidad un 50% mayor de enfrentarse a gastos sanitarios ruinosos
Mayor Dependencia y Participación Limitada	El recurso a soluciones de institucionalización, la falta de vida comunitaria y unos servicios deficientes, aíslan a las personas con discapacidad y las hacen dependientes de otros. Como se aprecia no son resultados huérfanos, sino que devienen del abandono social que sufre la persona con discapacidad al ser neutralizada su capacidad residual.

Tabla 1.3. Afectación a las personas debido a los obstáculos discapacitantes. Tabla elaboración propia con información extraida del informe mundial sobre la discapacidad.*99*

[99]Ibidem

Finalmente, la OMS ha sugerido como abordar los obstáculos y desigualdades100 que padece la población con discapacidad, y lo sugiere de la siguiente forma:

Abordar los obstáculos a la atención de salud	Lograr que todos los niveles de los sistemas de salud existentes sean más inclusivos y que los programas de salud pública sean accesibles a las personas con discapacidad, permitirá reducir las desigualdades y las necesidades no satisfechas en la esfera de la salud
Abordar los obstáculos a la rehabilitación	La rehabilitación es una buena inversión porque genera capacidad humana. Esta debería incorporarse en la legislación general sobre salud, empleo, educación y servicios sociales y también en leyes específicas para las personas con discapacidad
Abordar los obstáculos a los servicios de apoyo y asistencia	Facilitar la transición a la vida comunitaria, proporcionar una serie de servicios de apoyo y asistencia y respaldar a los cuidadores informales promoverán la autonomía y permitirán que las personas con discapacidad y sus familiares participen en actividades económicas y sociales
Crear entornos favorables	Eliminar los obstáculos en los espacios públicos, transporte, información y comunicación hará posible que las personas con discapacidad participen en la educación, empleo y vida social, reduciendo así su aislamiento y dependencia
Abordar los obstáculos a la educación	La incorporación de los niños con discapacidad en las escuelas convencionales promueve la terminación universal de la educación primaria. Además, es rentable y contribuye a la eliminación de la discriminación

[100] Ibidem

Abordar los obstáculos al empleo	Las leyes contra la discriminación ofrecen un punto de partida para promover la inclusión de las personas con discapacidad en el mundo laboral. En los países donde la legislación exige a los empleadores que realicen adaptaciones razonables (como facilitar el acceso a los procedimientos de selección y contratación, adaptar el entorno de trabajo, modificar los horarios laborales y proporcionar tecnologías auxiliares), pueden reducir la discriminación en el empleo. De igual manera, pueden mejorar el acceso al lugar de trabajo y modificar las percepciones acerca de la aptitud de las personas con discapacidad para ser trabajadores productivos, así como reducir costos adicionales que, de otra forma, deberían asumir los empleadores y empleados. Asimismo, puede estudiarse una serie de medidas financieras como incentivos fiscales y financiación para adaptaciones razonables.

Tabla 1.4. Como abordar obstáculos y desigualdades. Tabla elaboración propia con información extraida del informe mundial sobre la discapacidad.*101*

La Organización de Estados Americanos (en adelante OEA) en el año 1999 celebró un tratado multilateral llamado Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad,Tratado que Colombia no tardó mucho en ratificar,por medio de la Ley 762 del 31 de julio de 2002, dicho convenio y su ley aprobatoria fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-401 del 20 de mayo de 2003, donde fungió como Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis.

Este instrumento internacional aprobado por Colombia, indicó que: i) Discapacidad significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida

[101]Ibidem

diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social; ii) Existe discriminación contra las personas con discapacidad cuando significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social; y iii) que no existe discriminación contra las personas con discapacidad cuando la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia.

En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, no constituirá discriminación. Es importante porque es un instrumento que garantiza que aquellas personas con discapacidad tengan acceso a los mismos derechos y oportunidades que los demás, haciendo relevante la capacidad residual.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el año 1983 en la versión 69 de la Conferencia General celebrada en Ginebra, aprobó el Convenio 159 sobre readaptación profesional y el empleo de personas inválidas,tratado ratificado por medio de la Ley 82 del 23 de diciembre de 1988.

Este instrumento internacional aprobado por Colombia, estipula que: i) Se considera como persona inválida todo individuo cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida. Al tiempo señala que, la finalidad de dicho convenio es ii) La de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo y que se promueva así la integración o la reintegración de este ser humano en la sociedad.

La importancia del Convenio 159 radica en asegurar que existan medidas adecuadas de readaptación profesional al alcance de todas las categorías de personas inválidas y a promover oportunidades de empleo para ellas en el mercado laboral.

La Organización de Naciones Unidas (ONU) en el año 2006 en su asamblea general, aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Por su parte, Colombia ratificó el instrumento por medio de la Ley 1346 del 31 de julio de 2009.

Este instrumento internacional aprobado por Colombia, se dirige a promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y a promover el respeto de su dignidad inherente.

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Su relevancia radica en asegurar que existan medidas adecuadas de readaptación profesional al alcance de todas las categorías de personas inválidas y a promover oportunidades de empleo para esta población en el mercado laboral. Este convenio, al igual que el estudiado líneas atrás (Convenio 159), también se funda en el ideal de fijar los mismos derechos y oportunidades entre personas con y sin discapacidad.

Es meritorio destacar que ésta ley (1346) resalta que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y barreras debidas a la actitud y el entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás. Aquí en este concepto, consideramos está la piedra angular en donde se funda la falta de aprovechamiento de la capacidad residual. Porque si se permite decirnos, la discapacidad está más en las barreras que impone la sociedad misma al discapacitado, que en la limitación misma.

Complementaria a la Ley 1346, el congreso de la república expidió la Ley 1618 de 2013, con el objetivo de garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad. Esto mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y

de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad.

La Ley 1618 se caracteriza por propender por la inclusión de las personas con discapacidad en todos los ámbitos sociales. Allí se instauró que todos aquellos con discapacidad tienen derecho a acceder a los procesos de habilitación y rehabilitación integral respetando sus necesidades y posibilidades específicas. Asimismo, con el objetivo de lograr y mantener la máxima autonomía e independencia, en su capacidad física, mental y vocacional, así como en la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida.

En su artículo 13, la mencionada ley estipula que todas las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, con el propósito de garantizar el ejercicio efectivo de esta legislación, en términos de igualdad de oportunidades, equidad e inclusión. De igual forma, ordena al ministerio competente elaborar planes y programas de inclusión laboral.

6.1.1. Formulación de norma (*lege referenda*)

En este punto de nuestro trabajo, nuestra propuesta de norma es brindar una prestación en similares condiciones a la que entrega el anterior Sistema de Riesgos Profesionales, consistente en una prestación de orden transitoria. La que, en el evento de llegar a la mejoría médica máxima sin opción de recuperación de una salud óptima para desempeñar empleo alguno, esa prestación se convertiría en permanente. La norma es la siguiente:

Artículo 1. El afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral, que indistintamente del origen, padezca deficiencia o discapacidad que le genere alteración orgánica o funcional incurable o de duración no previsible, que le impidan desempeñar su trabajo habitual u otro similar compatible con sus aptitudes y formación profesional, y permanece en una condición de incapacidad permanente, pero que no alcanza el 50% de PCL. Tendrá el derecho a una prestación económica temporal. Para lo cual, deberá declararse la incapacidad permanente parcial, la cual se concederá por un periodo inicial de dos años continuos.

Artículo 2. Si transcurridos los dos años de los que trata el artículo anterior aún subsisten las condiciones de salud del afiliado, la prestación pasará de ser temporal, a ser definitiva.

Artículo 3. La entidad de seguridad social, sea fondo de pensiones o Administradora de riesgos laborales podrá efectuar la revisión de la incapacidad cuando lo estime necesario, si hubiere fundamento para presumir que han cambiado las condiciones que determinaron su otorgamiento.

7. Conclusiones

La Ley 100 de 1993 se diseñó para hacer frente a un sistema de seguridad social inequitativo con serios problemas de acceso y calidad para la mayor parte de la población colombiana.

Sin embargo, a pesar de haber transcurrido ya casi treinta años desde su expedición, aún falta mucho por hacer.

Podríamos afirmar que uno de los principales propósitos de un sistema general de seguridad social, es brindar un ingreso digno a sus afiliados, sea porque por el simple paso del tiempo y la llegada de la edad adulta que no les permita seguir generando ingresos de alguna manera, o ya sea porque su fuerza de trabajo generadora de ingresos no se ausentó por el paso del tiempo sino por haber perdido una condición de salud óptima.

En cualquiera de las dos contingencias citadas, será necesario de un ingreso digno para la congrua subsistencia del ciudadano del común.

A pesar de los avances en el campo de las prestaciones económicas por pérdida de capacidad laboral, aún hay eventos que escapan a su protección.

En efecto, al abordar la regulación que existe en estos momentos en Colombia, respecto al pago de las prestaciones económicas temporales (incapacidades), en todos los campos (pensional, salud, riesgos laborales), al igual que la regulación que existe en estos dos últimos campos en el tema de la pensión de invalidez, se evidencia una desprotección de aquellos afiliados al Sistema General de Seguridad Social Integral (en adelante SGSSI).

Una desprotección que se refleja sobre aquellos usuarios que padecen una deficiencia o una discapacidad que les impide o limita para el desempeño de su actividad laboral y en

virtud de ello, tienen una incapacidad permanente parcial[102] debidamente calificada. Existen otros afiliados que aún se encuentran siendo beneficiados de una incapacidad médica[103] (ya se trate de origen común o de origen laboral), que les impide desempeñar la actividad económica que les genera ingresos, llegando, incluso a superar el número máximo legal de días de incapacidad. Esto, sin recibir el alta médica que les permite reincorporarse laboralmente.

Esta desprotección se edifica sobre la base de que el afiliado, en las condiciones antes señaladas, no alcanza la pérdida de capacidad laboral u ocupacional, igual o superior al cincuenta por ciento (50%) y que le permita acceder a una pensión de invalidez. Como si fuera poco, su condición de salud tampoco le permite reincorporarse laboralmente a sus actividades, sean de índole dependiente o independiente [104].

Por consiguiente, la persona queda atrapada en lo que concluimos como "zona gris". Una situación que consiste en que el afiliado no tiene una pensión de invalidez por no ser inválido, pero tampoco puede retornar a su actividad laboral por padecer una incapacidad permanente parcial, la cual es de tal envergadura que lo somete a permanecer incapacitado por el médico tratante.

Bajo esta óptica, existe una omisión legislativa que trae consigo un vacío en el ámbito de la protección social de la población. Aquella, ya está suficientemente identificada por encontrarse sin su fuerza de trabajo, al igual que, sin un ingreso permanente, el cual le permita solventarse de una manera digna.

En este contexto en el que se desarrolla la problemática planteada, podemos proponer la consecución de una prestación económica con una asignación de porcentaje de

[102]Entendida esta como la disminución definitiva, igual o superior al cinco por ciento (5%) e inferior al cincuenta por ciento (50%) de la capacidad laboral u ocupacional de una persona, como consecuencia de un accidente o de una enfermedad de cualquier origen.

[103]Incapacidad que se refiere, además, de la condición médica de la persona.También a que la misma se encuentra debidamente soportada en la certificación médica del profesional tratante perteneciente al sistema.

[104]El tipo de vinculación es indiferente, cuando se trata de no poder desempeñar la actividad de la cual se deriva el sustento económico.

calificación que se encuentre por debajo del 50% de la PCL. Para ello, será de vital importancia decidir si la calificación deberá dar más peso a elementos cuantitativos o, en cambio, a elementos cualitativos al momento de proferir.

Desembarcando necesariamente con los postulados anteriores, en definitiva, nos permite evidenciar un vacío en el manual de calificación actual que se revela en la poca influencia que tiene la actividad laboral desarrollada como tal al momento de calificar el título dos. Lo anterior, bajo el entendido, que el afiliado que es calificado, debe serlo en función del trabajo que desempeña conforme a su arte, profesión u oficio y no, en atención a reglas de actividades generales.

Lo anterior sin dejar de lado la capacidad residual del afiliado, que no puede seguirse definiendo con base en la pérdida de capacidad laboral dictaminada por las juntas médicas; porque hacerlo sería seguir aplicando un modelo médico rehabilitador en el que la última palabra la tenía el médico, en donde importaban poco o nada los factores externos como barreras impuestas al ciudadano en condición de salud aminorada. Siendo estas, en últimas las que imponen las limitaciones.

Fundamental es entonces, alinearnos con el modelo de tratamiento de la discapacidad que impera hoy en día en los países más desarrollados. Cuyo modelo podemos definir como aquel que:

> *considera que las causas que dan origen a la discapacidad no son religiosas ni científicas, sino que son preponderantemente sociales. Se parte de la premisa de que la discapacidad es una construcción y un modo de opresión social, y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad. Así, se entiende que no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la sociedad para asegurar adecuadamente que las necesidades de todas las personas —incluyendo quienes tengan una discapacidad— sean tenidas en cuenta dentro de la organización social.*

Concluyendo finalmente, que el citado modelo propende porque las personas con discapacidad pueden y puedan contribuir a las necesidades sociales de su entorno en la misma medida que el resto de personas, siempre que se eliminen los obstáculos construidos por la misma sociedad.

8. Bibliografía

Arenas Monsalve, G. (2018). El derecho de la seguridad social. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.

Ayala Cáceres, C. (2004- 2005). Legislación en salud ocupacional y riesgos profesionales. Bogotá, Colombia: Ediciones Salud Laboral Ltda.

Barona Betancourth, R. (2015). El Trabajo y la Seguridad Social según la Constitución y las normas internacionales. Bogotá, Colombia: Ibañez.

Barona Betancourth, R y otros. (2018). Constitución y Derecho Laboral: evocando al Dr. Carlos Restrepo Piedrahíta. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Primera Edición 2018.

Organización Mundial de la Salud. (2001). Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud.

Capital Safecty. (2013). Compendio de Normas Legales en Colombia Sobre Salud Ocupacional. (1ª ed.).

Organización Internacional del Trabajo. C-159 - Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas)1983 (número. 159) Adopción: Ginebra, 69ª reunión CIT (20 junio 1983) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Técnicos).OIT.https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C159.

Corte Constitucional. Sala de la Corte Constitucional. Sentencia C-562 de 1992, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein.

Corte Constitucional. Sentencia T-596 de 1992. M.P.: CIRO ANGARITA BARÓN

Corte Constitucional. Sentencia T-124 de 1993. M.P.: VLADIMIRO NARANJO MESA

Corte Constitutional. Sala de la Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia T-1430 de 2000. M.P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002. M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Corte Constitucional. Sentencia C-428 de 2009. M.P.: Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Corte Constitucional. Sentencia T-191 de 2009. M.P.: Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Corte Constitucional. Sentencia T-468 de 2010. M.P.: JORGE IVAN PALACIO PALACIO.

Corte Constitucional. Sentencia T-876 de 2013. M.P.: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Corte Constitucional. Sentencia T-161 de 2019. M.P.: CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Corte Constitucional. Sentencia SU-087 de 2022. M.P.: Dr. JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003(Fondo, Reparaciones y Costas)

Cortéz Hernández, O. (2007). Derecho de la Seguridad Social. Bogotá, Colombia: Editorial Librería Ediciones del Profesional Ltda, Tercera Edición.

Cristancho Moyano, J. y Cristando Moyano, A. (2008). Nueva Reforma Pensional. Bogotá, Colombia: Editorial Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Cuervo Díaz D. y Moreno Angarita M. (2022) Trabajo y Prevención de la Discapacidad Para Trabajar en Colombia. Bogotá, Colombia: Tirant lo Blanch.

Dworkin Ronald (2013) Los Derechos en Serio. Barcelona, España: Editorial Ariel S.A.7ª reimpresión.

Gamboa Jiménez, J. (2011). Régimen General de Pensiones. Bogotá, Colombia: Leyer.

Goyes Moreno, I., & Hidalgo Oviedo, M. (2017). ¿Los principios del derecho laboral y la seguridad social dinamizan la jurisprudencia constitucional en Colombia?. Entramado, 8(2), 168–183. Recuperado a partir de https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/entramado/article/view/3435

Hernández F. (julio- agosto 2015). Incapacidades que superan los ciento ochenta días. Número 190, Actualidad Laboral y Seguridad Social.

Hernández F. (Enero-Febrero 2014). Nueva regulación de las juntas de calificación de invalidez. Número 181, Actualidad Laboral y Seguridad Social.

Hernández Ramírez A. y Mendoza Eugenio S. (2016) Estabilidad Laboral Reforzada. Bogotá, Colombia: Leyer.

Lino Chirinos, B. (2009). Tratado de la Seguridad Social (Vol. 2). Buenos Aires, Argentina: Primera Edición, Editorial La Ley.

López Villegas, E. (2011). Seguridad Social. Teoría Crítica. (Vol. 2). Editorial Universidad de Medellín.

Mendizábal Bermúdez G. (2013). La Seguridad Social en México. (2ª ed.). Ciudad de México, México: Editorial Porrúa.

Ministerio de la Protección Social. (2008). Legislación Sistema General de Riesgos profesional.

Molina Monsalve. Carlos Ernesto. El Bloque de la Constitucionalidad. Bogotá: Legis. Primera Edición 2022

Morad Acero, J. (2019). Apuntes de Derecho de la Seguridad Social. Bogotá, Colombia: Tirant lo blanch manuales.

Narváez Bonnet, J. (2008). Régimen Pensional y Seguros Privados. Bogotá, Colombia: Librería Ediciones del Profesional LTDA.

Normas Internacionales del Trabajo. (2009) Doctrina y jurisprudencia constitucional. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.

Palacios A. (2008). El modelo social de discapacidad:
orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (1ª ed.). Madrid, España: Ediciones Cinca.

Plazas G. (2019- 2020). La Nueva Seguridad Social. (2ª ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Bolívar Impresores.

Puyana Silva, A. (2017). El Sistema de Riesgos Laborales en Colombia (2ª ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Rengifo J. (1989). La Seguridad Social en Colombia. (3ª ed.) Bogotá, Colombia: Temis.

Serie Investigaciones en Derecho Laboral No 11. Debilidad Manifiesta, garantía de protección laboral constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2016.

Universidad Externado de Colombia. (2016) Progresividad en asuntos de seguridad social y laborales: Aproximación a la doctrina y la jurisprudencia constitucional. (Vol. 5) Bogotá, Colombia: Serie Investigaciones en Derecho Laboral, Universidad Externado de Colombia.

Universidad Externado de Colombia. (2016). Serie Investigaciones en Derecho Laboral Debilidad manifiesta, garantía de protección laboral constitucional. (Num. 11). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. 2016.

Torres Tarazona, L. (2012) Aproximaciones a la Seguridad Social en el Estado Social de Derecho: Aspectos teóricos y jurisprudenciales. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley LTDA.

Velarde-Lizama, Valentina.2012 "Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico". Revista empresa y humanismo. 2012, VOL. 15, Nº. 1.

Viana Cleves M. El Principio de Confianza Legítima en el Derecho Administrativo Colombianao. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Primera Edición 2012