

ABUSO DEL DERECHO:
IMPLICACIONES EN EL DERECHO LABORAL Y EN EL SISTEMA DE
SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

Milena Isabel David Garcia

Resumen:

El abuso del derecho fue reconocido en el sistema jurídico colombiano (SJC) en los años 30, pero no fue hasta el Constitución Política (C.P) de 1991, que pasó de ser una regla general del derecho, a ser un principio constitucional. El estudio de este principio constitucional y de su implementación, ha sido poco estudiado, dado el modelo jurídico practicado en Colombia, que realiza una interpretación absoluta de los derechos.

La sociedad colombiana, ha naturalizado una conducta de la legalidad (Salmanca, 2015) cuestionable, haciendo propenso el uso inapropiado de los derechos por los ciudadanos. Este fenómeno, ha venido en crecimiento de forma silenciosa, en el Derecho laboral (DL), especialmente en la figura de la estabilidad laboral reforzada.

De igual forma, en el Sistema General de seguridad social en Salud (SGSSS), se observa con mayor frecuencia en prestaciones económicas como el auxilio de incapacidad. Así mismo, en el acceso a través de acción de tutela de prestaciones asistenciales en ocasiones absurdas o exageradas. Con la finalidad de analizar la implementación de abuso del derecho en el marco del DL y SGSSS, se realizó una revisión de la literatura, para la cual, se consultaron bases de datos indexadas y relatorías

de las Cortes. Es importante aclarar, que todo derecho constitucional trae consigo una obligación de hacer uso apropiado del mismo.

El abuso del derecho es una herramienta valiosa, sin embargo, poco usada en el marco del DL y en el SGSSS. Las leyes colombianas, tienen una visión proteccionista del derecho a la estabilidad en el empleo, por lo cual, se creó por medio de la jurisprudencia, un derecho superior a la estabilidad laboral reforzada. Es precisamente este derecho, el que se percibe como más abusado o interpretado, tanto dentro del sistema jurídico como por el ciudadano del común.

En el decreto 1333 de 2018, establece algunas reglas de la aplicación de este principio en los casos de incapacidades médicas superiores a 540 días y, que situaciones se pueden reconocer bajo este concepto (Decreto 1333, art 2.2.3.4.1).

En la práctica diaria de los profesionales en salubristas, situaciones asociadas al abuso del derecho son percibidas con mayor frecuencia, con respecto a los profesionales que ejercen la abogacía. De ahí la importancia de hacer frente a estas situaciones, saber cómo gestionar los abusos y de tener claridad de las herramientas legales existentes.

Palabras claves:

Abuso del derecho, normatividad, jurisprudencia, Sistema General de Seguridad social en salud (SGSS), Estabilidad laboral reforzada.

Abstract

The abuse of the right was recognized in the Colombian legal system (SJC) in the 1930s, but it was not until the CP 1991, that it went from being a general rule of law to being a constitutional principle. The study of this constitutional principle and its

implementation has been little studied, given the legal model practiced in Colombia, which performs an absolute interpretation of rights.

Colombian society has naturalized conduct of questionable legality, making it prone to the inappropriate use of rights by citizens. This phenomenon has been growing silently in Labor Law (DL), especially in the figure of reinforced job stability.

Similarly, in the General System of social security in Health (SGSSS), it is observed with greater frequency in economic benefits such as disability assistance. Likewise, in access through action for the protection of assistance benefits on absurd or exaggerated occasions. To analyze the implementation of abuse of the right in the framework of the DL and SGSSS, a literature review was carried out, for which indexed databases and reports of the Courts were consulted. It is important to clarify that every constitutional right carries with it an obligation to make proper use of it.

The abuse of rights is a valuable tool, however, little used in the DL and SGSSS framework. Colombian laws have a protectionist vision of the right to job stability, which is why a higher right to reinforce job stability was created through jurisprudence. It is precisely this right, which is perceived as the most abused or interpreted, both within the legal system and by the common citizen.

Decree 1333 of 2018, establishes some rules for the application of this principle in cases of medical incapacity for more than 540 days and which situations can be recognized under this concept.

In the daily practice of occupational health and safety professionals, situations associated with the abuse of rights are perceived more frequently, for professionals who

practice law. Hence, the importance of dealing with these situations, knowing how to manage abuses, and being clear about existing legal tools.

Keywords:

Abuse of law, regulations, jurisprudence, General Social Security System in health (SGSS), enhanced job stability.

Introducción

El Principio del abuso del derecho nace como una forma de limitar el uso arbitrario de los derechos en detrimento del interés u ocasionando daños a un tercero y que aquellos que incurren en estas acciones deben responder por su conducta. Dicho principio se basa en la premisa que ningún derecho es absoluto, el cual se configura bajo una serie de requisitos o elementos. Dentro de los cuales se tienen en cuenta: conductas no permitidas por el sistema jurídico (SJC), uso de derechos con fines contrarios a la norma y/o que cause perjuicio a un tercero.

El término del abuso del derecho fue reconocido en el SJC colombiano en los años treinta derivados de pronunciamientos de la C.S.J. Sin embargo, su estudio ha sido limitado esto debido al tipo de modelo jurídico que se practica en Colombia. Fue hasta la ley 153 de 1887 (Ley 153, 1887, art 4) cuando se establecieron las reglas generales del derecho. Donde nace el abuso del derecho como norma supletoria y, por lo tanto, requiere ser construido a través de la jurisprudencia. Es así es como, en la C.P de 1991 el término se transforma en un principio constitucional bajo el artículo 95 (Const.,1997, art 95).

Podemos decir, que el SJC colombiano tiene una concepción absoluta para interpretar los derechos constitucionales. Es así como progresivamente, a través de las Cortes se han eliminado los escasos límites existentes al ejercicio de estos. Y se hace cada vez más difícil concebir la idea, que sea el titular de un derecho, quien pueda abusar de ellos.

La sociedad colombiana, se ha construido bajo la violencia y el abuso. Una sociedad que ha naturalizado durante generaciones, conductas abusivas y una cultura de la legalidad cuestionable. Y, por lo tanto, se ha naturalizado un concepto relativo de legalidad/ilegalidad (Salamanca, 2015)

Estos dos conceptos, se unen para crear un “fenómeno social”, abusar de las leyes en múltiples ámbitos del derecho. Comportamiento que no es ajeno a ser aplicado en las esferas de las relaciones en el trabajo y en el marco del ejercicio del derecho a la seguridad social.

El objetivo de esta revisión es identificar situaciones de abuso del derecho en el marco del DL y la SGSS., estableciendo una relación entre los derechos, normas vigentes y la jurisprudencia. A través de esta revisión, se pretende responder a la pregunta ¿Es posible evidenciar el abuso del derecho, en el marco del DL y en el SGSSS en Colombia?

Metodología

Para cumplir con los objetivos planteados se realizó una revisión de la literatura, para la cual se consultaron bases de datos indexadas: Google scholar, latindex, Vlex, Legis Xperta, lex base, analítica, relatorías de la C.P y CSJ.

Para esta revisión se usaron combinaciones de las siguientes palabras claves: Abuso del derecho, normatividad, jurisprudencia, Sistema general de Seguridad social (SGSS), Estabilidad laboral reforzada,

Discusión y resultados

Generalidades abuso del derecho

El término abuso del derecho surge en la época romana, asociado al manejo de las relaciones de vecinos, el derecho a la propiedad entre otros. Louis Josserand, abogado francés bien llamado el padre del abuso del derecho y quien expuso ampliamente esta teoría, la describe como el uso con la intención de perjudicar o contradecir el espíritu de las normas o su finalidad. Josserand citado por (Audren & Fillon, 2012) menciona que “El abuso del derecho, es una noción social que implica la búsqueda de los móviles individuales; es una teoría que pasar por la criba social los actos de los individuos”

En Colombia el concepto del abuso del derecho empieza a ser acogida en los años 30 por la C.S.J de justicia quien pronuncia: “los derechos deben ejercitarse con prudencia, si no es así, su uso o ejercicio puede generar responsabilidad para su titular” (Rengifo García, 2018).

En 1917 el código de comercio con su artículo 830, incluye la premisa que nadie puede enriquecerse a expensas de otro, puesto que esto genera una responsabilidad civil y una obligación de reparar el daño causado. (Código de comercio, 1971, art. 830).

Posteriormente aparece la ley 153 de 1887 en su artículo 8, norma que establece las reglas generales para el valor y aplicación de las leyes; la cual permite que en casos que no

existan leyes específicas que regulen determinada situación, se podrán aplicar leyes semejantes, doctrinas constitucionales y/o reglas generales del derecho (Ley 153,1887, art. 8) Y es por esto, que la definición de ¿Qué es abuso del derecho?, se construyó a través de la jurisprudencia.

No es hasta la C.P de 1991 que el abuso del derecho se convirtió en un principio constitucional cuando el artículo 95 de la C.P el cual en su numeral 1, se cataloga como un deber del ciudadano colombiano como lo menciona la “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios” (Const., 1991, art. 95). Lo que establece una responsabilidad y en una falta que se puede configurar en delito, pudiendo generar una reparación del perjuicio causado.

La C.C en la sentencia T-511 de 1993 afirma:

El ordenamiento constitucional no admite el ejercicio abusivo de los derechos reconocidos en la Carta. Se abusa de un derecho constitucional propio cuando su titular hace de él un uso inapropiado e irrazonable a la luz de su contenido esencial y sus fines. El abuso es patente cuando injustificadamente afecta otros derechos y, también, cuando su utilización desborda los límites materiales que el ordenamiento impone a la expansión natural del derecho, independientemente de que se produzca en este caso un daño a tercero (Corte Constitucional, T511,1993)

En la sentencia SU-631 de 2017 se vislumbran otros elementos de la definición del principio del abuso del derecho. Entre los cuales denominan: uso contrapuesto a los fines y alcance, que desborda los límites del ordenamiento, conducta de extralimitación, una

desviación del alcance. Y antes que nada, que el abuso del derecho debe ser determinado por el Juez (Corte constitucional, SU631,2017)

En tiempos más recientes, aparece en el decreto 1333/2018, en su capítulo IV las situaciones de abuso del derecho en el marco del SGSS en salud, el cual también establece como proceder cuando se está ante una posible conducta de abuso (Decreto 1333, 2018). Medida que, en el contexto de la norma, está relacionada particularmente en el tema de las incapacidades médicas superiores a 540 días. Concepción del término en el marco del SGSS, que puede ser simplista y que no otorga reales herramientas jurídicas ante una conducta de por sí naturalizada en la sociedad colombiana.

De igual forma, la EPS del afiliado deberá realizar una revisión periódica de la incapacidad, para la cual, se detectarán los casos donde se evidencie un desvío en el tiempo y, evaluar cada 60 días el proceso de rehabilitación, consignando en la historia clínicas las acciones (Decreto 1333, 2018). Adicionalmente, el decreto establece las causales de suspensión o no reconocimiento de pago de la incapacidad por enfermedad general (ANDI, 2018).

Tal como se muestra, poca es la normativa que surge en el campo jurídico colombiano con respeto al uso del principio del abuso del derecho. Y aún menos cuando lo llevamos, al territorio de derechos constitucionales y/o humanos fundamentales. Tales como: derecho al trabajo, derecho a la estabilidad en el empleo, derecho a la salud y derecho a la asociación sindical.

Abuso del derecho en la legislación y la protección laboral en el empleo.

En el marco del DL, como punto de partida nos encontramos con el artículo 55 del CST, que plantea que todo contrato de trabajo debe ejecutarse en buena fe, entendiéndose que la violación del principio de buena fe podría asemejarse a la regla del abuso del derecho, configurándose un acto malicioso que se hace con la intención de causar daño u obtener un beneficio. También en el mismo código en su artículo 1, se establece: “la finalidad primordial de este código es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social” (Ley 50, 1989, art 1)

Y debemos centrarnos en los siguientes términos justicia y equilibrio, expresiones del CST que describe el espíritu de este. Según la Real academia de la lengua, la palabra justicia es definida como dar a cada uno lo que merece, obrar según el mérito sin atender a otro motivo (ASALE & RAE, s. f.-b).

Basado en esta definición se entendería que la justicia deberá aplicarse para ambas partes de un conflicto, de forma equitativa y razonable, sin otro motivo que el de obrar según el mérito de cada uno. Ahora nos ocuparemos de nuestro segundo término Equilibrio, que se define como ecuanimidad, mesura y sensatez en los actos y los juicios (ASALE & RAE, s. f.-a). Estos serían como las reglas sobre las que interprete el código y el espíritu o finalidad de este.

En el marco del trabajo, tal vez la figura más debatida y controvertida es la estabilidad en el empleo. Principio nació creado bajo el artículo 53 de la C.P (Const.,1991, art. 53), donde se establecen las reglas para el estatuto del trabajo, entre las cuales está la estabilidad en el empleo. Es así como, bajo la jurisprudencia nace una regla superior

denominada estabilidad laboral reforzada, afectando sustancialmente los derechos que protegen al trabajador (Sanabria Ríos, 2014).

De igual forma, ante la necesidad de proteger a las personas con capacidades diversas en el marco de la ley 361 de 1997 o ley de integración social de personas con discapacidad (Ley 361, 1997). Norma que fue creada con el espíritu de conceder protección especial a los ciudadanos en condición de discapacidad física o mental moderada, severa o profunda. En el decreto 2463 del 2001 en su artículo 7, se definen los grados de severidad de la limitación, así: Limitación moderada aquella persona tenga entre 15% y el 25% de pérdida de capacidad laboral; limitación severa mayor o igual a 25% pero menor de 50% de disminución de la capacidad laboral y limitación profunda, cuando dicha perdida sea igual o mayor al 50% (Decreto 2463, 2001, art. 7).

Sin embargo, en la jurisprudencia se ha venido manejando discapacidad y deficiencia como sinónimo, no siéndolas. De esta forma se creó una figura jurídica inmanejable y muy lejana del espíritu inicial de las normas vigentes y del contexto internacional de la discapacidad por medio de los convenios a los que se encuentra adherido nuestro país.

Según la clasificación internacional del funcionamiento, de la discapacidad y de la salud (CIF), explica el término “deficiencias son problemas en las funciones o estructuras corporales, tales como una desviación significativa o una pérdida” (OMS, 2001)

Por el contrario, la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad señala la discapacidad, como un concepto que se transforma y evoluciona continuamente, que está unido necesariamente a las barreras que forman en el entorno cualquiera que estas sean, para vivir en igualdad de condiciones con los demás (OIT, 1983)

Ambos términos claramente disimiles, dado que las deficiencias están contenidas en la discapacidad, pero una deficiencia por sí solo no es una discapacidad. Ya que se requiere de forma imperativa para que configure una discapacidad, que la deficiencia represente una barrera sustancial para la integración en la sociedad o para el desarrollo de una actividad productiva.

El concepto de la convención también lo podemos ilustrar con la definición de la OIT contenida en el convenio 159 en su artículo 1, “se entiende por persona inválida toda persona 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”(OIT, 1983).

Según el tercer informe de ausentismo laboral e incapacidades médicas publicado en el 2019 por el Centro de estudios sociales y laborales (CESLA), se identificaron que en el año 2018 las empresas participantes tenían 12.248 trabajadores con restricciones médicas y 2892 se encuentran en calidad de reubicados. Todos estos trabajadores bajo el concepto legal actual gozan de estabilidad laboral reforzada (Arrieta et al., 2019).

Teniendo en cuenta que la totalidad de trabajadores incluidos en el estudio fue de 341.843 individuos, estaríamos hablando de que en Colombia contamos aproximadamente con 4.428 personas con estabilidad laboral reforzada por cada 100.000 mil trabajadores.

Dato que nos hace una idea del tamaño del problema que afrontamos, en virtud de la interpretación absoluta del SJC colombiano serían prácticamente discapacitados, y por lo tanto merecedores de derecho de estabilidad laboral reforzada y merecedores de una protección especial del estado.

Estos trabajadores, estarían siendo puestos en igualdad de condiciones con la población con capacidades diversas. Situación que impone a esta población a una carga mayor a la ya impuesta, generándose aún más segregación en el campo laboral.

Esta presunta estabilidad otorgada a un número elevado de trabajadores por la legislación genera un temor desproporcionado en el gremio empresarial frente a su participación en programas de inclusión en el empleo de personas en condición de discapacidad. Y es así, como estudios de percepción de las empresas, revela

Temor que no es infundado dado las tendencias de la jurisprudencia, tal como es manifestado por el abogado Carlos Barco en su referencia al tema en el portal web ámbito jurídico afirmó:

En los últimos tres años, menos del 20 % de sentencias de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema hicieron alguna mención, aunque fuera tangencial, a la Convención y menos del 30 % en la Corte Constitucional. Y, en cambio, en esta última, en más del 60 % de los casos estudiados, la Corte equiparó deficiencia con discapacidad y otorgó una protección en más del 85 % de los eventos (Barco Alzate, 2021)

En el marco de la jurisprudencia, se creó un fenómeno de inamovilidad con dos consecuencias importantes, una la manipulación por parte de los trabajadores; así como, la percepción de empleadores la necesidad de la flexibilización de la garantía de la estabilidad laboral, con la finalidad se generan más oportunidades para las personas con habilidades diferentes (Muñoz, 2016).

Tal como dice Camilo cuervo Díaz:

El resultado mayor discriminación y desempleo en los grupos sociales que de buena fe se pretendía proteger. Paradójicamente, hoy muchos de estos

grupos están reclamando una regulación clara, sencilla y flexible, toda vez que son plenamente conscientes de que el exceso de protección, como diría Paracelso, está convirtiéndose en un verdadero veneno (Cuervo, 2013).

Otra figura, no menos importante está en el uso abusivo del derecho de los derechos sindicales y los cuales se establecen como derecho constitucional en el artículo 39 de la C.P de 1991 (Const., 1991, art 39). Mediante las sentencias C-567 (Corte constitucional, C-567, 2000) y C-797 (Corte Constitucional, C-797, 2000), donde la C.C se pronuncia indicando que restringir el número de sindicatos dentro de una misma empresa, corresponde a generar limitaciones al ejercicio del derecho de asociación sindical. Declarando inexecutable el numeral 1ro del artículo 357 y 360 del CST (Código sustantivo del trabajo, 1989). Sin embargo, la C.C en su pronunciamiento no estableció ni reglamentó el ejercicio del derecho generando un vacío jurídico.

Esta decisión de la corte generó indirectamente que trabajadores u organizaciones sindicales en una empresa, promueva la creación sucesiva de otros sindicatos con el móvil o intención de cubrir a trabajadores de una estabilidad reforzada. Haciendo uso de los fueros ligados a los sindicatos tales como fuero de fundadores, adherentes, directivos o de la comisión de reclamos.

Esta práctica genera la extensión en el tiempo del fuero, el cual está originalmente pensado para la protección de los dirigentes sindicales y, no como una forma de estabilidad laboral. Que a su vez, perjudica la unión sindical, que en todos los aspectos ejerce poder de negociación y sin contar que también limita los derechos del empleador (Chapman, 2004).

Frente a este fenómeno, se han producido mandatos judiciales y administrativos, los cuales han sido un mecanismo de las empresas para defenderse de esta práctica. Un ejemplo de esta práctica se muestra en la sentencia del tribunal superior de Bogotá del 23

de agosto de 2001, G.M.R contra la caja de crédito agrario industrial y minero y el Banco agrario de Colombia S.A., donde el legislador anota que se protege el derecho de asociación, más que debe demostrarse el mismo frente a las formalidades de la fundación, entendiéndose en que el derecho protegido en estos casos es el de asociación y la estabilidad laboral (Chapman, 2004)

Frente a este fenómeno, se han producido mandatos judiciales y administrativos, los cuales han sido un mecanismo de las empresas para defenderse de esta práctica. Un ejemplo de esta práctica se muestra en la sentencia del tribunal superior de Bogotá del 23 de agosto de 2001, G.M.R contra la caja de crédito agrario industrial y minero y el Banco agrario de Colombia S.A., donde el legislador anota que se protege el derecho de asociación, más que debe demostrarse el mismo frente a las formalidades de la fundación, entendiéndose en que el derecho protegido en estos casos es el de asociación y no el de estabilidad laboral (Chapman, 2004)

Por otro lado, en la sentencia T-215 del 2006 de la C.C, en el caso PANAMCO COLOMBIA S.A, donde un grupo de trabajadores de la empresa han fundado 9 sindicatos, uno cada 6 meses y en un periodo de 4 años y en su mayoría con los mismos miembros (Corte Constitucional, T-215, 2006). Negando el amparo dando por evidente que los accionantes, incurrían en el llamado “carrusel sindicatos”.

Juan Romero Ríos, en su trabajo “El abuso del derecho de asociación sindical como mecanismo de estabilidad en el empleo. Análisis jurisprudencial de legislar para limitar el ejercicio ilegítimo de este derecho” por lo cual afirmó:

Debido a la escasa jurisprudencia que se ha expedido sobre la materia se han podido establecer de manera limitada que conductas constituyen en ejercicio de abuso del derecho, siendo estas sancionadas con la ineficacia de los actos

jurídicos que se persiguen y, en consecuencia, con la inexistencia del fuero sindical en tales eventos. De manera que se debe reconocer el trabajo del poder judicial que ha impedido las consecuencias jurídicas de actos abusivos del derecho sindical con base en los principios constitucionales, dejando de lado la posición formal o exegética del derecho que venía imperando a finales del siglo anterior o comienzos de este. No obstante, como se pudo apreciar los pronunciamientos relevantes son muy pocos y en parte esto se atribuye al vacío legal que existe sobre el abuso del derecho en el aspecto colectivo de trabajo (Romero Ríos, 2020).

Dentro de los derechos sindicales, también encontramos son los permisos sindicales. Entendiéndose estos, como el tiempo que concede el empleador a los dirigentes del sindicato con la finalidad de cumplir con las responsabilidades propias del cargo.

En la sentencia T-063 de 2014 de la C.C, la entidad obliga al Consejo Superior de la Judicatura (CS) a establecer lineamientos para otorgar permisos sindicales. La situación que generó la instauración del recurso judicial fue la negativa de la entidad a otorgar un permiso sindical por 9 meses. El CS indica que dicho permiso, sería de carácter permanente y que afectaría gravemente el funcionamiento de la entidad (Corte constitucional, T- 063,2014).

La C.C, aclara las exigencias mínimas en los extremos de la relación laboral. Exhortando a que en materia de los permisos sindicales se cumplan los principios de racionalidad y proporcionalidad, en la solicitud de este. Y al empleador, que si bien tiene la potestad de otorgarlo o en su defecto negarlo, se expongan las razones con la finalidad que se justifique la limitación al ejercicio del derecho (Corte Constitucional,T-063, 2014).

Aunque los fallos relacionados con los derechos sindicales y las cifras de la estabilidad laboral reforzada resulten algo brumadores, no se detienen allí. Y es por esto, que procederemos a mostrar otras situaciones de abuso del derecho ligadas al SGSSS.

Abuso del derecho a la salud

Pasando al SGSSS, en este apartado tomaremos salud tanto de origen común como dentro del contexto del SRL.

Una de las prestaciones económicas del SGSS en salud que se percibe como la una de las más abusada en la práctica del médico laboral, corresponde al auxilio por incapacidad temporal.

La incapacidad médica temporal, corresponde a un estado de imposibilidad física y/o mental de desempeñar transitoriamente una actividad laboral, generando un certificado mediante el acto médico u odontológico, que justifica la ausencia del trabajador y genera un derecho a un subsidio económico (Decreto 917, 1999). No menos importante en relación a las incapacidades médicas, está relacionado con la autonomía de los profesionales de la salud para expedir las mismas y la cual fue ratificada en el marco de la ley estatutaria de la salud (Ley1751,2015), sin embargo, dicho acto médico debe realizarse en virtud de la autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica (Castellanos, 2019). Por lo tanto, expedir una incapacidad médica sin una justificación técnico médica clara, corresponde a un acto fraudulento.

La prestación económica o auxilio de incapacidad varía de acuerdo con el régimen o causa de la contingencia en la cual se expida, es decir de origen común o laboral. En la ley 100 de 1993 se establece el porcentaje de reconocimiento del mencionado auxilio, el cual varía de acuerdo al número de días, así: igual o menor de 2 días se paga el 100%, entre día

3 y al día 90 corresponde al 66,66% y del día 91 al 180 el 50% del salario (Decreto 780, 2016).

Estos porcentajes no aplican en el caso de la incapacidad temporal de origen laboral correspondiendo este reconocimiento al 100% de la asignación salarial del trabajador (Decreto 780, 2016), por lo cual, es más lucrativo para el trabajador ser incapacitado por el sistema de riesgos laborales (SRL), situación que ha propiciado múltiples abusos al sistema. Pero que ha sido bien reconocido y controlado por las administradoras del sistema, manteniéndose la mayoría de las veces dentro de los límites racionales.

Dentro de estos subsistemas salud y riesgos laborales, también existen la incapacidad permanente parcial y el término de invalidez. Siendo la primera cuando un individuo se califica entre el 5% y menos del 50% de disminución en la capacidad laboral; el segundo a calificaciones iguales o mayores al 50% (Ley 1562,2012).

En cuanto a las prestaciones económicas asociadas a estas últimas, en el SGSSS se reconoce la incapacidad temporal para la primera y la pensión de invalidez para la segunda. En el sistema de riesgos laborales la incapacidad permanente parcial goza de doble prestación, la incapacidad temporal y la indemnización por la misma, así como de igual forma pensión de invalidez por porcentajes iguales o superiores al 50%. Esto sin contar que la incapacidad temporal y/o permanente parcial, goza adicionalmente, del derecho estabilidad en el empleo en ambos regímenes y como ya expuesto en apartes anteriores de este artículo.

Basado en lo expuesto anteriormente, se puede concluir que en Colombia estar enfermo es lucrativo, favoreciendo que los afiliados al sistema recurren a estos beneficios del sistema de SGSSS y SGRL, para recibir ingresos económicos y adicionalmente, como una forma legal de perpetuar el contrato de trabajo.

Cabe aclarar que no deja de ser una observación de la vida diaria de los empresarios y en la práctica del médico laboral, ante los pocos estudios de este fenómeno en Colombia.

La administradora de recursos del SGSSS (Adres) reportó el giro de 720.000 millones de pesos a las EPS por concepto de incapacidades. De igual forma Fasecolda reporta que entre 2009 y 2017 se otorgaron 2.651.595 incapacidades y, el gremio de empresas de medicina integral (Acemi) reconoció en el año 2016, un valor de 842.000 millones de pesos en el pago de auxilio de incapacidad, generando un déficit del 200.000 millones (Tiempo, 2019).

Unos de los pocos estudios realizados al respecto fue realizado por CESLA, titulado Ausentismo laboral e incapacidades médicas, donde participan varios de los conglomerados empresariales de Colombia y el cual fue publicado en el año 2019 en su última versión (Arrieta et al., 2019).

Donde encontramos datos tan reveladores como que en el 2018 un trabajador se ausentó 9,1 días de su puesto de trabajo y que de estos 5,7 corresponden a incapacidades de origen común. Si validamos la duración de las mismas el estudio realizado por CESLA, indica que el 55,3% duran de 1 a 2 días y superiores a 180 días en el 1,5% del total de las incapacidades y superiores a 540 días están alrededor del 0,2% de las incapacidades del año (Arrieta et al., 2019).

Sin embargo, la ley 1751 del 2018 o la denominada ley estatutaria de la salud se observó un tímido intento por frenar el abuso de las incapacidades médicas. Donde se señala que situaciones se configuran abuso del derecho y como proceder administrativamente ante una posible conducta de abuso, no lo deja de ser insuficiente ante la dimensión de la situación y su tendencia al aumento.

A pesar de lo insuficiente, esta ley permite que en su artículo 6, la posibilidad de recurrir al recurso de la junta por pares entre el médico de salud laboral y los médicos especialistas tratantes, con la finalidad de definir en conjunto, la pertinencia de la incapacidad. De no lograrse resolver las diferencias, recurrir a la denuncia de la posible situación de abuso ante la fiscalía para su respectiva investigación.

Otras opciones en el panorama poco menos deseables, es presentar queja formal ante el Tribunal de ética médica, con copia a la EPS o IPS a la cual se encuentra adscrito el médico. Esto en los casos de que se sospeche, que el acto médico de expedición de una incapacidad no obre de acuerdo con la racionalidad o que no se encuentre debidamente justificada.

Si bien, se cuenta con algunas herramientas. Estas no son muy populares en el gremio asegurador, y en esta búsqueda no se pudo encontrar jurisprudencia donde el principio del abuso del derecho sea utilizado por estas.

Conclusiones

Tal como se ha expuesto en Colombia la aplicación de la figura del abuso del derecho se viene aplicando desde los años 30 como una norma supletoria y no es hasta la C.P de 1991 en su artículo 95 (Const., 1991, art. 95) que pasa a ser un principio constitucional y por lo tanto un recurso que puede ser aplicado en presuntas conductas del abuso de un derecho constitucional.

A pesar de ser una herramienta valiosa, no se cuenta con la claridad necesaria para su implementación razón por la cual, se debe recurrir a los pronunciamientos de las cortes para identificar algunas características que nos ilustren en cuanto a las reglas que la rigen.

De igual, forma sigue siendo una figura poco utilizada en el marco del DL y el SGSSS como recurso de defensa ante uso inapropiado de derechos o beneficios de los trabajadores de una empresa y/o afiliados al SGSSS.

Si bien en el decreto 1333 de 2018 y que es aplicable al SGSSS en salud en los casos de incapacidades médicas superiores a 540 días, se establecen unas reglas generales de que situaciones se podrían configurar un abuso del derecho y como se deberá actuar ante esta conducta, deberemos esperar para evidenciar la eficacia de esta en la práctica.

Dentro de las limitaciones, para el desarrollo de esta revisión se encontró como barrera la falta de estudios objetivos que permitan concretar en cifras el impacto que tiene este fenómeno en el CSJ, en el gremio empresarial y en el gremio asegurador.

Es válido inferir que, ante la presencia de un derecho también nace una responsabilidad que es ejercer los mismos de la forma apropiada. Todo derecho tiene un objeto y una finalidad, cuando se pretende extralimitar su ejecución fuera de los términos legales, se incurre en abuso del derecho. Sin embargo, el SJC colombiano un cómplice pasivo, que propicia bajo una interpretación absoluta de los derechos un fenómeno del que tal vez, no están del todo conscientes de las implicaciones que esto tiene en la práctica diaria.

Ciertamente, poco o nada hemos oído los profesionales de salubrista en el trabajo del abuso del derecho y, en consecuencia, no se está debidamente preparados para enfrentarnos a estas situaciones de abuso percibidas en la práctica profesional, pero que necesario determinar si tiene potencial de pasar de ser la excepción a la regla y tener una visión de cómo se puede actuar en consecuencia.

Es importante aclarar, de que el propósito de este artículo no es desconocer los derechos humanos y/o los derechos fundamentales, sino resaltar que la línea entre una

acción genuina y el abuso de un derecho constitucional es delgada y por lo tanto bizarra. Permitiendo, que las conductas de abuso implementadas por unos pocos perjudican, a sectores vulnerables de la población, bien sea por la limitación del acceso al empleo o por el detrimento patrimonial de las empresas administradoras SGSSS.

Un ejemplo claro de esto es la población en situación de discapacidad quienes cada vez encuentran más barreras para ser vinculado laboralmente, no realmente por su situación, si no por el temor de los empleadores a un contrato laboral perpetuo. Esto debido a que, desde el inicio de este, sería un caso de estabilidad laboral reforzada.

Lo que desemboca, en la resistencia a contratar personas con habilidades diferentes, lo que resulta lamentable, siempre que es precisamente esta población la que el Estado pretende proteger.

Es primordial realizar estudios aplicados que permitan identificar de forma objetiva la dimensión real del problema y actuar en consecuencia de los resultados. No más importante, definir una reglamentación que regule la estabilidad laboral reforzada y la debilidad manifiesta y, su interpretación jurídica estableciendo un marco de movilidad para garantizar que estos derechos sean ejercicios por aquellas personas que realmente merecen el amparo.

Es importante, considerar la posibilidad de normas que regulen el contrato de trabajo de las personas con discapacidad, con la finalidad de disipar el temor de los empresarios a contratar a esta población y mejorar la accesibilidad al empleo.

Cabe resaltar, que la jurisprudencia se ha manifestado tímidamente, pero con contundencia ante el abuso de los fueros sindicales y, aún teniendo en cuenta los vacíos legales al respecto. Situación que resulta ser bizarra cuando nos referimos al derecho a la estabilidad laboral reforzada y el abuso de incapacidades médicas.

Es por esta razón, que es vital ejercer el derecho a evocar el principio del derecho por los empleadores, para mejorar las oportunidades de empleo a poblaciones vulnerables. Se igual forma, el abuso de las incapacidades médicas, impactan el SGSSS dado que es precisamente este el que debe asumir los pagos de estas para las enfermedades generales.

Referencias

- ANDI. (2018). Novedades laborales.
- Arrieta Burgos, E., Fernández Londoño, C., Sepúlveda Zea, C. & Vieco Giraldo, J. (2019). Tercer Informe de seguimiento ausentismo laboral e incapacidades médicas [Report]. Centro de Estudios Sociales y Laborales; Andi.
<https://repository.upb.edu.co/handle/20.500.11912/5839>
- ASALE, R.- & RAE. (n.d.-a). equilibrio | Diccionario de la lengua española.
<https://dle.rae.es/equilibrio>
- ASALE, R.- & RAE. (n.d.-b). justicia | Diccionario de la lengua española.
<https://dle.rae.es/justicia>
- Audren, F. & Fillon, C. (2012). La grandeza de Louis Jossierand. Fuerzas y flaquezas de un civilista de provincias en la IIIa República francesa. 497–563.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4156065>
- Barco Alzate, C. A. (2021). “La jurisprudencia asume que toda deficiencia es una discapacidad” [Jurídica]. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/en-ejercicio/la-jurisprudencia-asume-que-toda-deficiencia-es-una-discapacidad>
- Castellanos, J. C. (2019). Incapacidad como acto médico y ley estatutaria de salud.
- Chapman, C. (2004). El abuso del Derecho de Asociación en la creación de sindicatos (p. 35) [Revisión]. Universidad Pontificia Bolivariana.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2347416>
- Cifuentes Muñoz, E. (1993). T 511-93 (p. 2). Corte constitucional.
<https://app.vlex.com/#vid/43557720>
- Código de comercio. (1971). https://app.vlex.com/#vid/42856969/chrome_addon/result

Constitución Política de Colombia, (1991).

<https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:CO/constitucion+politica+de+colombia/W/vid/42867930>

Corte constitucional. (29 de junio de 2000). C- 797/00. [MP Antonio Barrera]

Corte constitucional. (17 de mayo 2000). C-567/00. [MP Alfredo Beltrán]

Corte constitucional. (2 de febrero 2000). T- 094/00. [MP Arturo Tafur]

Corte constitucional. (23 de marzo 2006). T-215 [MP Marco Monroy].

Corte constitucional. (3 de febrero de 2014). T-063. [MP Jorge Palacio].

Corte constitucional. (9 de octubre de 2015). T- 645/15. [MP Gloria Ortiz].

Corte constitucional. (12 de octubre de 2017). SU-631. [MP Gloria Ortiz].

Cuenot, M. (2001). Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (p. 240).

<https://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S1293296518886029>

Cuervo, C. (2013). La protección laboral que podría generar desprotección total [Legal].

<https://www.ambitojuridico.com/noticias/especiales/constitucional-y-derechos-humanos/la-proteccion-laboral-que-podria-generar>

Ministerio del trabajo. (6 de abril de 2021). [Decreto 344 de 2021]. DO 51.637

El derecho fundamental a la salud y la política de acceso al sistema: una mirada desde la Ley Estatutaria 1751 del año 2015.

<https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:CO/ley+1751+de+2015/WW/vid/760313173>

Gattás Bultaif, L. (2009). Desnaturalización del derecho de asociación y de la garantía de fuero sindical (p. 29). Universidad de los andes.

<https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/16562>

Ministerio de salud. Ley 100 de 1993. (23 de diciembre de 993). [Decreto 344 de 2021]. DO 41.148

Consejo Nacional Legislativo. (15 de agosto 1887). [Ley 153 de 1887]. DO 7.151 y 7.152

Corte suprema de justiciad, Sala de casación laboral. (15 de septiembre 2009). T-21280.

[MP Eduardo López]

- Morales, M. (2019). "Hay personas que amanecen enguayabadas y les dan incapacidad."
<https://www.eltiempo.com/economia/sectores/abusos-en-colombia-con-las-incapacidades-medicas-370020>
- Muñoz, A. M. (2016). Estabilidad laboral reforzada por salud: Inamovilidad por debilidad manifiesta (p. 53). Universidad de los andes.
- Organización Internacional del Trabajo. (1983). Convenio C159.
https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C159
- M. de hacienda y crédito. (21 de noviembre de 2001). [Decreto 2463 de 2001]. DO 44622
- Ministerio de salud y protección social. (27 de julio 2018). [Decreto 1333 de 2018]
- Código sustantivo del trabajo. (28 de diciembre de 1990). [Ley 50 de 1990]. DO 27.622.
- Congreso de la Republica. (11 de febrero de 1997. [Ley 361 de 1997]. DO 42.978.
- Congreso de la Republica. (16 de febrero de 2015). [Ley 1751 de 2015]. DO 49.427
- Presidencia de la Republica. (28 de mayo de 1999). [Decreto 917 de 1999]. DO 43.601
- Romero Ríos, J. O. (2020). El abuso del derecho de asociación sindical como mecanismo de estabilidad en el empleo. Análisis jurisprudencial de legislar para limitar el ejercicio ilegítimo de este derecho. (p. 36). Pontificia Universidad Javeriana.
<https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/53419>
- Salamanca, J. (2015). Colombia: nos falta mucho para ser un país legal. 32.
- Salud y estabilidad en el empleo: retos jurídicos y económicos para la sostenibilidad de las empresas (p. 240). (2017). Mundo Libro.
<http://www.andi.com.co/Uploads/ANDI%20-%20Salud%20y%20estabilidad%20en%20el%20empleo.pdf>
- Congreso de la Republica. (11 de julio de 2012). [Ley 1562 de 2012]. DO 48.488