TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-046/24

DERECHO A LA VALORACION DE LA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL-Vulneración por negación del derecho a la valoración o por la dilación de la misma

La informalidad laboral en la que estaba inmerso el tutelante y la incertidumbre que existe respecto de la entidad que debe calificar la pérdida de capacidad laboral… no pueden implicar un escenario de vulneración insuperable de los derechos fundamentales del actor, particularmente, la seguridad social y su mínimo vital.

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR CALIFICACION DE INVALIDEZ-Procedencia excepcional por estado de indefensión o debilidad manifiesta aun cuando exista otro medio de defensa judicial

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Es un derecho fundamental y un servicio público cuya prestación debe asegurar el Estado/SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Principios de universalidad y solidaridad

AFILIACION AL SISTEMA DE RIESGOS LABORALES-Obligación de afiliar a un trabajador a una Administradora durante la vigencia de un contrato

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Alcance/PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Importancia

DERECHO A LA CALIFICACION DE LA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL EN EL MARCO DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL-Importancia para determinar la clase de auxilios a los que se tiene derecho

PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL POR INVALIDEZ-Relación con el derecho a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas

DEBIDO PROCESO EN LA EXPEDICION DE LOS DICTAMENES DE PERDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL-Reglas

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES-Reglas jurisprudenciales

PRINCIPIOS RECTORES DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS-Los principios están construidos bajo tres pilares: proteger, respetar y remediar

PERSONAS QUE REALIZAN ACTIVIDADES PELIGROSAS-Régimen jurídico aplicable

MINERIA-Actividad de alto riesgo/INFORMALIDAD MINERA-Ámbito social

SISTEMA DE RIESGOS LABORALES-ARL no pueden supeditar la afiliación de las empresas dedicadas a la actividad minera a la presentación del título minero

(…) quienes tienen títulos mineros están obligados a asumir las responsabilidades pertinentes por las actuaciones u omisiones que desplieguen los subcontratistas o arrendatarios, lo que incluye, la garantía de los derechos laborales de las personas que sean contratadas para ejercer sus labores en la mina.

(…), los trabajadores del sector minero generalmente se encuentran en una situación precaria y de vulnerabilidad, a pesar del deber que tienen las empresas de respetar y garantizar los derechos humanos.

CONFLICTOS ADMINISTRATIVOS ENTRE EMPLEADOR Y FONDO DE PENSIONES-No deben poner en riesgo derechos del trabajador y el afiliado

DERECHO A LA CALIFICACION DE LA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL-Orden de adelantar trámites para que accionante sea calificado, según lineamientos del art. 41 de la ley 100/93

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES-Orden a Fondo de Pensiones pagar subsidio por incapacidad

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

-Sala Segunda de Revisión

SENTENCIA T-046 DE 2024

Referencia: Expediente T-9.313.058

Acción de tutela instaurada por Jaime contra la Nueva EPS y otros

Procedencia: Tribunal

Asunto: Procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho a la calificación de pérdida de capacidad laboral. Protección del derecho fundamental a la seguridad social de minero artesanal

Magistrado sustanciador:

Juan Carlos Cortés González

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera y los magistrados Jorge Enrique Ibáñez Najar y Juan Carlos Cortés González, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

1. 1. En el trámite de revisión de la sentencia del 10 de febrero de 2023, proferida por el Tribunal, que confirmó el fallo de primera instancia, proferido el 14 de diciembre de 2022 por el Juzgado, que declaró improcedente la acción de tutela promovida por el señor Jaime contra la Nueva EPS, la ARL Sura y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A..

2. El asunto llegó a la Corte en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991. El 28 de abril de 2023, la Sala de Selección de Tutelas No. 4 de esta corporación lo escogió para su revisión. El 15 de mayo siguiente, la Secretaría General de la Corte remitió el expediente al despacho del magistrado sustanciador para lo de su competencia.

Aclaración previa

3. De conformidad con el artículo 62 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional, las Salas de Revisión podrán disponer que en la publicación de la sentencia se omitan nombres o circunstancias que puedan identificar a las partes del proceso. En razón a que en el presente

caso se hace referencia a un proceso que involucra a una persona que ha sufrido un accidente de trabajo, la Sala advierte que, como medida de protección de su intimidad, es necesario ordenar que se suprima de esta providencia y de toda futura publicación su nombre y otros datos que lo puedan identificar, en tanto los datos personales a tratar son relativos a la salud del actor y, en consecuencia, conforme al artículo 5° de la Ley 1581 de 2012, son datos sensibles. Por tanto, en atención a lo dispuesto en el Acuerdo 02 de 2015 y la Circular Interna Nº 10 de 2022, esta providencia se registrará en dos archivos: uno con los nombres reales, que la Secretaría General remitirá a las partes y autoridades involucradas, y otro con los nombres ficticios, que seguirá el canal previsto por esta corporación para la difusión de información pública.

I. I. ANTECEDENTES

4. El actor presentó acción de tutela en contra de la Nueva EPS, la ARL Sura y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Consideró que las entidades demandadas vulneraron sus derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso, al no realizarle la calificación de pérdida de capacidad laboral que solicitó con ocasión de un accidente de trabajo.

5. El accidente. El peticionario indicó que el 5 de mayo de 2022, mientras laboraba picando piedra en una mina de la empresa Ceres, ocurrió una explosión que le generó quebrantos de salud. Al respecto, aseveró que trabajó para la empresa Ganímedes, entre el 24 de noviembre de 2021 y el 30 de abril de 2022. Luego, el 2 de mayo de 2022, comenzó a trabajar en la mina de mármol de Ceres, a través de un subcontratista de la Corporación Empresarial. Finalmente, adujo que la empresa Ganímedes pagó lo concerniente a seguridad social por riesgos laborales a través del operador de información Aportes en Línea, el 16 de mayo de 2022 por 30 días.

6. Reporte médico. El accionante afirmó que, a raíz de la explosión, le fueron diagnosticados: “FRACTURAS MULTIPLES EN CRANEO Y LOS HUESOS DE LA CARA, Q111 OTRAS ANOFTALMIAS, H540 CEGUERA DE AMBOS OJOS; S099 TRAUMATISMO DE LA CABEZA, NO ESPECIFICADO”.

7. Informe a las entidades de seguridad social. El accionante manifestó que fue atendido por

la Nueva EPS. Acto seguido, radicó una petición ante la ARL Sura con el fin de que la entidad calificara su pérdida de capacidad laboral. Sin embargo, la ARL contestó que para el momento en que había ocurrido el accidente de trabajo, el actor no estaba cubierto y, por lo tanto, no podía acceder a su solicitud. Con todo, el tutelante afirmó estar vinculado a la Nueva EPS, a la ARL Sura y al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., soportado en las cotizaciones realizadas por su último empleador Ganímedes. Sin embargo, ninguna de dichas entidades le realizó la calificación de la pérdida de capacidad laboral.

8. La acción de tutela. Por lo anterior, el 2 de diciembre de 2022, el actor presentó acción de tutela en contra de la Nueva EPS, la ARL Sura y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso. El accionante afirmó que las accionadas no realizaron la calificación de pérdida de capacidad laboral. Sustentó sus afirmaciones en lo establecido en la Sentencia T-427 de 2018, la cual, a su juicio, impone la obligación de realizar la calificación de la pérdida de capacidad laboral, en concordancia con el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y la estructuración de la invalidez. En ese sentido, solicitó al juez de tutela amparar los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso, así como ordenar la realización de la calificación en un tiempo no mayor a 48 horas.

9. Trámite en primera instancia. El 2 de diciembre de 2022, el Juzgado admitió la acción de tutela. Tal decisión fue comunicada a la Nueva EPS, a la ARL Sura y al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

10. Las respuestas de las accionadas. La Nueva EPS manifestó que el accionante está afiliado a la entidad desde el 1 de febrero de 2020 en el régimen contributivo.

11. Asimismo, informó que, en respuesta a una petición del demandante del 26 de septiembre de 2022, el 3 de octubre de 2022, la entidad le solicitó radicar la documentación que soportaba el accidente laboral que tuvo el 5 de mayo de 2022. No obstante, no allegó dicha documentación. Además, aclaró que ningún empleador ha solicitado reporte de accidente laboral a alguna ARL en el caso.

12. Adicionalmente, la EPS informó que el 22 de noviembre de 2022 le solicitó de nuevo a Jaime que allegara documentación que permitiera reunir los fundamentos de hecho y de derecho para determinar el origen de los diagnósticos. Finalmente, expresó que el

accionante estuvo incapacitado entre el 24 de junio de 2022 y el 30 de octubre de 2022. Posteriormente, el 10 de noviembre de 2022, la entidad expidió el concepto de rehabilitación con pronóstico desfavorable. Por lo demás, reprodujo la normativa que regula la calificación de pérdida de capacidad laboral y de origen. Las demás accionadas guardaron silencio.

13. Decisión de primera instancia. Mediante sentencia del 14 de diciembre de 2022, el Juzgado declaró improcedente la acción de tutela. Lo anterior, toda vez que la ARL Sura respondió al accionante que para el momento del accidente no estaba asegurado, según se desprende de los anexos que acompañan la demanda. Asimismo, advirtió que la discusión que se buscó ventilar en sede de tutela radicó en la existencia o no de cobertura de la ARL Sura para el momento del accidente que sufrió el accionante, lo cual le correspondía a la jurisdicción ordinaria laboral.

14. Impugnación. El 11 de enero de 2023, Jaime recurrió el fallo y reiteró los argumentos que soportaron la tutela. Manifestó que la decisión desconoce: i) los fundamentos constitucionales y legales que protegen el derecho de las personas a que se defina la calificación de la pérdida de capacidad laboral, ii) el aspecto humano y social, es decir, la crítica situación por la que pasó, así como su situación de salud desmejorada y iii) el precedente jurisprudencial, porque son varias sentencias que ordenan la calificación de la pérdida de capacidad laboral.

15. Decisión de segunda instancia. El 10 de febrero de 2023, el Tribunal confirmó la decisión tomada por el juez de primera instancia. Particularmente, señaló que el accionante no había radicado la documentación solicitada por la Nueva EPS, en aras de que la entidad calificara el origen de sus patologías. Además, recordó que el presunto accidente de trabajo no estaba cubierto por la ARL Sura, en tanto el tutelante estuvo afiliado hasta el 30 de abril de 2022. Por lo tanto, no era claro el origen de las enfermedades del actor y en consecuencia, qué entidad debía calificar su pérdida de capacidad laboral. En esa medida, la discusión sobre la existencia o no de cobertura de riesgos laborales debía ser resuelta por un juez laboral.

16. Adicionalmente, la autoridad judicial no advirtió que las entidades accionadas hubiesen vulnerado los derechos fundamentales del accionante. Lo expuesto, puesto que la Nueva EPS y la ARL Sura dieron trámite a las peticiones radicadas. Por consiguiente, el tribunal declaró la improcedencia de la acción de tutela.

Actuaciones en sede de revisión

17. Decreto oficioso de pruebas. Mediante Auto del 29 de mayo de 2023, el magistrado sustanciador ofició a las partes del proceso y a Ganímedes, antiguo empleador del accionante, con el fin de clarificar los hechos de la acción de tutela. Al accionante, le solicitó información sobre el accidente que sufrió, su estado de salud y su situación social y económica. Por otro lado, a las accionadas, les ordenó responder si sabían del accidente referenciado en el escrito de tutela y por la atención que brindaron a Jaime en razón a las patologías que le diagnosticaron.

18. Respuesta al oficio por parte de los requeridos. El accionante informó que su núcleo familiar está conformado por su esposa y tres menores de edad que dependen económicamente de él. También, manifestó que actualmente no tienen ingresos y que el último dinero que recibió fue en el mes de enero de 2023, por concepto de las incapacidades que le fueron ordenadas de junio a diciembre de 2022.

19. También, informó que no tuvo relación laboral alguna con la mina Ceres, que es la dueña del sitio donde ocurrió el accidente, sino que su vinculación, de manera verbal, fue con un subcontratista de nombre Ricardo, de quien allegó un número de celular. De hecho, manifestó que fue Ricardo quien, una vez sucedió el accidente, lo afilió como independiente a la Nueva EPS. En concreto, manifestó lo siguiente: “Yo no laboré directamente con la CORPORACION EMPRESARIAL y/o MINA [Ceres], ellos son los dueños de la mina de mármol, yo trabajé para el señor [Ricardo], desconozco su ubicación ya que lo llamaba al celular (…) él era subcontratista de los dueños. Fui contratado por este señor de manera verbal para la extracción de mármol, por lo cual debía picar la piedra con una pica, maseta, barra y cargar el mármol que se extraía en una carretilla y echarla a las volquetas para su transporte. Me pagaba $12.000 por tonelada de piedra, me había sacado $1.100.000 en la quincena”.

20. Por su parte, la Nueva EPS enumeró los servicios que se le prestaron al accionante. Asimismo, registró el pago de las incapacidades que le otorgaron entre el 6 de junio y diciembre de 2022.

21. Asimismo, señaló que, el 26 de julio de 2022, el afiliado solicitó la expedición de un concepto técnico por parte del área de medicina laboral de la Nueva EPS. El 23 de

septiembre siguiente, la entidad le respondió al accionante que había confirmado “paciente con patología secundarias (sic) a Accidente laboral de acuerdo a lo referido en consulta realizada el 24 de julio de 2022, por lo tanto, las prestaciones asistenciales y económicas, así como la calificación de pérdida de capacidad laboral, le corresponden a la ARL”.

22. La entidad relató que, el 26 de septiembre de 2022, el afiliado radicó una petición, mediante la cual solicitó la expedición del certificado médico de culminación de tratamiento y su remisión a medicina laboral para que el origen de sus enfermedades y lesiones fuera calificado. El 3 de octubre siguiente, la Nueva EPS le recordó que necesitaba una notificación de parte del empleador del presunto accidente laboral o la calificación de origen, realizada por la ARL Sura, con el objetivo de no realizar doble calificación por los mismos diagnósticos.

24. De otro lado, el fondo de pensiones Porvenir S.A. manifestó que tuvo conocimiento del accidente el 29 de noviembre de 2022, toda vez que la Nueva EPS les hizo llegar el concepto de rehabilitación desfavorable de las enfermedades diagnosticadas: i) otras anoftalmias, ii) ceguera de ambos ojos, iii) traumatismo de la cabeza, no especificado, iv) heridas múltiples de la cabeza e v) hipoacusia neurosensorial, bilateral, con origen por determinar. Así las cosas, manifestó que requirió a Jaime para que allegara los documentos necesarios para la valoración de pérdida de capacidad laboral, aun cuando no había sido calificado el origen de las lesiones. Finalmente, la empresa Ganímedes allegó documentación en la que se puede evidenciar que el demandante estuvo vinculado entre el 24 de noviembre de 2021 y el 30 de abril de 2022; por consiguiente, estuvo afiliado a seguridad social hasta la terminación del vínculo. Finalmente, la ARL Sura guardó silencio.

25. Auto de requerimiento, decreto oficioso de pruebas y suspensión de términos. Mediante auto del 12 de julio de 2023, el magistrado sustanciador ofició al accionante para conocer su situación socioeconómica y de salud. Por otro lado, le solicitó aclarar la vinculación laboral que mencionó y la mina en la que ocurrió el accidente. De igual manera, ofició a la Nueva EPS con el fin de que especificara la forma de vinculación con la que realizó las cotizaciones desde mayo de 2022 en adelante y bajo qué modalidad se encontraba vinculado el accionante. Por último, ofició a la Agencia Nacional de Minería-ANM, a la Agencia Nacional de Licencias Ambientales-ANLA, a la Corporación Autónoma Regional y a la Alcaldía, para indagar si tenían conocimiento del accidente del 5 de mayo de 2022 en la mina Ceres. También les solicitó información sobre los títulos de propiedad de esta última en la zona de la

ocurrencia de los hechos, así como información sobre Ricardo. Finalmente, se suspendieron términos para fallar el asunto, por treinta días hábiles.

26. En respuesta al auto referenciado, el accionante brindó información sobre las condiciones de trabajo y su vinculación con el subcontratista, el señor Ricardo. Además, informó sobre la posible ubicación de Ricardo y manifestó que la Nueva EPS le había remitido el dictamen del origen de las lesiones que sufrió. Según dicha evaluación, todas sus lesiones fueron consecuencia de un accidente de trabajo. A su turno, la Nueva EPS informó que el demandante estuvo afiliado al régimen contributivo como independiente entre mayo de 2022 y el 1 de febrero de 2023. Finalmente, la ANLA, la Agencia Nacional de Minería y la Corporación Autónoma Regional coincidieron en acreditar que: i) no tuvieron conocimiento del accidente que alega el accionante en el escrito de tutela, ii) que la empresa Ceres sí tiene una licencia ambiental para la explotación de mármol y travertino en bloques en Los Sauces, Buenavista, y iii) manifestaron desconocer al señor Ricardo y si este tenía relación alguna con el accionante o con la empresa Ceres. La Alcaldía guardó silencio.

27. Vinculación procesal y decreto oficioso de pruebas. Mediante auto del 15 de agosto de 2023, el magistrado sustanciador ordenó vincular a la empresa Ceres, a la que le hizo preguntas sobre la ocurrencia de la explosión, la vinculación laboral del demandante y sobre la existencia de alguna relación jurídica que tuviera con Ricardo para el mes de mayo de 2022. De igual manera, vinculó a Ricardo, a quien le formuló preguntas sobre el accidente, la relación laboral que tuvo con el demandante y con la empresa Ceres. El ponente ordenó realizar tal vinculación mediante comisión al Juzgado Promiscuo y, finalmente, requirió a la Alcaldía para que respondiera las preguntas que ordenó en proveído anterior.

28. En respuesta al requerimiento, la empresa Ceres negó cualquier relación laboral con el demandante o con el señor Ricardo. Sin embargo, informó que tuvo un contrato de arrendamiento con el señor Germán por 3 meses desde el 17 de enero hasta el 16 de abril de 2022. A su turno, el Juzgado Promiscuo manifestó que no pudo realizar la notificación, en tanto el auto ordenaba vincular al proceso a Ricardo y la persona a quien se ubicó fue a Germán, quien no autorizó ser notificado, porque su nombre no coincidía con el consignado en el auto de vinculación. La Alcaldía informó de la existencia de la empresa Ceres por el nombre de un predio que reposa en la secretaría de hacienda y negó cualquier conocimiento de una explosión en una mina de mármol de su jurisdicción, al igual que cualquier

conocimiento del señor Ricardo.

29. Vinculación procesal y decreto oficioso de pruebas. El 20 de septiembre de 2023, el magistrado sustanciador ordenó la vinculación de Germán, a quien se le realizaron preguntas sobre el accidente que padeció Jaime y si tuvo alguna relación laboral con este. De igual manera, se le preguntó por el contrato de arrendamiento que tuvo con la empresa Ceres. Para realizar la notificación y la práctica de pruebas, el magistrado comisionó al Juzgado Promiscuo. También, ofició a la empresa Ceres para indagar por el objeto y cumplimiento del contrato de arrendamiento que tuvo con Germán. Asimismo, ofició al demandante, en aras de corroborar si Germán fue la persona que lo contrató. Igualmente, ofició a la Agencia Nacional de Minería, a la Agencia Nacional de Licencias Ambientales-ANLA, a la Corporación Autónoma Regional y a la Alcaldía, con el fin de indagar sobre registros que tuvieran de Germán. Finalmente, dispuso la suspensión de términos por 45 días hábiles.

30. En respuesta, la empresa Ceres contestó que no tuvo relación laboral alguna con Germán, reconoció el contrato de arrendamiento, pero negó tener conocimiento de cómo este desarrollaba el objeto del contrato. En lo que respecta al despacho comisorio, el juzgado allegó constancia de notificación de la práctica de la prueba ordenada. En las respuestas dadas por Germán, negó cualquier relación laboral con el demandante, afirmó que desconoce si Jaime laboró en una mina en la zona donde él ejerce su actividad comercial y alegó no tener conocimiento de la explosión que tuvo lugar el 5 de mayo de 2022. Por otro lado, la Agencia Nacional de Minería acreditó que Germán registra una solicitud de legalización de minería en evaluación y que es propietario de un establecimiento de comercio con razón social La Mina.

31. Respuestas adicionales. De otra parte, la Nueva EPS informó que, el 4 de abril de 2023, calificó el origen de las lesiones y consideró que i) las heridas múltiples de la cabeza, ii) ceguera en ambos ojos, iii) hipoacusia neurosensorial bilateral, iv) quemadura de segundo grado en antebrazo derecho, v) una fractura expuesta del frontal izquierdo y vi) una quemadura de segundo y tercer grado en la cara habían surgido con ocasión de un accidente de trabajo ocurrido el 5 de mayo de 2022. También, informó que tal decisión no fue controvertida. Finalmente, la ARL Sura informó que, para el momento del accidente de trabajo ocurrido el 5 de mayo de 2022, el accionante no estaba afiliado a aquella entidad. Para el efecto, remitió un reporte de los períodos en los que ha estado cubierto por aquella

ARL.

. CONSIDERACIONES

32. Con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Segunda de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos en el proceso de la referencia.

Asunto objeto de análisis

33. En esta oportunidad, la Sala estudia un expediente de tutela promovido por Jaime. El actor describe que trabajó en una mina de mármol. El 5 mayo de 2022, mientras desarrollaba sus labores, ocurrió una explosión, lo cual le generó varias lesiones. A pesar de que acudió ante la ARL bajo la cual considera que está asegurado, la entidad aún no le ha calificado su pérdida de capacidad laboral. Por esa razón, instauró la acción de tutela bajo revisión, con el fin de que se le realice un examen de pérdida de capacidad laboral.

34. Con base en lo anterior, la Sala estudiará la procedencia de la acción de tutela. En caso de que el recurso cumpla con los presupuestos de legitimación, inmediatez y subsidiariedad, formulará el correspondiente problema jurídico.

Examen de procedencia de la acción de tutela

35. La acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona cuando estos resulten comprometidos por la acción u omisión de autoridades públicas o particulares. No obstante, pese a la informalidad que se predica de este mecanismo, su procedencia está sometida al cumplimiento de los requisitos de legitimación, inmediatez y subsidiariedad, los cuales se analizan a continuación:

Acreditación

Legitimación en la causa por activa

Se satisface este requisito. La tutela fue interpuesta por Jaime, quien actúa en nombre propio y es el directamente afectado por no haber sido sujeto a un examen de pérdida de capacidad

laboral.

Legitimación en la causa por pasiva

Se satisface este requisito respecto de la Nueva EPS y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.S. El artículo 41 de la Ley 100 de 1993 establece que le corresponde, entre otras, a las administradoras de riesgos laborales, a las compañías de seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y a las entidades promotoras de salud determinar, en una primera oportunidad, la pérdida de capacidad laboral y el origen de estas contingencias. Adicionalmente, el artículo 41 del Decreto Ley 1295 de 1994 dispone que "la declaración, evaluación, revisión, grado y origen de la incapacidad permanente parcial serán determinados, en cada caso y previa solicitud del interesado, por un médico o por una comisión médica interdisciplinaria, según lo disponga el reglamento de la entidad administradora de riesgos profesionales en donde se encuentra afiliado el trabajador". Finalmente, el artículo 5° de la Ley 1562 de 2012 establece que el pago de la incapacidad temporal será asumido por las EPS, en caso de que la calificación de origen en la primera oportunidad sea común, o por la ARL, en caso de que la calificación del origen sea laboral.

Sobre este asunto, aunque el accionante no solicitó a la Nueva EPS o al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que calificaran su pérdida de capacidad laboral, lo cierto es que estaba afiliado a estas entidades al momento de sufrir el accidente. Adicionalmente, no se pudo establecer en esta sede bajo qué condiciones adquirió las lesiones, en tanto no se pudo identificar a algún empleador o contratante a cargo de su seguridad. En esa media, la Sala acreditará la legitimación de estas entidades.

Asimismo, el accionante afirma que trabajó en la mina de Ceres. Dicha empresa negó cualquier relación con el actor e informó que celebró un contrato de arrendamiento con Germán. Así las cosas, la Sala acreditará la legitimación en la causa por pasiva de Ceres. Esto, porque la tutela lo señala como el posible vulnerador de los derechos fundamentales del actor.

De otro lado, en el presente caso, el accionante sufrió un accidente de trabajo y pretende que su pérdida de capacidad laboral sea calificada. Con todo, para el momento en que ocurrió el accidente de trabajo, el actor no estaba afiliado a la ARL Sura. Por lo tanto, la presunta vulneración de los derechos del accionante no pudo haberse derivado de alguna

acción u omisión de aquella entidad. En esa medida, la Sala desvinculará del presente proceso a la ARL Sura. En cambio, acredita este requisito frente a la Nueva EPS y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.S, conforme al artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, el accionante informó que había trabajado para el señor Ricardo. Sin embargo, durante la práctica de pruebas dicha persona no pudo ser identificada. En cambio, se ubicó al señor Germán. Ahora bien, este último negó conocer al tutelante y no hay prueba que permita advertir que entre el actor y el vinculado existiera una relación laboral. Por consiguiente, en esta sede no se le puede endilgar a Germán la presunta vulneración de los derechos del accionante. En esa medida, tampoco tiene legitimación en la causa por pasiva.

Inmediatez

Se satisface este requisito. El 5 de mayo de 2022, el tutelante sufrió afectaciones de salud como consecuencia de una explosión ocurrida en la mina Ceres, mientras trabajaba picando piedra. Posteriormente, –el 22 de mayo de 2022, esto es, tan sólo 17 días después, solicitó a la ARL demandada que calificara la pérdida de capacidad laboral que había sufrido como consecuencia del siniestro. El 30 de noviembre siguiente, la entidad contestó que no podía atender a su solicitud, en tanto, para el 5 de mayo de aquel año, el actor no estaba afiliado a la ARL.

Tan sólo 2 días después de haber recibido la respuesta, el actor presentó acción de tutela. Además, la presunta vulneración de derechos es continua y se ha mantenido en el tiempo, pues la pérdida de capacidad laboral del accionante no ha sido calificada. Por consiguiente, en atención al poco tiempo que transcurrió entre la presunta vulneración de los derechos fundamentales del tutelante y la presentación de la acción de tutela, la acción cumple con el requisito de inmediatez.

Subsidiariedad

En el presente caso, Jaime se encuentra en un grave estado de vulnerabilidad. En primer lugar, su situación económica es precaria, pues actualmente no recibe ingresos y está a cargo de tres menores de edad. De hecho, al consultar la base de datos única de afiliados en el Sistema General de Seguridad Social, se encuentra que el accionante está en el régimen subsidiado como cabeza de familia. Asimismo, en el SISBEN se encuentra en el Grupo B5

Pobreza moderada. Ahora bien, según un reporte remitido por la ARL Sura, el accionante estuvo cubierto entre junio de 2022 y febrero de 2023, debido a que laboró como contratista de la Corporación Empresarial en un cargo administrativo. Con todo, tal situación no desvirtúa el hecho de que, actualmente, no recibe ingresos más allá de los que le corresponden por las incapacidades médicas otorgadas por su EPS. Por tal razón, la presunta vulneración de sus derechos fundamentales tiene vocación de actualidad.

Segundo, su estado de salud es delicado. De hecho, la Nueva EPS dio un concepto desfavorable de rehabilitación sobre su estado de salud. Por consiguiente, es poco probable que el actor se recupere de las secuelas que le dejó el accidente de trabajo ocurrido el 5 de mayo de 2022.

En tercer lugar, contrario a lo argumentado por los jueces de instancia, mediante la acción de tutela, el actor no pretendió que la ARL Sura le diera respuesta a la solicitud que remitió ante aquella entidad para que calificara su pérdida de capacidad laboral. En otras palabras, la acción de tutela no se concentró en una presunta violación del derecho de petición. Por el contrario, el peticionario busca que su derecho a la seguridad social sea garantizado por alguna de las entidades que, según el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, tienen el deber legal de hacerlo.

En virtud de lo anterior, en principio y conforme al artículo 2° del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, Jaime podría acudir ante la jurisdicción ordinaria, con el fin de esclarecer la manera en que su pérdida de capacidad laboral puede ser calificada, la definición de su empleador y, por ende, establecer la entidad responsable de las mismas e iniciar el trámite para que se le reconozcan y paguen las prestaciones de seguridad social a las que tiene derecho.

En efecto, esta corporación ha recordado que la calificación de pérdida de capacidad laboral constituye una obligación derivada del Sistema de Seguridad Social. Por lo tanto, las controversias que surjan alrededor de esta obligación son competencia de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, también ha determinado la necesidad de evaluar las circunstancias que rodean al accionante, como su edad, nivel escolar, estado de salud, si agotó vías administrativas o judiciales, la composición de su núcleo familiar y su situación socioeconómica.

Así las cosas, ante la situación concreta, los mecanismos judiciales ordinarios no son idóneos ni eficaces para la protección de los derechos del actor. No son idóneos porque no tendrían como finalidad principal la garantía del derecho a la seguridad social, en términos de ordenar el examen de calificación de pérdida de capacidad laboral. A su vez, no serían eficaces, porque la calificación que requiere el accionante sólo podría hacerse como resultado final del proceso.

Bajo tal panorama, resulta desproporcionado exigirle al demandante acudir ante tal jurisdicción, en la medida en que su situación de salud y económica son precarias. Además, tiene a su cargo tres menores de edad. Finalmente, la falta de afiliación del accionante al sistema general de riesgos laborales y la falta de calificación de su pérdida de capacidad laboral, como obligación de los empleadores y contratantes, sin importar la naturaleza jurídica del vínculo contractual celebrado, tiene un innegable impacto grave e inminente en los derechos a la salud y al mínimo vital del actor.

De este modo, dadas las particularidades del caso, es imperativo concebir la acción de tutela como mecanismo definitivo de protección. Debido a la evidente situación de desprotección en la que se encuentra el tutelante y su núcleo familiar, no resultaría razonable conminarlo para que inicie un proceso ordinario laboral, con las complejidades que ello comporta, máxime cuando el actor tiene pendiente la superación de los efectos producidos por el accidente de trabajo que experimentó. En otras palabras, en las condiciones particulares y personales del peticionario, no podría esperar la finalización de un proceso ordinario laboral para que sea calificada su pérdida de capacidad laboral. Tal situación implicaría una carga irrazonable y desproporcionada.

En suma, la Sala advierte que la situación del actor es apremiante y demuestra la falta de idoneidad y eficacia del medio judicial ordinario, toda vez que: (i) existe la posibilidad de una afectación inminente de sus derechos fundamentales porque, al no estar afiliado al sistema general de riesgos profesionales, el tutelante no puede acceder al reconocimiento de otras prestaciones por parte de una ARL; (ii) el estado de salud y la condición económica del actor son precarias; y (iii) la situación del actor es intolerable en términos constitucionales, pues el incumplimiento de la obligación de afiliar al accionante al sistema general de riesgos laborales se traduce en la ausencia de atención por parte de alguna ARL, tanto para brindarle tratamiento médico, como para reconocer y pagar las prestaciones asociadas al accidente de

trabajo reconocidas por la normativa vigente. Tal situación lo sitúa en un escenario de desprotección y justifica la intervención inmediata y urgente del juez de tutela.

36. En síntesis, la Sala encuentra que la acción de tutela presentada por Jaime satisface los requisitos generales de procedibilidad. Por ende, pasará a analizarla de fondo.

Formulación del problema jurídico

37. Con fundamento en los antecedentes expuestos, la Sala resolverá el siguiente problema jurídico:

* ¿Ceres, la Nueva EPS y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. vulneraron los derechos a la salud y a la seguridad social de Jaime, por la falta de calificación de su pérdida de capacidad laboral?

38. Para resolver el problema jurídico, la Sala i) describirá el sistema de seguridad social y su relación con los principios de universalidad y de solidaridad; ii) expondrá el derecho a la calificación de la pérdida de capacidad laboral y el régimen legal y jurisprudencial que lo rige; iii) referenciará las condiciones de trabajo de quienes se dedican a la minería en Colombia. Finalmente, iv) analizará el caso concreto.

El sistema de seguridad social y su relación con los principios de universalidad y solidaridad

39. Conforme al artículo 48 de la Constitución, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable. Esta garantía constitucional tiene como objeto garantizar la protección y cobertura de determinadas contingencias, como la desocupación laboral, la vejez y la incapacidad. Asimismo, el artículo 49 siguiente dispone que al Estado le corresponde organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de “eficiencia, universalidad y solidaridad”.

40. Así, con base en los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, esta corporación ha establecido que la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia.

41. Particularmente, el principio de universalidad busca que todos los habitantes del país

disfruten del derecho a la seguridad social. Lo anterior, en el entendido de que el objetivo del sistema es ampliar la cobertura de esta garantía constitucional. De allí que, como servicio, el sistema de seguridad social integral tenga por objetivo "garantizar la ampliación de cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema", a través de la afiliación al Sistema de Seguridad Social y la garantía de los sistemas de pensiones, salud y riesgos profesionales, así como los servicios sociales complementarios definidos en la ley.

42. Este principio, conforme a la jurisprudencia de esta corporación, tiene dos dimensiones, una objetiva y otro subjetiva. "En torno al primero se comprende: 'que este se proyecta en la protección a todos los individuos' y en torno a la segundo 'este es referido a la protección global de los riesgos y contingencias sociales'. Una y otra dimensión se encuentran complementadas por el principio de igualdad protectora, en el sentido de protección en igual cuantía, sin distinciones derivadas de la causa".

43. En cuanto al Sistema de Riesgos Laborales, el artículo 1° de la Ley 1562 de 2012 establece que es "el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan". Aquella normativa, en su artículo 2°, establece que los afiliados de forma obligatoria al Sistema General de Riesgos Laborales son, entre otros: los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo escrito o verbal, los servidores públicos, las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios por más de un mes, y los trabajadores independientes que laboren en actividades catalogadas por el Ministerio del Trabajo como de alto riesgo. Entonces, quienes contraten a los trabajadores anteriormente mencionados están obligados a afiliarlos al Sistema General de Riesgos Laborales.

44. Por lo tanto, la dimensión subjetiva que surge del principio de universalidad en materia de riesgos laborales está íntimamente relacionada con el derecho a la igualdad. Así las cosas, la seguridad social es una de las concreciones del principio de igualdad, "ya que sería absurdo que la protección en riesgos laborales solo amparara a las personas que practican determinada actividad, o a las que están en determinado rango de edad, o a quienes ejercen solo actividades de bajo riesgo". Por esa razón, la Corte ha determinado que "la universalidad implica entonces, que toda persona tiene que estar cobijada por el sistema de

seguridad social. No es posible constitucionalmente que los textos legales excluyan grupos de personas, pues ello implica una vulneración al principio de universalidad".

45. Por ejemplo, en la Sentencia C-051 de 1995 la Corte declaró la inexequibilidad del artículo 252.1 del Código Sustantivo del Trabajo, que restringía el auxilio de cesantía a los trabajadores del servicio doméstico y de ciertas empresas clasificadas de acuerdo a su actividad y su capital. Consideró que "[l]a limitación del auxilio de cesantía se opone a la elevación del nivel de vida de los servidores domésticos, elevación impuesta por la solidaridad social".

46. De igual forma, mediante la Sentencia C-823 de 2006, la Corte estudió una demanda en la que algunos ciudadanos argumentaban que las disposiciones legales que excluían a "los trabajadores accidentales o transitorios" del auxilio monetario por accidentes de trabajo y enfermedad profesional, auxilio monetario por enfermedad no profesional, auxilio funerario, auxilio de cesantías y el seguro de vida colectivo obligatorio desconocían el derecho a la igualdad, en la medida en que el legislador establecía un trato discriminatorio en relación con los trabajadores vinculados mediante otras modalidades contractuales. Tal aspecto vulneraba el derecho a la seguridad social, por cuanto dejaban desprotegido a ese grupo profesional frente a los riesgos derivados del trabajo y lesionaban el derecho al trabajo. Lo anterior, porque, si bien esta clase de trabajadores realizaban actividades de carácter no permanente, eran titulares de unos derechos mínimos irrenunciables.

47. La Corte reiteró que, según el principio de universalidad, la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna. En ese sentido, el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 establece la obligatoriedad para todos los habitantes de afiliarse al sistema general de seguridad social en salud, y el correlativo deber de todo empleador de afiliar a sus trabajadores a dicho sistema. Por su parte, el artículo 161 ibídem señala, como uno de los deberes del empleador, el de inscribir en las EPS a todas las personas que tengan alguna vinculación laboral, sea ésta verbal o escrita, temporal o permanente. Finalmente, el artículo 271 de la misma Ley contempla las sanciones imponibles al empleador cuando, por cualquier medio, impida o atente contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral.

48. Al analizar las disposiciones acusadas, encontró que la mayoría habían sido derogadas por la Ley 100 de 1993, que no hace distinción entre unos y otros trabajadores para que accedan a los servicios de seguridad social.

49. Con todo, respecto del artículo 251 del Código Sustantivo del Trabajo, que excluía a los trabajadores ocasionales o transitorios del auxilio de cesantías, concluyó que era inexequible. Lo expuesto, con base en principios constitucionales que promueven valores de igualdad, de equidad, de justicia y dignidad en las condiciones laborales, así como en el principio de universalidad en la cobertura de todas las contingencias inherentes al trabajo, con miras a la realización de los fines sociales del Estado de Derecho.

50. Finalmente, en la Sentencia T-948 de 2013, la Corte estudió el caso de un empleador que desde hacía años había iniciado los trámites para obtener el reconocimiento estatal de la explotación de una mina de carbón térmico. Por ese motivo, solicitó a la ARP Positiva la afiliación de sus trabajadores a la cobertura de riesgos laborales. Sin embargo, la accionada negó la solicitud, en tanto, presuntamente, el accionante debía aportar el título minero y/o el contrato de operación minera en el cual se evidenciaba que contaba con la pertinente inscripción en el registro nacional minero.

51. La Sala estableció que, en aplicación del principio de universalidad en la cobertura de riesgos, no puede establecerse una diferencia entre trabajadores que laboran en una mina que cuenta con la respectiva concesión minera, respecto a personas que ejecutan la misma actividad pero aún se encuentran en fase de obtención de dicho requisito. Una diferenciación en tal sentido resultaría violatoria de las garantías constitucionales en materia de protección del trabajo (art 25 C.P.), así como de los principios mínimos fundamentales que establece el artículo 53 superior y, en particular, de la igualdad de oportunidades y derechos para los trabajadores. Por consiguiente, concedió el amparo de los derechos fundamentales al trabajo, a la salud y a la seguridad social de los trabajadores del accionante, y ordenó a Positiva afiliarlos al sistema general de riesgos laborales.

52. Ahora bien, frente al principio de solidaridad, la Corte también ha determinado que este postulado está interrelacionado con el de efectividad de los derechos fundamentales. En efecto, en ocasiones, esta corporación ha señalado que el “estricto seguimiento de las prescripciones legales” no siempre conduce a la materialización efectiva de los derechos

fundamentales. En esa medida, el principio de solidaridad juega un papel primordial, en el sentido de que “permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de una prestación adicional por parte de entidades que han cumplido con todas las obligaciones previstas en la legislación competente. El principio aludido impone un compromiso sustancial del Estado y de los empleadores, en la protección efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus familiares” (negrillas fuera del texto).

53. En síntesis, la solidaridad implica una obligación superior de carácter instrumental porque es una condición fundamental para consolidar el Estado Social de Derecho. En especial, más allá de ser un criterio de control de constitucionalidad, para el caso específico del derecho a la seguridad social es “un mandato exigible no sólo en desarrollo del concepto del Estado (artículo 1°), sino de manera directa por el artículo 48 de la Carta”. Por consiguiente, si bien, por regla general, la realización efectiva del principio de solidaridad tiene un carácter programático, la jurisprudencia constitucional ha determinado que, en aquellos casos en que se pretenden hacer efectivos los derechos fundamentales, este principio puede aplicarse de manera directa y constituye una importante herramienta de interpretación para la efectividad de los derechos individuales de las personas y de la colectividad en general.

54. Por ejemplo, mediante la Sentencia T-005 de 1995, la Corte estudió el caso de una peticionaria que gozaba de un derecho de sustitución pensional de su marido y que, por ende, recibía asistencia médica de parte de la sociedad comercial Cafetería Almendra Tropical Limitada. Sin embargo, a partir de marzo de 1993, la empresa decidió terminar de prestar sus servicios, pues consideró que no tenía obligación legal para hacerlo.

55. Esta Corte encontró que i) el derecho a la seguridad social de la peticionaria era un derecho fundamental, debido a las circunstancias de edad y salud que presentaba; ii) el empleador tenía una obligación de resultado –no simplemente de medio–, en relación con la afiliación de sus trabajadores a la seguridad social; iii) la Constitución establecía obligaciones sociales a la empresa que superaban el simple cumplimiento de la ley y que se manifestaban, por ejemplo, en la solidaridad frente a la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores; y iv) el hecho de haber pagado el servicio médico durante por lo menos dos años, creó una certeza en la efectividad del derecho en cabeza de la peticionaria amparada en la buena fe y, por esta razón, comprometía a la empresa en su relación solidaria con la pensionada. Por lo tanto, ordenó a la accionada continuar efectuando

el pago del servicio médico general hasta tanto el juez competente resolviera el problema laboral de fondo. Lo anterior, con el fin de proteger un derecho fundamental y teniendo en cuenta que nada impedía que la empresa recuperara el monto dinerario pagado en el evento de que la jurisdicción competente la liberara de su obligación.

56. Asimismo, mediante la Sentencia T-786 de 2009, la Corte estudió el caso de un accionante que sufrió un accidente mientras estaba conduciendo para una empresa. Desde esa fecha fue atendido por una EPS, pero quien corría con el costo de las prestaciones asistenciales y económicas era Seguros Bolívar ARP (hoy ARL), toda vez que se entendían derivadas de un accidente de origen profesional. Empero, la ARL dejó de cancelar las prestaciones económicas, bajo el entendido de que no estaba obligada a cubrirlas porque no tenían origen profesional. Cuando interpuso la acción de tutela, al accionante se le adeudaban más de 226 días de incapacidad laboral.

57. La Sala encontró que existía una controversia interna de carácter administrativo y particular, entre la EPS y la ARL, acerca del origen de las incapacidades que le fueron dictaminadas al tutelante. Aquella controversia impedía señalar, sin lugar a dudas, quién era el sujeto verdaderamente obligado al pago de las incapacidades reclamadas. Sin embargo, lo cierto era que se trataba de una disputa de carácter eminentemente técnico, la cual no podía poner en riesgo las condiciones mínimas de existencia del tutelante, mientras existiera la certeza de que el peticionario tenía derecho a recibir el pago de las prestaciones económicas. En ese sentido, la Sala recordó que podía señalar transitoriamente un responsable provisional de aquel pago, sin que dicha definición supusiera una determinación inmodificable en el futuro, respecto del sujeto que está legal y reglamentariamente obligado a responder por ellas. Al ser provisional, la definición del juez de tutela deja intacta la posibilidad de que, eventualmente, el sujeto involucrado por la orden de protección, adelante, si está en desacuerdo con la decisión, el proceso correspondiente encaminado a obtener, de quien cree que está legal y reglamentariamente obligado a ello, el reembolso de las sumas entregadas al tutelante por la incapacidad laboral.

58. Por lo tanto, ordenó a la EPS correr con las prestaciones económicas por incapacidades laborales, debido a que la enfermedad que se reputaba causante de estas no había sido calificada como de origen profesional.

59. En síntesis, el derecho a la seguridad social se cimenta sobre los principios de universalidad y solidaridad. El principio de universalidad busca que todos los habitantes tengan acceso a los servicios de seguridad social, sin ninguna forma de discriminación relacionada con el tipo de actividad laboral que ejercen o cualquier otra razón. Por su parte, el principio de solidaridad busca que todas las personas estén protegidas de ciertas contingencias, como la desocupación laboral, la vejez y la incapacidad, incluso si las entidades responsables tienen que ofrecer prestaciones adicionales a las que les exige la ley. En ese sentido, en caso de que exista duda frente a quién es el responsable de cubrir las contingencias que se derivan de una enfermedad o accidente, ya sea laboral o común, el juez constitucional tiene la facultad de establecer un responsable provisional, con el fin proteger los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de las personas. Lo anterior, sin perjuicio de que, luego, la entidad pueda repetir contra el responsable de cubrir los gastos derivados de la prestación de servicios de seguridad social, tramitándose el proceso ordinario correspondiente.

El derecho a la calificación de la pérdida de capacidad laboral y el régimen legal y jurisprudencial que rige dicho proceso. Reiteración de jurisprudencia

60. Según el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, “se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”. Esta definición ha sido complementada por la jurisprudencia constitucional que ha definido el estado de invalidez como la situación física o mental que afecta a una persona, de manera que le impide desarrollar la actividad laboral remunerada para la cual estaba capacitada y, en consecuencia, no puede proveerse de los medios de subsistencia para vivir dignamente.

61. El estado de invalidez se determina a través de una valoración médica que conlleva a una calificación de pérdida de capacidad laboral. Esta calificación debe ser realizada por las autoridades habilitadas por la ley, esto es, el Instituto de Seguros Sociales, Colpensiones, las administradoras de riesgos laborales, las compañías de seguros y las entidades promotoras de salud, según el artículo 41 de la Ley 100 de 1993. Con dicha calificación, se dictamina el porcentaje de afectación, el origen de la pérdida y la fecha en que se estructuró. De esta manera, su determinación tiene como propósito la garantía de diversos derechos fundamentales: la salud, la seguridad social y en muchos de los casos, según las

circunstancias particulares, la vida y el mínimo vital.

62. Debido a los derechos fundamentales que dependen de un dictamen de pérdida de capacidad laboral, la jurisprudencia constitucional ha destacado su importancia. En particular, ha señalado que el dictamen permite determinar si una persona tiene derecho a un reconocimiento pensional que asegure su sustento económico, debido al deterioro de su salud. También, cuál es el origen de las enfermedades o lesiones y, por ende, qué entidad es responsable de responder por la contingencia. De allí que la evaluación forme parte de los deberes de las entidades encargadas de reconocer pensiones, pues sin ellas no existiría fundamento para el reconocimiento pensional.

63. Por consiguiente, la Corte ha establecido que "la inobservancia de los preceptos legales que regulan la valoración de la pérdida de la capacidad laboral y la negativa por parte de las entidades obligadas a realizar la valoración de la persona cuando su situación de salud lo requiere, configuran una transgresión del derecho a la seguridad social. De igual forma, se erigen en obstáculos para el goce de las garantías fundamentales a la salud, la vida digna y el mínimo vital. Esto, al impedir determinar el origen de la afección y el nivel de alteración de la salud y de la pérdida de capacidad laboral del trabajador o del usuario del sistema".

64. Por ejemplo, por medio de la Sentencia T-195 de 2022, la Corte abordó el caso de una accionante que suscribió contratos de trabajo sucesivos sin solución de continuidad con dos empleadores para prestar sus servicios como operaria de máquina. En 2018, fue diagnosticada con síndrome del túnel del carpo de intensidad severa bilateral en fase crónica y, en su criterio, sus empleadores terminaron el contrato debido a su enfermedad.

65. En sede de revisión, la Sala Quinta de Revisión encontró que los empleadores se negaron a aportar el estudio del puesto del trabajo y la Junta Regional de Calificación del Atlántico declaró el desistimiento del proceso por aquella razón. En esa medida, concluyó que los derechos al debido proceso y a la seguridad social de la accionante habían sido vulnerados. Por un lado, los empleadores obstaculizaron el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral. Por otro, conforme a lo previsto en el Decreto 1072 de 2015 y la jurisprudencia constitucional concordante, el incumplimiento del empleador de la obligación de aportar el análisis del puesto de trabajo no podía afectar el derecho del trabajador a que le fuera calificado el origen de su pérdida de capacidad laboral.

66. En consecuencia, ordenó a los empleadores a llevar a cabo el análisis del puesto de trabajo y remitirlo a la Junta Regional de Calificación del Atlántico. También, a la Junta Regional de Calificación del Atlántico le ordenó emitir el dictamen de calificación del origen de la enfermedad de la accionante, una vez el análisis del puesto de trabajo fuera allegado. En caso de que el análisis del puesto de trabajo no fuera allegado por parte del empleador, la junta debía ordenar la reconstrucción de la información en los términos del Decreto 1072 de 2015 y emitir el dictamen dentro del plazo legal.

67. Ahora bien, el proceso para que una persona acceda a un dictamen de pérdida de capacidad laboral puede variar de acuerdo al modo en que se genera el estado de invalidez, esto es, por un accidente o enfermedad común, por un lado, o por un accidente de trabajo o enfermedad laboral, por otro. Cuando el hecho generador del estado de invalidez es la enfermedad común, la EPS debe expedir un concepto de rehabilitación –favorable o desfavorable– antes de que la persona tenga 120 días de incapacidad. Proferido dicho concepto, la EPS debe enviarlo antes del día 150 de incapacidad a la AFP a la que se encuentre afiliado el trabajador. Si el concepto de rehabilitación es favorable, las AFP podrán postergar el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral hasta por un término máximo de 360 días calendario, adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal reconocida por la EPS. Durante este tiempo, la AFP debe pagar al afiliado un subsidio equivalente a la incapacidad que disfrutaba. Por otro lado, si la persona supera los 540 días de incapacidad por enfermedad de origen común, la EPS vuelve a asumir la responsabilidad del pago de las incapacidades. A este respecto, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 establece 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". Asimismo, el artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 2018 dispone lo siguiente:

Las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos:

1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.

2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.

3.Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente. De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541)".

68. De otra parte, cuando el concepto de rehabilitación es desfavorable lo que procede es que la AFP realice la respectiva calificación de la pérdida de capacidad laboral de inmediato.

69. Precisamente, la Sentencia C-270 de 2023 estudió una demanda contra el artículo 142 (parcial) del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993. Esta norma disponía un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador, en caso de que el concepto de rehabilitación expedido por la EPS fuera favorable y la AFP postergara el trámite de calificación de invalidez. También, establecía que si la EPS no emitía el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, debía pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los 180 días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando expidiera el respectivo concepto. Para el demandante, estos preceptos desconocían los derechos a la igualdad y a la seguridad social, en tanto las prestaciones económicas sólo se otorgaban a favor de los trabajadores que contaban con un concepto favorable de rehabilitación, pero no para aquellos con uno desfavorable.

70. La Corte concluyó que los apartados normativos demandados pretendían realizar una finalidad constitucional importante pues, de un lado, el pago del subsidio por incapacidad temporal a cargo de las AFP durante el periodo en que estas postergan la calificación de la invalidez constituye un mecanismo transitorio para que los trabajadores con concepto de rehabilitación favorable cuenten con un ingreso que les permita subsistir, en reemplazo del salario, mientras se reincorporan a la actividad laboral. De otro lado, atribuirle el pago del subsidio por incapacidad a las EPS en el evento en que no emitan oportunamente el concepto favorable de rehabilitación (antes del día 120 y lo remitan a las AFP del día 150), tiene el fin de evitar la demora en la emisión del concepto. Esta exigencia es necesaria para continuar con el trámite de reincorporación o tratamiento médico del trabajador.

71. Asimismo, encontró que la medida era idónea, pues permitía que el trabajador con concepto favorable de rehabilitación no quedara desprovisto de un ingreso para subsistir.

72. No obstante, la medida era evidentemente desproporcionada, pues no permitía la materialización de la igualdad en el reconocimiento de las prestaciones económicas previstas por el Sistema de Seguridad Social para todos los trabajadores en situación de incapacidad superior a 180 días, como consecuencia de un accidente o enfermedad de origen común. Lo anterior, ya que la disposición no establecía el pago del subsidio a favor del trabajador en situación de incapacidad superior a 180 días con concepto de rehabilitación desfavorable.

73. En consecuencia, resolvió declarar exequible la expresión "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 otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador", en el entendido de que respecto de los trabajadores con concepto de rehabilitación desfavorable, la AFP deberá iniciar de inmediato el proceso de calificación de invalidez y asumir el pago del subsidio de incapacidad sin que exceda del día 540 de incapacidad.

74. Igualmente, declaró exequible la expresión "[c]uando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto", en el entendido de que la EPS deberá pagar el subsidio por incapacidad temporal desde el día 181, con cargo a sus propios recursos, hasta tanto emita el concepto que le corresponde, sea este uno de rehabilitación favorable o de rehabilitación desfavorable.

75. Ahora bien, cuando una persona sufre una enfermedad laboral o accidente de trabajo, las administradoras de riesgos laborales son las entidades que califican la pérdida de capacidad laboral, conforme a lo establecido en la Ley 1562 de 2012. Sobre este asunto, el artículo 2° de dicha ley enumera los afiliados obligatorios a una ARL, entre los que se encuentran quienes han suscrito un contrato de trabajo de manera verbal o escrita o de prestación de servicios superiores a un mes. De esta manera, se le garantiza al trabajador su derecho a las prestaciones asistenciales y de servicio propias de los riesgos laborales y a ser evaluado por

una junta de calificación de invalidez, para que su pérdida de capacidad laboral sea establecida, en caso de que el trabajador padezca una enfermedad laboral o un accidente de trabajo.

76. En el evento de no afiliar a sus trabajadores a una ARL, el artículo 91.1 del Decreto 1295 de 1994 dispone que el incumplimiento de la afiliación al Sistema General de Riesgos Laborales les acarreará a los empleadores "la obligación de reconocer y pagar al trabajador las prestaciones consagradas en el presente Decreto". En otras palabras, el empleador debe asumir la cobertura de las prestaciones de la misma forma como si lo hiciera una ARL.

77. A este respecto, la jurisprudencia ha sido constante y pacífica. En particular, ha señalado que, con independencia del vínculo contractual existente, todo empleador o contratante está en la obligación de afiliar y pagar las cotizaciones de sus trabajadores o contratistas al Sistema General de Riesgos Laborales. Lo anterior, con el fin de prevenirlos y protegerlos de eventuales enfermedades o accidentes que pueden acaecer durante y con ocasión del desarrollo de las funciones laborales. Si no lo hace, deberá responder con su patrimonio por la contingencia acaecida.

78. En suma, toda persona que sufre alguna enfermedad o accidente tiene derecho a que se le evalúe su pérdida de capacidad laboral. Dicha calificación la realizan el Instituto de Seguros Sociales, Colpensiones, las administradoras de riesgos laborales, las compañías de seguros y las entidades promotoras de salud. Si la pérdida de capacidad laboral se origina en una enfermedad o accidente común, la EPS a la que está afiliada la persona emite primero un concepto favorable o desfavorable de rehabilitación. Posteriormente, la AFP correspondiente inicia el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral. Si el trabajador sufre un accidente de trabajo o una enfermedad laboral, la ARL a la que esté afiliado es la encargada de realizar el dictamen, a menos que el empleador o contratante incumpla su obligación de afiliar al trabajador al sistema general de riesgos laborales. En ese caso, el empleador o contratante debe cubrir la contingencia acaecida.

La actividad minera en Colombia

79. Los Estados tienen el deber de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades individuales. Esta obligación implica vigilar y controlar las actividades de terceros que puedan afectar sus derechos. Sobre este asunto, en 2011, el Consejo de Derechos

Humanos aprobó los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, los cuales incluyen como uno de sus pilares fundamentales la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. En concreto, deben:

i. i) abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan participación;

ii. ii) tratar de prevenir o mitigar las consecuencias relacionadas sobre los derechos humanos directamente relacionados con operaciones productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales;

iv. iv) proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Esto es, evaluar el impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos y la actuación que debe asumirse como consecuencia, con base en consultas internas, expertos en derechos humanos, entre otros;

v. v) basar sus medidas en indicadores cualitativos y cuantitativos adecuados y comentarios de distintas fuentes;

vi. vi) comunicar las consecuencias de sus actividades sobre los derechos humanos;

vii. vii) reparar las consecuencias negativas sobre derechos humanos que provoquen;

viii. viii) cumplir con todas las leyes aplicables;

ix. ix) considerar el riesgo de provocar o contribuir a provocar violaciones graves de los derechos humanos como una cuestión de cumplimiento de la ley dondequiera que operen, entre otros.

80. De igual modo, sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el contexto de las actividades empresariales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha señalado que los Estados parte deben adoptar “medidas legislativas, administrativas, educativas y otras medidas apropiadas para asegurar una protección eficaz contra las vulneraciones de los derechos consagrados en el Pacto relacionadas con actividades empresariales y que proporcionen acceso a recursos efectivos a las víctimas de esos abusos”.

81. Más aún, los Estados tienen la obligación de regular, supervisar y fiscalizar la práctica de actividades peligrosas por parte de empresas privadas que puedan implicar riesgos significativos para la vida e integridad de las personas. Por ejemplo, en el caso Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) conoció del caso de varias víctimas que trabajaban para empresas dedicadas a la pesca por buceo. En particular, 34 de estos buzos sufrieron accidentes debido a las sumersiones profundas que realizaron y que les generaron el síndrome de descompresión u otras enfermedades relacionadas con su actividad, 12 de los cuales fallecieron como consecuencia de dichos accidentes; 7 buzos fallecieron a causa del incendio de la embarcación “Lancaster” en que viajaban, provocada por la explosión de un tanque de butano; y un niño fue abandonado en un cayuco por el dueño de la embarcación, y a la fecha se desconocía su paradero.

82. En la sentencia, la Corte IDH indicó que los Estados tienen la obligación de regular, supervisar y fiscalizar la práctica de actividades peligrosas realizadas por empresas privadas que impliquen riesgos significativos para los derechos humanos; de adoptar medidas legislativas y de otro carácter para prevenir las violaciones de derechos humanos realizadas por empresas privadas; y de investigar, castigar y reparar tales violaciones. Adicionalmente, manifestó que las medidas que adopten los Estados deben estar destinadas a que las empresas cuenten con políticas apropiadas para la protección de los derechos humanos, especialmente cuando estas afectan a personas que viven en situación de pobreza o pertenecen a grupos en situación de vulnerabilidad.

83. Sin embargo, en lo que se refiere a la minería, esta actividad representa alrededor del 1% de la fuerza de trabajo mundial y el 8% de los accidentes mortales en el trabajo, lo cual demuestra que es una actividad laboral riesgosa. Con todo, a menudo se desarrolla de manera informal, los empleos son precarios y están lejos de cumplir con las normas de trabajo internacionales y nacionales.

84. Específicamente, en Colombia, aproximadamente el 70% de la minería se realiza de manera informal. Además, para 2018, de 141.887 empleos que generaba la minería, las minas sin título minero empleaban 74.906, lo que indicaba un 53% del empleo. En ese sentido, la mayoría de los trabajadores que ejercen la minería en Colombia tienen mayores riesgos de que su salud se vea afectada como consecuencia de ejercer dicha actividad.

85. A pesar de los riesgos que acarrea la minería, los trabajadores tienen mayores dificultades para jubilarse porque generalmente no cotizan al sistema general de pensiones y no cuentan con la protección correspondiente, pues en caso de sufrir un accidente de trabajo, no están afiliados a una ARL. Para el 2015, sólo el 27.6% de los empleadores tenía a sus trabajadores afiliados al sistema general de seguridad social y el 28% implementaban algún tipo de medida en materia de salud ocupacional. Para el 2019, 158.502 trabajadores estaban afiliados al sistema general de riesgos laborales, lo cual representaba apenas el 2% del total del mercado. De igual modo, para abril de 2023, 56 mineros habían perdido la vida en el ejercicio de su labor; en 2022, la cifra ascendió a 146 víctimas mortales; en 2021, hubo 148 víctimas, y en 2020 murieron 171 mineros.

86. Las cifras expuestas dan cuenta de la alta siniestralidad que existe en el sector minero. En efecto, según información que reportó la Agencia Nacional de Minería en mayo de 2022, entre el 2011 y aquel año, se registraron 1.262 accidentes mineros, con un promedio de 103 fatalidades por año.

87. En suma, los trabajadores del sector minero generalmente se encuentran en una situación precaria y de vulnerabilidad, a pesar del deber que tienen las empresas de respetar y garantizar los derechos humanos. Lo anterior, debido a la informalidad que caracteriza al sector, la falta de cumplimiento de las normas nacionales e internacionales sobre seguridad y salud en el trabajo y a que los trabajadores no son afiliados al sistema de seguridad social. Por esa razón, tienen dificultades para cubrir los riesgos asociados a eventuales afectaciones a su salud por accidentes o enfermedades laborales.

Análisis del caso concreto

88. Jaime presentó una acción de tutela en contra de la Nueva EPS, la ARL Sura y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso. Lo anterior, puesto que, a pesar de haber sufrido un accidente de trabajo, ninguna de aquellas entidades ha calificado su pérdida de capacidad laboral.

89. En primer lugar, la Sala desplegó todos los esfuerzos probatorios para establecer la relación laboral del actor y su empleador. Sin embargo, no fue posible establecer en sede de revisión dicha circunstancia. No obstante, tal situación evidencia el alto grado de

informalidad que afectó la condición del accionante, lo cual concuerda con las condiciones en las que, generalmente, se encuentran los mineros en Colombia.

90. En efecto, el accionante afirmó que había suscrito un contrato con Ricardo, quien, presuntamente, era subcontratista de la empresa Ceres. No obstante, la empresa negó cualquier relación con aquella persona e informó que, en cambio, había celebrado un contrato de arrendamiento con Germán durante tres meses, entre el 17 de enero y el 16 de abril de 2022. Este último, a su vez, negó cualquier relación laboral con el demandante y expresó no tener conocimiento sobre una explosión ocurrida el 5 de mayo de 2022.

91. Como puede advertirse, subsisten importantes dudas sobre quién era el empleador o contratante del accionante para mayo de 2022, lo que impide derivar la responsabilidad de la empresa Ceres en la vulneración de los derechos del actor, sin perjuicio de que otras instancias judiciales puedan llegar a una conclusión diferente. Sin embargo, para la Sala dicha situación evidencia la informalidad de la labor prestada por el actor y la ausencia de vinculación a una ARL. En esa medida, la Sala evidencia que, a pesar de desplegar todo el esfuerzo probatorio para establecer el empleador del actor y las responsabilidades relacionadas con el presunto accidente ocurrido el 5 de mayo de 2022, no logró identificarlo. Tales aspectos develaron la existencia de un derecho incierto y discutible y la necesidad de un ejercicio demostrativo altamente complejo que desborda la finalidad de la acción de tutela.

92. En efecto, en ocasiones anteriores, la Corte se ha abstenido de analizar de fondo solicitudes de carácter laboral que requieren de un alto despliegue probatorio. A este respecto, la Sentencia T-1683 de 2000 indicó que: “[e]l juez de tutela no puede ordenar el pago de un derecho incierto y discutible, pues aquello escapa de la órbita constitucional para radicarse en una discusión de rango legal que debe resolverse en la jurisdicción competente”. Por su parte, la Sentencia T-262 de 2021 determinó que “el proceso laboral ofrece a las partes la oportunidad para ejercer todas las atribuciones probatorias y de contradicción, a diferencia del amparo constitucional que ‘exige un nivel mínimo de certeza o de convencimiento respecto del derecho reclamado’”. Por lo tanto, la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral es la competente para pronunciarse sobre la identificación del empleador o contratante del tutelante y las responsabilidades derivadas del accidente ocurrido el 5 de mayo de 2022.

93. Sin embargo, la Sala evidencia una posible omisión de las obligaciones de la empresa Ceres en los contratos de arrendamiento celebrados en torno a la mina sobre la cual tiene título minero. En concreto, en sede de revisión expresó que no tenía conocimiento de la forma de las condiciones laborales o contractuales de las personas que el arrendatario vinculaba. Tal aspecto desconoce sus obligaciones en los términos de los artículos 87 y 97 de la Ley 685 de 2001 que establece lo siguiente:

Artículo 87.

Dependientes y subcontratistas. El concesionario podrá ejecutar todos los estudios, trabajos y obras de exploración, por medio de sus dependientes o por medio de subcontratistas. En ambos casos será directamente responsable ante la autoridad concedente, de los actos u omisiones de unos y otros hasta por la culpa leve. Frente a terceros dicha responsabilidad se establecerá en la forma y grado en que prevén las disposiciones civiles y comerciales ordinarias.

(…)

Artículo 97.

Seguridad de personas y bienes. En la construcción de las obras y en la ejecución de los trabajos de explotación, se deberán adoptar y mantener las medidas y disponer del personal y de los medios materiales necesarios para preservar la vida e integridad de las personas vinculadas a la empresa y eventualmente de terceros, de conformidad con las normas vigentes sobre seguridad, higiene y salud ocupacional.

94. Por su parte, la Resolución 394 de 2017 proferida por la Agencia Nacional de Minería reguló las minutas de los contratos de concesión minera y consagró la siguiente clausula:

CLÁUSULA DÉCIMA. Responsabilidad del CONCESIONARIO. EL CONCESIONARIO será responsable ante LA CONCEDENTE por todos los trabajos que desarrolle en el área contratada. Además, responderá por cualquier daño que cause a terceros o a LA CONCEDENTE durante el desarrollo de los mismos. Frente a terceros dicha responsabilidad se establecerá en la forma y grado en que prevén las disposiciones civiles y comerciales ordinarias; en cuanto a dependientes o subcontratistas se dará cumplimiento a lo

preceptuado en el artículo 87 del Código de Minas. EL CONCESIONARIO será considerado como contratista independiente para efectos de todos los contratos civiles, comerciales y laborales que celebre por causa de sus estudios, trabajos y obras de exploración y explotación según lo establecido en el artículo 57 del Código de Minas. En ningún caso LA CONCEDENTE responderá por las obligaciones de cualquier naturaleza que adquiera EL CONCESIONARIO con terceros en desarrollo del presente contrato.

95. De acuerdo con lo expuesto, la manifestación de la empresa implica una omisión a sus responsabilidades como concesionario. La Sala insiste en que quienes tienen títulos mineros están obligados a asumir las responsabilidades pertinentes por las actuaciones u omisiones que desplieguen los subcontratistas o arrendatarios, lo que incluye, la garantía de los derechos laborales de las personas que sean contratadas para ejercer sus labores en la mina. En tal sentido, la Corte llama la atención ante la posible elusión de responsabilidades laborales de la empresa vinculada en el desarrollo de la concesión de la cual es titular.

96. De otra parte, el accionante no presentó pretensiones encaminadas al reconocimiento de una relación laboral. La acción de tutela busca la protección de su derecho fundamental a la seguridad social. En concreto, que se califique su pérdida de capacidad laboral. En ese sentido, la Sala se concentrará en la presunta vulneración del derecho a la seguridad social por la falta de calificación de su capacidad para trabajar.

97. En esa línea argumentativa, la Sala advierte que está probado en el expediente que el actor sufrió un accidente que le generó secuelas en su salud y que las autoridades competentes valoraron el suceso y establecieron que su origen es laboral. Sobre este asunto, en principio, la Nueva EPS y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A han cumplido con las normas que rigen sus funciones. Por un lado, la Nueva EPS le ha otorgado incapacidades al actor, ya emitió un concepto desfavorable de rehabilitación, conforme a lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, y un dictamen sobre el origen de las lesiones, según lo ordenado en el artículo 12 del Decreto 1295 de 1994. Por su parte, el fondo de pensiones le solicitó la documentación necesaria al tutelante, una vez recibió concepto desfavorable de rehabilitación, para determinar la pérdida de capacidad laboral. Con todo, ninguna de las mencionadas entidades ha realizado la evaluación de pérdida de capacidad laboral, en tanto se estableció, por el momento, que el origen de las lesiones había sido un accidente de trabajo.

98. A pesar de lo expuesto, la Sala debe tener en cuenta la situación en la que se encuentra el accionante. En efecto, la imposibilidad de identificar a su empleador y su falta de vinculación al Sistema General de Riesgos Laborales dan cuenta del escenario de desprotección en el que se encuentra. Dicha situación de vulnerabilidad, precisamente, hace necesario proteger el derecho a la seguridad social del actor, con base en los principios de universalidad y solidaridad que rigen el sistema general de seguridad social.

99. Por un lado, es claro que el Estado tiene el deber de proteger a las personas de las contingencias que puedan ocurrir como consecuencia de afectaciones a la salud. Lo anterior, sin ningún tipo de discriminación relacionado con la actividad laboral que ejercen, o cualquier otra razón. Por otro, en el presente asunto quedó demostrado que las lesiones que sufrió el accionante fueron el resultado de un accidente de trabajo. Por consiguiente, tenía el derecho a ser afiliado al sistema general de riesgos laborales y, a su vez, su empleador o contratante tenía la obligación de afiliarlo, aún más, al verificar que trabajaba en una actividad riesgosa.

100. La informalidad laboral en la que estaba inmerso el tutelante y la incertidumbre que existe respecto de la entidad que debe calificar la pérdida de capacidad laboral con ocasión del presunto accidente del 5 de mayo de 2022, no pueden implicar un escenario de vulneración insuperable de los derechos fundamentales del actor, particularmente, la seguridad social y su mínimo vital.

101. Bajo ese entendido, el juez constitucional puede señalar, temporalmente, un responsable provisional que cubra los gastos de la calificación de pérdida de capacidad laboral del actor, como lo ha hecho en ocasiones anteriores, por ejemplo, en las Sentencias T-005 de 1995 y T-786 de 2009. Lo expuesto, en tanto la controversia relacionada con quién debe pagar dicha calificación no puede amenazar el derecho a la seguridad social del accionante, en la medida en que su estado de salud es precario y, de hecho, su EPS ya emitió un concepto desfavorable de rehabilitación. Con todo, tal como lo ha advertido esta corporación, aquellas entidades podrán repetir contra el responsable, una vez sea identificado en la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral.

Órdenes por proferir

102. Así las cosas, esta Sala, de manera transitoria, ordenará al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que califique la pérdida de capacidad laboral del accionante y asuma

el pago de un subsidio de incapacidad en los términos del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y la Sentencia C-270 de 2023. Además, también le ordenará reconocer y pagar al accionante, de manera provisional, una pensión de invalidez, en caso de que establezca que el actor cumple con los requisitos legales para acceder a tal prestación. Lo expuesto, condicionado hasta tanto se establezca la responsabilidad de quien debe cubrir el riesgo. Lo anterior, por las siguientes razones:

i. i) Según el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, es una de las autoridades habilitadas para calificar la pérdida de capacidad laboral y reconocer y pagar pensiones de invalidez.

) Conforme al principio de solidaridad, esta entidad puede asumir estas responsabilidades provisionalmente, aun cuando ha cumplido con sus deberes legales. Además, Jaime no tiene la obligación de soportar la negligencia de su empleador o contratante ni las consecuencias de la situación irregular de la que fue víctima.

) El accionante se encuentra en una situación de desprotección. A pesar de haber sufrido un accidente de trabajo, nunca fue afiliado a una ARL y su empleador o contratante no ha sido identificado. Así las cosas, existe una indeterminación frente a las responsabilidades que deben asumir el empleador, la EPS y el fondo de pensiones a los cuales estaba afiliado el actor al momento del accidente.

) Aunque el actor se encontraba inmerso en una situación de informalidad laboral, lo cierto es que, para el momento del accidente, estaba afiliado a la Nueva EPS en el régimen contributivo como cotizante independiente. Además, aquella entidad calificó el origen de las lesiones que sufrió el actor y emitió un concepto de rehabilitación desfavorable. También, estaba afiliado al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Esa entidad en sede de revisión manifestó que le solicitó documentación al accionante para adelantar una eventual calificación de invalidez, luego de haber recibido el concepto de rehabilitación realizado por la Nueva EPS.

) De igual forma, conforme a las reglas establecidas por esta corporación en la Sentencia C-270 de 2023, quienes obtienen un concepto desfavorable de rehabilitación tienen derecho a que la AFP inicie de inmediato el proceso de calificación de invalidez y asuma el pago del subsidio de incapacidad sin que exceda del día 540 de incapacidad.

) La Sala precisa que esta decisión no excluye la responsabilidad del empleador o contratante de Jaime. En esa medida, la entidad que asume provisionalmente la responsabilidad de la calificación, el pago del subsidio al actor y el eventual reconocimiento y pago de la pensión de invalidez puede repetir contra el eventual responsable, en el evento de que la jurisdicción competente identifique y condene al empleador o contratante que debe atender el accidente del demandante ocurrido el 5 de mayo de 2022.

103. Adicionalmente, la Sala ordenará al Ministerio del Trabajo que, en el marco de sus competencias, ejerza labores de inspección, vigilancia y control sobre la situación laboral de Jaime, con el fin de esclarecer las condiciones bajo las cuales trabajaba y resultó afectado por el accidente que sufrió como minero, y sobre las condiciones laborales en las que trabajan los mineros de la mina Ceres. Esto, puesto que, en sede de revisión, se recaudaron elementos de prueba que dan cuenta del escenario de informalidad en el que trabajó el tutelante. Asimismo, esta orden se proferirá debido al hecho de que Ceres cuenta con un título minero. En ese sentido, aunque el artículo 27 de la Ley 685 de 2001 le otorga la facultad de suscribir subcontratos, esto no implica la subrogación de obligaciones. Además, el artículo 97 de aquella normativa establece que "[e]n la construcción de las obras y en la ejecución de los trabajos de explotación, se deberán adoptar y mantener las medidas y disponer del personal y de los medios materiales necesarios para preservar la vida e integridad de las personas vinculadas a la empresa y eventualmente de terceros, de conformidad con las normas vigentes sobre seguridad, higiene y salud ocupacional" (énfasis agregado).

104. También, exhortará al Ministerio del Trabajo, al Ministerio de Minas y Energía y a la Agencia Nacional Minera a verificar, en el marco de sus funciones y competencias, las condiciones del lugar de trabajo en las que se estén realizando actividades mineras y el cumplimiento e implementación de los lineamientos propuestos mediante la Resolución 40209 de 2022 sobre la Política de Seguridad Minera.

105. Finalmente, la Sala también ordenará a la Defensoría del Pueblo que brinde un adecuado acompañamiento al accionante, en su propósito de iniciar las acciones judiciales que le permitan establecer (i) quién fue su verdadero empleador, (ii) qué tipo de contrato tenían las partes, (iii) a qué prestaciones tiene derecho, y (iv) qué acciones puede emprender contra quien no lo afilió a una ARL. Este acompañamiento deberá ser realizado teniendo en cuenta la posible responsabilidad que puede tener Ceres como beneficiario del título minero

y quien celebró un subcontrato, conforme a los artículos 34 y 216 del Código Sustantivo del Trabajo.

Síntesis de la decisión

106. La Corte conoció el caso de Jaime. El accionante presuntamente sufrió un accidente de trabajo el 5 de mayo de 2022 y, a pesar de que acudió ante la ARL Sura para que calificara su pérdida de capacidad laboral, la entidad negó la solicitud. Por consiguiente, interpuso una acción de tutela en contra de la ARL Sura, la Nueva EPS y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.S, con el fin de que el juez ordenara la realización de un examen de pérdida de capacidad laboral.

107. Al analizar la procedencia de la acción de tutela, la Sala concluyó que cumplía con los presupuestos de inmediatez, subsidiariedad y legitimación respecto de Ceres, la Nueva EPS y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.S. Esto, en la medida en que el actor no estaba afiliado a la ARL Sura al momento en que acaeció el accidente que sufrió. Por lo tanto, la presunta vulneración de sus derechos no podía derivarse de alguna acción u omisión de la ARL.

108. Al estudiar el caso de fondo, la Corte encontró que el accionante había trabajado bajo circunstancias de informalidad. En concreto, a pesar de la alta peligrosidad que acarrea ejercer labores de minería, el accionante no estaba afiliado al Sistema de Riesgos Laborales.

109. De este modo, conforme a los principios de universalidad y de solidaridad que deben aplicarse de forma directa en la prestación de servicios de seguridad social, la Sala ordenó al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que calificara la pérdida de capacidad laboral de Jaime y le otorgara un subsidio de incapacidad en los términos del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y la Sentencia C-270 de 2023. También, le ordenó reconocer y pagar al accionante, provisionalmente, la pensión de invalidez correspondiente, en caso de establecer que cumple con los requisitos legales para acceder a tal prestación. Lo anterior, puesto que, según la mencionada normativa, era una de las autoridades habilitadas para hacer calificar la pérdida de capacidad laboral y reconocer y pagar una pensión de invalidez. Segundo, conforme al principio de solidaridad, aquella entidad podía asumir estas responsabilidades provisionalmente, aun cuando había cumplido con sus deberes legales. Además, Jaime no tenía la obligación de soportar la negligencia de su empleador o contratante ni las

consecuencias de la situación laboral de informalidad en la que desempeñó sus labores y sufrió el accidente. Tercero, el demandante se encontraba en una situación de desprotección. A pesar de haber sufrido un accidente de trabajo, nunca fue afiliado a una ARL y su empleador o contratante no había sido identificado. Así las cosas, existía una indeterminación frente a las responsabilidades que debían asumir el empleador, la EPS y el fondo de pensiones a los cuales estaba afiliado el actor al momento de la contingencia que afectó su salud. Cuarto, aunque el accionante se encontraba inmerso en una situación de informalidad laboral, lo cierto era que, para el momento del accidente, estaba afiliado a la Nueva EPS en el régimen contributivo como cotizante independiente. Además, aquella entidad calificó el origen de las lesiones que sufrió el actor y emitió un concepto de rehabilitación desfavorable. En ese sentido, era primordial que su pérdida de capacidad laboral fuera calificada lo más pronto posible. De hecho, el mismo Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. manifestó en sede de revisión que le había solicitado documentación al accionante para adelantar una eventual calificación de invalidez, luego de haber recibido el concepto de rehabilitación realizado por la Nueva EPS. Quinto, conforme a las reglas establecidas por esta corporación en la Sentencia C-270 de 2023, quienes obtienen un concepto desfavorable de rehabilitación tienen derecho a que la AFP inicie de inmediato el proceso de calificación de invalidez y a que aquella asuma el pago del subsidio de incapacidad sin que exceda del día 540 de incapacidad. Finalmente, iv) la Sala advirtió que esta decisión no excluía la responsabilidad del empleador o contratante de Jaime. En esa medida, la entidad podía recuperar los recursos pagados, en el evento de que la jurisdicción competente identificara y condenara al eventual empleador o contratante a cubrir la contingencia derivada del hecho ocurrido el 5 de mayo de 2022.

110. Asimismo, la Sala le ordenó al Ministerio del Trabajo que, en el marco de sus competencias, ejerciera labores de inspección y control sobre las condiciones en las que trabajaba el actor, con el fin de esclarecer las condiciones bajo las cuales trabajaba y resultó afectado por el accidente que presuntamente sufrió como minero el 5 de mayo de 2022, y sobre las condiciones laborales en las que trabajan los mineros de la mina Ceres. Lo expuesto, conforme a los artículos 27 y 97 de la Ley 685 de 2001 y normas concordantes sobre las obligaciones de estas empresas relacionadas con la seguridad e integridad de sus trabajadores y eventualmente de terceros.

111. También, exhortó al Ministerio del Trabajo, al Ministerio de Minas y Energía y a la

Agencia Nacional Minera a verificar, en el marco de sus funciones y competencias, las condiciones del lugar de trabajo en las que se estén realizando actividades mineras y el cumplimiento e implementación de los lineamientos propuestos mediante la Resolución 40209 de 2022 sobre la Política de Seguridad Minera.

112. Finalmente, la Sala instó a la Defensoría del Pueblo que brindara un adecuado acompañamiento al accionante, en su propósito de iniciar las acciones judiciales que le permitieran establecer (i) quién fue su verdadero empleador, (ii) qué tipo de contrato tenían las partes, (iii) a qué prestaciones tenía derecho, y (iv) qué acciones podía emprender contra quien no lo afilió a una ARL. Lo expuesto, teniendo en cuenta la posible responsabilidad que podía tener Ceres como beneficiario del título minero y la persona que celebró un subcontrato, conforme a los artículos 34 y 216 del Código Sustantivo del Trabajo.

. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR el fallo de tutela del 10 de febrero de 2023, proferido por el Tribunal, que confirmó la sentencia de primera instancia del 14 de diciembre de 2022, emitida por el Juzgado, que declaró improcedente la acción de tutela presentada por Jaime. En su lugar, AMPARAR el derecho fundamental a la seguridad social de Jaime.

SEGUNDO. ORDENAR al Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, inicie las gestiones necesarias para calificar la pérdida de capacidad laboral de Jaime y reconocerle el subsidio por incapacidad en los términos del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y la Sentencia C-270 de 2023. También, que reconozca y pague al accionante, de manera temporal, la pensión de invalidez correspondiente, en caso de que establezca que el actor cumple con los requisitos para acceder a tal prestación. Lo anterior, conforme a los principios de universalidad y de solidaridad que rigen el sistema de seguridad social. También, en vista de que puede repetir contra el empleador o contratante del accionante, para que sean reembolsados los gastos en que incurra la entidad.

TERCERO. ORDENAR al Ministerio del Trabajo que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia y en el marco de sus competencias, ejerza labores de inspección, vigilancia y control sobre la situación laboral de Jaime, con el fin de esclarecer las condiciones bajo las cuales trabajaba y resultó afectado por el accidente que sufrió como mine