

Sentencia T-097/15

DERECHO AL PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL-Procedencia de tutela cuando afecta mínimo vital del trabajador y su familia

La procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de acreencias laborales y específicamente de incapacidades, es de carácter excepcional y tiene su razón de ser debido a que el pago de dicha prestación sustituye el salario en periodos en que el trabajador no se encuentra ejerciendo sus labores y se podrían ver afectados sus derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital de no reconocerse las incapacidades.

INCAPACIDAD LABORAL-Normatividad aplicable a las incapacidades de origen común

El pago de los tres (3) primeros días de incapacidad se encuentra en cabeza del empleador, del día cuatro (4) al ciento ochenta (180) es responsabilidad de la E.P.S., y en adelante corresponde al Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliado el trabajador.

PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 180 DIAS-Está a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentra afiliado el trabajador

La jurisprudencia de esta Corporación ha identificado varias hipótesis a saber: i) que el trabajador sea calificado con pérdida de capacidad laboral de menos del 50% o, ii) que la disminución de la capacidad sea igual o superior al 50%. En el primer escenario, corresponde el reintegro del trabajador a las labores que desempeñaba o la reubicación a un cargo de igual o de superior jerarquía al que venía desempeñando, en este caso el vínculo laboral solo puede ser terminado mediante permiso del Ministerio del Trabajo. Por otro lado, si el porcentaje de disminución de la capacidad laboral no alcanza para solicitar la pensión de invalidez pero se siguen expidiendo incapacidades, será el fondo de pensiones el encargado de realizar el pago de las mismas hasta tanto no se presente una nueva valoración de invalidez que permita consolidar el derecho pensional o se emita un concepto de rehabilitación favorable por parte del médico tratante que permita al trabajador reintegrarse a sus actividades de índole laboral.

INCAPACIDAD LABORAL DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABAJO-Corresponde a

Administradoras de Riesgos Profesionales

Las ARL deben reconocer el pago de las incapacidades en donde se haya determinado que tienen un origen laboral hasta que se establezca el grado de invalidez o incapacidad del trabajador. Igualmente, se reitera que si se generan controversias frente al dictamen de pérdida de capacidad de laboral las ARL deben continuar reconociendo esta prestación hasta que la calificación quede en firme por parte de la Junta Regional o Nacional de invalidez.

DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA, A LA SEGURIDAD SOCIAL Y AL MINIMO VITAL-Orden a Colpensiones reconocer pensión de invalidez

INCAPACIDAD SUPERIOR A 180 DIAS-Exhortar a EPS para que cumpla su obligación de acompañamiento y asesoría de los usuarios en los trámites de solicitud de incapacidades que superen los 180 días

INCAPACIDAD SUPERIOR A 180 DIAS-Orden a Fondo de pensiones pagar incapacidades superior a 180 días y determinar si la accionante cumple los requisitos para acceder a la pensión de invalidez

Referencia: Expedientes T-4.585.551 y T-4.595.730.

Peticionarios: Fredy William Cortés Rincón, contra Salud Total S.A. Entidad Promotora de Salud y María Lucelly Loaiza García contra Salud Total S.A. Entidad Promotora de Salud.

Derechos fundamentales invocados: Mínimo vital, vida digna, debido proceso, y seguridad social.

Temas: (i) Procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el pago de incapacidades; (ii) marco normativo que regula el reconocimiento y pago de las incapacidades de origen común; (iii) jurisprudencia constitucional respecto del reconocimiento de incapacidades que superan los 180 días, y (iv) régimen aplicable a las incapacidades originadas en accidentes de trabajo.

Problema jurídico: Corresponde a la Sala determinar si las Entidades demandadas al negar el reconocimiento de las incapacidades emitidas a favor de los accionantes vulneran los

derechos fundamentales invocados.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil quince (2015).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub –quien la preside- Martha Victoria Sáchica Méndez y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, profiere la siguiente,

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos proferidos (i) el 4 de julio de 2014 por el Juzgado 6° Civil Municipal en Oralidad de Manizales (Expediente T-4.585.551) y (ii) el fallo emitido el 14 de junio de 2014 por el Juzgado 4° Civil Municipal de Manizales, que revocó parcialmente el fallo del 22 de agosto de 2014 del Juzgado 2° Civil del Circuito de Manizales (Expediente T-4.595730).

Conforme a lo consagrado en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Once de la Corte Constitucional eligió, para efectos de su revisión, los asuntos de la referencia[1].

De acuerdo con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. ANTECEDENTES

1.1. EXPEDIENTE T-4.585.551

1.1.1. Hechos

1.1.1.1. El señor Fredy William Cortés Rincón, de 46 años de edad, manifiesta que sufrió un accidente con una máquina, producto del cual, fue diagnosticado

con una hernia discal lumbar, dolor intratable DM tipo 2, dislipidemia, espondiloartosis, degeneración discal múltiple, síndrome de compresión radicular, discopatía y hernias L3-L4, L4-L5, L5-S1. Añade que también sufre de diabetes y que por este motivo no puede trabajar.

1.1.1.2. Asegura que desde que se le diagnosticó la hernia discal le han expedido de manera ininterrumpida, incapacidades médico-laborales por 360 días sin que se haya generado el pago de las mismas.

1.1.1.4. Expone que su empleador está en la obligación de esperar hasta que se determine si puede rehabilitarse o si tiene derecho a acceder a la pensión de invalidez.

1.1.1.5. Por todo lo anterior, el actor solicita que se tutelen sus derechos a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital. En consecuencia, pide que se le ordene a la accionada iniciar los trámites para hacer efectivo el pago de las incapacidades radicadas desde el 16 de marzo de 2013 hasta el 01 de febrero de 2014.

1.1.2. Traslado, diligencia de ampliación y contestación de la demanda

El Juzgado 6° Civil Municipal en Oralidad de Manizales, mediante auto del 19 de junio 2014 admitió la acción de tutela, ordenó la notificación de rigor y libró comunicación a las entidades accionadas para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir del recibo de la comunicación rindieran informe detallado sobre los hechos alegados.

Así mismo, ordenó citar al accionante Fredy William Cortés, con el fin de aclarar algunos hechos y pretensiones sobre las cuales se fundamenta la demanda.

Posteriormente, en escrito del 25 de junio de 2014, se ordenó vincular de manera oficiosa a la Administradora Colombiana de Pensiones.

1.1.2.1. Diligencia de ampliación de tutela del señor Fredy William Cortés Rincón

Mediante diligencia del 25 de junio de 2014, el Juzgado 6° Civil Municipal en Oralidad de

Manizales recibió la ampliación de la declaración del señor Fredy William Cortés Rincón. Ante el interrogatorio formulado por el despacho, el accionante manifestó que no ha presentado demanda laboral en contra de su empleador, que al momento no le han sido canceladas las incapacidades y que se encuentra afiliado a COLPENSIONES.

Explicó que trabajó durante 20 años en COLBARRILES, que desde hace 18 años presentó un dolor leve en la columna y que hace aproximadamente 6 años, cuando levantó un barril de 320 litros, sintió un sonido en la columna que le produjo un dolor fuerte. Añade que no reportó el accidente como laboral por miedo a que lo despidieran.

Expuso que luego de ser valorado por un especialista en la ciudad de Bogotá se pudo establecer que ya se le había formado una hernia con antelación y que como consecuencia del esfuerzo físico realizado se le produjo una nueva que se localizó encima de la primera.

Adujo que se le realizó una resonancia magnética en la ciudad de Pereira, que corroboró la existencia de hernias en L5-L1, no quirúrgicas. Adicionalmente, aseveró que el fisiatra manifestó que con medicamentos no POS podría mejorar su salud, lo cual no ha ocurrido.

Relató que el gerente de COLBARRILES le indicó que no le volvería a pagar su sueldo, en atención a que ya le habían cancelado más de los 180 días de incapacidad inicial y precisó que los aportes en salud fueron realizados hasta el 30 de abril de 2014.

Informó que fue valorado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, entidad que determinó una pérdida de capacidad laboral de 43.90%. Aclara que apeló dicho dictamen y al momento se encuentra a la espera de que se lleve a cabo la nueva calificación.

Advirtió que no se encuentra recibiendo tratamiento médico alguno pues su empleador no continuó realizando los aportes en salud. Indicó que el médico cirujano y el fisiatra le comunicaron que en su caso no había nada más por hacer y lo remitieron a la Clínica del Dolor. Añadió que en dicha institución fue atendido y le reiteraron que en su caso no había más alternativas para recuperarse, que Salud Total E.P.S. debía atenderlo por urgencias, y desde marzo del 2014, no se le expedieron más incapacidades.

Aseguró que su núcleo familiar se encuentra integrado por su esposa, dos hijos mayores de edad y su nieta. Por lo que debido a esta situación se ha afectado la economía familiar ya que su esposa tuvo que emplearse desempeñando oficios varios por cuanto uno de sus hijos, aunque es mayor de edad depende económicamente de ellos al encontrarse estudiando.

Finalmente, manifestó que paga mensualmente \$320.000.00 de arriendo, \$120.000.00 de servicios públicos y que a ello deben sumarse todos los gastos de alimentación y los necesarios para subsistir. Indicó que suma 47 meses y 20 días sin poder laborar y que desde hace tres meses no se le expiden incapacidades ni se le soluciona su situación. Resaltó que el fondo de pensiones no pagó ninguna incapacidad antes de la calificación de pérdida de capacidad laboral y que fue su empleador quien asumió el pago de algunas incapacidades por nómina.

1.1.2.2. Respuesta de Salud Total E.P.S.

1.1.2.2.2. Señaló que el actor cuenta con 449 semanas cotizadas, que mientras estuvo afiliado se le prestaron todos los servicios médicos que requirió y que nunca se le negó el pago de las incapacidades generadas hasta acumular 180 días.

1.1.2.2.3. Adujo que conforme a lo dispuesto en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 “tratándose de enfermedades de origen común o no profesional, en la que exista concepto favorable de recuperación, la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador, con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro provisional de invalidez, tiene la potestad de postergar el trámite de calificación ante las Juntas de Calificación de Invalidez, hasta por 360 días adicionales a los primeros 180 días de incapacidad otorgada por la E.P.S., para lo cual, le debe conceder al trabajador un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando y que estaba a cargo de dicha entidad”.

1.1.2.2.4. De conformidad a los argumentos expuestos, solicita que se deniegue la acción de tutela interpuesta, teniendo en cuenta que el reconocimiento y pago de las incapacidades que superen los 180 días no se encuentran en cabeza de la E.P.S. Adicionalmente, pide que se vincule a la empresa Colombiana de Barriles, a la Administradora de Riesgos Profesionales y al Fondo de Pensiones al que se encuentre

afiliado el accionante.

1.1.2.2.5. Por último, presenta un listado con las incapacidades causadas desde el 4 de abril de 2010 hasta el 20 de noviembre de 2010.

1.1.2.3. Respuesta de COLPENSIONES

El Gerente Nacional de Defensa Judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones presentó escrito el 3 de julio de 2014, indicando que el Gerente Nacional de Reconocimiento de la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones es el encargado de pronunciarse sobre los hechos de la demanda en atención a lo señalado por el artículo 17 de la Resolución 039 de 2012.

1.1.3. Pruebas y documentos

En el expediente obran como pruebas, entre otros, los siguientes documentos:

1.1.3.1. Copia de la cédula de ciudadanía del señor Fredy William Cortés Rincón[2].

1.1.3.2. Copia de las incapacidades expedidas por Salud Total E.P.S. de manera ininterrumpida desde el 14 de marzo de 2013, hasta el 10 de marzo de 2014[3].

1.1.3.3. Copia de la consulta realizada a la base de datos del Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud, en el que se establece que el accionante se encuentra retirado del régimen contributivo[4].

1.1.3.4. Copia de la sentencia de primera instancia, proferida el 4 de julio de 2014 por el Juzgado 6º Civil Municipal en Oralidad de Manizales[5].

1.1.3.5. Copia del escrito de Salud Total EPS del 14 de octubre de 2010, mediante el cual se informa al accionante que la patología lumbar que presenta es de origen común[6].

1.1.3.6. Copia del dictamen del 15 de agosto de 2014, emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez por la cual se determinó que el actor presenta una pérdida de capacidad laboral de 52.75%, de origen común, con fecha de estructuración

del 20 de mayo de 2011[7].

1.1.3.7. Copia de la historia laboral del señor Fredy William Cortés Rincón[8].

1.1.3.8. Documento expedido el 25 de febrero de 2015 por Colombiana de Barriles S.A.S., en el que informan que se encuentran realizando los aportes de seguridad social y salud del señor Fredy William Cortés Rincón.

1.1.4. Decisiones Judiciales

1.1.4.1. Sentencia de primera instancia

El Juzgado 6º Civil Municipal en Oralidad de Manizales, negó el amparo de los derechos del accionante mediante sentencia de cuatro (4) de julio de dos mil catorce (2014).

Señaló que “no se avizora por el Despacho vulneración a la Seguridad Social del accionante, por el no pago de las incapacidades reclamadas, habida cuenta que la seguridad social en salud la perdió cuando fue desvinculado por su empleador y no recurrió a su afiliación como independiente y/o beneficiario, o intentó su ingreso en el Régimen Subsidiado; tampoco se avizora vulneración al Debido proceso que deprecia, ya que la demandada actuó conforme a la normatividad vigente, tanto en la prestación de los servicios en salud mientras duró la afiliación, como en el pago de incapacidades”.

Luego de realizar un análisis normativo del reconocimiento de incapacidades, llegó a la conclusión que el mínimo vital del actor se encuentra seriamente afectado. Sin embargo, advirtió que la E.P.S. canceló todas las incapacidades a las que había lugar y que el actor bajo juramento, aseguró que no había presentado ningún tipo de reclamación ante COLPENSIONES, entidad a la cual le corresponde el pago de las mismas.

1.2. EXPEDIENTE T-4.595.730

1.2.1. Hechos

1.2.1.1. La señora María Lucelly Loaiza García, de 54 años de edad, asegura que

tiene contrato de trabajo de forma continua e ininterrumpida desde el año 1995 con el señor Reinaldo Aguirre Pérez.

1.2.1.2. Manifiesta que se encuentra trabajando en la fábrica de Cera Los Cedros y que desempeña funciones manuales como envasar, sellar, etiquetar, transportar cajas y envases de productos.

1.2.1.3. Expone que se encuentra afiliada a Salud Total E.P.S. en calidad de cotizante; que se le vienen tratando las siguientes patologías crónicas: síndrome del manguito rotador del hombro derecho, hombro congelado, episodio depresivo grave, HTA estadio I.

1.2.1.4. Informa que en la historia clínica consta que su pronóstico de recuperación no es favorable, razón por la cual presenta incapacidades ininterrumpidas desde enero de 2011.

1.2.1.5. Indica que se encuentra afiliada a Pensiones y Cesantías Protección S.A. Así mismo señaló que fue calificada con una pérdida de capacidad laboral de 32.75% de origen común y con fecha de estructuración del 6 de julio de 2012.

1.2.1.6. Manifiesta que el 29 de enero de 2013, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas, determinó que la pérdida de capacidad laboral, de origen común, ascendía al 45.98% y la fecha de estructuración seguía siendo la misma.

1.2.1.7. Afirma que su empleador le manifestó que debido a la gravedad de las patologías que la aquejan era imposible reubicarla dentro de la empresa.

1.2.1.8. Resalta que debido a su situación, el 11 de febrero de 2013 presentó acción de tutela en contra del Fondo de Pensiones Protección, que correspondió por reparto al Juzgado 6° Penal Municipal de Control de Garantías.

1.2.1.9. Asevera que mediante fallo de primera instancia se tutelaron sus derechos y se ordenó al Fondo de Pensiones Protección el pago de las incapacidades. Sin embargo, dicha providencia fue impugnada y revocada en segunda instancia por el Juzgado 6° Penal del Circuito, debido a que se manifestó que los Fondos de Pensiones no son responsables del pago de incapacidades superiores a 180 días, cuando el concepto de

rehabilitación es favorable.

1.2.1.10. Refiere que mediante varios derechos de petición solicitó el pago de las incapacidades otorgadas desde el 24 de agosto de 2011 hasta el 29 de junio de 2013.

1.2.1.11. Aduce que Salud Total E.P.S. solicitó el 27 de enero de 2014, una nueva calificación de pérdida de capacidad laboral a la AFP Protección, debido al diagnóstico desfavorable de recuperación y mejoría.

1.2.1.12. Precisa que Protección no aceptó la solicitud de recalificación, en atención a que dicho procedimiento ya se había surtido ante el Fondo de Pensiones y la Junta Regional y Nacional de Calificación.

1.2.1.13. Alega que su situación económica es crítica, no cuenta con los recursos suficientes para suplir sus necesidades básicas y que ninguna entidad asume el pago de las incapacidades.

1.2.1.14. En consecuencia, solicita que se ordene a Protección Pensiones y Cesantías S.A. efectuar una recalificación de pérdida de capacidad laboral, teniendo en cuenta el diagnóstico definitivo emitido en enero de 2014. A su vez, requiere que (i) se expidan las incapacidades a las que tiene derecho desde septiembre de 2013, hasta la fecha y, (ii) se emita la orden tendiente al pago de las incapacidades que van desde el 24 de agosto de 2011 hasta la fecha, y las demás a las que haya lugar.

1.2.2. Traslado y contestación de la demanda

Mediante auto del 1º de julio de 2014, el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Manizales admitió la acción de tutela y ordenó notificar a la AFP Protección, Salud Total E.P.S. y a Reinaldo Aguirre Pérez, para que en el término de dos (2) días se pronunciaran sobre los hechos materia de petición.

Dentro del término de traslado, todos los intervinientes presentaron escritos pronunciándose respecto de la acción de tutela. El Fondo de Pensiones y Cesantías Protección presentó contestación de manera extemporánea.

1.2.3.1. Salud Total E.P.S. dio contestación a la acción de tutela

mediante escrito fechado el 7 de julio de 2014. Indica que la accionante se encuentra afiliada a la E.P.S. en calidad de cotizante y que cuenta con 658 semanas cotizadas.

1.2.3.2. Realiza una explicación del diagnóstico de la accionante (síndrome de manguito rotador) y resalta que recibió atención en salud de un grupo interdisciplinario de profesionales, entre los cuales se resaltan: medicina general, líder de salud cardiovascular, líder de manejo de dolor, nefrología, medicina laboral, salud ocupacional, urología, oftalmología, medicina familiar, ortopedia, traumatología y psiquiatría.

1.2.3.3. Manifiesta que el 7 de junio de 2014, se determinó que la señora Loaiza García presentaba un cuadro clínico crónico por dolor en la articulación del hombro derecho, con limitación funcional, sin mejoría luego del trabajo terapéutico, el tratamiento farmacológico y los procedimientos quirúrgicos.

1.2.3.4. Sostiene que la Junta Médico Quirúrgica de Ortopedia debe definir la viabilidad del manejo quirúrgico “frente a la respuesta bizarra del tratamiento médico instaurado hasta el momento, servicio médico de Salud y de la misma forma autorizado por nuestra E.P.S.”

1.2.3.5. Relata que no se le han generado nuevas incapacidades derivadas del síndrome de manguito rotador, por lo cual, se debe proceder con el reintegro y ordenar un nuevo examen para definir las recomendaciones y restricciones en materia laboral.

1.2.3.6. Aduce que las incapacidades causadas hasta cumplir 180 días fueron canceladas y debido a que las pretensiones de la actora son únicamente de índole económica, la tutela no se presenta como el mecanismo idóneo para resolver dicha controversia.

1.2.4. Respuesta de Reinaldo Aguirre Pérez

1.2.4.1. Mediante apoderada judicial, Reinaldo Aguirre Pérez, empleador de la accionante, presentó escrito el 7 de julio de 2014, pronunciándose respecto de la acción de tutela presentada.

1.2.4.2. Advierte que es una prestación de auxilio monetario por enfermedad no profesional, contenida en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo que fue asumida por el Sistema de Seguridad Social en Salud a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

1.2.4.3. Precisa que desde el 24 de agosto de 2011, hasta el 15 de septiembre de 2012, se cancelaron de manera directa 330 días de incapacidad a la accionante, tiempo superior al establecido por la ley.

1.2.4.4. Señala que la imposibilidad de reintegro de la señora Loaiza García está dada por el carácter manual de las labores que desempeñaba en la fábrica. Así mismo, advierte que en la empresa no cuentan con otro puesto de trabajo en que se pueda desempeñar la peticionaria.

1.2.4.5. Asegura que la imposibilidad de reubicación de la demandante se comunicó a Salud Total E.P.S. mediante varios documentos que fueron remitidos.

1.2.4.6. Recalca que las obligaciones de mantener el vínculo laboral mientras dure la incapacidad y la de realizar los aportes a salud, pensiones y riesgos profesionales han sido cumplidas. Igualmente, asevera que siempre han estado atentos a la situación de la señora María Loaiza García y nunca han incurrido en la violación de sus derechos.

1.2.5. Pruebas y documentos

En el expediente obran como pruebas, entre otros, los siguientes documentos:

1.2.5.2. Copia del dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas el 29 de enero de 2013, donde se establece una PCL de 45,98%[10].

1.2.5.3. Copia del dictamen expedido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el 24 de abril de 2013, que confirma el porcentaje otorgado por la Junta regional de Calificación[11].

1.2.5.4. Copia del derecho de petición presentado por la accionante el 17 de julio del 2013, solicitando el pago de las incapacidades expedidas desde el 24 de agosto de 2011

hasta el 29 de junio de 2013[12].

1.2.5.5. Copia de la respuesta brindada por Salud Total E.P.S., del 5 de agosto de 2013, respecto del pago de incapacidades[13].

1.2.5.6. Copia de la comunicación emitida por Reinaldo Aguirre Pérez el 29 de noviembre de 2013, por medio de la cual establece la imposibilidad de reintegrar en el cargo a la señora María Lucelly Loaiza[14].

1.2.5.7. Copia del documento del 17 de diciembre de 2013, expedido por Protección, a través del cual se niega la pensión de invalidez a la accionante[15].

1.2.5.8. Copia de la solicitud de recalificación de pérdida de capacidad laboral emitida por Salud Total E.P.S. ante el Fondo de Pensiones Protección[16].

1.2.5.9. Copia de la Historia Clínica de María Lucelly Loaiza García[17].

1.2.5.10. Copia de la primera acción de tutela presentada por la peticionaria el 11 de febrero de 2013, en contra del Fondo de Pensiones Protección, solicitando el pago de las incapacidades causadas desde el 19 de septiembre de 2012, hasta cuando se definan los trámites para el reconocimiento de la pensión de invalidez[18].

1.2.5.11. Copia de la sentencia del 25 de febrero de 2013, en la que el Juzgado 6° Penal Municipal de Control de Garantías amparó los derechos de petición, al mínimo vital, a la seguridad social y se ordenó el pago de incapacidades causadas desde el mes de septiembre de 2012, hasta que el dictamen de pérdida de capacidad laboral quede en firme[19].

1.2.5.12. Copia de la sentencia de segunda instancia mediante la cual el Juzgado 6° Penal del Circuito de Manizales revocó la orden de cancelar las incapacidades de la accionante[20].

1.2.6.1. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 14 de julio de 2014, el Juzgado 4° Civil Municipal de Manizales tuteló los derechos fundamentales a la igualdad, seguridad social, vida digna, protección a la

mujer y la familia, y a la estabilidad laboral reforzada de la accionante. En consecuencia, ordenó a Salud Total EPS a reconocer y pagar las incapacidades generadas por enfermedad general desde el 30 de septiembre de 2011, hasta el 27 de marzo de 2012.

Adicionalmente, ordenó a Salud Total E.P.S. generar y cancelar la incapacidad médica otorgada el 4 de abril de 2014, por el término de 20 días, y por último, ordenó el reintegro de la peticionaria a su puesto de trabajo o a uno de igual categoría, que se encuentre en consonancia con las recomendaciones laborales expedidas por el médico tratante.

Aseguró que las incapacidades médicas fueron generadas desde el 30 de septiembre de 2011, hasta el 29 de junio de 2013. Indicó que se cancelaron los primeros 180 días y que luego se remitió el caso de la demandante al Fondo de Pensiones Protección.

Por otra parte, encontró que la incapacidad de la actora no se llevó a cabo de manera ininterrumpida, toda vez que a folio 3 se encuentra una incapacidad desde el 24 hasta el 28 de agosto de 2011 y a continuación una nueva del 30 de septiembre hasta el 14 de octubre mismo año. Por lo cual, no se puede entender que existió prórroga, en atención a que pasaron 33 días.

Expone que a raíz de dicha interrupción nacería nuevamente la obligación de la E.P.S. de cancelar 180 días de incapacidad. Es decir desde el 30 de septiembre de 2011, hasta el 27 de marzo de 2013.

Señala que el Fondo de Pensiones Protección tendría que cancelar las incapacidades generadas desde el 28 de marzo de 2012 hasta el 29 de junio de 2013. Sin embargo, aduce que no puede pronunciarse respecto de este aspecto debido a la existencia de cosa juzgada, y que debe recurrir a la jurisdicción ordinaria para resolver su controversia.

1.2.6.2. Impugnación de Salud Total E.P.S.

Mediante escrito remitido el 18 de julio de 2014, Salud Total E.P.S. impugnó el fallo proferido por el Juzgado 4° Civil Municipal de Manizales, a través del cual presentó una relación de las incapacidades causadas desde el 17 de enero de 2011 hasta el 4 de abril de 2014.

Sostiene que las incapacidades canceladas son las que se encuentran en el periodo

comprendido entre el 17 de enero de 2011 y el 3 de agosto del mismo año, razón por la cual a la accionante ya le fueron reconocidos los primeros 180 días de incapacidad.

Reitera que la obligación en el pago de incapacidades que superen los 180 días está en cabeza del Fondo de Pensiones y que las pretensiones de la peticionaria son netamente económicas, por lo cual, la tutela no es el medio idóneo para solicitar el pago de las mismas.

Por último, solicita de manera subsidiaria que se ordene al FOSYGA el pago de los servicios en que se vea obligada a incurrir.

1.2.6.3. Impugnación de Reinaldo Aguirre Pérez

El señor Reinaldo Aguirre Pérez mediante escrito radicado el 21 de julio de 2014, impugnó el fallo proferido por el juez constitucional de primera instancia con fundamento en los siguientes argumentos:

Asegura que ha realizado todas las acciones necesarias, tendientes a garantizar los derechos de la peticionaria. Así mismo, considera que el concepto desfavorable de rehabilitación expedido el 27 de enero de 2014, por Salud Total E.P.S. impide el reintegro de la accionante.

Señala que las entidades del Sistema Integral de Seguridad Social, son las encargadas de brindar especial protección a la accionante, en atención al diagnóstico que presenta.

1.2.6.4. Impugnación de María Lucelly Loaiza García

María Lucelly Loaiza García presentó escrito el 21 de julio de 2014, impugnando el fallo de primera instancia. La actora se limitó a expresar que el Juzgado 4° Civil Municipal de Manizales no estudió su estado actual, no concedió el amparo de sus derechos al pago de las incapacidades y no ordenó la nueva calificación de pérdida de capacidad laboral.

1.2.6.5. Sentencia de segunda instancia

Mediante providencia judicial del 22 de agosto de 2014, el Juzgado 2° Civil del Circuito de Manizales confirmó parcialmente el fallo impugnado. Revocó la orden de pago de las

incapacidades comprendidas entre el 30 de septiembre de 2011 y el 27 de marzo de 2012, y en su lugar ordenó que se generaran y pagaran las incapacidades comprendidas entre el 13 de marzo y el 17 de abril de 2014.

Asevera que con la decisión de no pagar las incapacidades prescritas por los médicos tratantes, se configura un perjuicio irremediable debido a la afectación al mínimo vital de la accionante.

Encuentra que las pretensiones de la primera acción de tutela estaban enfocadas en el pago de las incapacidades comprendidas desde el 19 de septiembre de 2012 hasta la fecha en que se reconociera su pensión. Por lo cual, existe cosa juzgada constitucional.

Resalta que a la demandante se le prescribieron incapacidades desde el 13 de marzo de 2014 al 17 de abril del mismo año, que no han sido generadas y canceladas, por lo que emitió orden de pago.

Por último, asegura que el empleador tiene la obligación de reintegrarla a su cargo, y que previo a esto, debe emitirse concepto médico laboral en el que se establezcan las labores que puede desarrollar la peticionaria.

2. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISIÓN

2.1. Mediante Auto del 17 de febrero de 2015 y con base en lo dispuesto en el Acuerdo 05 de 1992, el suscrito Magistrado ordenó:

“PRIMERO: Por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, PONER EN CONOCIMIENTO de la empresa Colombiana de Barriles (Vía el otoño Km 1, Manizales. Teléfono: 8741880, Manizales), los antecedentes del caso bajo revisión, para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del presente auto, aclare si actualmente se encuentra realizando los aportes a seguridad social y salud del señor Fredy William Cortés Rincón y exprese lo que estime conveniente. Para el efecto, se le remitirá copia completa de la demanda y sus anexos.

SEGUNDO: Por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, ORDENAR a COLPENSIONES (Cra.22 No 26-53 local 1. Teléfono: 018000410909), que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del presente auto, oficie

los siguientes documentos y la respuesta a las siguientes preguntas:

- Allegue a la Corte Constitucional copia de la historia laboral del señor Fredy William Cortés Rincón.
- Allegue información tendiente a esclarecer si existe una reclamación tendiente al reconocimiento de la pensión de invalidez del accionante. De ser así, realice un informe detallado sobre el trámite y adjunte los documentos que soporten sus declaraciones.

TERCERO: Por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, COMUNICAR la presente providencia a las partes demandante y demandada”.

2.2. Adicionalmente, en virtud de los principios de informalidad, celeridad y eficacia que rigen el trámite de la acción de tutela, el despacho sustanciador se comunicó telefónicamente con el accionante para tener claridad sobre los hechos y pretensiones de la demanda.

El señor Fredy William Cortés Rincón informó que había sido calificado nuevamente por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, entidad que mediante dictamen del 15 de agosto de 2014, determinó que presenta una pérdida de capacidad laboral de 52.75%, de origen común, con fecha de estructuración del 20 de mayo de 2011[21].

Añadió que el 19 de enero de 2015 presentó una nueva acción de tutela solicitando la protección de su derecho de petición, en atención a que COLPENSIONES no había dado respuesta a su solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, radicada el 22 de agosto del 2014.

Para finalizar, indicó que a través de la sentencia del 28 de enero de 2015, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Caldas, tuteló su derecho fundamental de petición y ordenó a COLPENSIONES que procediera a dar respuesta clara y de fondo a la solicitud radicada el 22 de agosto del 2014. A su vez, el peticionario remitió por medio electrónico copia de su historia laboral y de la sentencia del 28 de enero de 2015, proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Caldas.

3. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

3.1. COMPETENCIA

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en los procesos de esta referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta la situación fáctica antes expuesta, corresponde a la Corte Constitucional determinar si existe una vulneración a los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna, al debido proceso, a la seguridad social de las personas en situación de discapacidad y a la salud de los accionantes, quienes pese a que recibieron el pago de los primeros 180 días de incapacidad por parte de Salud Total E.P.S. y fueron evaluados por las Juntas de Calificación de Invalidez, siguen presentando incapacidades que no han sido asumidas por ninguna entidad dentro del Sistema de Seguridad Social.

Con el fin de dar solución al problema jurídico planteado, la Sala realizará un análisis de los siguientes temas: primero, se referirá a la procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el pago de incapacidades; segundo, definirá el marco normativo que regula el reconocimiento y pago de las incapacidades de origen común; tercero, estudiará la jurisprudencia constitucional respecto del reconocimiento de incapacidades que superan los 180 días; cuarto, tratará el régimen aplicable a las incapacidades originadas en accidentes de trabajo y quinto, procederá a resolver los casos concretos.

3.3. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA SOLICITAR EL PAGO DE INCAPACIDADES

3.3.2. Tratándose del reconocimiento de incapacidades, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario para la protección de derechos fundamentales y por regla general, no es el medio idóneo para solicitar el reconocimiento y pago de prestaciones de tipo económico, como es el caso de las incapacidades laborales.

3.3.3. A su vez, la Corte Constitucional estableció que “el pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. No solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”[23].

De esa forma, este Tribunal reconoció la procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de incapacidades laborales ante la afectación de un derecho de carácter fundamental, como por ejemplo, la vida digna o el mínimo vital, debido a que con ello se permite la estabilización económica del trabajador, que durante este periodo puede vivir de manera digna[24].

Por último, cabe señalar que en la sentencia T-404 de 2010[25] se reiteró que ante la falta de salario, el pago de incapacidades se constituye como la única fuente de ingresos del trabajador, a través de la cual puede suplir sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar. La Sala primera de revisión aseguró que de declararse la improcedencia de la acción de tutela, se estaría dejando al azar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Adicionalmente, en la misma ocasión señaló que el incumplimiento en el pago de dicha prestación puede conllevar a que el accionante no consiga un estado de recuperación adecuado y opte por volver a trabajar ante la falta de ingresos. Además presentó dos casos en los que se recurrió a la tutela como un medio idóneo para solicitar el pago de incapacidades laborales. Al respecto indicó:

“Ahora bien, el derecho al pago de prestaciones económicas por incapacidades laborales no es, en sí mismo, un derecho fundamental. Por ese motivo, la acción de tutela no es en principio el medio judicial adecuado para perseguir el pago de la referida prestación. No obstante, si del derecho al pago de incapacidades laborales depende el goce efectivo, por ejemplo, del derecho fundamental al mínimo vital del trabajador y su familia, la tutela es procedente, pues se admite que, en esos casos (i) se busca de manera inmediata proteger

un derecho fundamental y, además, (ii) evitar un perjuicio irremediable”[26].

3.3.4. En síntesis, la procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de acreencias laborales y específicamente de incapacidades, es de carácter excepcional y tiene su razón de ser debido a que el pago de dicha prestación sustituye el salario en periodos en que el trabajador no se encuentra ejerciendo sus labores y se podrían ver afectados sus derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital de no reconocerse las incapacidades.

3.3.5. De modo similar, la acción de tutela se presenta como un mecanismo idóneo para solicitar el pago de incapacidades, cuando i) se trata de proteger un derecho de carácter fundamental y ii) se pretende evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Para terminar, la simple declaratoria de improcedencia de la acción, sin un análisis de los elementos facticos y probatorios de cada caso en particular, traería consigo la posibilidad de que se deje librada al azar la ocurrencia de un perjuicio irremediable y la vulneración de derechos fundamentales de cualquier individuo.

3.4. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES DE ORIGEN COMÚN

3.4.1. En cuanto al pago de incapacidades de origen común, el primer referente jurídico es el artículo 40 del Decreto 1049 de 1999, mediante el cual se determinó el “Ingreso Base de Cotización durante las incapacidades o la licencia de maternidad”. A su vez, el parágrafo 1 de la norma dispone.

“Serán de cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado. En ningún caso dichas prestaciones serán asumidas por las Entidades Promotoras de Salud o demás entidades autorizadas para administrar el régimen contributivo en el SGSSS a las cuales se encuentren afiliados los incapacitados”.

3.4.2. Ahora bien, respecto de las incapacidades que no superen los 180 días, la primera norma que reguló el tema fue el Código Sustantivo del Trabajo que en su artículo 227 consagró el valor del “auxilio monetario por enfermedad no profesional” de la siguiente

manera:

“ARTICULO 227. Valor del auxilio. En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el empleador le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante”. (Subraya fuera de texto)

No obstante, en virtud de lo señalado por el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, el pago de las incapacidades desde el día 4 hasta el 180 es responsabilidad de las E.P.S. A su vez, el artículo 121 del Decreto Ley 19 de 2012, prescribe que el de reconocimiento de dichas incapacidades debe ser adelantado de manera directa por el empleador.

3.4.3. Por otra parte, entrando al estudio de la responsabilidad en el pago de incapacidades que superan los 180 días, el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, establece que dicha obligación recae en cabeza de los fondos de pensiones. La norma textualmente señala:

“Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación, la Administradora de Fondos de Pensiones con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las Juntas de Calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal otorgada por la Entidad Promotora de Salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador”.

Por último, el artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, reguló el tema de calificación del estado de invalidez, y el reconocimiento de incapacidades superiores a 180 días de la siguiente manera:

“Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el

cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando 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”.

3.4.4. En suma, el pago de los tres (3) primeros días de incapacidad se encuentra en cabeza del empleador, del día cuatro (4) al ciento ochenta (180) es responsabilidad de la E.P.S., y en adelante corresponde al Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliado el trabajador.

3.5. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE PAGO DE INCAPACIDADES SUPERIORES A 180 DIAS

3.5.1. Esta Corporación, mediante una sostenida, pasiva y reiterada jurisprudencia ha establecido el marco de protección para aquellas personas que presentan incapacidades por más de 180 días.

3.5.2. En sentencia T-404 de 2010[27], la Corte estudió el caso del señor José Leovigildo Cuadrado Angulo al que se le diagnosticó POP de Revascularización Miocardio X BYPASS Cardiopatía Isquémica más Angina, más hipertensión arterial. Indicó el actor que fue incapacitado por más de 210 días, de los cuales los primeros 210 fueron cancelados por Saludcoop E.P.S. No obstante, ninguna entidad respondió por el pago de las incapacidades otorgadas con posterioridad al día 211.

En dicha oportunidad, esta Corporación se refirió al pago de incapacidades que superan los 180 días. A su vez, citó la sentencia T-786 de 2009[28] dentro de la cual se indicó que en

aquellos casos en que se tenga certeza de la obligación de cancelar las incapacidades pero no se sabe quién debe correr con dicho pago, “el juez de tutela debe obrar con la misma prontitud y señalar un responsable provisional del cumplimiento de esa obligación, dejando a salvo para este último la facultad de repetir contra quien crea es el verdadero obligado, de acuerdo con la ley y los reglamentos correspondientes”. No obstante, dejó claro que la determinación del responsable provisional no se puede hacer de manera caprichosa y debe someterse a la ley, los reglamentos y a la interpretación jurisprudencial que existe sobre el tema.

Por lo anterior, concedió el amparo de los derechos y ordenó al I.S.S. que pagara las incapacidades correspondientes, conservando la facultad de repetir contra quien considere es el responsable y hasta tanto se reconozca y pague la pensión de invalidez.

3.5.3. Posteriormente, mediante sentencia T-727 de 2011[29] la Corte Constitucional conoció el caso de Adrián Mauricio Vanegas Osorio, a quien le fue diagnosticado un tumor ubicado en su columna lumbar por lo que fue intervenido quirúrgicamente en varias ocasiones. El actor aseguró que su médico tratante expidió incapacidades por más de 360 días y que se le negó la pensión de invalidez pues aun cuando acreditaba una pérdida de capacidad laboral del 67,95%, no acreditaba el número de semanas cotizadas requeridas para el reconocimiento de la prestación, por tal motivo, solicitó el pago de las incapacidades debido al estado en que se encontraba.

Dentro de las consideraciones, este alto Tribunal resaltó que las E.P.S. tienen que prestar su acompañamiento a los usuarios que soliciten el pago de incapacidades superiores a 180 días. Por otro lado, expuso que “le corresponde al fondo de pensiones el reconocimiento y pago del subsidio al trabajador en el evento en que habiendo obtenido un dictamen de invalidez inferior al 50% siga incapacitado por más de 180 días, previo concepto de su médico tratante, en razón a que no le ha sido posible recuperar su capacidad laboral”.

En dicho caso, la Corte no amparó los derechos del accionante y no considero viable jurídicamente el pago de las incapacidades pues el dictamen de invalidez ya se había surtido y había dado como resultado 67.95%.

3.5.4. Por otra parte, en la sentencia T-729 de 2012[30], se analizó el caso de María Mariela Medina González, quien a raíz de una hernia discal tuvo que ser sometida a un

procedimiento quirúrgico que no mejoró sus dolores de espalda. En esa tutela, manifestó la accionante, que se encontraba reuniendo todos los documentos para que se hiciera efectivo el pago de las incapacidades ante el Fondo de Pensiones Horizonte. Sin embargo, señaló que la exigencia de todos estos trámites administrativos vulneraba su derecho al mínimo vital y la ponían en un estado de desprotección

Las consideraciones de la Sala Octava de Revisión se centraron en establecer el alcance de la protección que debía cobijar a las personas a las que después de la calificación de la pérdida de capacidad laboral siguen presentando incapacidades relacionadas con su diagnóstico. En aquella oportunidad, la Sala encontró que el Fondo de Pensiones es el responsable del pago de estas incapacidades que superen los 180 días. En palabras textuales dijo:

“En el caso en el que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, no obstante haber sido evaluado por la Junta de Calificación de Invalidez y se dictamine una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%, la Corte ha interpretado, conforme con la Constitución Política y el precitado artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, que le corresponde al fondo de pensiones el pago de las incapacidades superiores a los primeros 180 días, a menos que; i) se expida el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, que le permita consolidar el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez o ii) que se emita un nuevo concepto por parte del médico tratante que establezca que el actor se encuentra apto para reanudar labores.

De acuerdo con lo planteado, si el afiliado no alcanza el porcentaje mínimo requerido para consolidar el derecho pensional, y por su estado de salud le siguen ordenando incapacidades laborales, le corresponderá al fondo de pensiones continuar con el pago de aquéllas, siempre que exista un concepto médico favorable de rehabilitación o hasta que se emita, o, hasta tanto se pueda efectuar una calificación de su invalidez. Lo anterior, toda vez que para esta Corporación el reconocimiento de la incapacidad por enfermedad general constituye un mecanismo idóneo para la salvaguarda de los derechos fundamentales de los trabajadores dependientes e independientes, en especial de su derecho al mínimo vital y a la salud” (Énfasis de la Sala)

La Corte concedió el amparo de los derechos, y a su vez, ordenó a Saludcoop E.P.S. que autorizara y remitiera las incapacidades laborales a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. Del mismo modo, impartió orden al fondo de pensiones para que efectuara “el pago de las incapacidades laborales que superen los 180 días, comprendiendo tanto las previas al concepto favorable de rehabilitación como las posteriores al primer dictamen de invalidez, hasta completar 360 días, a menos que se emita un nuevo concepto que establezca que la accionante está apta para reanudar sus labores por parte del médico tratante, o se pueda efectuar una calificación de invalidez por parte de la entidad competente para ello”.

3.5.5. De modo similar, la sentencia T-333 de 2013[31], estudió el caso del señor Libardo Bautista Useche, maestro de obra, con una familia compuesta por su esposa y sus cuatro hijos, a quien se le detectó un tumor cancerígeno en el colon, cuyos síntomas generaron incapacidades por más de 180 días, sin que las mismas fueran canceladas por su E.P.S. o el fondo de pensiones.

En esa oportunidad, la Sala estudió las normas que regulan el pago de las incapacidades de origen común y estableció que a partir del día 181 el pago de las mismas corresponde a la AFP, “hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se califique la pérdida de su capacidad laboral”.

Por otra parte, reiteró la obligación de las E.P.S. de acompañar y asesorar al usuario en los trámites de solicitud de incapacidad que superen los 180 días y que corresponden por ley a los fondos de pensiones. Por todo lo anterior, la Corte concedió el amparo de los derechos fundamentales del accionante y ordenó a ING Pensiones que pagara las reconocidas con posterioridad a los primeros 180 días de incapacidad.

3.5.6. Para terminar, mediante sentencia T-004 de 2014[32], la Corte analizó el caso del señor Luis Hernando Quiroga, de 58 años de edad, quien se desempeñó como trabajador en misión de la empresa Citus EST Ltda. En esa ocasión se determinó que se le expidieron 570 días de incapacidad y que los primeros 180 días fueron pagados por su E.P.S. Igualmente, el accionante fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda con una pérdida de capacidad laboral del 51.77% y en virtud de lo anterior, solicitó el pago de las incapacidades laborales posteriores al día 540.

La Sala consideró que ante la expedición de un concepto favorable de recuperación, el

empleado debe ser reintegrado a sus labores o reubicado teniendo en cuenta las recomendaciones médicas. Por otra parte, si el trabajador presenta una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, se deberá establecer si le asiste el derecho a una pensión de invalidez. No obstante, se dejó claro que para acceder a este tipo de prestación “solo puede tramitarse cuando las entidades del Sistema de Seguridad Social hayan otorgado el tratamiento indicado y la rehabilitación integral de acuerdo al artículo 23 del Decreto 2463 de 2001”.

Adicionalmente consideró que existe un vacío legal respecto del reconocimiento y pago de incapacidades que superen los 540 días, de esta manera se identificaron dos hipótesis: i) que el trabajador presente una pérdida de capacidad laboral inferior al 50% y ii) que la disminución sea igual o superior al 50%. Respecto a lo anterior se expuso lo siguiente:

“En el primer escenario, los derechos reconocidos legalmente para el trabajador cuya incapacidad ha finalizado, consiste en la obligación del empleador de reintegrar a su puesto habitual de trabajo, además que el empleador siga realizando en su favor aportes a la seguridad social y que su vínculo laboral sea terminado únicamente con la autorización del Ministerio del Trabajo.

En el segundo, la jurisprudencia constitucional ha establecido que si la fecha de estructuración de la invalidez coincide con el momento en que las incapacidades laborales se causan, se debe reconocer el derecho pensional y como éste se paga retroactivamente, “no hay lugar al pago simultáneo de la prestación por concepto de incapacidad y por concepto de pensión según lo establecido en el artículo décimo de la ley 776 de 2002”. Igualmente, el trabajador que es calificado y supera el 50% de pérdida de capacidad laboral, ante la disminución física que padece, las entidades del Sistema les corresponde actuar con solidaridad y diligentemente reconocer y pagar una suma de dinero con la cual pueda satisfacer sus necesidades básicas; razón por la cual mientras se decide definitivamente sobre el reconocimiento y el pago de la pensión de invalidez, el Fondo de Pensiones deberá costear las incapacidades laborales”.

Así, la Corte concedió el amparo de los derechos a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna del señor Luis Hernando Quiroga, igualmente ordenó a BBVA Horizonte que procediera a realizar el pago de las incapacidades hasta que el Fondo de Pensiones

realizara los trámites administrativos necesarios para reconocer y pagar la pensión de invalidez, momento a partir del cual cesarían los efectos del fallo.

3.5.7. Como se dijo en el acápite anterior, la responsabilidad en el pago de las incapacidades de origen común está dada de la siguiente manera: el pago de los tres (3) primeros días de incapacidad se encuentra en cabeza del empleador, a partir del día cuatro (4) al ciento ochenta (180) es responsabilidad de la E.P.S., y en adelante corresponde al Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliado el trabajador.

Ahora bien, si nos referimos al último caso en que las incapacidades superan los 180 días, la jurisprudencia de esta Corporación ha identificado varias hipótesis a saber: i) que el trabajador sea calificado con pérdida de capacidad laboral de menos del 50% o, ii) que la disminución de la capacidad sea igual o superior al 50%. En el primer escenario, corresponde el reintegro del trabajador a las labores que desempeñaba o la reubicación a un cargo de igual o de superior jerarquía al que venía desempeñando, en este caso el vínculo laboral solo puede ser terminado mediante permiso del Ministerio del Trabajo. Por otro lado, si el porcentaje de disminución de la capacidad laboral no alcanza para solicitar la pensión de invalidez pero se siguen expidiendo incapacidades, será el fondo de pensiones el encargado de realizar el pago de las mismas hasta tanto no se presente una nueva valoración de invalidez que permita consolidar el derecho pensional o se emita un concepto de rehabilitación favorable por parte del médico tratante que permita al trabajador reintegrarse a sus actividades de índole laboral.

3.5.8. De igual manera, la Corte ha interpretado el vacío legal en materia del pago de incapacidades que superan los 540 días. Sobre el particular, la jurisprudencia ha expuesto que la obligación se encuentra en cabeza del fondo de pensiones. Finalmente, es importante señalar que en los casos en que se tenga certeza de la obligación, mas no de la entidad responsable de realizar el pago, este Tribunal sostiene que mediante un análisis legal y jurisprudencial se puede declarar un responsable de carácter provisional que asuma la prestación, decisión que tiene como objeto proteger el derecho al mínimo vital del trabajador que durante el periodo en que se encuentra incapacitado depende del pago de las incapacidades para garantizar sus necesidades básicas e incluso su recuperación.

3.6. RÉGIMEN APLICABLE A LAS INCAPACIDADES ORIGINADAS EN ACCIDENTES DE

TRABAJO.

3.6.1. En cuanto al régimen jurídico aplicable a las incapacidades originadas en accidentes de trabajo, el artículo 206 de la Ley 100 de 1993 dispone lo siguiente:

“ARTICULO. 206.-Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las empresas promotoras de salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las entidades promotoras de salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.”

Por lo anterior, se deduce que en aquellos casos en donde un empleado resulte incapacitado como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, las Entidades Promotoras de Salud deben reconocer tales prestaciones.

3.6.2. El artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, permite que las ARP –ahora ARL–puedan prorrogar la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del trabajador hasta por 360 días adicionales a lo contemplado por el Decreto Ley 1295 de 1994 desde que se reconozca una prestación económica correspondiente a la incapacidad que disfrutaba y que exista un concepto médico favorable de rehabilitación.

3.6.3. Igualmente, el artículo 3° de la Ley 776 de 2002, indica las prestaciones dentro del Sistema de Riesgos Laborales a las que tienen derecho los trabajadores por incapacidad temporal por accidente de trabajo o enfermedad profesional de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 3o. MONTO DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS POR INCAPACIDAD TEMPORAL. Todo afiliado a quien se le defina una incapacidad temporal, recibirá un subsidio equivalente al cien (100%) de su salario base de cotización, calculado desde el día siguiente al que ocurrió el accidente de trabajo y hasta el momento de su rehabilitación, readaptación o curación, o de la declaración de su incapacidad permanente parcial, invalidez o su muerte. El pago se efectuará en los períodos en que el trabajador reciba regularmente su salario.

Para la enfermedad profesional será el mismo subsidio calculado desde el día siguiente de iniciada la incapacidad correspondiente a una enfermedad diagnosticada como profesional.

El período durante el cual se reconoce la prestación de que trata el presente artículo será hasta por ciento ochenta (180) días, que podrán ser prorrogados hasta por períodos que no superen otros ciento ochenta (180) días continuos adicionales, cuando esta prórroga se determine como necesaria para el tratamiento del afiliado, o para culminar su rehabilitación.

Cumplido el período previsto en el inciso anterior y no se hubiese logrado la curación o rehabilitación del afiliado, se debe iniciar el procedimiento para determinar el estado de incapacidad permanente parcial o de invalidez. Hasta tanto no se establezca el grado de incapacidad o invalidez la ARP continuará cancelando el subsidio por incapacidad temporal.

PARÁGRAFO 1o. Para los efectos de este sistema, las prestaciones se otorgan por días calendario.

PARÁGRAFO 2o. Las entidades administradoras de riesgos profesionales deberán asumir el pago de la cotización para los Sistemas Generales de Pensiones y de Seguridad Social en Salud, correspondiente a los empleadores, durante los períodos de incapacidad temporal y hasta por un ingreso base de la cotización, equivalente al valor de la incapacidad. La proporción será la misma establecida para estos sistemas en la Ley 100 de 1993.

PARÁGRAFO 3o. La Administradora de Riesgos Profesionales podrá pagar el monto de la incapacidad directamente o a través del empleador. Cuando el pago se realice en forma directa la Administradora deducirá del valor del subsidio por incapacidad temporal el porcentaje que debe cotizar el trabajador a los otros subsistemas de Seguridad Social, valor que deberá trasladar con el aporte correspondiente del empleador señalado en el párrafo anterior, a la EPS o Administradora de Pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador en los plazos previstos en la ley."

De conformidad con lo anterior, se tiene que el período en el que se reconocen este tipo de prestaciones será de 180 días prorrogables por otros 180 días continuos adicionales que se

requieran para culminar la rehabilitación o tratamiento del empleado. Igualmente, se estableció que las ARL deben continuar con los pagos de las incapacidades temporales originadas por accidentes laborales o por enfermedades profesionales hasta que se establezca el grado de la incapacidad o de invalidez.

3.6.4. Finalmente, en el párrafo 3° del artículo 5° de la Ley 1256 de 2012 se estableció que “El pago de la incapacidad temporal será asumido por las Entidades Promotoras de Salud, en caso de que la calificación del origen en la primera oportunidad sea común; o por la Administradora de Riesgos Laborales en caso de que la calificación del origen en primera oportunidad sea laboral y si existiese controversia continuarán cubriendo dicha incapacidad temporal de esta manera hasta que exista un dictamen en firme por parte de la Junta Regional o Nacional si se apela a esta, cuando el pago corresponda a la Administradora de Riesgos Laborales y esté en controversia, esta pagará el mismo porcentaje estipulado por la normatividad vigente para el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, una vez el dictamen esté en firme podrán entre ellas realizarse los respectivos reembolsos y la ARP reconocerá al trabajador a diferencia en caso de que el dictamen en firme indique que correspondía a origen laboral.”

3.6.5. Por su parte, esta Corporación mediante Sentencia T-263 de 2012[33] indicó respecto a las incapacidades de origen profesional que la ARP debe reconocer el pago de todas las prestaciones que se presenten desde el primer día en que ocurran hasta que se produzca alguna de las siguientes situaciones: (i) la persona quede integralmente rehabilitada y por tanto reincorporada al trabajo; (ii) se le califique su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice; o (iii) en el peor de los casos se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, adquiriendo el derecho a la pensión de invalidez.

3.6.6. Mediante Sentencia T-721 de 2012[34] se reconocieron las obligaciones de las ARP dentro del Sistema General de Riesgos Profesionales al señalar que “El catálogo de responsabilidades que el Gobierno y el legislador le asignaron a los empleadores en su rol de actores del SGRP responde, efectivamente, a esa dinámica: el empleador contrata un seguro con una ARP, realiza las cotizaciones de manera oportuna y se encarga de la prevención de los riesgos, de conformidad con lo que le exigen, sobre el particular, el Decreto 1295 de 1994 y la Ley 776 de 2002. La ARP, por su parte, se obliga a reconocer las

prestaciones asistenciales y económicas que el trabajador requiera cuando se produzca el riesgo asegurado, es decir, el accidente de trabajo o la enfermedad profesional.”

3.6.7. Por último, la Sentencia T-457 de 2013[35] se refirió al trámite que la Corte Constitucional ha determinado para que se puedan reconocer y pagar las incapacidades de origen laboral de la siguiente manera: “(i) previamente debe realizarse la calificación del origen de la enfermedad, accidente o muerte, con la finalidad de determinar si la misma es de origen laboral, caso en el cual las prestaciones corren por cuenta de la Administradora de Riesgos Laborales, (ii) si la incapacidad es calificada como de origen laboral se le atribuye a la Administradora de Riesgos Laborales, a la cual se encuentre afiliado el trabajador, la obligación de garantizar de manera integral todas las prestaciones de carácter económicos, en salud, y asistenciales originadas por dicho suceso, (iii) en el evento en que existiera controversia sobre el dictamen de la pérdida de capacidad laboral, la ARL continuará cubriendo dicha incapacidad temporal hasta que quede en firme el dictamen emitido por parte de la Junta Regional o Nacional de calificación de invalidez, (iv) tratándose de la pérdida del 50% o más de la capacidad laboral, le corresponderá al fondo de pensiones el reconocimiento de la pensión de invalidez al trabajador.”

De conformidad con lo anterior, se tiene que las ARL deben reconocer el pago de las incapacidades en donde se haya determinado que tienen un origen laboral hasta que se establezca el grado de invalidez o incapacidad del trabajador. Igualmente, se reitera que si se generan controversias frente al dictamen de pérdida de capacidad de laboral las ARL deben continuar reconociendo esta prestación hasta que la calificación quede en firme por parte de la Junta Regional o Nacional de invalidez.

4. CASOS CONCRETOS

4.1. HECHOS PROBADOS EXPEDIENTE T-4.585.551

4.1.1. El señor Fredy William Cortés Rincón, de 46 años de edad, fue diagnosticado con diabetes, una hernia discal lumbar, dolor intratable DM tipo 2, dislipidemia, espondiloartrosis, degeneración discal múltiple, síndrome de compresión radicular, discopatía y hernias L3-L4, L4-L5, L5-S1.

4.1.2. Al actor se le han expedido incapacidades desde el 9 de abril de 2010, hasta el 10 de

marzo de 2014, acumulando más de 1300 días de incapacidad. (Folio 17-18, Cuaderno No. 1)

4.1.3. Salud Total E.P.S. cumplió con el pago de los primeros 180 días de incapacidad, periodo comprendido entre el 9 de abril de 2010 al 20 de noviembre del mismo año. (Folio 19, Cuaderno No. 1)

4.1.4. Aunque el señor Fredy William Cortés Rincón se encontraba desafiliado de Salud Total E.P.S., al momento continúa vinculado en calidad de cotizante dependiente de Colombiana de Barriles, desde el 1 de julio de 2014. (Folio 17, Cuaderno No. 1)

4.1.5. Por medio de dictamen del 9 de mayo de 2012, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez otorgó al peticionario una pérdida de capacidad laboral de 43.90%, de origen común y fecha de estructuración del 20 de mayo de 2011.

4.1.6. Mediante dictamen del 15 de agosto de 2014, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó que el actor presenta una pérdida de capacidad laboral de 52.75%, de origen común, con fecha de estructuración del 20 de mayo de 2011. (Folio 27-44, Cuaderno No. 1)

4.1.7. En atención a la nueva calificación, el 22 de agosto de 2014, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez ante COLPENSIONES.

4.1.8. El 19 de enero de 2015, presentó una nueva acción de tutela requiriendo la protección de su derecho de petición, en atención a que COLPENSIONES no había dado respuesta a su solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, radicada el 22 de agosto del 2014.

4.1.9. A través de la sentencia del 28 de enero de 2015, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Caldas, tuteló el derecho fundamental de petición del señor Cortés Rincón y ordenó a COLPENSIONES que procediera a dar respuesta clara y de fondo a la petición radicada el 22 de agosto del 2014. (Folios 55-57, Cuaderno No.1)

4.1.10. Al momento, la Administradora Colombiana de Pensiones no se ha pronunciado sobre la pensión de invalidez solicitada.

4.2. ANOTACIÓN PREVIA

4.2.1. Antes de hacer referencia al caso del señor Cortés Rincón, la Sala aclara que el demandante había presentado una acción de tutela solicitando la protección a su derecho fundamental de petición contra COLPENSIONES por cuanto no había recibido respuesta a su solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

4.2.2. Por lo anterior, el fallo que estudiará esta Corporación es el correspondiente al proferido por el Juzgado 6° Civil Municipal en Oralidad de Manizales el 4 de julio de 2014, y no se referirá al expedido por el Juzgado 3° Penal del Circuito de Manizales el 28 de enero de 2015 en el que concede el derecho de petición del accionante.

4.2.3. De esta manera, se tiene que no se presenta el fenómeno de cosa juzgada por cuanto en la decisión del 28 de enero de 2015 se buscaba la protección del derecho de petición, mientras que en el fallo que se estudiará, se presentó la acción de tutela solicitando los derechos al mínimo vital, la vida digna, el debido proceso y la seguridad social del peticionario. En otras palabras, se trata de circunstancias fácticas y jurídicas distintas.

4.3. EXAMEN DE PROCEDENCIA

4.3.1. En el expediente de la referencia, la legitimación en la causa por activa se encuentra acreditada debido a que el titular de los derechos, el señor Fredy William Cortés Rincón, promovió la acción de amparo. Así mismo ocurre con la legitimación por pasiva, ya que se encuentra demostrado dentro del proceso que se demandó a la E.P.S. Salud Total y dentro del término del traslado se vinculó de manera oficiosa a la Administradora Colombiana de Pensiones mediante auto del 25 junio de 2014.

4.3.2. Por otra parte, la Corporación ha indicado sobre el requisito de inmediatez que la acción de tutela debe interponerse en un tiempo prudencial entre la omisión lesiva de los derechos y la interposición de la acción[36]. Ahora bien, si observamos el caso concreto encontramos que la primera incapacidad data del 9 de abril de 2010 y la acción de tutela se interpuso el 18 de junio de 2014. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el actor solicitó únicamente el reconocimiento y pago de las incapacidades comprendidas entre el 16 de marzo de 2013 y el 01 de febrero de 2014, tiempo que se considera prudencial para solicitar por esta vía la protección de los derechos reclamados.

Adicionalmente, se debe hacer hincapié en el hecho que las incapacidades se han expedido de manera sucesiva y hasta la fecha. Sobre este punto, la Corte ha dicho que no se debe exigir de manera estricta el cumplimiento del requisito de inmediatez aunque se dejara pasar mucho tiempo desde el hecho que originó por primera vez la vulneración y aquel en el que se presenta la tutela, cuando la afectación a los derechos fundamentales es continua y actual.

Sobre el particular, la sentencia T-468 de 2006[37] expuso lo siguiente:

“La Corte Constitucional ha sostenido que en los únicos dos casos en que no es exigible de manera estricta el principio de inmediatez en la interposición de la tutela, es cuando “(i)...se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual. Y [cuando] (ii) la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros.” (Énfasis de la Sala)

4.3.3. Para terminar, tal cómo se estableció en la parte considerativa de esta sentencia, la acción de tutela es procedente de manera excepcional para resolver controversias de índole económica. Un ejemplo de ello es el reconocimiento y pago de incapacidades de origen común, caso en el cual la jurisprudencia ha indicado que el amparo se torna procedente y necesario cuando se busca de manera inmediata proteger un derecho fundamental y, además, evitar un perjuicio irremediable.

Del estudio del presente caso, la Sala puede concluir que el accionante efectivamente cuenta con otros mecanismos de defensa judicial; no obstante, y en vista de que se trata de proteger su derecho fundamental al mínimo vital, a una vida digna y a la seguridad social, debido a que acumula más de 1300 días de incapacidad, someter su controversia al trámite regular ante la jurisdicción ordinaria laboral solo perpetuaría su estado de vulnerabilidad pues la acción ordinaria no resulta eficaz.

Al respecto, hay que indicar que la Corte Constitucional ha señalado que “la solicitud de amparo no sustituye los medios ordinarios de defensa ante los jueces o autoridades

administrativas por lo que goza de un carácter subsidiario y residual.”[38] Este carácter subsidiario de la acción de tutela se aplica al presente caso por cuanto para evitar que se continúe consumando un perjuicio irremediable para el accionante, esta Corporación conocerá de la solicitud elevada por el señor Fredy William Cortés Rincón ya que de esperar respuesta por la vía ordinaria el trámite mantendría en el tiempo la vulneración de los derechos fundamentales reclamados por el peticionario.

4.4. ANÁLISIS DE LA PRESUNTA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ACCIONANTE

La Sala estudia la presunta vulneración de los derechos del señor Fredy William Cortés Rincón, a quien no se le han reconocido las incapacidades de origen común que le fueron expedidas, las cuales superan los 180 días y van desde el 21 de noviembre de 2010 hasta el 10 de marzo de 2014. No obstante, dentro del trámite de la acción la Sala constató que mediante dictamen del 15 de agosto de 2014, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez modificó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y lo fijó en 52.75% de origen común, con fecha de estructuración del 20 de mayo de 2011.

Aunado a lo anterior, el accionante ya solicitó la pensión de invalidez al Fondo de Pensiones y ante la negativa del mismo a dar curso al trámite, presentó una acción de tutela que correspondió por reparto al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Caldas, que tuteló el derecho fundamental de petición del señor Cortés Rincón y ordenó a COLPENSIONES que procediera a dar respuesta clara y de fondo a la petición radicada el 22 de agosto del 2014. Sin embargo, la entidad demandada dentro del trámite de dicha acción de tutela no acató la orden emitida por el juez constitucional.

En atención a los nuevos hechos y elementos materiales probatorios conocidos, corresponde determinar si Fredy William Cortés Rincón cumple los requisitos para ser beneficiario de la pensión de invalidez y para ello habrá que estudiar el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que establece lo siguiente:

ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. (Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003). El nuevo texto es el siguiente: Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.[39]

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.[40]

Descendiendo al caso concreto, basta señalar que el último dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó que el accionante cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 52.75% y de la historia laboral se desprende que dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración el accionante acredita más de 1000 días cotizados, lo que en semanas representaría 142 semanas, es decir, mucho más de lo exigido por la ley[41].

Cabe recordar, que mediante varios pronunciamientos jurisprudenciales esta Corporación ha señalado que la acción de tutela resulta procedente para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, habida cuenta de la afectación al mínimo vital que sufre la persona que se encuentra en situación de discapacidad.

Sobre el particular, la sentencia T-043 de 2007[42] señaló: “La jurisprudencia reiterada de la Corte ha establecido que, de manera general, la acción de tutela resulta improcedente para el reconocimiento de pensiones. No obstante lo anterior, el amparo constitucional será viable excepcionalmente, cuando en el caso sujeto a examen concurren las siguientes tres condiciones: (i) que la negativa al reconocimiento de la pensión de invalidez, jubilación o vejez se origine en actos que en razón a su contradicción con preceptos superiores puedan, prima facie, desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre las actuaciones de la administración pública; (ii) que esa negativa de reconocimiento de la prestación vulnere o amenace un derecho fundamental; y (iii) que la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable”

Al realizar el análisis del caso puesto a consideración de la Sala, se pudo establecer que: i) al actor le fueron expedidas incapacidades laborales desde el 9 de abril de 2010, hasta el 10 de marzo de 2014; ii) el peticionario solicitó el pago de las incapacidades radicadas desde el 16 de marzo de 2013 hasta el 01 de febrero de 2014; iii) la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó que la fecha de estructuración es el 20 de mayo de 2011 y señaló que la pérdida de capacidad laboral es del 52.75% de origen común, y iv) de la

lectura de la historia laboral se desprende que el actor cumple con el requisito de 50 semanas cotizadas contenido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, para la pensión de invalidez.

Sumado a lo anterior, se encuentra acreditado que el accionante solicitó la pensión de invalidez el 22 de agosto de 2014 ante COLPENSIONES, entidad que no resolvió la solicitud dentro de los cuatro meses que le concede el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y que desconoció el fallo de tutela proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Caldas, que tuteló el derecho fundamental de petición del señor Cortés Rincón ordenando que se diera respuesta clara y de fondo a la petición radicada. Por lo tanto, no es razonable que el accionante tenga que soportar cargas a las que no está obligado y lo que corresponde en el caso es proferir una solución definitiva a su controversia sin continuar perpetuando el estado de vulneración en el que se encuentra.

Por los argumentos expuestos, esta Sala de Revisión, revocará el fallo proferido el cuatro (4) de julio de dos mil catorce (2014), por el Juzgado 6° Civil Municipal en Oralidad de Manizales, que negó el amparo de los derechos del accionante, para en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la dignidad humana y a la seguridad social del actor.

De igual manera, se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, se inicien los trámites para el reconocimiento de la pensión de invalidez del señor Fredy William Cortés Rincón, con el fin de que en el término máximo de un mes quede incluido en nómina, teniendo en cuenta las consideraciones de esta providencia.

4.5. HECHOS PROBADOS EXPEDIENTE T-4.595.730.

4.5.1. La señora María Lucelly Loaiza García, de 54 años de edad, se ha desempeñado desde el año 1995 como trabajadora del señor Reinaldo Aguirre Pérez dentro de la Fábrica de Cera los Cedros en donde se trabajaba envasando, sellando, etiquetando y transportando cajas y envases de productos.

4.5.2. La accionante sufre de síndrome de manguito rotador del hombro derecho, hombro congelado, episodio depresivo grave y HTA estadio I.

4.5.3. Fue calificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez con pérdida de capacidad laboral del 45.98%, con fecha de estructuración del 6 de julio de 2012, mediante dictamen expedido el 29 de enero de 2013. (Folios 9-10, Cuaderno No. 3)

4.5.4. La Junta Nacional de Calificación de Invalidez, confirmó el dictamen presentado por la Junta Regional en el sentido de establecer como porcentaje de pérdida de capacidad laboral 45.98%. (Folios 11-13, Cuaderno No. 3)

4.5.5. A la accionante le fueron expedidas incapacidades desde el 17 de enero de 2011 hasta el 17 de abril de 2014. (Folios 122-125, Cuaderno No. 3)

4.5.6. La EPS canceló las incapacidades comprendidas entre el 17 de enero de 2011 y el 3 de agosto de 2011. Sin embargo, luego de ello no se reconoció el pago de las incapacidades subsiguientes, razón por la cual, el 11 de febrero de 2013 interpuso acción de tutela en contra del Fondo de Pensiones Protección.

4.5.7. Mediante providencia del 25 de febrero de 2013, el Juzgado 6° Penal Municipal de Control de Garantías amparó los derechos de petición, al mínimo vital, a la seguridad social y ordenó el pago de incapacidades causadas desde el mes de septiembre de 2012, hasta que el dictamen de pérdida de capacidad laboral de la demandante quedara en firme.

4.5.8. El 11 de abril de 2013, el Juzgado 6° Penal del Circuito, revocó el fallo impugnado debido al considerar que los Fondos de Pensiones no son responsables del pago de incapacidades superiores a 180 días, cuando el concepto de rehabilitación es favorable.

4.5.9. Salud Total E.P.S. solicitó el 27 de enero de 2014, una nueva calificación de pérdida de capacidad laboral a la AFP Protección, debido al diagnóstico desfavorable de recuperación y mejoría. (Folios 35-37, Cuaderno No.3)

4.5.10. Protección no aceptó la solicitud de recalificación, en atención a que dicho procedimiento ya se había surtido ante el Fondo de Pensiones y la Junta Regional y Nacional de Calificación.

4.5.11. El empleador no ha procedido a reintegrar a la señora María Lucelly Loaiza García, argumentando que la trabajadora no puede realizar las labores manuales que requiere su puesto de trabajo. Por otra parte, advierte que en la fábrica no cuentan con otro puesto en

el que se pueda desempeñar. (Folio 22, Cuaderno No.3)

4.5.12. Salud Total E.P.S. determinó que existía pronóstico favorable de recuperación, mediante un concepto actualizado de rehabilitación del 22 de septiembre de 2014. (Folio 26, Cuaderno No.1)

4.5.13. Mediante llamada telefónica la accionante comunicó que fue reintegrada a sus labores, pero que no le fue posible continuar con las mismas debido a que su patología no presenta mejoría, así mismo, expresó que se encuentra pendiente una nueva calificación de pérdida de capacidad laboral.

4.6. ANOTACIÓN PREVIA

4.6.1. Antes de realizar cualquier tipo de consideración, la Sala advierte que la accionante ya había presentado una acción de tutela el 11 de febrero de 2013, solicitando el pago de las incapacidades desde el 19 de septiembre de 2012, hasta la fecha en que se reconociera su pensión, lo cual no ha ocurrido. Así pues, mediante sentencia del 25 de febrero de 2013, el Juzgado 6° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Manizales concedió el amparo de los derechos y ordenó el pago de las incapacidades comprendidas entre el mes de septiembre de 2012, hasta que el dictamen de pérdida de capacidad laboral quedara en firme. Con posterioridad, el Juzgado 6° Penal del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 11 de abril de 2013, que revocó el fallo de primera instancia y negó el pago de las incapacidades.

4.6.2. Por lo anterior, se encuentra configurada la cosa juzgada constitucional respecto de las incapacidades causadas desde el 19 de septiembre de 2012, hasta el 11 de abril de 2013, fecha para la cual se resolvió la segunda instancia en el trámite de la primera acción de tutela presentada por la accionante.

4.7. EXAMEN DE PROCEDENCIA

4.7.1. El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, regula la legitimación en la causa por activa dentro del ejercicio de la acción de tutela. Para el caso concreto, este requisito se cumple cabalmente pues la acción se presentó por la señora María Lucelly Loaiza García, persona que se encuentra legitimada para solicitar el amparo de sus derechos. Así mismo, la

legitimación por pasiva dentro del trámite se acredita pues en el término de traslado se ordenó notificar a la AFP Protección, Salud Total E.P.S. y a Reinaldo Aguirre Pérez, empleador de la accionante, para que se pronunciaran sobre los hechos materia de petición.

4.7.2. Adicionalmente, la Sala reitera lo antes expuesto en esta providencia sobre la flexibilización del requisito de inmediatez que opera en aquellos eventos en que se “se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual”. En el presente caso, se puede ver de manera clara que las incapacidades iniciaron el 17 de enero de 2011 y se han extendido hasta el año 2014, por lo que la vulnerabilidad es continua y actual.

4.7.3. Para terminar el análisis de procedencia, se reitera que la acción de tutela se configura como el instrumento adecuado para solicitar el pago de incapacidades cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable y se está buscando la protección de un derecho de carácter fundamental, tal como lo sostuvo esta Corporación mediante Sentencia T-014 de 2014[43] en donde señaló que la tutela es procedente cuando se trata de personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta por su condición física, económica o mental y elevan solicitudes para obtener la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada.

4.7.4. Así mismo, debe señalarse que la accionante puede recurrir a la jurisdicción ordinaria la cual no resultaría eficaz para resolver su controversia teniendo en cuenta el tiempo que se utilizaría para solucionar su situación, que en la actualidad es de vulnerabilidad al no estar recibiendo ningún ingreso económico y porque ninguna entidad ha asumido el pago de las incapacidades. Por lo anterior, frente al principio de subsidiariedad de la acción de tutela, la Corte Constitucional ha indicado que el mismo debe ser coherente con la garantía de los derechos fundamentales por lo que en determinadas circunstancias la tutela procede para proteger derechos cuya garantía no puede postergarse[44], situación que se presenta en el caso concreto.

4.8. ANÁLISIS DE LA PRESUNTA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

DE LA ACCIONANTE

4.8.1. Corresponde a la Sala pronunciarse sobre la vulneración de los derechos de la señora María Lucelly Loaiza García, a quien se le han expedido incapacidades laborales por más de 180 días, sin que su fondo de pensiones responda por el pago de dicha prestación. Sin embargo, y tal como se estableció anteriormente, la accionante había interpuesto una acción similar solicitando el pago de incapacidades desde el 11 de febrero de 2013 hasta la fecha en que se reconociera su pensión[45], motivo por el cual operó la figura de la cosa juzgada.

Dicho esto, corresponde señalar que dentro del expediente se encuentra probado que Salud Total E.P.S. ha reconocido los primeros 180 días de incapacidad[46], con posterioridad, ninguna de las entidades del Sistema General de Seguridad Social ha reconocido y efectuado el pago de dineros por concepto de incapacidades superiores a 180 días, lo cual genera una afectación en los derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital de la señora Loaiza García, que no cuenta con un ingreso del cual pueda derivar su sustento y con el que pueda cubrir sus necesidades básicas.

Así mismo, se encuentra acreditado que el 22 de septiembre de 2014, Salud Total E.P.S. emitió concepto favorable de rehabilitación para la peticionaria, por lo cual, siguiendo las reglas jurisprudenciales antes enunciadas, “si el afiliado no alcanza el porcentaje mínimo requerido para consolidar el derecho pensional, y por su estado de salud le siguen ordenando incapacidades laborales, le corresponderá al fondo de pensiones continuar con el pago de aquéllas, siempre que exista un concepto médico favorable de rehabilitación o hasta que se emita, o, hasta tanto se pueda efectuar una calificación de su invalidez”[47]. (Énfasis de la Sala)

4.8.2. De lo anterior se extrae que en principio el empleador está obligado a reintegrar a la trabajadora a su puesto habitual de trabajo, o reubicarla en un puesto de igual o mejor jerarquía. No sobra recordar que se deben realizar los aportes a la seguridad social y que la terminación del vínculo laboral de la trabajadora procede únicamente con la autorización del Ministerio del Trabajo, debido a que el trabajador es un sujeto de especial protección constitucional[48]. No obstante, y en atención a que la peticionaria ya fue reintegrada y no fue posible que cumpliera con sus labores por sus problemas de salud, corresponde al

Fondo de Pensiones Protección el pago de las incapacidades expedidas desde el 06 de marzo de 2013 al 16 de abril de 2014, y de las que sobrevengan hasta que se efectuó la nueva calificación de invalidez que determine si la actora tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez.

4.8.3. En virtud de lo expuesto, esta Sala de Revisión, revocará parcialmente el fallo emitido el 14 de junio de 2014 por el Juzgado 4° Civil Municipal de Manizales, que revocó parcialmente el fallo del 22 de agosto de 2014 del Juzgado 2° Civil del Circuito de Manizales, para en su lugar CONCEDER la protección de los derechos al mínimo vital, a la dignidad humana y a la seguridad social de la actora.

De igual manera, se ordenará al Fondo de Pensiones Protección que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, pague las incapacidades expedidas desde el 06 de marzo de 2013 al 16 de abril de 2014. Así mismo, que cancele las incapacidades que sobrevengan hasta que se efectuó la nueva calificación de pérdida de capacidad laboral a la señora María Lucelly Loaiza García y se determine si se cumplen los requisitos para acceder a la pensión de invalidez.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- En el expediente T-4.585.551, REVOCAR el fallo proferido el cuatro (4) de julio de dos mil catorce (2014), por el Juzgado 6° Civil Municipal en Oralidad de Manizales, que negó el amparo de los derechos del accionante, para en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la dignidad humana y a la seguridad social del actor.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, se inicien los trámites para el reconocimiento de la pensión de invalidez del señor Fredy

William Cortés Rincón, con el fin de que en el término máximo de un mes quede incluido en nómina, teniendo en cuenta las consideraciones de esta providencia.

TERCERO.- EXHORTAR a Salud Total E.P.S. para que en lo sucesivo cumpla cabalmente con su obligación de acompañamiento y asesoría de los usuarios en los trámites de solicitud de incapacidades que superen los 180 días.

CUARTO.- En el expediente T-4.595.730, CONFIRMAR PARCIALMENTE el fallo del 22 de agosto de 2014 del Juzgado 2° Civil del Circuito de Manizales, para CONCEDER la protección de los derechos al mínimo vital, a la dignidad humana y a la seguridad social de María Lucelly Loaiza García.

QUINTO.- ORDENAR al Fondo de Pensiones Protección que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, pague las incapacidades expedidas desde el 06 de marzo de 2013 al 16 de abril de 2014. Así mismo, que cancele las incapacidades que sobrevengan hasta que se efectué la nueva calificación de pérdida de capacidad laboral a la señora María Lucelly Loaiza García y se determine si se cumplen los requisitos para acceder a la pensión de invalidez.

SEXTO.- Para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, el juzgado de origen hará las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrada (E)

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

ANDRES MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

[1] Sala de Selección número once (11) de 2014, integrada por los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[2] Folio 3, Cuaderno No.2

[3] Folios 4-15, Cuaderno No. 2.

[4] Folio 21, Cuaderno No. 2

[5] Folios 58 – 70, Cuaderno No. 1.

[6] Folio 49, Cuaderno No.2

[7] Folios 27-44, Cuaderno No.1

[8] Folios 66-73, Cuaderno No.1

[9] Folios 3-8, Cuaderno No. 3.

[10] Folios 9-10, Cuaderno No. 3.

[12] Folios 16-19, Cuaderno No. 3.

[13] Folios 20-21, Cuaderno No. 3.

[14] Folio 22, Cuaderno No. 3.

[15] Folio 23, Cuaderno No. 3.

[16] Folios 35-37, Cuaderno 3.

[17] Folios 49-57 y 62-67, Cuaderno No. 3.

[18] Folios 69-71, Cuaderno No. 3.

[19] Folios 72-89, Cuaderno No. 3.

[20] Folios 90-102, Cuaderno No.3.

[21] Folios 27-44, Cuaderno No.1

[22] Ver sentencias T-311 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y SU 772 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[23] Ver sentencia T-311 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[24] Ver sentencia T-669 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[25] M.P. María Victoria Calle Correa.

[26] M.P. María Victoria Calle Correa.

[27] M.P. María Victoria Calle Correa

[28] M.P. María Victoria Calle Correa

[29] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[30] M.P. Alexei Julio Estrada.

[31] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[32] M.P. Mauricio González Cuervo.

[33] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[34] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[35] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[36] Al respecto ver las sentencias T-743 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1037 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo y T-357 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[37] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[38] Sentencia de la Corte Constitucional T-037 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[39] El siguiente aparte fue declarado inexecutable por la Sentencia de la Corte Constitucional C-428 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo: y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

[40] El siguiente aparte fue declarado inexecutable por la Sentencia de la Corte Constitucional C-428 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo: y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

[41] Folio 15, Cuaderno No. 1

[42] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[43] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[44] Sentencia de la Corte Constitucional T-043 de 2014. M.P.

[45] Expediente T-4.014.183, No seleccionado por la Corte Constitucional para su revisión mediante Auto del 29 de Agosto de 2013.

[46] Folios 122-123, Cuaderno No.1

[47] Ver sentencia T-729 de 2012, M.P. Alexei Julio Estrada.

[48] Ver sentencia T-004 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo.