

Sentencia T-106-09

Referencia: expediente T-2022231

Acción de tutela instaurada por María de los Remedios Gámez Pimienta contra el Instituto de Seguros Sociales.

Magistrada Ponente (E):

Dra. CLARA ELENA REALES GUTIERREZ

Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil nueve (2009)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Clara Elena Reales Gutiérrez (e), Jaime Córdoba Triviño y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido, en primera instancia, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha, y, en segunda instancia, por el Tribunal Superior de Riohacha, Sala de decisión Civil-Familia-Laboral, dentro del proceso iniciado por María de los Remedios Gámez Pimienta contra el Instituto de Seguros Sociales.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del Auto de veintitrés (23) de septiembre de dos mil ocho (2008) proferido por la Sala de Selección Número Nueve.

Teniendo en cuenta que el problema jurídico que suscita la presente acción de tutela ya ha sido objeto de otros pronunciamientos por parte de esta Corporación, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional decide reiterar lo dispuesto por la jurisprudencia para este tipo de casos. Por tal razón, de acuerdo con sus atribuciones constitucionales y legales, la presente sentencia será motivada brevemente.¹

1. Antecedentes y decisión que se revisa.

1.1. María de los Remedios Gámez Pimienta presentó acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales por considerar que dicha entidad ha vulnerado sus derechos a la vida digna, el mínimo vital, y la salud. Relata que tiene 51 años y es madre de cinco hijos de los cuales uno depende de ella económicamente. Trabaja como empleada del servicio doméstico de María de los Santos Escudero y se encuentra afiliada al Instituto de Seguros Sociales desde el 30 de agosto de 1995. El 26 de junio de 2007 sufrió: “una pérdida súbita del conocimiento acompañada de una descompensación muscular (ausencia de fuerza) del lado derecho de su cuerpo, lo que los médicos denominaron ISQUEMIA CEREBRAL, quedando como secuela una HEMIPARESIA DERECHA.”

Después de realizarle este estudio, su médico tratante ordenó las siguientes incapacidades:

- * 10 de julio de 2007 por 30 días (folio 28)
- * 9 de octubre de 2007 por 30 días (folio 31)
- * 9 de noviembre de 2007 por 30 días (folio 30)
- * 9 de diciembre de 2007 por 30 días (folio 30)
- * 9 de enero de 2008 por 30 días (folio 29)
- * 9 de febrero de 2008 por 30 días (folio 29)

Sin embargo, la EPS niega el pago de las anteriores incapacidades con el argumento de que las cotizaciones no fueron realizadas de manera completa.

Con base en los anteriores hechos, solicita que se tutelen sus derechos y “Se ordene al representante legal del Instituto de Seguros Sociales o a quien haga sus veces, que dentro de un término prudencial perentorio proceda a efectuar el pago de las incapacidades que hasta la fecha le adeuda ese instituto a la señora María de los Remedios Gámez Pimienta.” Adicionalmente, solicita: “Se ordene al representante legal del Instituto de Seguros Sociales o a quien haga sus veces, que dentro de un

término prudencial perentorio proceda a efectuar reembolso del dinero pagado por la señora María de los Remedios Gámez Pimienta al momento de realizarse el estudio denominado RESONANCIA MAGNÉTICA CONTRASTADA CON GADOLINEO (...)"

1.2. El proceso correspondió, en primera instancia, al Juzgado Segundo Civil del Circuito ante quien intervino el Seguro Social para señalar: "Es cierto que la accionante presentó dos (2) incapacidades por treinta (30) días, correspondiente a julio de 2007, y una que inicia 9 de octubre de 2007 y termina el 8 de noviembre de 2007, las cuales fueron negados sus pagos como consta en el oficio de notificación de fecha de noviembre 30 de 2007 al empleador María Escudero (...) y así mismo, se le informó la razón de la negación por mora en el pago de los aportes. En la base de datos no le aparecen los pagos correspondientes a 2006 los meses de: 01-02-04-10-11, 2007 los meses de: 02-07, tomando los últimos doce (12) meses a partir de la incapacidad que es el período de julio (Decreto 1804 de 1999) y el Decreto 806 de 1998 establece que cuando el empleador se encuentra en mora y se genera una incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, éste deberá cancelar su monto por todo el período de la misma y no habrá lugar a reconocimiento de los valores por parte del Sistema General de Seguro Social." Agrega que en las oficinas del Seguro Social no se han recibido solicitudes adicionales de pago de incapacidades. Por todo lo anterior solicita que se deniegue el amparo.

1.3. El quince (15) de mayo de dos mil ocho (2008) el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha profirió sentencia concediendo el amparo. A juicio del juzgador de primera instancia los requisitos establecidos en la jurisprudencia constitucional en relación con las licencias de maternidad resultaban aplicables al caso, ya que eran similares en al menos tres aspectos: "(i) vulneración del mínimo vital de la accionante por el no pago oportuno de una acreencia de tipo laboral, (ii) actuación contraria a la buena fe por parte de la entidad promotora de salud al no haber requerido oportunamente al empleador para el pago oportuno del aporte, y (iii) pago efectivo, aunque tardío, de los aportes en salud." Por estas razones tuteló los derechos de la demandante y ordenó el pago de las incapacidades adeudadas.

1.4. El Instituto de Seguros Sociales impugnó el fallo de primera instancia, basado en argumentos similares a los de su primera intervención que se resumen en que: (i) la

empleadora no ha realizado todos los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, por lo que es ella quien debería asumir el costo de la incapacidad y (ii) la accionante no ha presentado ante la EPS todas las incapacidades que le ha ordenado el médico tratante sino sólo algunas de ellas.

1.5. El proceso correspondió en segunda instancia al Tribunal Superior de Riohacha, Sala de decisión Civil-Familia-Laboral, que el diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008) profirió sentencia de segunda instancia revocando la decisión de primera instancia y, en su lugar, denegando el amparo solicitado. Según el Tribunal, además de existir otro medio de defensa judicial ante la jurisdicción ordinaria: “[La accionante] en la actualidad cuenta con 51 años de edad [por lo que no se] ubica dentro de las personas de la tercera edad, si se tiene en cuenta que la jurisprudencia constitucional considera como tal a quien a superado los 70 años de vida (sentencia T-452 de 2001). || Aunado a lo anterior, pese a que afirma en su libelo que carece de recursos económicos para cubrir las necesidades básicas de su familia, ello no pasa de ser una afirmación que debió acreditarse durante el trámite de la presente acción. (...)”

2. Actuaciones de la Sala.

2.1. Mediante Auto de dieciocho (18) de diciembre de dos mil ocho (2008) la sala ordenó la vinculación al presente proceso de la empleadora, María de los Santos Escudero, y le solicito se sirviera:

1. “Informar a la Sala cuándo inicio su relación laboral con María de los Remedios Gámez Pimienta.

1. Informar a la Sala desde qué fecha afilió al sistema de Seguridad Social en Salud a María de los Remedios Gámez Pimienta, adjuntando el formulario de afiliación.

1. Informar a la Sala si ha efectuado todos los pagos al Sistema de Seguridad Social en

Salud como empleadora de María de los Remedios Gámez Pimienta, anexando copia de los respectivos comprobantes de los aportes.

1. Informar a la Sala si ha efectuado algún pago al Sistema de Seguridad Social en Salud como empleadora de María de los Remedios Gámez Pimienta de manera extemporánea y si, en alguna oportunidad, la EPS se ha negado a recibir los pagos.”

Adicionalmente se solicitó al Instituto de Seguros Sociales, se sirviera:

1. “Informar a la Sala desde qué fecha se encuentra afiliada a esa entidad María de los Remedios Gámez Pimienta como trabajadora de María de los Santos Escudero.

1. Informar a la Sala si María de los Santos Escudero ha efectuado todos los pagos a esa entidad como empleadora de María de los Remedios Gámez Pimienta, indicando todos los períodos cotizados, inclusive los que han sido pagados de manera extemporánea, e indicando la fecha de cancelación de cada uno.

2. Informar a la Sala si, en alguna oportunidad, esa entidad se ha negado a recibir los pagos de María de los Santos Escudero.”

2.2. El veintiséis (26) de enero la Secretaría General presentó informe a este despacho indicado que, vencido el término probatorio no se había presentado comunicación alguna. Sin embargo, el veintiocho (28) de enero de dos mil nueve (2009) el Instituto del Seguro Social allegó las pruebas solicitadas por la Sala, las cuales serán transcritas en los apartes pertinentes.

3.1. Procedibilidad de la acción de tutela.

3.1.1. La legislación nacional asigna a la jurisdicción ordinaria laboral y de seguridad social, la competencia para resolver los conflictos referentes al sistema de seguridad social.² Como reiteradamente lo ha señalado la jurisprudencia constitucional la tutela no

es el mecanismo para resolver este tipo de conflictos, en razón de su carácter subsidiario. Sin embargo, ha exceptuado esta regla cuando existe amenaza de derechos fundamentales, entre otros, el mínimo vital.³

3.1.2. En el presente proceso, la vulneración del mínimo vital se acredita dentro del expediente ya que: (1) la accionante afirma en su escrito de tutela que su salario “es el único recurso económico” con el que cuenta para “suplir las necesidades básicas de su familia”; (2) devenga un salario mínimo como retribución por su trabajo en el servicio doméstico y (3) la enfermedad que padece le ha dejado secuelas incapacitantes para desempeñar cualquier actividad.⁴

3.2. Pago de las incapacidades por enfermedad general.

3.2.1. El Decreto 806 de 1998 al regular el pago de incapacidades por enfermedad general, en relación con el pago de la incapacidad en caso de mora del empleador, estableció que es éste quien debe asumirla: “Artículo 80. Pago de incapacidades y licencias. Cuando el empleador se encuentre en mora y se genere una incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad éste deberá cancelar su monto por todo el período de la misma y no habrá lugar a reconocimiento de los valores por parte del Sistema General de Seguridad Social ni de las Entidades Promotoras de Salud ni de las Adaptadas.”

El Decreto 1804 de 1999 a su vez fijó requisitos más estrictos para el pago o reembolso de las incapacidades generales a los empleadores y trabajadores independientes: (i) haber cancelado en forma completa las cotizaciones durante el año anterior a la fecha de solicitud, en caso de que quien reclame sea el empleador la regla debe cumplirse frente a todos los trabajadores (artículo 215); (ii) que los pagos hayan sido efectuados de manera oportuna al menos 4 de los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho (artículo 21); (iii) no tener deudas pendientes con EPS o IPS (artículo 216); (iv) cuando no proceda el pago de la incapacidad por parte de la EPS o el empleador incurra en mora en las cotizaciones causadas durante la incapacidad será este el que deberá asumir su pago (artículo 21); (v) se requiere también suministrar información veraz y cumplir con las reglas de movilidad entre entidades (artículo 217).

3.2.2. La Jurisprudencia constitucional ha establecido, a su vez, reglas diversas relacionadas con el pago de las incapacidades cuando el empleador incumple alguno de los requisitos establecidos en la regulación, dependiendo del comportamiento de la EPS frente al incumplimiento y el tipo de requisito que incumple:

i. Cuando el empleador realiza pagos extemporáneos de las cotizaciones pero la EPS los recibe, se allana a la mora y debe pagar incapacidad por enfermedad general a su empleado.⁸

i. Cuando el empleador realiza pagos extemporáneos que son rechazados por la EPS, deja de pagar las cotizaciones, o incumple cualquiera de los requisitos legales para el empleado pueda acceder al pago de su incapacidad por enfermedad general, se hace responsable por el pago de la misma.⁹

3.2.3. En el presente caso, según las pruebas aportadas al expediente, la empleadora ha dejado de cotizar al menos un mes, durante casi todos los años en los cuales María de los Remedios Gámez Pimienta ha trabajado con ella, desde 1994, sin que en el expediente se haya siquiera afirmado la posible intermitencia en la relación laboral o la celebración de contratos sucesivos, que justifiquen la discontinuidad en la cotización. A continuación se relacionan los meses en los cuales no se ha efectuado el aporte a salud:

* 1995: 02,03, 07

* 1996: 06, 09, 12

* 1997: 06

* 2000: 04, 05, 06

* 2001: 03

* 2002: 10

* 2004: 12

* 2005: 03, 06, 11, 12

* 2006: 01, 02, 11

* 2007:07

Lo anterior muestra que no ha sido accidental ni excepcional el descuido de María de los Santos Escudero en relación con sus obligaciones como empleadora, sino más bien un patrón de comportamiento.

Por otra parte, la ausencia de pago de los aportes sólo afecta el pago de la incapacidad, cuando ocurre durante el año anterior a la incapacidad (requisito i). En el siguiente caso se muestra cómo la ausencia de pago de los aportes, por parte de la empleadora, afecta todas las incapacidades ordenadas por el médico tratante:

Fecha de la incapacidad

Año anterior

Mora en los aportes

10 de julio de 2007 por 30 días (folio 28)

10 de julio de 2006 a 10 de julio de 2007

Noviembre de 2006 y julio de 2007.

9 de octubre de 2007 por 30 días (folio 31)

Noviembre de 2006 y julio de 2007.

9 de noviembre de 2007 por 30 días (folio 30)

9 de noviembre de 2006 a 9 de noviembre de 2007

Noviembre de 2006 y julio de 2007.

9 de diciembre de 2007 por 30 días (folio 30)

9 de diciembre de 2006 a 9 de diciembre de 2007

Julio de 2007.

9 de enero de 2008 por 30 días (folio 29)

9 de enero de 2007 a 9 de enero de 2008

Julio de 2007.

9 de febrero de 2008 por 30 días (folio 29)

9 de febrero de 2007 a 9 de febrero de 2008

Julio de 2007.

Además de no haber cancelado los aportes durante el año anterior al momento en que se generaron las incapacidades, la empleadora tiene deudas con la EPS, en relación con estos meses.

3.2.4. Dado que la empleadora ha incumplido varios de los requisitos establecidos en la regulación para que la empleada pueda acceder a las prestaciones económicas a las que tiene derecho, es ella quien deberá pagarlas.

Por las anteriores razones, en la parte resolutive de esta providencia, se ordenará a María de los Santos Escudero que, dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de esta providencia cancele la totalidad de las incapacidades que hayan sido ordenadas a María de los Remedios Gámez Pimienta y cuyo pago por parte de la EPS, no resulte procedente en razón de la mora en los aportes.

Así mismo, la Corte prevendrá a María de los Santos Escudero para que en el futuro cumpla con todas las obligaciones que le corresponden como empleadora de María de los Remedios Gámez Pimienta, incluidos los aportes oportunos al Sistema General de

Seguridad Social en Salud.

Por tratarse de una persona que se encuentra en una posición de vulnerabilidad, debido a que posiblemente padece una discapacidad y tiene un ingreso bajo, la Corte Constitucional adoptará dos decisiones adicionales. En primer lugar, ordenará que la presente providencia se tenga como título ejecutivo para iniciar un proceso ejecutivo ante la jurisdicción ordinaria, contra María de los Santos Escudero en caso de que no cumpla con el pago dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la presente sentencia. En segundo lugar, para asegurar que el pago sea rápido y efectivo, la presente decisión será comunicada a la Defensoría del Pueblo, Regional Guajira, para que a través del sistema de defensoría pública brinde acompañamiento a la accionante en todo el proceso, incluido un eventual apoderamiento judicial de oficio por el cobro ejecutivo de lo adeudado, hasta tanto sus derechos hayan sido restablecidos.

La Sala también advertirá que, en razón de las decisiones adoptadas en la presente providencia, María de los Santos Escudero no podrá adoptar ninguna acción de represalia o discriminación contra María de los Remedios Gámez Pimienta como su despido sin justa causa. El cumplimiento de cualquiera de estas órdenes podrá ser tramitado a través del incidente de desacato

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha, de conformidad con el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, verificará que se dé cumplimiento a lo ordenado en la presente providencia por los medios que resulten adecuados, hasta que considere restablecidos los derechos de María de los Remedios Gámez Pimienta.

3.3. Imposibilidad de ordenar el reembolso de las sumas de dinero.

3.3.1. La Corte Constitucional reiteradamente ha señalado en su jurisprudencia, que la acción de tutela no es un mecanismo diseñado con el fin de obtener el reembolso de dineros por la asunción de gastos médicos.¹⁰ Con todo, ha considerado que esta regla no es inflexible y excepcionalmente el juez de tutela puede ordenar el reembolso de sumas de dinero gastadas en servicios médicos cuando se trata de servicios de urgencias.¹¹

En el presente caso, tal y como lo señaló la accionante en su escrito de tutela, los servicios

médicos que costeó con sus propios recursos correspondían a exámenes diagnósticos y no a servicios de urgencias, por lo que, reiterando la jurisprudencia constitucional, se negará esta solicitud.

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

RESUELVE

Primero.- Levantar los términos suspendidos.

Segundo.- REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Riohacha, Sala de decisión Civil-Familia-Laboral, que le diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008) y en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud y al mínimo vital de María de los Remedios Gámez Pimienta.

Tercero.- Ordenar a María de los Santos Escudero que, dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de esta providencia, cancele la totalidad de las incapacidades que hayan sido ordenadas a María de los Remedios Gámez Pimienta y cuyo pago por parte de la EPS, no resulte procedente en razón de la mora en los aportes.

Cuarto.- Prevenir a María de los Santos Escudero para que en el futuro cumpla con todas las obligaciones que le corresponden como empleadora de María de los Remedios Gámez Pimienta, incluidos los aportes oportunos al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Así mismo, se advierte que, en razón de las decisiones adoptadas en la presente providencia no podrá adoptar ninguna acción de represalia o discriminación contra María de los Remedios Gámez Pimienta.

Quinto.- La presente providencia es un título ejecutivo para iniciar un proceso ejecutivo ante la jurisdicción ordinaria, contra María de los Santos Escudero en caso de que no cumpla con el pago dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia.

Sexto.- Comunicar a través de la Secretaría General de esta Corporación, la presente providencia a la Defensoría del Pueblo, Regional Guajira, para que a través del sistema de defensoría pública brinde acompañamiento a la accionante en todo el proceso, incluido

un eventual apoderamiento judicial de oficio por el cobro ejecutivo de lo adeudado, hasta tanto sus derechos hayan sido restablecidos.

Octavo.- Para garantizar la efectividad de la acción de tutela, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha notificará esta sentencia dentro del término de cinco días después de haber recibido la comunicación, de conformidad con el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Noveno.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CLARA ELENA REALES GUTIERREZ

Magistrada Ponente (E)

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

2 Código procesal del trabajo y de la seguridad social. Decreto-ley 2158 de 1948. Artículo 2o. competencia general. (Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001). La Jurisdicción Ordinaria, en su especialidad laboral y de seguridad social conoce de: (...)4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades

administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.

3 Ver, entre muchas otras, las sentencias: T-680 de 2008 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-365 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-948 de 2007 (MP Mauricio González Cuervo).

4 La principal secuela de la isquemia cerebral que sufrió la accionante es la hemiparesia derecha. En el expediente también consta que la accionante padece lupus erimatoso sistémico (folio 11, cuaderno 2).

5 Decreto 1804 de 1999: “Artículo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas: || 1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho. || Cuando el empleador reporte la novedad de ingreso del trabajador, o el trabajador independiente ingrese por primera vez al Sistema, el período de que trata el presente numeral se empezará a contar desde tales fechas, siempre y cuando dichos reportes de novedad o ingreso al Sistema se hayan efectuado en la oportunidad en que así lo establezcan las disposiciones legales y reglamentarias. || Esta disposición comenzará a regir a partir del 1o. de abril del año 2000. (...)”

6 Decreto 1804 de 1999: “Artículo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas: (...) 2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a

las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora. || Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema. || En estos mismo eventos, el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias. (...)”

7 Decreto 1804 de 1999: “Artículo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas: (...) 3. Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al sistema. || 4. No haber omitido su deber de cumplir con las reglas sobre períodos mínimos para ejercer el derecho a la movilidad durante los dos años anteriores a la exigencia del derecho, evento en el cual, a más de la pérdida de los derechos económicos, empleado y empleador deberán responder en forma solidaria por los aportes y demás pagos a la entidad promotora de salud de la que pretenden desvincularse o se desvincularon irregularmente. || Para este efecto, los pagos que deberán realizar serán equivalentes a las sumas que falten para completar el respectivo año de cotización ante la entidad de la que se han desvinculado, entidad que deberá realizar la compensación una vez reciba las sumas correspondientes.”

8 Ver entre muchas otras las sentencias: T-483 de 2007 (MP Álvaro Tafur Gálvis), T-274 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-772 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

9 En la sentencia T-520 de 2008 (MP Manuel José Cepeda) la Corte afirmó: “Cuando se

trata de una incapacidad por enfermedad general, requerida por un trabajador dependiente, es el empleador en quien se encuentra en el primero momento la obligación de pagarla. Ciertamente, la Sala Plena de esta Corporación, al estudiar la constitucionalidad del artículo 323 del Código Sustantivo del Trabajo, y porque así fue sugerido por algunos intervinientes en el proceso, dilucidó si el artículo 227 de ese estatuto había sido derogado por el artículo 206 de la Ley 100 de 1993. El texto de esas disposiciones es el siguiente:

Artículo 227. “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 días y la mitad del salario por el tiempo restante” (Código Sustantivo del Trabajo).

Artículo 206. “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” (Subrayas añadidas) (Ley 100 de 1993).

La Corte consideró que el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo no estaba derogado, aun cuando sí se había previsto un ‘cambio’ en el sujeto obligado al pago de las incapacidades por enfermedad general:

“Si bien a partir de la Ley 100 de 1993 el régimen general de seguridad social en nuestro país dio un gran viraje y, en consecuencia, muchas de las instituciones de esta materia que estaban reguladas por el Código Sustantivo del Trabajo se vieron modificadas, no se desconocieron por completo los antiguos parámetros de la seguridad social.

Por ejemplo, en el aspecto atinente al pago de incapacidades laborales por enfermedad general, el artículo 206 de la Ley 100 si bien previó el cambio de sujeto obligado del pago de las mismas señaló que el reconocimiento se debería dar de acuerdo a ‘las disposiciones legales vigentes’”.

El cambio al que aludió la Sala Plena se refiere, justamente, al que tiene lugar cuando se cumplen los requisitos contenidos en las ‘las disposiciones legales vigentes’ en

materia de reconocimiento de incapacidades. De acuerdo con el artículo 3, No. 1 del Decreto 47 de 2000, modificado por el Decreto 783 de 2000, “[p]ara acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores dependientes e independientes deberán haber cotizado un mínimo de cuatro (4) semanas en forma ininterrumpida y completa (...)” (Subrayas añadidas). No obstante, cuando quiera que no se reúnan esas condiciones, o cuando no se sepa si concurren, la norma del artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo sigue teniendo vigencia, y por tanto el empleador es quien tendrá la obligación de pagar las incapacidades laborales. De hecho, cuando el empleador incumple el pago de los aportes a la seguridad social, es él el obligado a pagar las incapacidades ocasionadas. Además, el mandato constitucional de proteger “especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren circunstancia de debilidad manifiesta” (artículo 13), y de adelantar “una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos” (artículo 47), tiene también repercusiones en la interpretación de las normas jurídicas legales que entrañen mecanismos de protección para ellas.

No obstante, si el empleador considera que están dadas las condiciones para que sea el régimen contributivo quien asuma el pago de las incapacidades, de acuerdo con la reglamentación, puede solicitar el reembolso y eventualmente repetir en contra de la respectiva EPS”

10 Sentencia T-509 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño). En la sentencia T-625 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) se justificó la improcedencia de la acción de tutela para obtener el recobro de sumas de dinero por servicios médicos: “Lo anterior se afirma por cuanto la reclamación del reembolso puede ser ventilada ante la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social, toda vez que corresponde a un conflicto jurídico entre un afiliado y una entidad administradora de seguridad social -en este caso, una Administradora del Régimen Subsidiado-. || Existiendo otro medio de defensa judicial para reclamar la pretensión en comento, la acción de tutela se torna improcedente para una reclamación en concreto. La anterior regla no es inflexible, pues la acción constitucional podría ser empleada como mecanismo transitorio “para evitar un perjuicio irremediable””. Otras sentencias en las cuales la Corte ha considerado que la tutela no es un mecanismo para obtener el reembolso de sumas de

dinero: T-064 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-1306 de 2005 (MP Alfredo Beltrán Sierra).

11 Sentencia T-1066 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) en la cual la Corte revisó la jurisprudencia relativa a las reglas de reembolso, particularmente la sentencia T-299 de 2004 en la que se ordenó a la EPS el reembolso del dinero que había tenido que gastar el accionante comprando el medicamento insulina NHP ya que el mismo si se encontraba incluido en el POS. En dicha oportunidad concluyó la Corte: “(...)de manera excepcional se ha aceptado que este medio de defensa judicial es procedente para ordenar el reembolso de dineros asumidos para la obtención de medicamentos, a manera de indemnización en abstracto (art. 25 del Decreto 2591 de 1991), cuando la actuación de la entidad demandada no tenga asidero jurídico, con la consecuente vulneración de derechos fundamentales de sus usuarios, avalada en gran medida por los jueces de tutela, quienes desconocen la jurisprudencia de la Corte Constitucional, referida a que los contenidos de los Planes Obligatorios de Salud integran el ámbito de protección del derecho fundamental a la salud, a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia, además de no asumir su papel de garantes institucionales de hacer eficaces de los derechos fundamentales de las personas (art. 2 C.P.)”.