

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES-Criterios para determinar cuándo el reconocimiento y pago son exigibles por tutela

PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL-Sustituye el salario durante el tiempo en el cual el trabajador se encuentra involuntariamente al margen de sus labores

El pago de incapacidades tiene una estrecha relación con la garantía del derecho al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, en los periodos en los cuales la persona no se encuentra en condiciones adecuadas para realizar labores que le permitan obtener un salario. Con estas reglas, la Corte reconoce implícitamente que sin dicha prestación, es difícilmente presumible que se estén garantizando los derechos mencionados.

INCAPACIDAD LABORAL DE ORIGEN PROFESIONAL Y DE ORIGEN COMUN-Normatividad aplicable/INCAPACIDAD LABORAL-Entidades ante las cuales se deben reclamar las incapacidades

INCAPACIDAD LABORAL POR ENFERMEDAD COMUN-Si la incapacidad es igual o menor a tres días será asumida directamente por el empleador

INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 540 DIAS-Las personas que reclaman el pago de las incapacidades superiores a los 540 días son aquellas que han intentado reintegrarse a la vida laboral, a pesar de la disminución de su fuerza de trabajo

INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 540 DIAS-Marco normativo y jurisprudencial

DERECHO AL PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL-Orden a EPS realizar el pago de las incapacidades, si no expidió concepto favorable de rehabilitación ni lo tramitó en los términos de ley al Fondo de Pensiones

Referencia: Expedientes acumulados T-5.802.594 y T-5.835.520

Expediente T-5.802.594

Acción de tutela instaurada por Edinson García Ceballos en contra del establecimiento de comercio Destrucción y Procesamiento de Mieles, Pensiones y Cesantías Protección S.A y

Servicio Occidental de Salud -S.O.S EPS.

Expediente T-5.835.520

Acción de tutela instaurada por Manuel Guillermo Martínez García en contra del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Magistrado Ponente:

Bogotá, D.C., tres (3) de abril de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada María Victoria Calle Correa, el Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez y el Magistrado (e) José Antonio Cepeda Amarís, quien la preside; en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de fallos de tutela dictados dentro de los asuntos de la referencia, los cuales fueron seleccionados para revisión y acumulados por medio del Auto del 19 de enero de 2017, proferido por la Sala de Selección Número Doce.

Expediente T-5.802.594

Revisión del fallo proferido por el Juzgado Veintidós Penal Municipal de Cali con Funciones de conocimiento en primera instancia y el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali – Valle del Cauca en segunda instancia, que resolvieron la acción de tutela promovida por el señor Edinson García Ceballos contra Destrucción y Procesamiento de Mieles, Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Servicio Occidental de Salud -S.O.S EPS.

Expediente T-5.835.520

Así mismo, se dará trámite de revisión al fallo emitido por el Juzgado Civil Municipal de Zipaquirá – Cundinamarca en primera instancia y del Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Zipaquirá – Cundinamarca en segunda instancia, que dieron respuesta a la tutela interpuesta por el señor Manuel Guillermo Martínez García contra Fondo de Pensiones y

Cesantías Porvenir S.A.

I. Antecedentes

1. Expediente T-5.802.594

El 04 de abril de 2016, el señor Edinson García Ceballos interpuso acción de tutela en contra de la empresa Destrucción y Procesamiento de Mieles, Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Servicio Occidental de Salud -S.O.S EPS. Dicha acción fue fundamentada en la vulneración de sus derechos al mínimo vital, a la salud y a la vida, por la renuencia de su empleador a pagar las incapacidades ordenadas por el médico tratante, cumplidos 540 días de incapacidades ininterrumpidas.

1.1 Hechos y acción de tutela instaurada

1. El señor Edinson García Ceballos fue vinculado a la empresa Destrucción y Procesamiento de Mieles a través de contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de “oficios varios” según el empleador, y en el de “operario” según el accionante. De acuerdo con el peticionario, sus funciones implicaban utilizar piernas y manos de manera constante, alzar y cargar bultos que pesaban más de 40 kilogramos.

1. Relata que el 13 de noviembre de 2008 sufrió un accidente en su lugar de trabajo que le provocó una “luxofractura de tobillo” en el pie izquierdo, diagnosticada por la E.P.S Servicios de Salud de Occidente S.O.S.

1. Con ocasión de dicha lesión, radicó ante la ARL Positiva Compañía de Seguros una solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral por intensos dolores y poca movilidad, que le impedían trabajar y lo obligaban a asistir constantemente al médico.

1. El 13 de julio de 2010, medicina laboral ARL Positiva calificó la pérdida de la capacidad laboral del accionante en un 22.68% y ordenó reintegrarlo a su empleo siguiendo las recomendaciones de la Administradora de Riesgos Laborales.

1. Posteriormente, el 12 de agosto de 2010, la Junta Regional de Calificación de Invalidez determinó que la pérdida de capacidad laboral del señor García Ceballos correspondía a un 23.88%, con fecha de estructuración del 10 de agosto de 2010, por el diagnóstico “luxación de la articulación del tobillo”.

1. El peticionario refiere en el escrito de tutela que su empleador “(...) poco a poco fue disminuyendo las restricciones de las que fui objeto, al punto que seguí desempeñando las mismas funciones para las que fui contratado; al punto que sentí dolores intensos en mi otra extremidad (...)”. Esta situación provocó nuevas visitas al médico, recibiendo como diagnóstico “Enfermedad congénita de los pies, no especificada”.

1. Por patología diagnosticada como “artrosis secundaria múltiple”, el señor García Ceballos fue sometido a cirugía el 26 de agosto de 2014 en su pierna derecha,¹ la cual ha causado incapacidades médicas sucesivas hasta el 24 de abril de 2016, según obra en el expediente.

1. De acuerdo con el accionante, su empleador pagó todas las incapacidades ordenadas por el médico tratante entre el 26 de agosto de 2014 y el 31 de diciembre de 2015, afirmación que es corroborada por el propietario de la empresa Destrucción y Procesamiento de Mieles. No obstante, con posterioridad a esa fecha, no le han sido pagadas las incapacidades surtidas, según lo señalado por el accionante en el escrito de tutela.

1. Acciones adelantadas dentro del trámite de tutela

El proceso de tutela correspondió en primera instancia al Juzgado Veintidós Penal Municipal con funciones de conocimiento de Cali, autoridad que mediante providencia del 5 de abril de 2016, notificó a los accionados y vinculó a la ARL Positiva Compañía de Seguros y a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Valle del Cauca.

1.3 Intervención de las partes accionadas y vinculadas

Junta regional de Calificación

La Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, a través de su representante legal, señaló que esta entidad realizó la calificación de pérdida de capacidad laboral del tutelante dada la controversia surgida entre este y Positiva Compañía de Seguros por la decisión previa emitida por dicha entidad. La calificación realizada por la Junta no fue controvertida a través de recurso alguno, con lo cual quedó en firme mediante oficio EJE No. -10-829 de 02 de septiembre de 2010.2

EPS Servicio de Salud de Occidente S.O.S

La EPS Servicio de Salud de Occidente S.O.S, a través de apoderada, manifestó que al ser el accionante empleado dependiente de Norberto Henao Ramírez, es este último quien debe cancelar las incapacidades y luego tramitar el reembolso ante la EPS, de acuerdo con la “Ley anti-trámite”, en vez de cargar al accionante con estas responsabilidades. Sugiere la apoderada, que es el empleador quien está “vulnerando directamente” los derechos de quien interpone la tutela.

Destrucción y procesamiento de Mieles – Norberto Henao Martínez

Por su parte, el señor Norberto Henao Ramírez, en calidad de propietario de Destrucción y Procesamiento de Mieles, señala que el pago de las incapacidades que han surgido lo ha hecho a título de préstamo, pues después del día 180 le corresponde asumirlo al Fondo de Pensiones. Agrega que dejó de continuar con el pago de las incapacidades debido a que el señor Edinson García Ceballos se rehusó a firmar un documento en el que se comprometía a devolverle dicho dinero, una vez las entidades de seguridad social realizaran el pago correspondiente. Señala, además, que ha venido pagando de manera oportuna los aportes

de seguridad social del señor García.

Positiva Compañía de Seguros S.A

Positiva Compañía de Seguros S.A, a través de apoderada, precisa que no es procedente el pago de incapacidades dado que esa compañía se ajusta al marco normativo de la Ley 776 de 2002, que el artículo 3 establece:

“Todo afiliado a quien se le defina una incapacidad temporal, recibirá un subsidio equivalente al cien (100%) de su salario base de cotización, calculado desde el día siguiente el que ocurrió el accidente de 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”.

En consecuencia, manifiesta la apoderada, que Positiva no puede efectuar el pago de más incapacidades, pues ya se adelantó la rehabilitación y calificación de pérdida de capacidad laboral, lo cual a su juicio, hace cesar la obligación frente al reconocimiento de prestaciones económicas, en la medida en que lo que pretende la norma es el pago de certificados de incapacidad hasta el momento en que se establezca definitivamente el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

1.4 Decisiones objeto de revisión

1.4.1 El fallo de primera instancia

De acuerdo con el Juzgado Veintidós Penal Municipal de Cali con Función de Conocimiento, en sentencia del 18 de abril de 2016, la controversia que trae el accionante en sede de tutela es improcedente, “(...) por no encontrarse satisfechos los presupuestos establecidos por el Tribunal Constitucional para lograr el pago de incapacidades mediante el mecanismo constitucional de tutela (...)”.

En consecuencia, el juez de instancia no entra a evaluar la existencia o no de vulneración de derechos del accionante, ni los eventuales responsables de dicha vulneración.

1.4.2 Impugnación

El día 27 de abril de 2016, el señor Edinson García Ceballos impugnó el fallo de tutela de primera instancia, por considerar que tiene derecho a la estabilidad laboral reforzada, que ha presentado todas las incapacidades ante su empleador y que no se ha terminado la relación laboral.

1.4.3 El fallo de segunda instancia

De acuerdo con el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Valle del Cauca, en sentencia del 13 de junio de 2016, el señor Edinson García Ceballos no sustentó en debida forma por qué los medios ordinarios de defensa no resultaban idóneos y efectivos para la protección de sus derechos, ni demostró “(...) siquiera una situación de perjuicio irremediable que ameritara la procedencia de la acción como mecanismo transitorio (...)”.

Además, respecto al derecho a la salud del señor García, señala el juez que no hay vulneración en tanto que el vínculo laboral continúa, así como los pagos a seguridad social por parte de su empleador.

1.5 Pruebas que obran en el expediente

- * Fotocopia de la cédula de ciudadanía del señor Edinson García Ceballos.
- * Valoración médica laboral del 13 de julio de 2010.
- * Certificado del dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Valle del Cauca, con fecha del 12 de agosto de 2010.
- * Orden médica de Comfandi con fecha del 26 de marzo de 2013.
- * Historia clínica emitida por Comfandi con fecha del 18 de agosto de 2013.
- * Informe quirúrgico emitido por Comfandi del 26 de agosto de 2014.
- * Certificados de terapia física con fechas entre el 4 de octubre del 2015 y 4 de febrero de 2016.

- * Incapacidades médicas expedidas entre el 26 de agosto de 2014 y el 23 de junio de 2016.
- * Notas de control emitidas entre el 27 de febrero de 2015 y el 19 de abril de 2016.
- * Certificado de afiliación del tutelante a la EPS Servicio Occidental de Salud S.O.S, con fecha del 8 de abril de 2016.
- * Resumen general de aportes a Seguridad Social del empleador Norberto Henao Ramírez.

2. Expediente T-5.835.520

El 16 de mayo de 2016, el señor Manuel Guillermo Martínez García interpuso acción de tutela en contra del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, al considerar que dicha entidad estaba vulnerando su derecho a la vida en conexidad con la salud y su derecho fundamental al mínimo vital y móvil, la vida digna y la seguridad social, al rehusarse a pagar las incapacidades emitidas por su médico tratante una vez cumplidos los 540 días de incapacidades ininterrumpidas.

2.1 Hechos y acción de tutela instaurada

2.1.1 El señor Manuel Guillermo Martínez García, es cotizante al Sistema de Seguridad Social desde el año 2000. En la actualidad hace sus aportes al Fondo de Pensiones Porvenir.

2.1.2 El 19 de agosto de 2014, el señor Martínez fue diagnosticado con osteoartrósis degenerativa y espondiloartrósis, calificada como enfermedad de origen común. Producto de esta situación, al accionante se le han otorgado incapacidades ininterrumpidas que suman 626 días a la fecha de presentación de la acción de tutela.

2.1.3 De acuerdo con el señor Martínez, el seguro, a través de su empleador le pagó las incapacidades de los primeros 180 días. Cumplido dicho término, ha venido radicando los respectivos documentos ante el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir para el pago de incapacidad desde el día 181 hasta el día 540 que se cumplía el 20 de febrero de 2016.

2.1.4 Señala el accionante que el 26 de enero de 2016, radicó en las oficinas del Fondo de

Pensiones y Cesantías Porvenir la documentación requerida para el estudio de pérdida de capacidad laboral.

2.1.5 Refiere el señor Martínez, que el 9 de febrero del 2016, radicó la última incapacidad que completaba el cumplimiento de los 540 días con el fin de obtener el pago del subsidio de incapacidad, pero este no fue pagado por el Fondo de Pensiones, argumentando que ya había sido radicada la documentación para el estudio de pérdida de capacidad laboral y que esto congelaba cualquier otra actuación a su favor como es el caso del pago del subsidio de incapacidad.

2.1.6 Según manifiesta en el escrito de tutela, el señor Martínez ha venido solventando gastos propios de transporte, citas médicas y otros procedimientos. Además, debe responder por las obligaciones familiares como el pago de arriendo (del cual adeudaba 5 meses al momento de presentación de la acción) y servicios públicos, razón por la cual acude a esta acción para la protección de sus derechos hasta el momento en que la Junta resuelva la calificación de la pérdida de capacidad laboral.

2.1.7 Si bien en el expediente no obra prueba de ello, la Defensoría del Pueblo en su escrito de insistencia de selección de tutela ante la Corte Constitucional, manifiesta que el señor Manuel Martínez ya recibió calificación de la Junta Regional de Invalidez, la cual arroja una pérdida de capacidad laboral equivalente al 35.40%.³

2.2 Acciones adelantadas dentro del trámite de tutela

El proceso de tutela correspondió en primera instancia al Juzgado Segundo Civil de Zipaquirá, autoridad que mediante Auto del 17 de mayo de 2016, notificó a la accionada y vinculó a la EPS Cafesalud.

2.3 Intervención de la parte accionada

De acuerdo con el escrito allegado por la representante legal del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, esta entidad no ha vulnerado derecho alguno del accionante, dado que realizó los pagos de las incapacidades generadas entre el día 181 y 540, previa autorización de la compañía de seguros que tiene contratada para este fin. Agrega la representante del Fondo, que el accionante debe radicar la documentación necesaria para obtener la

calificación de su pérdida de capacidad laboral.

La EPS Cafesalud no dirigió respuesta alguna al juzgado en este asunto durante el término establecido.

2.4 Decisiones objeto de revisión

2.4.1 El fallo de primera instancia

De acuerdo con la decisión del Juzgado Segundo Civil Municipal de Zipaquirá - Cundinamarca, emitida el 25 de mayo de 2016, no es posible otorgarle al accionante el pago de las incapacidades causadas con posterioridad al día 540, pues con base en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 y la sentencia T-182 del 15 de marzo de 2011 de la Corte Constitucional “(...) tanto el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir como la EPS involucrada cumplieron con su obligación legal que les correspondía (...)” (sic), al pagar los primeros 180 días y los subsiguientes 360.

2.4.2 Impugnación

Mediante escrito radicado el 31 de mayo de 2016, el señor Martínez García impugnó la decisión tomada en primera instancia, alegando que no era cierto que no se hubiera iniciado el trámite de calificación de invalidez como lo afirmaba el Fondo de Pensiones, y que la falta de pago de las incapacidades no es solo el desconocimiento de un derecho laboral, sino también una potencial transgresión de derechos fundamentales.

2.4.3 El fallo de segunda instancia

Según el fallo del Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Zipaquirá, emitido el 05 de julio de 2016, la tutela es procedente para la reclamación de la incapacidad adeudada por el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir antes de cumplir los 540 días ininterrumpidos, pues se presume que hay una amenaza de los derechos del mínimo vital del señor Martínez y quienes de él dependen. Agrega que “En este caso, la protección que debe desplegar el Estado sobre el trabajador cabeza de familia y su prole, se encuentran en riesgo por la negativa de tal reconocimiento, pues el señor Manuel Guillermo Martínez García, deriva sus ingresos económicos de tal pago y no tiene recursos adicionales que le permitan sufragar sus necesidades y las de su familia”.

1. Pruebas que obran en el expediente

- * Certificados de incapacidades emitidos por la EPS Cafesalud el 13 de mayo de 2016 que relaciona 626 días acumulados de incapacidad.
- * Historias clínicas del tutelante emitidas el 27 de abril de 2016, el 11 y el 13 de mayo de 2016.
- * Certificados de solicitud para el pago de prórroga de incapacidad emitido por Porvenir Pensiones y Cesantías, con fechas de recibido: 9 de febrero de 2016 y 26 de enero de 2016.
- * Solicitud de documentos para calificación de pérdida de capacidad laboral por parte de Seguros de Vida Alfa S.A con fecha del 11 de marzo de 2016.
- * Resultados de exámenes médicos con fechas de 1 de septiembre de 2014, 14 de diciembre de 2014, 5 de diciembre de 2015 y 6 de febrero de 2016.
- * Detalle de pago de incapacidades surtidas hasta el día 540 por parte del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir.

III. Trámite adelantado ante la Corte Constitucional

En cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto Ley 2591 de 1991, el expediente fue remitido a esta Corporación para su eventual revisión. La Sala de Selección Número Doce, en Auto del 14 de diciembre de 2016, seleccionó los expedientes de la referencia y sugirió su acumulación. Al evaluar los casos, el Magistrado Sustanciador avaló dicha acumulación, por encontrar que las circunstancias fácticas y pretensiones guardaban congruencia, y en consecuencia, podían ser tratadas a través de un solo fallo.

El 09 de marzo de 2017, el magistrado sustanciador emitió un Auto solicitando algunas pruebas adicionales, con el fin de actualizar ciertos datos respecto a las incapacidades y recabar más información necesaria para decidir sobre la procedencia de la tutela en los casos

acumulados. Las pruebas solicitadas fueron las siguientes:

Expediente T-5.802.594

1. Al señor Edinson García Ceballos se le solicitó allegar copias simples de un desprendible de pago de su salario, de los documentos de identidad de sus hijos y de las incapacidades médicas que pudieran haber sido generadas con posterioridad al 26 de abril de 2016. Adicionalmente, se le solicitó al señor García, allegar un escrito en el que informara al despacho cuáles son los ingresos actuales de su núcleo familiar, los gastos mensuales, el valor del canon de arrendamiento (si no cuenta con vivienda propia), si en la actualidad tiene alguna deuda y una breve descripción de sus condiciones de vida actuales.

1. Al propietario del establecimiento de comercio Destrucción y Procesamiento de Mieles, se le solicitó enviar copias de desprendibles de pago que dieran cuenta del salario devengado por el accionante.

Expediente T-5.835.520

1. Al señor Manuel Guillermo Martínez se le solicitaron copias simples de un desprendible de pago de su salario, de los documentos de identidad de sus hijos y de las incapacidades médicas que pudieran haber sido generadas con posterioridad al 20 de mayo de 2016. Adicionalmente, se le solicitó al señor García, allegar un escrito en el que informara al despacho cuáles son los ingresos actuales de su núcleo familiar, los gastos mensuales, el valor del canon de arrendamiento (si no cuenta con vivienda propia), si en la actualidad tiene alguna deuda y una breve descripción de sus condiciones de vida actuales.

1. Al Fondo de Pensiones y Cesantías Provenir, se le solicitó que enviara a este despacho, una certificación de pago de la incapacidad generada entre el 5 y el 20 de febrero de 2016, en

cumplimiento de la orden emitida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Zipaquirá – Cundinamarca.

El 13 de marzo, por Secretaría de la Corte Constitucional, se enviaron notificaciones del Auto a los llamados a responder, y el mismo fue fijado entre las 8:00 am y las 5:00 pm del 13 de marzo, para efectos de notificar por estado.

IV. Consideraciones y fundamentos de la Corte Constitucional

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto del catorce (14) de diciembre de dos mil diecisiete (2017) expedido por la Sala de Selección Número Doce de esta Corporación, que decidió seleccionar los expedientes de la referencia para su revisión.

Los accionantes en ambos procesos consideran que su empleador⁴ y el fondo de pensiones,⁵ han vulnerado su derecho al mínimo vital, a la vida digna y la salud, como consecuencia de las respectivas decisiones de no pagar incapacidades que superan los 540 días ininterrumpidos.

En el expediente T-5.802.594, que contiene el caso del señor García Ceballos, la EPS Servicio Occidental de Salud – SOS, manifiesta que la responsabilidad recae en el empleador con base en el artículo 121 del Decreto Ley 19 del 10 de enero de 2012 y el procedimiento que ha definido la EPS para radicación, liquidación y pago de incapacidades. Por su parte, el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección, señala que la responsabilidad del pago recae sobre la EPS por mandato de la Ley 1753 de 2015; mientras que el empleador del accionante alega que se mantiene en el fondo de pensiones respectivo con base en la regulación que establece el pago de incapacidades superiores a 180 días.

En el expediente T-5.835.520, que corresponde al señor Manuel Guillermo Martínez, el Fondo de Pensiones Porvenir S.A considera que ha cesado la obligación de pago de incapacidades por haberse surtido el plazo de 540 días con base en el Decreto 2463 de 2001 y la sentencia T-468 de 2010 de la Corte Constitucional.

Los jueces de instancia consideraron en ambos casos que la tutela es improcedente para solicitar el pago de las acreencias laborales de los accionantes, en tanto estos no acreditaron la concurrencia de los requisitos que ha establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto.

2.1 Corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿El no pago de incapacidades laborales comporta afectación al derecho fundamental al mínimo vital? Y ¿Cuál es la entidad encargada de realizar el pago de incapacidades superiores a 540 días producidas por una enfermedad de origen común?

Como cuestión previa, la Sala hará referencia a la procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de incapacidades laborales y su calidad de mecanismo excepcional, retomando las reglas que ha adoptado la Corte para valorar este tipo de solicitudes.

Posteriormente, de cara a la resolución del fondo del asunto, la Sala (i) hará un recuento de la jurisprudencia que explica que el pago de las incapacidades laborales sustituye el salario; luego (ii) recogerá las normas vigentes y la jurisprudencia que desarrollan la clasificación de las incapacidades laborales y las entidades responsables del su pago; (iii) presentará algunas conclusiones sobre los asuntos mencionados, que serán retomadas en la (iv) resolución del caso concreto.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar pago de incapacidades laborales. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario para la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales. No obstante, se afirma que dicha acción tiene un carácter subsidiario, en tanto que, por regla general, solo procede cuando quien considere vulnerados sus derechos no disponga de otro mecanismo judicial para su protección.

De esta manera lo ha entendido la Corte Constitucional, cuando ha sosteniendo que “[l]a acción de tutela como mecanismo subsidiario de protección de derechos fundamentales, en términos del artículo 86 de la Constitución, debe ceder, en su aplicación, si existen medios judiciales ordinarios, a través de los cuales, pueda obtenerse la protección requerida por

esta vía excepcional.”⁶ Posición que ha reiterado a lo largo del tiempo.

Estas reglas fueron recogidas en el artículo 6 del Decreto Ley 2591 de 1991, como aquellos parámetros a través de los cuales se debe evaluar una eventual improcedencia de la acción de tutela. En los términos del decreto ley:

“La acción de tutela no procederá: Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.”

En consecuencia, al evaluar la procedencia de la tutela, el juez debe tener en cuenta, no solamente si existe un mecanismo alternativo para la protección de los derechos afectados, sino también hacer un análisis robusto sobre la idoneidad tal medio respecto a la situación del solicitante, y sobre la inminencia de la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Al respecto la Corte ha sostenido que “(...) la existencia de ese otro medio judicial no hace de por sí improcedente la intervención del juez de tutela, obligado a evaluar las circunstancias del caso puesto a su conocimiento, a efectos de determinar si el otro medio judicial resulta eficaz y proporcionado, frente a la protección que se le demanda. Es decir, el otro medio de defensa judicial existente, debe, en términos cualitativos, ofrecer la misma protección que el juez constitucional podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela.”⁸

En jurisprudencia más reciente, la sentencia T-333 de 2013, esta Corporación señaló que “(...) [l]a posibilidad de discutir esos asuntos en sede constitucional ha sido admitida en situaciones excepcionales, en las que exigirle al peticionario el agotamiento de los medios ordinarios de defensa puede resultar excesivo, bien sea porque se trata de un sujeto de especial protección constitucional o porque, por distintas razones, tal trámite lo expone a un perjuicio irremediable. La necesidad de asegurar la materialización efectiva de las garantías fundamentales de quienes se ven enfrentados a situaciones que los hacen especialmente vulnerables y la imposibilidad de lograr ese objetivo en las instancias judiciales ordinarias es lo que, en últimas, hace procedente la acción de tutela.”

Concretando y recogiendo las disposiciones y jurisprudencia señaladas en párrafos anteriores, la Corte Constitucional afirmó, en sentencia T-144 de 2016, que la acción de

tutela es procedente para la reclamación de acreencias laborales cuando: “ i) no existe otro medio de defensa judicial, o de existir, éste no es apto para salvaguardar los derechos fundamentales en juego; o ii) cuando se pruebe la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, con las características de grave, inminente y cierto, que exija la adopción de medidas urgentes y necesarias para la protección de derechos fundamentales.”

Así las cosas, en principio, la tutela no sería el mecanismo adecuado para solicitar el pago de prestaciones laborales como el auxilio económico y el subsidio de incapacidad, en tanto la jurisdicción laboral tiene competencia para dirimir “las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos.” (Artículo 622 de la Ley 1564 de 2012)

Sin embargo, la evaluación del requisito de subsidiariedad, en los términos en los que lo hemos desarrollado, depende de la idoneidad de los mecanismos ordinarios, en relación con las condiciones objetivas de quien interpone la acción. Estas condiciones ya han sido tratadas por la jurisprudencia constitucional; en su momento, la sentencia T-093 de 2011,⁹ al retomar otros precedentes relacionados,¹⁰ señaló que “(...) [el] conjunto de condiciones objetivas en las cuales se encuentra el accionante, por ejemplo, su edad avanzada, su estado de salud [y/o] su precaria situación económica (...)”, puede ponerlo en circunstancias de debilidad manifiesta que, como se ha dicho, deben impactar la decisión sobre la procedencia de la acción de tutela.

Tal impacto no recae exclusivamente sobre la decisión de procedencia, sino también sobre el sentido de las decisiones que adopte el juez de tutela. En efecto, si se trata de la falta de idoneidad de un mecanismo alterno como la jurisdicción ordinaria, el juez de tutela entra a sustituir al juez ordinario y toma una decisión definitiva sobre el caso. Por el contrario, si del examen de procedencia se concluye que de lo que se trata es de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el juez de tutela tomará medidas transitorias de protección, mientras el accionante activa la competencia del juez ordinario y este último resuelve de manera definitiva. Esto significa que caso a caso la procedencia puede variar, independientemente de que la causa pueda ser atendida a través de vías ordinarias.

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha insistido en el carácter excepcional de la procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de derechos de carácter económico derivados de relaciones laborales. Tal premisa, conduce a la necesidad de evaluar los casos concretos bajo la perspectiva de las condiciones objetivas de quien interpone la acción, así como la naturaleza y relevancia que cobra la incapacidad en la garantía de derechos fundamentales, al ser un sustituto del salario devengado por quien ha sufrido menoscabo temporal o permanente de su capacidad laboral.

4. El pago recibido por las incapacidades laborales es un sustituto del salario. Reiteración de jurisprudencia

El Sistema General de Seguridad social contempla la protección a la que tienen derecho los trabajadores, en aquellos casos en que se enfrentan a la contingencia de un accidente o enfermedad que genere una incapacidad para desarrollar sus actividades laborales, y en consecuencia, la imposibilidad de proveerse sustento a través de un ingreso económico. Dicha protección se materializa a través del pago de las incapacidades laborales, seguros, auxilio y pensión de invalidez contemplada en la Ley 100 de 1993, el Decreto 1406 de 1999, el Decreto 1748 de 1995 y el Decreto 692 de 1994, entre otras disposiciones.

Estas medidas son, en parte, el reconocimiento de la importancia que tiene el salario de las personas en la garantía, al menos, del mínimo vital. De no ser así, el sistema no contemplaría el pago de las incapacidades, pues tal contraprestación no tendría ninguna conexión con la garantía del mencionado derecho fundamental y otros conexos.

Bajo esta idea, en sentencia T-876 de 2013, la Corte Constitucional advirtió que los procedimientos que se deben seguir para el pago de incapacidades se han creado “(...) en aras de garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso. Tal hecho permite concluir que el Sistema de Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que ante una eventual contingencia exista una respuesta apropiada.”

Con la misma orientación, esta Corporación fijó unas reglas que permiten comprender de mejor manera la naturaleza y fin del pago de las incapacidades.¹¹ Por ejemplo, en sentencia T-490 de 2015,¹² la Corte manifestó lo siguiente:

“i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar;

ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia; y

iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta.”

En consecuencia, el pago de incapacidades tiene una estrecha relación con la garantía del derecho al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, en los periodos en los cuales la persona no se encuentra en condiciones adecuadas para realizar labores que le permitan obtener un salario. Con estas reglas, la Corte reconoce implícitamente que sin dicha prestación, es difícilmente presumible que se estén garantizando los derechos mencionados.

5. Régimen de incapacidades laborales: clasificación y obligación de pago. Reiteración de jurisprudencia

El pago de las incapacidades laborales se deriva de un certificado de incapacidad que “(...) resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador (...)”.¹³ Dichas incapacidades pueden ser de diferentes tipos. En sentencia T-920 de 2009,¹⁴ esta Corporación señaló la siguiente clasificación: (i) temporal, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) permanente parcial, cuando se presenta una disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) permanente (o invalidez), cuando el afiliado

padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%.

5.1 Origen de las incapacidades laborales y entidades obligadas a cancelarlas

La falta de capacidad laboral, temporal o permanente, puede ser de origen laboral o común. A continuación se esbozarán las principales características respecto a los obligados a cancelarlas, de cara a la posterior resolución del caso concreto.

De acuerdo con el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013,¹⁵ las Administradoras de Riesgos Laborales serán las encargadas de asumir el pago de las incapacidades laborales con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico.

Este pago se surtirá, por parte de las ARL, “(...) hasta que: (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.”¹⁶

5.1.2 Incapacidades por enfermedad de origen común

De acuerdo con las disposiciones legales que regulan la materia, dependiendo del tiempo de duración de la incapacidad, la remuneración recibida durante ese lapso podrá ser denominada auxilio económico¹⁷ si se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma, o subsidio de incapacidad¹⁸ si se trata del día 181 en adelante. La obligación del pago de incapacidades está distribuida de la siguiente manera:

- i. Entre el día 1 y 2 está a cargo del empleador según lo establecido en el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.¹⁹
- ii. Entre el día 3 y 180 a cargo de la EPS según el mismo decreto.
- iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 5220 de la Ley

962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.²¹

Ahora bien, hasta antes del año 2015, la Corte Constitucional venía reconociendo y advirtiendo la existencia de un déficit de protección de las personas que tuvieran concepto favorable de rehabilitación, calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y siguieran siendo incapacitadas por la misma causa más allá de los 540 días. En su momento, la sentencia T-468 de 2010²² de esta Corporación señaló:

“(…) aunque en principio se diría que las garantías proteccionistas del sistema integral de seguridad social son generosas, esta Sala repara en el hecho de que no existe legislación que proteja al trabajador cuando se le han prolongado sucesivamente incapacidades de origen común y que superan los 540 días. Son muchos los casos en que las dolencias o las secuelas que dejan las enfermedades o accidentes de origen común que obligan a las EPS o demás entidades que administran la salud a certificar incapacidades por mucho más tiempo del estipulado en el Sistema Integral de Seguridad Social y que a pesar de las limitaciones físicas la pérdida de la capacidad laboral no alcanza a superar el 50% y por tanto, tampoco nace el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, lo que deja al trabajador en un estado de desamparo y sin los medios económicos para subsistir.”

Y agregó:

“En esta situación, el trabajador está desprotegido por la falta de regulación legal en la materia, ya que no existe claridad de cuál sería la entidad de protección social que debe asumir el pago del auxilio por incapacidad, situación que empeora si el empleador logra demostrar ante el Ministerio de Protección social que en virtud de la incapacidad del trabajador no es posible reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro similar, operando de esta manera el despido con justa causa contenido en el artículo 62, numeral 14 del código sustantivo del trabajo.”

En consecuencia, el Gobierno Nacional, a través de la Ley 1753 de 2015, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo comprendido entre 2014 y 2018, dio una solución a este déficit de protección, al otorgar la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS. Según el artículo 67 de la mencionada ley, los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras

cosas “[al] reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.”²³

La Corte Constitucional ya ha ordenado la aplicación de esta disposición por vía de tutela en la sentencia T-144 del 2016. En su momento, esta Corporación conoció el caso de la ciudadana Maritza Cartagena, quien en el mes de octubre de 2011 sufrió un accidente en motocicleta al chocar con un vehículo de transporte escolar. En el incidente sufrió varias fracturas que le provocaron incapacidades de más de 540 días. Recibió calificación del Fondo de Pensiones y de la Junta Regional de Calificación de Invalidez que no superaba el 50% de pérdida de capacidad laboral, pero apeló este último dictamen por considerar que no respondía a su estado real de salud física y mental.

Con estos antecedentes legales y jurisprudenciales, no cabe duda alguna de que la regla actual de incapacidades que superan 540 días para personas que no han tenido una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, es que deben asumirlas las EPS.

Pero además, la sentencia en cuestión establece tres reglas para el análisis de este tipo de casos, la primera, es que reitera la necesidad de garantizar protección reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral, tienen incapacidades prolongadas, pero no son considerados inválidos; la segunda, es que la obligación impuesta por el Plan Nacional de Desarrollo, respecto al pago de tales incapacidades es de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades; y la tercera, es que podrá concederse una aplicación retroactiva en virtud del principio de igualdad.

Frente a la primera regla, la Corte Constitucional se pronunció en los siguientes términos:

“Las personas incapacitadas de forma parcial y permanente, se encuentran en una situación adversa, en la medida en que no tienen la plenitud de la fuerza de trabajo, pero no son consideradas técnicamente inválidas. En estos casos es claro que existe una obligación en cabeza del empleador de reintegrar al afectado a un puesto de trabajo que esté acorde a sus nuevas condiciones de salud. En otras palabras el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.”²⁴

Refiriéndose a la segunda regla, esta Corporación señala que el déficit de protección para trabajadores que superan 540 días de incapacidad se entiende superado por la Ley 1753 de 2015 y que a partir de su entrada en vigencia, tanto “(...) el juez constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberá acatar (...)”. No obstante, es preciso tener en cuenta que el Plan Nacional de Desarrollo, es por naturaleza una norma cambiante y en consecuencia el déficit de protección podría volver a presentarse.

Respecto a la tercera regla, la Corte explica que existe la posibilidad de dar aplicación retroactiva al artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, pues ésta no establece un régimen de transición para los casos ocurridos antes de la promulgación de la ley, generando un trato desigual. En palabras textuales esta Corporación señaló: “(...) [la] situación de desigualdad tiene un fundamento legal que es entendible desde el punto de vista de las reglas de vigencia y aplicación de las leyes. Sin embargo, genera una tensión constitucional que no puede ser omitida por la Corte, pues a la luz del principio de igualdad material, no hay razón para diferenciar y beneficiar sólo a un grupo de personas, en virtud de una consideración temporal, a sabiendas de que la situación se evidenciaba con anterioridad. Es decir, no hay una justificación constitucionalmente válida para fijar tal diferencia en la posibilidad de protección legal.”

Sobre la base de lo previsto en la Ley 1753 del 2015, el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común tiene actualmente las siguientes fases y encargados:

Periodo

Entidad obligada

Fuente normativa

Día 1 a 2

Empleador

Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013

EPS

Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013

Día 181 hasta un plazo de 540 días

Fondo de Pensiones

Artículo 52 de la Ley 962 de 2005

Día 541 en adelante

EPS25

Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en relación con este tema ha establecido que el origen de la incapacidad determina la hoja de ruta para establecer con claridad cuál es la entidad, bien sea que pertenezca al Sistema General de Seguridad Social en Salud o al Sistema General de Riesgos Laborales, que tiene la obligación de pagar las incapacidades, en concordancia con las diferentes reglas temporales que operan en los casos de enfermedades de origen común.

Ahora bien, aun cuando el desarrollo normativo y jurisprudencial previo al año 2015, daba cuenta de la existencia de un déficit de protección para incapacidades que superaran los 540 días consecutivos, esta Sala encuentra que tal circunstancia ha sido satisfecha por el artículo 67 de la Ley 1573 de 2015, al menos mientras se encuentre vigente el Plan Nacional de Desarrollo.

6. Solución del caso concreto

6.1 Expediente T-5.802.594

El señor Edinson García Ceballos sufrió un accidente laboral el día 13 de noviembre de 2008, que le causó una fractura en el tobillo de su pie izquierdo. Con ocasión de este suceso, el accionante fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Valle del Cauca con un 23.88% de pérdida de capacidad laboral el día 12 de agosto de 2010. Reintegrado a su lugar de trabajo bajo las recomendaciones de la ARL, el señor García fue diagnosticado con “artrosis secundaria múltiple” con ocasión del cual, el 26 de agosto del 2014 le fue

practicada una cirugía para tratar tal patología, que le causó incapacidades que superaban los 540 días.

El pago de dichas incapacidades, fue suspendido por parte de su empleador desde el 31 de diciembre de 2015.

Procedencia frente al principio de inmediatez

Para la valoración de la procedencia de la tutela, es importante evaluar si esta fue interpuesta en un lapso razonable y cercano a la vulneración del derecho fundamental que busca ser protegido. No obstante, esos criterios de razonabilidad y cercanía deben ser valorados caso a caso, teniendo en cuenta situaciones como: i. Existencia de razones válidas como fuerza mayor, caso fortuito y otras que le impidieron al accionante interponer la tutela en un tiempo menor;²⁶ ii. Que la amenaza o vulneración se extienda en el tiempo;²⁷ y iii. Que el plazo razonable sea una carga desproporcionada por causa de una situación de debilidad manifiesta.²⁸

Frente a los casos concretos de las incapacidades médicas, la jurisprudencia ha agregado que se deben tener en cuenta situaciones como el tiempo que transcurre entre la respuesta negativa de las entidades frente al pago,²⁹ o la imposibilidad física que deviene de incapacidades de extensa duración.³⁰

En el caso del señor Edinson García, se observa que la vulneración de sus derechos, a propósito del no pago de las incapacidades surtidas, empieza el 1º de enero de 2016, fecha en la cual, su empleador desiste de continuar el pago,³¹ y es claro que dicha situación se perpetúa al menos hasta el 23 de junio del mismo año.³²

Ahora bien, si se encuentra que la acción de tutela fue interpuesta por el señor García el día 04 de abril del 2016, es evidente que ocurrió durante el lapso de tiempo en el que aún permanecía incapacitado, aplicando así el criterio (ii) reseñado en el párrafo inicial de esta sección, referente a la ocurrencia de una vulneración continua que inició tan solo cuatro meses antes de solicitar la protección vía tutela.

Por lo anterior, esta Sala encuentra satisfecho el principio de inmediatez en el análisis de procedencia de la acción de tutela del señor Edinson García Ceballos.

Procedencia frente al principio de subsidiaridad

De acuerdo con la información que obra en el expediente, el señor García Ceballos es un hombre de 49 años que se desempeña en el cargo de “oficios varios” en una empresa de procesamiento de mieles. Su ingreso base de cotización, de acuerdo con la planilla de aportes en línea del empleador,³³ es de un salario mínimo legal mensual vigente. Así mismo, en escrito de impugnación del fallo de primera instancia, el accionante señala que es quien a través de su trabajo “asume las riendas del hogar” y que las circunstancias actuales han hecho que la familia dependa del trabajo informal que realiza su esposa,³⁴ afirmaciones que no fueron controvertidas por los accionados, con lo cual se presumen verdaderas en virtud del principio de buena fe.

Con lo anterior, en efecto se constata que las condiciones objetivas del señor García Ceballos lo ponen en un estado de debilidad manifiesta, causado por su delicado estado de salud (que le ha provocado incapacidades durante más de 540 días) y por su precaria situación económica. Este último elemento se presume, en tanto el accionante y su familia subsisten comúnmente con un salario mínimo que difícilmente le permitiría generar excedentes para el ahorro y prevención de una situación de incapacidad que surgió de manera poco predecible. En suma, para esta Sala es difícil presumir que el señor García tiene alguna fuente de ingresos alterna al pago del subsidio de incapacidad, que en este momento funge como sustituto de su salario.

Tales circunstancias hacen que a pesar de la existencia de la jurisdicción laboral ordinaria, en este caso concreto sea procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio para asegurar la materialización efectiva de las garantías fundamentales del accionante, quien se ve enfrentado a una situación que lo hace particularmente vulnerable y, en consecuencia, más propenso a que se profundice su vulnerabilidad y la del núcleo familiar, al dejar de percibir por tiempo continuo un ingreso equivalente a una porción del salario.

En conclusión, la acción de tutela interpuesta por el señor García es procedente al encontrar esta Sala que la jurisdicción laboral ordinaria no podría proteger de manera eficaz y oportuna los derechos del accionante, pues su condición de vulnerabilidad actual hacen que sea necesario tomar prontamente una decisión de fondo sobre este asunto. De lo contrario, la renuencia al pago de incapacidades por parte de las entidades encargadas, podría

profundizar vertiginosamente las condiciones que han puesto al señor García en la situación de vulnerabilidad que acredita actualmente.

Afectación del derecho a la salud, mínimo vital y vida digna

Sea lo primero señalar, que al constatar que el señor Edinson García Ceballos no está recibiendo el pago oportuno del subsidio de incapacidad, a pesar de que su médico tratante sigue expidiendo incapacidades, es posible presumir una afectación de sus derechos al mínimo vital, salud y vida digna, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia. Además es necesario tener en cuenta, que bajo las condiciones de vida que se han reseñado en el análisis de procedibilidad, la vulneración de derechos no es tan solo una presunción que deviene de la naturaleza del salario en abstracto, pues el expediente logra dar cuenta de la vulnerabilidad a la que está expuesto el señor García y su núcleo familiar, cuando se ha suprimido el ingreso de la única persona de la familia que tiene un empleo formal y relativamente estable.

Definición de la obligación del pago de las incapacidades

Para hacer una resolución adecuada de este caso, es indispensable hacer explícitos dos hechos relevantes. El primero, es que la fecha de suspensión del pago de incapacidades³⁵ ocurrió en el día 483, es decir, 67 días antes de cumplido el tiempo de los 540 días, razón por la cual, esta Sala deberá decidir a quién ordena dicho pago, en cumplimiento de su obligación legal.

El segundo hecho relevante, es que el señor García Ceballos no ha recibido una calificación de pérdida de capacidad laboral por la afectación de salud que padece actualmente, y que le ha generado las incapacidades que serán objeto de estudio de este fallo. Es claro en el expediente, que la calificación de la Junta Regional fue expedida con ocasión de un accidente laboral que le causó una fractura en el pie izquierdo al tutelante, por la cual se surtió un proceso de pago de indemnización, rehabilitación y de reincorporación a sus labores con ciertas recomendaciones. No obstante, actualmente el señor García cuenta con un diagnóstico de enfermedad general – “artrosis secundaria múltiple” que involucró una cirugía en su pie derecho, causó incapacidades continuas desde el 26 de agosto de 2015 hasta el 24

de abril de 2016, y que no ha recibido calificación alguna.

Esta observación no quiere decir que los dos eventos estén desligados. Como lo señala el accionante en su escrito de tutela, las dolencias en el pie derecho fueron provocadas por el esfuerzo que tuvo que hacer en sus actividades laborales, una vez fue reincorporado. No obstante, un eventual vínculo o relación entre los dos sucesos tiene que ser determinado por la entidad encargada de la calificación y no por esta Sala.

Ahora bien, como se señaló en la parte motiva de esta sentencia, la determinación de la entidad obligada a pagar las incapacidades depende, inicialmente, de establecer con certeza si la enfermedad que aqueja al tutelante es de origen común o laboral. Como se refiere en párrafos anteriores, en este caso la discusión al respecto no se entenderá cerrada hasta tanto no haya una nueva calificación, pero se fallará con base en la información que obra en el expediente, esto es, las copias simples de las incapacidades aportadas al proceso, que señala que la causa de las mismas es una enfermedad general.

Tratándose de una enfermedad de origen común y teniendo como base la legislación y jurisprudencia correspondiente, los llamados a cancelar las incapacidades son:

- i. Destrucción y procesamiento de mieles entre los días 1 y 2;
- ii. La EPS Servicio Occidental de Salud – SOS S.A entre los días 3 y 180;
- iii. El Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A entre los días 181 y 540;
- iv. La EPS Servicio Occidental de Salud – SOS S.A con posterioridad al día 540.

Sin embargo, de acuerdo con las pruebas que se encuentran en el proceso, fue el empleador quien se encargó del pago de incapacidades entre el 26 de agosto de 2014 y el 31 de diciembre de 2015, esto es, un año y cuatro meses. Según el señor Norberto Henao Ramírez, propietario del establecimiento para el que trabaja el tutelante, el pago de incapacidades lo hizo a título de préstamo³⁶ mientras las entidades de seguridad social realizaban el pago que les correspondía.

Frente a esta situación, la EPS Servicio Occidental de Salud manifiesta que no ha vulnerado ningún derecho del accionante, pues es responsabilidad del empleador pagar las

incapacidades y tramitar la devolución del dinero ante la EPS, sin que el empleado se tenga que ver involucrado en este proceso.³⁷ Por su parte, el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A, alega no tener conocimiento de las incapacidades expedidas por enfermedad de origen común, dado que no se ha radicado el Formato de Solicitud de Prestación Económica, de tal manera que se conceda el pago o se proceda a la calificación de pérdida de capacidad laboral.³⁸

Con todo, lo que se observa en el caso concreto es un error que creó un efecto dominó y que impacta de manera decisiva la solución del caso:

Respecto a la EPS

En primera instancia, le asiste la razón a la EPS cuando afirma que es el empleador quien efectivamente debe realizar el pago de las incapacidades, teniendo la oportunidad de cobrarlas a Servicio Occidental de Salud por virtud de lo establecido en el artículo 121 del Decreto Ley 19 del 10 de enero de 2012.³⁹ Regla que aplica para las incapacidades concedidas entre el día 3 y 180, y con lo cual se constata que a cualquier pacto o documento de pago que se haya firmado entre el empleador y el empleado en razón a las incapacidades, no le asiste ninguna validez jurídica.

Respecto al Fondo de Pensiones

Reiteradamente se ha afirmado en este fallo que el Fondo de Pensiones es el obligado a pagar las incapacidades que se surtan entre los días 181 y 540, sin embargo, Pensiones y Cesantías Protección S.A no puede ser obligado a realizar dicho pago, pues en este caso concreto, según obra en el expediente, la EPS no ha remitido a dicha entidad el concepto favorable de rehabilitación en los tiempos y términos⁴⁰ que ha establecido el artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012.

En tales casos, la misma disposición ha determinado una “sanción” para la EPS, que consiste en que esta responderá por el pago de las incapacidades surtidas desde el día 181 en adelante, hasta que emita el concepto favorable de rehabilitación.

En suma, con base en los elementos probatorios que fueron allegados al caso, en la parte resolutive de este fallo se ordenará a la EPS Servicio Occidental de Salud, que realice el pago

de las incapacidades emitidas desde el día 3 hasta que: i. Haya cesado la emisión de incapacidades, si no expidió concepto favorable de rehabilitación ni lo tramitó en los términos de ley al Fondo de Pensiones Protección S.A; o ii. Hasta que en efecto haya emitido y tramitado formalmente dicho concepto, caso en el cual, deberá retomar el pago para las incapacidades surtidas entre el día 541 y la cesación de la incapacidad del tutelante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

No obstante, reconociendo que el dictamen de la calificación de pérdida de capacidad laboral puede establecer, o bien que se trata de una enfermedad de origen laboral, o bien que a pesar de tratarse de una enfermedad de origen común, la pérdida de capacidad es igual o superior al 50%, la EPS mantendrá intacta la posibilidad de repetir contra cualquier entidad obligada bajo esas circunstancias, para obtener el pago de las incapacidades, con base en lo señalado en la sentencia T-786 de 2009.⁴¹

6.2 Expediente T-5.835.520

El señor Manuel Guillermo Martínez García fue diagnosticado el 19 de agosto de 2014 con una enfermedad de origen común que le ha generado incapacidades ininterrumpidas que suman más de 540 días hasta la interposición de la tutela. Sobre esa misma fecha, el accionante no había sido calificado con pérdida de capacidad laboral, razón por la cual solicitó la protección de sus derechos, a través del pago de las incapacidades, hasta tanto se surtiera dicho trámite.

Procedencia frente al principio de inmediatez

Bajo el mismo precedente jurisprudencial que fue utilizado en el caso del señor Edinson García Ceballos, es necesario evaluar la procedencia de la acción de tutela para el señor Martínez García. Con base en la información aportada al expediente, se constata que el inicio de la vulneración de derechos del tutelante sucede el día 5 de febrero de 2016, fecha en la cual se emite la última incapacidad antes del cumplimiento de los 540 días.

La fecha de presentación de la tutela data del 16 de mayo de 2016, esto es, tres meses después del día en que cesaron los pagos de las incapacidades, tiempo en el cual, la

vulneración de derechos persistía en tanto no se había realizado el pago del subsidio de incapacidad y el tutelante permanecía en el proceso de rehabilitación que le impedía continuar normalmente con su actividad laboral.

Procedencia frente al principio de subsidiaridad

Pasa esta Sala a analizar si el caso del señor Manuel Martínez supera el análisis de condiciones objetivas que permiten asumir su estado de debilidad manifiesta, y en consecuencia, la necesidad de activación de la acción de tutela bien sea como mecanismo transitorio, o bien sea porque se constata la ineficacia de la jurisdicción laboral ordinaria para garantizar la protección de los derechos del señor Martínez.

De acuerdo con la información que obra en el expediente, el accionante es un hombre de 39 años de edad, ingeniero civil,⁴² quien argumenta en el escrito de tutela que responde a “(...) los gastos propios de una persona casada y con hijos (...)”,⁴³ que al carecer de vivienda propia paga arriendo, y que adicionalmente está soportando gastos de transporte y de otros procedimientos para mejorar su salud. Ninguna de estas manifestaciones ha sido controvertida por los accionantes y, en consecuencia, se presume la buena fe del actuar del señor Martínez ante las autoridades.

A pesar de que el accionante es un hombre profesional, no es dable para esta Sala asumir por ese simple hecho, que la supresión de su salario, o en este caso del subsidio de incapacidad que sustituye su salario, no lo aproxima vertiginosamente a una situación de debilidad manifiesta. De entrada, esta situación se genera, como lo ha dicho la Corte,⁴⁴ por el hecho concreto de que la persona no está en capacidad de laborar, requiere una rehabilitación satisfactoria para incorporarse de nuevo a su actividad profesional y el salario es presumiblemente su única fuente de ingresos.

Solo en gracia de discusión, incluso si se llegara a pensar que por su calidad de ingeniero civil el accionante ha accedido a salarios que le permiten generar cierto ahorro para enfrentar este tipo de situaciones adversas, es claro que un estado de incapacidad que sumaba 626 días al momento de presentación de la tutela, implica gastos que con seguridad han tenido que ser solventados por el accionante.

Dado que ninguna de las entidades accionadas ha manifestado lo contrario, y que el señor

Martínez ha hecho énfasis en los gastos que debe sortear tanto por su enfermedad como por la cotidianidad de su núcleo familiar, esta Sala considera que se constatan las condiciones objetivas que ubican al señor Martínez a un estado de vulnerabilidad, y en consecuencia, la procedencia de la acción de tutela como el mecanismo idóneo para la protección de sus derechos, a pesar de la competencia de la jurisdicción laboral.

Afectación del derecho a la salud, mínimo vital y vida digna

De la misma manera que se ha hecho en el examen de procedencia de la acción, es importante resaltar que a pesar de la condición profesional del accionante, no es posible afirmar que la supresión de su salario, representado en este caso en el subsidio de incapacidad, no está afectando negativamente sus derechos a la salud, mínimo vital y vida digna. Como ya se ha dicho, no hay elementos en el expediente que controviertan las afirmaciones del señor Martínez respecto a la difícil situación económica, que ha implicado entre otras cosas el atraso en el pago del arriendo de la casa que habita junto con su familia.

Tampoco encuentra esta Sala indicio alguno que demuestre que el señor Martínez tiene alguna fuente de ingreso alterna que genere recursos sin que el accionante esté habilitado para trabajar. Por lo tanto, la supresión del pago de incapacidades genera los efectos negativos y la afectación de derechos que fue descrita en la parte considerativa de este fallo, y que, con razón, ha reiterado insistentemente la jurisprudencia de esta Corporación.

Definición de la obligación del pago de las incapacidades

De acuerdo con las pruebas existentes en el expediente, el señor Manuel Martínez no contaba (al momento de la interposición de la acción de tutela) con calificación de pérdida de capacidad laboral. Sin embargo, en el escrito de insistencia de la Defensoría del Pueblo, que data del 2 de diciembre de 2016, manifiesta que la calificación recibida por el accionante fue de 35,40%. Así mismo, se constata, a partir de las copias simples de historia clínica e incapacidades, que la enfermedad que padece es de origen común.

A partir de esta información, la Sala puede concluir que las incapacidades otorgadas al señor Martínez deben ser pagadas a través de la ruta del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en tanto se trata de una enfermedad de origen común y hay calificación de pérdida de

capacidad laboral de menos del 50%. En este caso, aplican las reglas que insistentemente se han mencionado en este fallo y que implican las siguientes responsabilidades de pago:

- i. Entre los días 1 y 2 a S&A Santander y Asociados LTDA.
- ii. Entre los días 3 y 180 a Cafesalud EPS.
- iii. Entre los días 181 y 540 a. Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir.
- iv. Entre los días 541 en adelante a Cafesalud EPS.

Al Fondo de Pensiones

Que si no ha cumplido con su obligación de pagar la incapacidad emitida el 5 de febrero de 2016 vigente hasta la satisfacción de la obligación legal de los 540 días, que para este caso se cumplieron el 20 de febrero de 2016, realice dicho pago en un término máximo de 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia.

A la EPS

Que con base en la obligación impuesta por la Ley 1753 de 2015, realice el pago de las incapacidades emitidas a partir del 21 de febrero de 2016 hasta que cese la emisión de incapacidades en favor del actor por constatarse su rehabilitación y posibilidad de reincorporación a la vida laboral.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- Revocar en el expediente T-5.802.594 el fallo emitido el 13 de junio de 2016 por el Juzgado 23 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali – Valle del Cauca, que confirmó en segunda instancia el fallo del 18 de abril de 2016 del Juzgado 22 Penal Municipal de Cali con Funciones de Conocimiento. En su lugar, la Sala ordena tutelar los derechos al mínimo vital, a la vida y a la salud del ciudadano Edinson García Ceballos.

SEGUNDO.- Ordenar a la EPS Servicio Occidental de Salud – SOS S.A., que de no haber emitido el concepto de rehabilitación del que habla el artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, pague las incapacidades emitidas desde el 1º de enero de 2016, hasta que se cumplan los 540 días de incapacidades ininterrumpidas.

TERCERO.- Ordenar a la EPS Servicio Occidental de Salud – SOS S.A., que realice el pago de las incapacidades emitidas en favor del señor García Ceballos, desde el día 541 hasta que cese la emisión de incapacidades en favor del señor Edinson García Ceballos por haberse comprobado su rehabilitación satisfactoria y reincorporación laboral.

CUARTO.- Instar al señor Edinson García Ceballos, para que, de considerarlo pertinente, solicite una nueva calificación de pérdida de capacidad laboral con ocasión de su diagnóstico de artrosis secundaria múltiple.

QUINTO.- Confirmar en el expediente T-5.835.520 el fallo del Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Zipaquirá emitido el 5 de julio de 2016, que confirmó en segunda instancia la sentencia del 25 de mayo de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Zipaquirá, en el entendido de que debe pagar las incapacidades generadas en favor del señor Martínez García entre el 05 de febrero de 2016 y el 20 de febrero de 2016.

Para el cumplimiento de esta orden, el Fondo de Pensiones y Cesantías Provenir S.A., cuenta con un término máximo de 48 horas, contadas a partir de la notificación de este fallo.

SÉPTIMO.- Ordenar a la EPS Cafesalud que realice el pago de las incapacidades emitidas a partir del 21 de febrero de 2016, hasta que cese la emisión de incapacidades en favor del actor por verificarse su rehabilitación y posibilidad de reincorporación a la vida laboral.

Para el cumplimiento de esta orden, la EPS Cafesalud, cuenta con un término máximo de 48 horas, contadas a partir de la notificación de este fallo.

OCTAVO.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

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

JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS

Magistrado (e)

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ROCIO LOAIZA MILLAN

Secretaria General

1 Pierna contraria a la de la fractura que provocó la calificación de pérdida de capacidad laboral por la Junta Regional.

2 De acuerdo con el artículo 45 del Decreto 1352 de 2013, “(...) los dictámenes adquieren firmeza cuando: a. Cuando contra el dictamen no se haya interpuesto recurso de reposición y/o apelación dentro del término de 10 días siguientes a su notificación.”

3 Página 4, cuaderno con escrito de insistencia y resolución de selección de la tutela.

4 Caso de Edinson García Ceballos.

5 Caso de Manuel Guillermo Martínez García.

6 Corte Constitucional, sentencia T-384 de 1998.

7 Constitución Política, artículo 86, incisos 1 y 3, y Decreto 2591 de 1991, artículo 6.

8 Al afirmar que el juez constitucional siempre debe analizar el medio de defensa judicial alternativo que tendría el accionante para determinar la eficacia del mismo, la Corte retoma las sentencias T-100 de 1994, T-01 de 1997 y T-351 de 1997.

9 Reiterado, entre otras, por las sentencias T-333 de 2013, T-721 de 2012 y T 144 de 2016.

10 Corte Constitucional, sentencias T-1206 de 2005, T-614 de 2007 y T-124 de 2007.

11 Corte Constitucional, sentencias T-311 de 1996, T-789 de 2005 y T-648 de 2010.

12 Recoge las reglas establecidas en sentencia T-684 de 2010.

13 Corte Constitucional, sentencia T-144 de 2016.

14 Esta clasificación ha sido retomada por la sentencia T-468 de 2010.

15 Modifica el párrafo 1 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.

16 Corte Constitucional, sentencia T-490 de 2015

17 Código Sustantivo del Trabajo, artículo 227.

18 Decreto 2463 de 2001, artículo 23.

19 El Decreto 2943 de 2013 modifica el párrafo 1 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 que establecía que la obligación del empleador era pagar los primeros 3 días de incapacidades originadas por enfermedad general.

20 Este artículo modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

21 Este concepto debe emitirse antes del vencimiento de los primeros 150 días de incapacidad. Si la EPS no cumple esta obligación, deberá asumir el pago de las incapacidades posteriores a los 180 días, hasta que emita el concepto.

22 Las sentencias T-684 de 2010 y T-876 de 2013 retomaron la idea de la existencia de un déficit de protección para incapacidades superiores a 540 días.

23 Literal a del artículo 67 de la Ley 1753 del 2015.

24 Corte Constitucional, sentencia T-144 de 2016.

25 La EPS podrá perseguir el pago de dichas incapacidades ante la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, según el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

26 Corte Constitucional, sentencia T-299 de 2009.

27 Corte Constitucional, sentencia T-788 de 2013.

28 Corte Constitucional, sentencia T-410 de 2013.

29 Corte Constitucional, sentencia T-193 de 2013.

30 Corte Constitucional, sentencia T-431 de 2013.

31 De acuerdo con el expediente, el empleador pagó las incapacidades generadas hasta el 31 de diciembre de 2015.

32 Esto según la información que se encuentra en el expediente, lo cual no significa que no se deba reconocer el pago de incapacidades surtidas con posterioridad a esta fecha.

33 Expediente principal, página 91.

34 Expediente principal, página 141.

36 Página 85, expediente principal.

37 Página 72 del expediente principal.

38 Página 113 del expediente principal.

39 “El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.”

40 “Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de

trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional (sic) 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.”

41 “Es cierto que las incapacidades laborales del trabajador desde el catorce (14) de agosto de dos mil ocho, se causaron por incapacidades médicas superiores a los ciento ochenta (180) días, pero la ley sólo faculta al trabajador para solicitar incapacidades hasta por ese número de días (art. 227, C.S.T.). Con todo, la EPS quedará facultada para iniciar el trámite encaminado a definir el origen real y verdadero de la enfermedad que ocasionó esas incapacidades en particular. Si, tras conocer el resultado definitivo sobre el origen de la enfermedad, Saludcoop concluye que ha debido ser otro el responsable por el pago de las referidas incapacidades, estará habilitado para repetir contra él.”

42 Historia clínica, página 2 del expediente principal.

43 Página 20 del expediente principal.

44 Corte Constitucional, sentencia T-490 de 2015.