

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de acreencias laborales

INCAPACIDAD MEDICA-Pago sustituye salario

ACCION DE TUTELA-Razones de la procedencia excepcional para el pago de incapacidades laborales

En la Sentencia T-1242 de 2008, sintetizó los casos en que la jurisprudencia constitucional ha sido concedido el amparo para el pago de incapacidades laborales, así: (i) cuando tales prestaciones constituyen el único medio de subsistencia (afectación del mínimo vital) o cuando, por ejemplo se afecta el derecho a la salud de quien se encuentra incapacitado y dada la ausencia de pagos, es abocado a reincorporarse a sus actividades de manera anticipada sin que pueda recuperarse satisfactoriamente; y sumado a lo anterior (ii) las EPS se niegan a cancelar las incapacidades bajo el argumento de que el empleador no pagó los respectivos aportes al sistema en los términos señalados por la ley. En estos eventos la Corte ha establecido que en los casos en que las EPS no hayan utilizado los mecanismos de cobro a su alcance, éstas se allanan a la mora, y no pueden fundamentar el no reconocimiento de una prestación, como el pago de la incapacidad por enfermedad general.

INCAPACIDAD LABORAL-Se presume que es la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizarse su mínimo vital y el de su familia, como ocurre con su salario

ACCION DE TUTELA-Orden a Fondo de Pensiones y Cesantías del pago de incapacidades laborales dejadas de pagar por el empleador al trabajador

MARCO NORMATIVO DE LAS PRESTACIONES POR ENFERMEDAD NO PROFESIONAL O ACCIDENTE COMUN

Referencia: expediente T-2447206

Acción de tutela instaurada por Arnol Guillermo Sánchez Romero contra la Cooperativa Integral de Transportadores del Litoral Atlántico Coolitoral.

Magistrado Ponente:

Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Bogotá, DC., veintitrés (23) de marzo de dos mil diez (2010).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO y JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo dictado por el Juzgado 11 Penal Municipal de Barranquilla con funciones de conocimiento, el 20 de agosto de 2009, dentro de la acción de tutela instaurada por ARNOL GUILLERMO SÁNCHEZ ROMERO contra la COOPERATIVA INTEGRAL DE TRANSPORTADORES DEL LITORAL ATLANTICO COOLITORAL.

### I. ANTECEDENTES

#### Hechos

1. El ciudadano ARNOL GUILLERMO SÁNCHEZ ROMERO, de 49 años de edad, manifiesta estar enfermo como consecuencia de su trabajo como conductor y cobrador en la COOPERATIVA COOLITORAL de Barranquilla con la cual está vinculado por contrato desde hace más de 14 años.

1. Dice que actualmente se encuentra incapacitado por la NUEVA EPS, y que aunque el médico tratante le viene expidiendo incapacidades, ni ésta, ni COOLITORAL, se las quieren pagar.

1. La NUEVA EPS le certifica incapacidad por “Enfermedad General” con diagnóstico de: DOLOR TORAXICO EN ESTUDIO -SINDROME CORONARIO AGUDO -HIPOTIROIDISMO-

## HIPERTENSION ARTERIAL-CATETERISMO CARDIACO1.

1. Agrega el actor, que la razón de la negativa en el pago es que se encuentra “en calificación por parte del fondo de pensión Porvenir sin alcanzar el porcentaje exigido por la ley para la Pensión de Invalidez, por lo que el Fondo no está obligado a pagar las incapacidades...”

1. Afirma que es padre cabeza de familia y que no ha podido suministrarle una vida digna a su núcleo familiar.

### Pruebas

\* Certificados de incapacidad expedidos por la NUEVA EPS en las siguientes fechas: 14 de abril de 2009, 13 de mayo de 2009, 16 de junio de 2009, y 13 de julio de 2009.

\* Órdenes médicas expedidas durante el año 2008.

\* Historia Clínica.

\* Fotocopia de la cédula de ciudadanía, y

\* Certificado de Existencia y Representación de la entidad demandada.

El demandado aporta las siguientes:

1. Comprobantes de egreso por pago de incapacidades y certificados de incapacidad expedidos por la NUEVA EPS. (Folios 97 a 144)

1. Carta del 13 de abril del 2009, suscrita por la NUEVA EPS y dirigida a COOLITORAL, en la cual le comunica que a partir del día 181, el pago de incapacidades pasa a ser responsabilidad del Fondo de pensiones. (Folio 145)

1. Contrato de trabajo suscrito entre la Cooperativa de Transportadores del Litoral Atlántico Ltda. "COOLITORAL" y Arnol Guillermo Sánchez Romero. (Folios 149 y 150)

1. Acta de celebración de audiencia pública ante el Inspector del Trabajo, de fecha 11 de marzo de 2009. (Folios 153 a 162)

1. Concepto Jurídico N° 253869 de Agosto 28 del 2008, del Ministerio de la Protección Social, sobre "reconocimiento de la prestación económica por incapacidad después de los 180 días". (Folio 164 a 168)

1. Oficio de 13 de abril de 2009, suscrito por la NUEVA EPS, donde se establece la incapacidad de 180 días del actor y el procedimiento a seguir. (folio 211).

1. Escrito de derecho de petición interpuesto por la COOPERATIVA COOLITORAL ante la Clínica de La Costa, solicitando copia del dictamen de calificación del actor. (Folio 173)

1. Reiteración del derecho de petición, dirigida a la NUEVA EPS. (Folios 177 a 180)

1. Carta de 4 de mayo de 2009, de Seguros de Vida Alfa S.A., en que se rechaza la solicitud pensional del actor por no cumplir el porcentaje mínimo de pérdida de la capacidad laboral. (folio 218)

1. Carta de 8 de junio de 2009, en que se remite el caso del actor a la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico.

#### Solicitud de tutela

El 27 de julio de 2009, el actor instauró una acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos fundamentales de petición, debido proceso, seguridad social, vida y salud, solicitando que se ordene a la COOPERATIVA COOLITORAL, que le cancele las incapacidades que le ha expedido el médico tratante por la patología que viene sufriendo.

#### Intervención de la parte demandada

1. El 10 de agosto de 2009, la Cooperativa Integral de Transportadores del Litoral Atlántico COOLITORAL contestó la acción de tutela mediante apoderado.

Alega que de acuerdo con la ley y la jurisprudencia, la obligación del pago de las incapacidades -le corresponde a “las entidades de seguridad social ... y son de su cargo las prestaciones económicas y asistenciales a los afiliados”. Soporta la anterior afirmación en la Sentencia C-473 de 2002 y en la siguiente normatividad: artículo 8° de la ley 100 de 1993, artículos 1°, 4°, 5°, 6° y 7° del Decreto 1295 de 1994, artículo 1° y parágrafo 3° de la ley 776 de 2002, artículos 10, 11, 12, 13, 29 y 34 del Decreto 2148 de 1992, parágrafo 1° y parágrafo 2°, artículos 22 y 23 del Decreto 2463 del 2001 y los artículos 29 y 48 de la C.N.

Sostiene que la enfermedad del accionante no es consecuencia de su trabajo en la Cooperativa, sino que se trata de una “ENFERMEDAD GENERAL”, tal y como consta en las incapacidades expedidas por la NUEVA EPS.

Acepta que el actor está vinculado a la Cooperativa mediante un Contrato de Trabajo a

término indefinido, desde el 4 de Julio de 1993, y que está incapacitado por enfermedad general desde el 17 de Diciembre de 2007.

Dice que hay un conflicto entre la NUEVA EPS y el Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. para el pago de las incapacidades.

Asegura que COOLITORAL ha pagado al actor las incapacidades expedidas por la NUEVA EPS, desde el 17 de diciembre de 2007 hasta marzo del 2009, sin que ésta ni el Fondo de Pensiones PORVENIR hubieran realizado los respectivos reembolsos. Aclara que sólo le han reembolsado el valor de las incapacidades de los primeros ciento ochenta (180) días.

Manifiesta que no es cierto que el accionante esté en proceso de calificación ante el Fondo de Pensiones PORVENIR S.A.; que esa entidad calificó y valoró al actor el 15 de abril de 2009, estableciendo como fecha de estructuración de la incapacidad, el 8 de enero de 2008, y como pérdida de capacidad laboral, el 20.48%.

Agrega que transcurridos los primeros 180 días de incapacidad del actor, la NUEVA EPS ha debido enviar la documentación al Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., para que este siguiera pagando las incapacidades que aquella le seguía expidiendo al trabajador; y que sólo lo hizo, un año y tres meses después de la incapacidad, porque COOLITORAL lo citó, con ese fin, al MINISTERIO DEL TRABAJO Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

Reitera que, COOLITORAL no ha vulnerado ningún derecho al actor porque siempre ha dado respuesta a las solicitudes presentadas por éste, y porque le ha seguido pagando las incapacidades a pesar de que los entes de la seguridad social, obligados, no hacían los reembolsos respectivos. Además los citó al Ministerio del Trabajo y de la Protección Social para que se ordenara la calificación y se pagara la incapacidad del tutelante.

1. El Juzgado 11 Penal Municipal de Barranquilla, mediante auto 11 de agosto de 2009, ordenó vincular como accionados al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, a la NUEVA EPS, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y a la Secretaría de Salud de Barranquilla. (Folio 222)

Intervención de PORVENIR S.A.

1. Mediante escrito del 29 de agosto de 2009, la Subgerente Administrativa de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., respondió la acción de tutela manifestando que hay hecho superado, porque en el presente caso no hay lugar a pagar incapacidades por las siguientes razones:

\* El 26 de febrero de 2009, el accionante radicó la solicitud de valoración ante esa entidad, y esta fue trasladada al Grupo Interdisciplinario de Calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral y Origen, de Seguros de Vida Alfa S.A., que es la encargada de calificar en primera instancia las incapacidades de los afiliados. Cuando esta entidad emite un concepto médico favorable de rehabilitación, dicho Comité es quien avala que se amplíe hasta por 360 días el pago de un subsidio equivalente al valor que venía recibiendo la persona, de parte de la EPS, por los primeros 180 días de incapacidad. (Art. 52 de la ley 962 de 2005 y Art. 23 del Decreto 2463 de 2001).

\* En el evento en que el Comité determine que no existe concepto favorable de rehabilitación, lo que procede es la calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral (PCL), de acuerdo con lo contemplado en el manual de calificación<sup>2</sup>, que fue precisamente lo que ocurrió en el presente caso. El 15 de abril de 2009, el Comité Médico determinó al actor, un porcentaje de pérdida de capacidad laboral, del 20.48% con Fecha de Estructuración (F.E.), del 8 de enero de 2008. Agrega que esta fecha es anterior a la fecha en que se cumplieron los primeros 180 días de incapacidad.

\* El accionante interpuso recurso de apelación ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico, lo cual fue notificado por Seguros de Vida Alfa S.A., el 8 de junio de 2009. (Manifiesta que al momento de la presentación del escrito, no había pronunciamiento de la Junta y que este pronunciamiento a su vez puede ser recurrido, ante la Junta Nacional de Invalidez, por cualquiera de las partes). En el evento que se modifique la P.C.L. a un

porcentaje superior al 50% se cumpliría el requisito para que el accionante fuera declarado como inválido según lo señalado por el artículo 39 de la ley 100 de 1993. En el evento que cumpliera con los requisitos legales la prestación se le cancelaría de manera retroactiva desde la F.E.

1. Discrepa de la pretensión de COOLITORAL según la cual, a partir de los 180 días de incapacidad, le corresponde al Fondo de Pensiones seguirla pagando.

Se apoya en el concepto emitido por la Oficina Asesora Jurídica y Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social N° 166 del 15 de enero de 2007, según el cual: “en el caso de que la incapacidad generada por enfermedad no profesional supere los ciento ochenta (180) días, no existe obligación legal para la EPS, de continuar con dicho reconocimiento”.

Finaliza diciendo: “Como se puede apreciar no hay ninguna obligación de parte de Porvenir S.A. de cancelar incapacidades, debido a que [al] accionante ya le fue emitido un dictamen de pérdida de capacidad laboral, lo cual es excluyente con el pago de incapacidades por cuanto las mismas tienen como propósito buscar la rehabilitación del paciente, para evitar tener que emitir una calificación sobre la pérdida de capacidad laboral de los afiliados”. Y cita la Sentencia T-3437 de 1998 para respaldar su planteamiento de que en el presente caso, hay hecho superado.

#### Intervención de la NUEVA EPS

La NUEVA EPS, mediante apoderado, manifiesta en primer lugar, que entre la EPS del ISS y la NUEVA EPS, no hubo fusión, transformación, privatización ni ninguna otra figura que implique que la NUEVA EPS se subroga en las obligaciones y deberes de la EPS del ISS. La NUEVA EPS fue autorizada por la Superintendencia Nacional de salud mediante Resolución 371 del 3 de abril de 2008 y el traslado de los afiliados del ISS tuvo lugar, a partir del 1° de agosto de 2008.

En segundo lugar, expresa que la NUEVA EPS no ha reconocido ningún valor por concepto de incapacidades al afiliado ARNOL GUILLERMO SANCHEZ, (i) porque éste cumplió los 180 días de incapacidad desde el 16 de junio de 2008, es decir mucho antes de existir legalmente la

NUEVA EPS; (ii) porque las Entidades Promotoras de Salud reconocen económicamente las incapacidades por enfermedad común hasta acumulados 180 días, conforme a lo establecido en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y, (iii) porque una vez se exceda este término las EPS deberán remitir los casos al Fondo de Pensiones en el cual se encuentra el afiliado para iniciar el trámite de una posible pensión por invalidez, o indemnización, si existe concepto favorable de recuperación. Agrega que el reconocimiento económico de las incapacidades será a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones.

Finalmente la NUEVA EPS, hace una relación de las normas legales en que fundamenta su posición jurídica, a saber: Art. 23 del Decreto 2463 del 2001; Concepto jurídico N° 8004-1-171306 de Septiembre 28 de 2005 de la Superintendencia Nacional de Salud y, Concepto Jurídico N° 253869 de Agosto 28 de 2008 del Ministerio de la Protección Social. Y solicita se declare la improcedencia de la tutela.

Mediante escrito del 24 de agosto de 2009, la NUEVA EPS adicionó la contestación de la acción de tutela, manifestando, que el 13 de abril de 2009, la NUEVA EPS instruyó al empleador sobre la necesidad de iniciar el proceso de pago de incapacidad, ante el Fondo de Pensiones, por ser este el legalmente obligado a hacer el pago<sup>3</sup>. Señala también que, en la Audiencia de Conciliación celebrada el 6 de marzo de 2009<sup>4</sup>, la Cooperativa COOLITORAL solicitó al Inspector del Trabajo, citar al Fondo de Pensiones PORVENIR para que reconociera las incapacidades al accionante.

Decisiones Judiciales que se revisan

1. Mediante Sentencia del 20 de agosto de 2009, el Juzgado 11 Penal Municipal de Barranquilla con funciones de conocimiento denegó el amparo impetrado, por “no estar determinado en el expediente de tutela a quién (sic) corresponde la obligación de cancelar las incapacidades alegadas por el actor, si a la empresa COOLITORAL LTDA, al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, a la NUEVA E.P.S. o a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y al contar el accionante con otro medio de defensa judicial, como es acudir a la justicia laboral ordinaria en procura de sus derechos fundamentales”.

Cita como fundamento de la anterior decisión el siguiente extracto de la Sentencia T-355 de 2000 de la Corte Constitucional: “Sin embargo, si se debaten cuestiones que deben someterse a la más amplia controversia judicial y no existe una plena prueba de las afirmaciones de las partes, lo cierto es que el juez de tutela debe abstenerse de adoptar una decisión que pueda afectar, sin un fundamento fáctico suficiente, derechos legales o constitucionales de alguna de las personas trabada en la litis judicial”.

1. El fallo no fue impugnado.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

1. 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 las demás disposiciones pertinentes. También por haber sido dispuesta su revisión mediante auto del veinte (20) de noviembre de dos mil nueve (2009), por la Sala de Selección número Once.

Problema jurídico.

1. Determinar si la Empresa Coolitoral Ltda., el ISS, la Nueva EPS, o el Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., vulneraron los derechos fundamentales de petición, al debido proceso, a la seguridad social, a la vida, a la salud y al mínimo vital del actor, al dejar de pagarle las incapacidades expedidas por la NUEVA E.P.S.

1. Antes de resolver el problema jurídico la Sala reiterará la jurisprudencia sobre (i) la procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de acreencias laborales y (ii) el marco normativo de las prestaciones por enfermedad no profesional o accidente común.

Procedencia excepcional de la acción de tutela para el pago de acreencias laborales.

Reiteración de jurisprudencia.

1. Esta Corporación ha reconocido en reiterada jurisprudencia, que corresponde a la jurisdicción ordinaria, mediante el ejercicio de la acción ordinaria laboral respectiva, la competencia para dirimir controversias relativas a la reclamación de acreencias de orden laboral, tal como se encuentra contemplado en el Código Procesal del Trabajo.

1. Sin embargo, cuando el no pago de las acreencias laborales vulnera o amenaza los derechos fundamentales como la vida digna, el mínimo vital, la seguridad social, y/o la subsistencia, la tutela procede por vía de excepción, para la reclamación de aquellas prestaciones que constituyan la única fuente de sustento o recursos económicos que permiten sufragar las necesidades básicas, personales y familiares de la persona afectada.

1. Bajo esta línea argumentativa, en materia de incapacidades por enfermedad debidamente certificada, la Corte en la Sentencia T-311 de 1996, manifestó:

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

1. Asimismo, en la Sentencia T-1242 de 2008, sintetizó los casos en que la jurisprudencia constitucional ha sido concedido el amparo para el pago de incapacidades laborales, así: (i) cuando tales prestaciones constituyen el único medio de subsistencia (afectación del mínimo vital) o cuando, por ejemplo se afecta el derecho a la salud de quien se encuentra

incapacitado y dada la ausencia de pagos, es abocado a reincorporarse a sus actividades de manera anticipada sin que pueda recuperarse satisfactoriamente; y sumado a lo anterior (ii) las EPS se niegan a cancelar las incapacidades bajo el argumento de que el empleador no pagó los respectivos aportes al sistema en los términos señalados por la ley. En estos eventos la Corte ha establecido que en los casos en que las EPS no hayan utilizado los mecanismos de cobro a su alcance, éstas se allanan a la mora, y no pueden fundamentar el no reconocimiento de una prestación, como el pago de la incapacidad por enfermedad general.

1. La Corte también ha denegado la solicitud de pago de incapacidades laborales por vía de tutela, cuando se ha proferido el dictamen médico laboral que determina el porcentaje de invalidez o de pérdida de capacidad laboral (PCL); la razón ha sido que dichas controversias pueden ser dirimidas ante la jurisdicción ordinaria, siempre y cuando no se presente un perjuicio irremediable<sup>5</sup>.

Así ocurrió en la Sentencia T-420 de 2004, en la que un ciudadano solicitaba el pago de unas incapacidades laborales con posterioridad a la fecha de la estructuración del dictamen de la entidad competente. En dicho caso, la Corte denegó el amparo, con el siguiente razonamiento:

“En efecto, al señor Wilfrido Álvarez le concedieron varias incapacidades, unas canceladas y otras no. No obstante, se observa por la Sala que la negativa de la A.R.P. Colmena Riesgos Profesionales al pago de las incapacidades que se reclaman, obedece al hecho de que la Junta Regional de Calificación de Invalidez Regional Barranquilla, declaró una incapacidad permanente parcial, cuyo pago le correspondió a la entidad accionada. Según informa Colmena Riesgos Profesionales, con fundamento en esa declaratoria procedió a pagar una indemnización por valor de \$5.316.648, y a suspender el pago de las incapacidades temporales (...) Es decir, como se afirma en el fallo que se revisa, en el presente caso la controversia se circunscribe a determinar si la entidad accionada queda eximida del pago de incapacidades temporales ante la declaratoria de incapacidad permanente parcial, o si por el contrario, debe continuar cancelándolas, circunstancia que debe ser analizada a la luz de las normas que rigen la materia, por los jueces competentes.” 6

1. En la Sentencia T-346 de 2008 la Sala Tercera de Revisión de esta Corporación estudió el caso en que se solicitaba el pago de las incapacidades laborales prescritas, con posterioridad a la calificación de la Junta Nacional de Invalidez, que determinó para su situación, una pérdida de la capacidad laboral equivalente al 19.48%. Según la ARP accionada, teniendo en cuenta la situación de la calificación, procedió a suspender el pago de las incapacidades temporales, pues con fundamento en lo dispuesto en la Ley, el pago de las mismas se suspende al momento de la declaración de una incapacidad permanente parcial y el correspondiente pago de la indemnización a que haya lugar.

Ante el conflicto de interpretación normativa presentado y la verificación de que no se presentaba vulneración del mínimo vital del accionante ni se configuraba un perjuicio irremediable, la Sala Tercera manifestó que a partir del precedente fijado en la sentencia T-420 de 2004, se confirmarían “las decisiones de instancia, en el entendido de que la discusión suscitada debe ser dirimida por los jueces ordinarios competentes”.

1. Sobre la base de lo expuesto, en los casos en que se solicite por vía de tutela, la autorización de pago de prestaciones laborales contempladas en el Sistema de Seguridad Social Integral, como las incapacidades, una vez se haya configurado la calificación de una incapacidad permanente o invalidez, la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para ordenar el pago de dichas acreencias, salvo que se presente o pruebe la configuración de un perjuicio irremediable. De lo contrario, son los jueces ordinarios los competentes para definir el derecho en cuestión.

Marco normativo de las prestaciones por enfermedad no profesional o accidente común.

1. Las incapacidades laborales originadas en enfermedad no profesional constituyen una prestación propia del Sistema de Seguridad Social que pretende amparar las contingencias surgidas con ocasión de perturbaciones en la salud de los trabajadores dependientes o independientes, circunstancia que resulta coherente con los objetivos que persigue la protección de este derecho.

1. Algunas disposiciones legales vigentes del sector privado referentes a las prestaciones por este concepto, son las contempladas en el numeral 15 del artículo 62, los artículos 127, 129, 130, 132, 141, 173, 227, y 228 del Código Sustantivo del Trabajo; los numerales 1 y 2 del artículo 16 del Decreto 2351 de 1965, el artículo 4° del Decreto 1373 de 1966, los artículos 16 y 17 del Decreto 2177 de 1989 y el inciso 5° del artículo 23 del Decreto 2463 del 2001.

1. El artículo 206 de la Ley 100 de 1993 dispone, que de conformidad con las disposiciones legales vigentes, las empresas promotoras de salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras, el cubrimiento de los riesgos por incapacidades generadas en enfermedad general.<sup>7</sup>

1. El artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, prevé que el trabajador tiene derecho a que el empleador le pague, hasta por 180 días, un auxilio monetario por enfermedad no profesional<sup>8</sup>.

1. De acuerdo con la anterior normatividad, cuando un trabajador padece una enfermedad de origen común y se le empiezan a expedir incapacidades, los primeros 3 días corren por cuenta del empleador; los días comprendidos entre el día 4 y el día 180, le corresponde pagarlos a la EPS.

1. Asimismo, dentro de esos 180 días a cargo de la EPS, antes del día 150, esta deberá emitir un concepto del servicio de rehabilitación integral del incapacitado, frente al cual pueden darse las siguientes posibilidades:

\* Que el concepto sea favorable. Estando incapacitado, el trabajador puede rehabilitarse. En

ese caso la Administradora de Fondos de Pensiones con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro provisional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las Juntas de Calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal otorgada por la Entidad Promotora de Salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

\* Que el concepto sea desfavorable. En el evento en que no sea posible la rehabilitación igualmente antes del día 150, las Administradoras de Fondos de Pensiones, deberán remitir los casos a las Juntas de Calificación de Invalidez<sup>9</sup>.

1. La calificación de invalidez genera el reconocimiento de la pensión de invalidez, únicamente cuando la pérdida de la capacidad laboral (PCL) es superior al 50%.

1. Cuando es inferior, no causa el reconocimiento de dicha prestación, y de acuerdo a lo consagrado en el Decreto 2177 de 1989, en su artículo 17: “los trabajadores de los sectores público y privado que según concepto de la autoridad competente (de salud ocupacional o quien haga las veces en la respectiva entidad de seguridad o previsión social o de medicina del trabajo, en caso de no existir afiliación a dichas instituciones), se encuentren en estado de invalidez física, sensorial o mental, para desempeñar las funciones propias del empleo de que sean titulares y la incapacidad no origine el reconocimiento de pensión de invalidez, se les deberán asignar funciones acordes con el tipo de limitación o trasladarlos a cargos que tengan la misma remuneración, siempre y cuando la incapacidad no impida el cumplimiento de las nuevas funciones ni impliquen riesgo para su integridad”.

1. Ahora bien, en los casos en que la incapacidad laboral no da lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez porque la calificación es inferior al 50%, ¿A quien le corresponde asumir el pago de las incapacidades a partir del día 181?

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el pago de las incapacidades laborales mayores a 180 días corre a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador.

Las razones las explicó la Corte en la Sentencia T-920 de 200910:

“Lo anterior, por cuanto el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, al señalar que es posible postergar el trámite de calificación de invalidez, hasta por 360 días, y que en dicho lapso, el fondo de pensiones debe otorgarle al trabajador un subsidio equivalente al de la incapacidad que venía disfrutando por parte de la respectiva E.P.S., lleva a concluir que es al fondo de pensiones a quien le corresponde asumir el pago de las incapacidades a partir del día 181 hasta la fecha en que se produzca el dictamen de invalidez, por lo menos, por 360 días más”.<sup>11</sup>

En la providencia anteriormente citada, también precisó la Corte que “(...) a la Entidad Promotora de Salud le asiste un deber de acompañamiento y orientación al usuario en cuanto al trámite para obtener el pago de las incapacidades superiores a 180 días, en el sentido de remitir directamente los documentos correspondientes ante el Fondo de Pensiones respectivo, para que éste haga el estudio de la solicitud y decida acerca del pago de la prestación reclamada o el reconocimiento de una eventual pensión de invalidez. Ello, en razón a que, no es constitucionalmente admisible que al trabajador incapacitado se le someta a tramites adicionales o a cargas administrativas que no está en la obligación, ni en condiciones de asumir”.

1. Finalmente, es pertinente recordar que el numeral 15 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, sobre terminación del contrato por justa causa, establece:

“Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato del trabajo:

“(...) 15. La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya duración no haya sido posible durante ciento ochenta días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al patrono de las

prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad.”

Con base en lo anteriormente expuesto la Sala procederá a resolver el caso concreto.

1. Arnol Guillermo Sánchez Romero, de 49 años de edad, quien afirma ser padre cabeza de familia, se encuentra vinculado mediante Contrato de Trabajo, como Chofer-Mecánico-Cobrador, con la Cooperativa Integral de Transportadores del Litoral Atlántico COOLITORAL, desde hace más de 14 años. El salario devengado por el trabajador corresponde a un porcentaje sobre el producido bruto, que nunca podrá ser inferior al mínimo legal<sup>12</sup>.

1. El 17 de diciembre de 2007, al actor le fue ordenada una incapacidad por enfermedad general. La Cooperativa COOLITORAL ha pagó las incapacidades al actor desde tal fecha, hasta el mes de marzo del año 2009, cuando dejó de hacerlo por considerar que era a la EPS a quien correspondía seguir haciendo el pago. Además, porque la NUEVA EPS únicamente le reembolsó el valor correspondiente a los primeros 180 días de incapacidad.

1. La NUEVA EPS no se considera responsable del pago de las incapacidades del actor porque este cumplió los 180 días de incapacidad con anterioridad al 16 de junio de 2008, que fue la fecha en que la E.P.S. nació a la vida jurídica, y porque considera que excedidos los 180 días de incapacidad, corresponde al Fondo de Pensiones iniciar el trámite de una posible indemnización o pensión de invalidez según fuere el caso.

1. Esta última afirmación no resulta cierta, toda vez que el inciso 5° del artículo 23 del Decreto 2463 del 2001, permite postergar el trámite de calificación de invalidez, hasta por un término máximo de 360 días adicionales a los primeros 180, “...siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador...”

La EPS no hizo uso de la facultad que le confiere el inciso 2° del artículo 52 de la ley 962 de

2005, a las Entidades Promotoras de Salud, de determinar la pérdida de la capacidad laboral del usuario.

1. El 26 de febrero de 2009, el accionante radicó solicitud de pérdida de la capacidad laboral y grado de invalidez ante el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., y, el 15 de abril de 2009, se le determinó un porcentaje de Pérdida de Capacidad Laboral (PCL) del 20.48%, con fecha de estructuración (FE) del 8 de enero de 2008. El anterior dictamen fue apelado por el actor, ante la Junta Regional de Calificación del Atlántico.

1. En síntesis, al señor ARNOL GUILLERMO SANCHEZ ROMERO le fueron pagadas las incapacidades por enfermedad general, por parte de su empleador, desde el 17 de diciembre de 2007, hasta el mes de marzo de 2009, y solo hasta el 15 de abril de 2009 se configuró el dictamen médico laboral que le determinó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral (PCL) del 20.48%. Los primeros 180 días de incapacidad le fueron reembolsados al empleador por parte de la EPS ISS, ahora NUEVA EPS.

1. El Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. manifiesta que a raíz de la calificación de PCL, no hay lugar al pago de incapacidades y que solo se puede proceder hasta que se pronuncie la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico y la Junta Nacional de Invalidez, si fuere el caso, sobre el recurso interpuesto por el actor contra la calificación. Si se modifica la PCL a un porcentaje superior al 50%, el actor cumpliría el requisito para que fuera declarado como inválido y la prestación se le cancelaría de manera retroactiva.

1. El 27 de julio de 2009, fecha en que presentó la acción de tutela, el peticionario no estaba recibiendo el subsidio por incapacidad, que le permitía sustentar la manutención suya y de su familia, correspondiente a un salario mínimo legal.

1. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la solicitud de pago de incapacidades solo procede por vía de tutela cuando se afecta el mínimo vital del incapacitado, o cuando con el no pago se configura un perjuicio irremediable.

1. A lo anterior debe añadirse que esta Corporación estableció una presunción respecto del no pago de las prestaciones económicas que surge como consecuencia de incapacidades laborales. Concretamente, se ha dicho que “se presume que las incapacidades son la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar, tal como el salario”<sup>13</sup>.

1. La inminencia del perjuicio que ocasiona la suspensión del pago de un salario mínimo a un padre cabeza de familia cuando este constituye la única fuente de sustento es natural y obvia, al igual que la urgencia en la toma de medidas para detener el perjuicio, toda vez que este se acrecienta con el paso del tiempo.

1. Tal y como lo estableció la Corte, en la sentencia T-311 de 1996, “El pago de incapacidades laborales sustituye al [referido] salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada...”

Por el anterior motivo, la Sala considera que al actor le fueron vulnerados sus derechos al mínimo vital y a la seguridad social, a partir del mes de marzo de 2009, pero no por parte de la COOPERATIVA INTEGRAL DE TRANSPORTADORES DEL LITORAL ATLANTICO COOLITORAL quien le continuó pagando las incapacidades más allá de su obligación legal, sino por parte del Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. en virtud de lo establecido por la jurisprudencia constitucional y del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001. (Fundamento 19).

Como se dijo anteriormente, el empleador siguió pagando las incapacidades del actor después de los 180 primeros días de incapacidad y Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. no desplegó ninguna conducta tendiente a determinar la PCL del usuario afectado, la posibilidad de rehabilitación o el grado de invalidez.

1. Por tal motivo, la Sala ordenará al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., asumir el pago de las incapacidades del actor, desde el mes de marzo de 2009 hasta que quede en firme el dictamen de su pérdida de capacidad laboral (PCL), realizado el 15 de abril de 2009, y se determine con certeza, si hay lugar a pago por indemnización o pensión por invalidez.

1. La anterior orden se imparte sin perjuicio de que las controversias suscitadas entre los demandados, sean resueltas a través de las acciones ordinarias a que haya lugar, toda vez que no son objeto de esta acción de tutela, cuyo único fin es amparar los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del actor. Tales circunstancias son: El 15 de abril de 2009, el Comité Médico determinó como fecha de estructuración de enfermedad general, el 8 de enero de 2008. La NUEVA EPS considera que no está obligada a reconocer ningún valor por concepto de incapacidades al señor ARNOL GUILLERMO SANCHEZ ROMERO, por cuanto “este afiliado cumplió los 180 días de incapacidad desde el 16 de junio de 2008, es decir mucho antes de existir la NUEVA EPS”. El Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. considera que hay hecho superado porque el 26 de febrero de 2009, el accionante radicó su solicitud de determinación de pérdida de la capacidad laboral y grado de invalidez, y el Comité de Calificación determinó que el accionante tenía un porcentaje de Pérdida de Capacidad Laboral (PCL) del 20.48%, con Fecha de Estructuración del 8 de enero de 2008. Interpuso Recurso de Apelación contra el dictamen, ante la Junta Regional de Calificación del Atlántico. El empleador asumió el pago de las incapacidades más allá de los 180 días a que está obligado por ley.

1. De otra parte, está probado en el expediente que el trabajador interpuso una querrela ante el Ministerio del Trabajo y la Protección Social. A folios 187 a 207 del cuaderno original de tutela, se encuentran los oficios y actas que constatan la intervención del Inspector del Trabajo en la causa contenciosa.

Mediante oficio de fecha 25 de febrero de 2009<sup>14</sup>, el Inspector de Trabajo y Seguridad Social de Barranquilla, citó a los demandados, COOPERATIVA COOLITORAL y NUEVA EPS, a

comparecer para “adelantar diligencia con las partes, debiéndose allegar por parte de la EPS: Incapacidades autorizadas y otorgadas al afiliado ARNOL SÁNCHEZ ROMERO por el médico tratante adscrito a la Entidad promotora de Salud; dictamen definitivo sobre el origen de la enfermedad padecida por el citado afiliado, declarada por el médico tratante; oficio de remisión a la Administradora del Fondo de Pensiones a la cual se encuentra afiliado el trabajador, el reporte de pronóstico sobre la rehabilitación o curación, documentos relacionados con la reubicación y /o reintegro del trabajador, y demás documentos que se pretendan hacer valer, lo cual se extiende a las demás partes”.

El 6 de marzo de 2009 y el 26 de marzo de 2009, se adelantaron reuniones entre los demandados y el querellante, ante el Ministerio de la Protección Social, tendientes a resolver la querrela presentada por el actor.

1. De acuerdo a lo anterior, por estar en trámite la querrela interpuesta ante el Ministerio del Trabajo, y por encontrar que los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del actor fueron vulnerados por las razones expuestas, la presente acción de tutela será concedida como mecanismo transitorio, para que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A cancele al actor las incapacidades dejadas de pagar por el empleador desde el mes de marzo de 2009, hasta que el dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral quede en firme y el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. asuma el pago de indemnización, o pensión de invalidez, de ser el caso.

1. La Corte revocará la Sentencia proferida el 20 de agosto de 2009, por el Juzgado 11 Penal Municipal de Barranquilla, que negó la acción de tutela interpuesta por ARNOL GUILLERMO SÁNCHEZ ROMERO contra la COOPERATIVA INTEGRAL DE TRANSPORTADORES DEL LITORAL ATLANTICO COOLITORAL y concederá la acción de tutela como mecanismo transitorio para proteger los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del actor. Por consiguiente ordenará al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, que a más tardar en el término de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, le cancele las incapacidades dejadas de pagar desde el mes de marzo de 2009 hasta que quede en firme el dictamen de su pérdida de capacidad laboral (PCL), realizado el 15 de abril de 2009, y se

determine con certeza, si hay lugar a pago por indemnización o pensión por invalidez.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia proferida el 20 de agosto de 2009, por el Juzgado 11 Penal Municipal de Barranquilla, que negó la acción de tutela interpuesta por ARNOL GUILLERMO SÁNCHEZ ROMERO contra la COOPERATIVA INTEGRAL DE TRANSPORTADORES DEL LITORAL ATLANTICO COOLITORAL. En su lugar CONCEDER la acción de tutela como mecanismo transitorio para proteger los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del actor.

SEGUNDO: ORDENAR al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., que a más tardar en el término de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, cancele las incapacidades dejadas de pagar por el empleador al trabajador ARNOL GUILLERMO SÁNCHEZ ROMERO, desde el mes de marzo de 2009, hasta que su dictamen de pérdida de la capacidad laboral quede en firme y el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. asuma la obligación legal que le corresponde.

TERCERO: Por la Secretaría General de esta Corporación, REMÍTASE copia auténtica de esta sentencia al Ministerio de la Protección Social, Dirección Territorial del Atlántico, Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control, Inspección de Trabajo, para que sea tenida en cuenta dentro de la reclamación laboral y de Seguridad Social de ARNOL GUILLERMO SANCHEZ ROMERO contra su empleador COOPERATIVA INTEGRAL DE TRANSPORTADORES DEL LITORAL ATLANTICO COOLITORAL Y LA NUEVA EPS.

CUARTO. ADVERTIR a las partes que las órdenes que se imparten mediante el presente fallo constituyen medidas transitorias para proteger los derechos al mínimo vital y a la seguridad

social del trabajador, y no perjudican las decisiones que se tomen o que se lleguen a tomar dentro de la querrela laboral.

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

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado Ponente

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Folio 24 Cuaderno Original.

2 Decreto 917 de 1999

3 La carta anunciada como anexo por el apoderado no está en el expediente.

4 Folio 245.

5 CP. Art. 86 La acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

6 Sentencia T-420 de 2004

7 Ley 100 de 1993. "ARTICULO. 206.-Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157 (Afiliados al sistema de Seguridad Social), el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las empresas promotoras de salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las entidades promotoras de salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto". El literal a) del artículo 157 se refiere a los afiliados al sistema de Seguridad Social.

8 Art. 227 C.S.T. "En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el [empleador] le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante". Mediante la sentencia C-543 de 2007, la Corte estableció que en ningún caso, ese auxilio puede ser inferior al salario mínimo legal vigente.

9 El artículo 52 de la Ley 962 de 2005, que modificó el artículo 41 de la ley 100 de 1993, dispuso en su inciso segundo, cuál es el procedimiento para determinar la pérdida de capacidad laboral y grado de invalidez.

10 Ver también sentencia T-980 de 2008.

11 "ARTICULO 23.- Rehabilitación previa para solicitar el trámite ante la junta de calificación de invalidez.

(...)

Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación, la administradora de fondos de pensiones con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las juntas de calificación de invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad

temporal otorgada por la entidad promotora de salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador”

12 El Contrato de Trabajo obra a folios 149 y 150 del cuaderno original.

13 Sentencia T-789 de 2005. La Corte también tiene establecida la presunción de afectación del mínimo vital de una madre gestante o lactante y de su hijo recién nacido, por el no pago de la licencia de maternidad, cuando devenga un salario mínimo, o cuando el salario es su única fuente de ingreso. Dicha presunción debe ser desvirtuada por la EPS o el empleador. (Sentencia T-1255-08)

14 Folio 187