

## Sentencia T-263/12

INCAPACIDAD LABORAL-Procedencia de tutela para el pago por existir perjuicio irremediable

En lo que respecta al mínimo vital, la Corte ha reiterado que se presume que el pago de las incapacidades laborales constituye la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizar su subsistencia y la de su familia, tal como ocurre con su salario. Es por ello que a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar las acreencias laborales, entre ellas las incapacidades, cuando éstas no se pagan oportunamente se afectan derechos del orden constitucional, por lo que se hace necesaria la intervención del juez de tutela a fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el asalariado y su núcleo familiar.

INCAPACIDAD LABORAL-Normatividad aplicable a las incapacidades de origen profesional y de origen común

INCAPACIDAD LABORAL POR ENFERMEDAD COMUN-Si la incapacidad es igual o menor a tres días será asumida directamente por el empleador/INCAPACIDAD LABORAL POR ENFERMEDAD COMUN-Si la incapacidad es superior a 4 días e inferior a 180 días será asumida por la EPS en la cual se encuentre afiliado el trabajador

INCAPACIDAD LABORAL DE ORIGEN PROFESIONAL O ACCIDENTE DE TRABAJO-El pago será asumido por la ARP

DERECHO A LA VIDA DIGNA Y MINIMO VITAL-Orden a Nueva EPS pago de incapacidades laborales a que tiene derecho el accionante

ACCION DE TUTELA PARA OBTENER REINTEGRO LABORAL DE TRABAJADOR DISCAPACITADO QUE GOCE DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-Procedencia excepcional

La Corte Constitucional ha precisado que, por regla general, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para obtener el reintegro laboral. Sin embargo, también ha aclarado que esta acción es procedente cuando se trata de personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por causa de su condición económica, física o mental y que formulan pretensiones dirigidas a lograr la tutela del derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA CON LIMITACIONES FISICAS, PSIQUICAS O SENSORIALES-Garantías contenidas en la Ley 361 de 1997 y jurisprudencia constitucional sobre su aplicación

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE TRABAJADOR EN CONDICIONES DE DEBILIDAD MANIFIESTA O INDEFENSION Y DERECHO A LA REUBICACION LABORAL-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO FUNDAMENTAL A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA-Casos en que procede reintegro de trabajador desvinculado por condiciones de salud al sufrir accidente de trabajo

Referencia: expedientes acumulados T-3290942 y T-3294516.

Acciones de tutela interpuestas por (i) Rodolfo Amor Alfaro contra la Nueva EPS y el Instituto de los Seguros Sociales; y (ii) Diego Miguel Peña Martínez contra Construdiseños Milena Orduz E.U.

Magistrado Ponente:

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de marzo de dos mil doce (2012)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados en segunda instancia por (i) la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, que revocó el proferido por el Juzgado 2° Penal del Circuito para Adolescentes de Cartagena con función de conocimiento de la misma ciudad, donde se había concedido la protección invocada (T-3290942); y (ii) el del Juzgado 22 Penal del Circuito de Bogotá que confirmó el dictado por el Juzgado 51 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la misma ciudad que en su momento negó la solicitud de amparo (T-3294516).

La Sala de Selección número 12, mediante Auto de 14 de diciembre de 2011, acumuló los expedientes de la referencia por considerar que existía unidad de materia.

## I. ANTECEDENTES

### A. EXPEDIENTE T-3.290.942

Caso: Rodolfo Amor Alfaro contra La Nueva E.P.S. y el Instituto de Seguros Sociales

El señor Rodolfo Amor Alfaro, a través de apoderado judicial, promovió acción de tutela en contra de La Nueva E.P.S. y el Instituto de los Seguros Sociales al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital. Como fundamento de su solicitud plantea los siguientes:

#### 1. Hechos

- Afirmó que se encuentra afiliado a La Nueva E.P.S., y el 29 de enero de 2011 le fue realizada una cirugía de reemplazo total de cadera izquierda. En consecuencia el 1 de febrero del mismo año, se le concedió incapacidad médica por 30 días.

- Advirtió con el fin de lograr el anterior reconocimiento económico, se dirigió a la E.P.S. accionada, quien en comunicación del 9 de febrero de 2011 decidió negar el pago de la misma, alegando lo siguiente:

“durante el seguimiento que se realizó al usuario (...) se pudo establecer que este usuario presentó el 13 de diciembre de 2008, 180 días continuos de incapacidad como consecuencia del diagnostico: (S720).

(...)las Empresas Promotoras de Salud E.P.S. están obligadas a reconocer hasta 180 días de incapacidad consecutivos por un mismo concepto, acorde con la parte 4 de la circular 011 de 1995, emitida por la Superintendencia Nacional de Salud.”

- Manifestó que en tres ocasiones más le concedieron incapacidades por un mes, sin embargo, dichas prestaciones no han sido canceladas.

- Destacó que las causas de la incapacidad concedida en 2008 son diferentes a las que motivaron las de 2011, por tratarse de distintos eventos.

- Explicó que debido a la negativa de la E.P.S., presentó solicitud ante el Instituto de los Seguros Sociales para su reconocimiento, entidad que también decidió negarla.
- Mencionó que por su estado de salud no cuenta con una fuente de ingreso y depende económicamente de las sumas que deben ser reconocidas a título de incapacidad, toda vez que no tiene un trabajo ni le ha sido reconocida la pensión de invalidez. Por consiguiente, solicita que se le ordene a La Nueva E.P.S que haga el pago respectivo.

## 2. Traslado y contestación de la tutela

Avocado el conocimiento de la presente acción, el Juzgado 2° Penal del Circuito para Adolescentes de Cartagena con Funciones de Conocimiento, mediante auto de 7 de julio de 2011, decidió correr traslado a los gerentes de la Nueva E.P.S. y del Instituto de los Seguros Sociales, para que se pronunciaran sobre los hechos de la presente solicitud de amparo. Adicionalmente, citó al accionante para que rindiera declaración jurada con el objeto de ampliar algunos aspectos consignados en el escrito de tutela. Surtido el trámite de rigor, se allegaron los informes que se relacionan a continuación.

### 2.1. Instituto de los Seguros Sociales

En escrito del 12 de julio de 2011, el jefe del Departamento de Pensiones señaló que la Administradora no es la entidad encargada de reconocer los subsidios por las incapacidades del accionante, ya que esta labor le corresponde a la E.P.S. a la que se encuentra afiliado el actor.

Indicó que el 16 de junio de 2008, al señor Amor Alfaro se le realizó una cirugía de reemplazo total de cadera izquierda por artrosis y necrosis vascular. En esa ocasión recibió el subsidio económico por las incapacidades temporales que le concedieron.

Agregó que el 24 de noviembre de 2008, el actor fue calificado con un 33,57% de pérdida de capacidad laboral y fecha de estructuración el 16 de junio de 2008. Debido a la inconformidad del asegurado con este dictamen, su caso se remitió a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar y, posteriormente a la Junta Nacional. La última entidad determinó que había disminuido su capacidad para trabajar en un 44,30% con fecha de estructuración el 8 de mayo de 2005.

Reseñó que en el año 2010 el accionante presentó “aflojamiento prostético de cadera izquierda” por lo que el 29 de enero de 2011 se le practicó cirugía de revisión de prótesis y reemplazo del componente femoral.

Con base en lo anterior, explicó que las incapacidades temporales por enfermedad común expedidas con ocasión de la intervención quirúrgica que le practicaron el 29 de enero de 2011 y que se extendieron hasta el mes de mayo de 2011, no constituyen prórrogas de las que le fueron otorgadas en el año 2008. Además, resaltó que las mencionadas incapacidades no suman 180 días.

## 2.2. La Nueva E.P.S.

En informe allegado el 12 de julio de 2011, el apoderado judicial de esta entidad pidió que se declarara improcedente la solicitud de amparo por cuanto las incapacidades reclamadas deben ser asumidas por la A.F.P.

Expuso que al realizar un seguimiento a la situación del actor, se pudo establecer que éste presentó al 13 de diciembre de 2008, 180 días continuos de incapacidad como consecuencia del diagnóstico “S720”. De este modo, a partir del día 181 el reconocimiento pasa a ser responsabilidad del fondo de pensiones al cual se encuentra afiliado, según el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 y los conceptos jurídicos 8004-1-171306 del 28 de septiembre de 2005 y 253869 del 28 de agosto de 2008, proferidos por la Superintendencia de Salud y el Ministerio de la Protección Social, respectivamente.

## 2.3. Declaración jurada del señor Rodolfo Amor Alfaro

El 13 de julio de 2011, en diligencia practicada ante el juez de primera instancia, el actor manifestó que las incapacidades solicitadas se refieren a la intervención quirúrgica de cambio de la prótesis de cadera, practicada el 29 de enero de 2011. Adujo que lleva 5 meses incapacitado y que ninguna de las entidades demandadas le ha pagado dichas prestaciones.

Afirmó que tiene a cargo a su compañera permanente y a dos hijos de 16 y 11 años, con quienes vive; además, vela por la manutención de dos hijas de su primer matrimonio quienes cuentan con 22 y 20 años, ya que la primera no tiene trabajo y la segunda está adelantando

estudios universitarios.

Expuso que su ex esposa se hace cargo de los gastos de sus hijas mayores y él colabora con lo que puede. Agregó que su compañera actual trabaja en oficios varios y que viven en la casa de su suegra, quien está pensionada y “también le da la mano”. Igualmente, señaló que tuvo que vender su moto para poder cumplir con sus obligaciones, ya que tampoco podía utilizarla por la enfermedad que padece.

Por último declaró que trabajó como agente de tránsito hasta el año 2007, momento en el que fue retirado debido a una reestructuración administrativa y que, actualmente, cotiza como independiente en los sistemas de salud y pensiones.

### 3. Decisiones Judiciales Objeto de Revisión

#### 3.1. Primera instancia

El Juzgado 2° Penal del Circuito para Adolescentes de Cartagena con Funciones de Conocimiento, a través de sentencia del 22 de julio de 2011, decidió conceder el amparo solicitado al estimar que La Nueva E.P.S. vulneró los derechos invocados por el señor Amor Alfaro al negarse a pagar las incapacidades dadas por el médico tratante.

Precisó que las cirugías practicadas en 2008 y 2011 son diferentes, por lo que no es posible que la E.P.S. aduzca que por tratarse del mismo diagnóstico no tiene la obligación de reconocer la prestación económica.

Por consiguiente, ordenó a la Nueva EPS el pago de las incapacidades dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esa providencia.

#### 3.2. Impugnación

El 1° de agosto de 2011, la Nueva EPS manifestó su desacuerdo con la anterior decisión y afirmó que procedió a consignar el valor correspondiente a 57 días de incapacidad, en cumplimiento del fallo.

Sin embargo, reiteró que las E.P.S. están obligadas a reconocer hasta 180 días de incapacidad consecutivas por un mismo concepto, de conformidad con la Circular 011 de

1995 emitida por la Superintendencia de Salud y a partir del día 181, el reconocimiento pasa a ser responsabilidad del fondo de pensiones al cual se encuentra afiliado el usuario.

Explicó que una vez se supera dicho término, las E.P.S. deben remitir los casos al fondo de pensiones para que éste inicie el trámite de reconocimiento de pensión de invalidez o de indemnización si existe concepto favorable de recuperación.

En virtud de lo anterior, pidió que se revocara la sentencia y se requiriera al I.S.S. para que adelantara el procedimiento respectivo respecto a la solicitud del señor Amor Alfaro.

### 3.3. Segunda instancia

Mediante fallo del 19 de septiembre de 2011, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena decidió revocar la sentencia de primera instancia al estimar que el accionante no anexó prueba alguna que permitiera inferir razonablemente que la demora en el pago de las incapacidades afectaba, de forma efectiva, su derecho fundamental al mínimo vital. Explicó que el mismo accionante en su declaración jurada expuso que “en la actualidad mi ex esposa Alicia Romero se hace cargo de las necesidades de las hijas y en lo que pueda le colaboro porque no estoy haciendo nada. Y con los otros dos hijos como vivimos en la casa de la (...), mi señora trabaja en oficios varios y mi suegra está pensionada con el mínimo, quien también me da la mano”.

El Tribunal expresó que aunque reconoce la especial protección que merece el actor en razón a su discapacidad, no encuentra razones que hagan imprescindible la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, ya que éste no logra sustentar la urgencia actual de la prestación económica.

### 4. Pruebas aportadas en el expediente

\* Comunicación del 16 de mayo de 2011, emitida por el I.S.S. en respuesta a la petición presentada por el actor el 9 de mayo de 2011 (folio 5, cuaderno de primera instancia).

\* Certificado de incapacidad del 27 de febrero al 28 de marzo de 2011, expedida por la IPS Pedro Heredia (folio 9, cuaderno de primera instancia).

- \* Comunicación del 9 de febrero de 2011, emitida por la Nueva EPS (folio 11, cuaderno de primera instancia).
- \* Historia Clínica del accionante (folios 12 a 21, cuaderno de primera instancia).
- \* Certificado de incapacidad por 30 días de fecha 30 marzo de 2011, expedido por la Clínica Universitaria San Juan de Dios (folio 22, cuaderno de primera instancia).
- \* Certificado de incapacidad por 30 días de 29 de abril de 2011, expedido por la Clínica Universitaria San Juan de Dios (folio 24, cuaderno de primera instancia).
- \* Certificado de incapacidad por 30 días de 30 de mayo de 2011, expedido por la Clínica Universitaria San Juan de Dios (folio 26, cuaderno de primera instancia).
- \* Certificado de incapacidad por 30 días de 29 de junio de 2011, expedido por la Clínica Universitaria San Juan de Dios (folio 72, cuaderno de primera instancia).
- \* Comunicación del 10 de abril de 2008 emitida por el I.S.S., en la que se ordena la calificación de la capacidad laboral del afiliado (folio 28, cuaderno de primera instancia).
- \* Dictamen de calificación de la pérdida de capacidad laboral, emitido por la Junta Nacional de Invalidez el 26 de marzo de 2010 (folio 48, cuaderno de primera instancia).
- \* Dictamen de calificación de la pérdida de capacidad laboral, practicado por el Área de Medicina Laboral del Instituto de los Seguros Sociales, el 24 de noviembre de 2008 (folio 54, cuaderno de primera instancia).

## B. EXPEDIENTE T-3294516

Caso: Diego Miguel Peña Martínez contra Construdiseños Milena Orduz E.U.

El señor Diego Miguel Peña Martínez promovió acción de tutela contra Construdiseños Milena Orduz E.U. al estimar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y al mínimo vital. Como sustento de su solicitud expone los siguientes:

### 1. Hechos

- Indicó que el 6 de octubre de 2010 sufrió un accidente cuando trabajaba en la obra que se adelanta para la construcción del centro comercial Titán Plaza, en la ciudad de Bogotá, al caer de una altura aproximada de dos metros cincuenta centímetros (2.5mts), lo que le ocasionó una fractura que comprometió la región nasofrontal y maxilar del lado izquierdo, por lo que requirió intervención quirúrgica. Dicha situación que fue debidamente informada a la empresa empleadora.

- Agregó que fue atendido por la ARP POSITIVA, a la cual se encontraba vinculado y que desde el día en que ocurrieron los hechos ha estado incapacitado y en constante tratamiento médico.

- Expresó que la empresa accionada dio por terminado el contrato de trabajo el 18 de enero de 2011 y que sólo le informaron tal decisión hasta el mes de abril de 2011, a través de comunicación remitida por la empresa empleadora a la ARP. Esto sin tener en cuenta que continuaba en tratamiento médico, vulnerando de esta manera su estabilidad laboral y personal, lo que terminó por afectar su mínimo vital.

- Con base en lo anterior, solicitó ser reintegrado en el menor tiempo posible a su lugar de trabajo, se ordene a la accionada mantener su afiliación a la seguridad social integral desde la fecha del despido y se le cancelen los salarios desde el momento de su desvinculación, así como la totalidad de las prestaciones sociales correspondientes a este tiempo.

## 2. Traslado y contestación de la acción de tutela

Mediante auto del 2 de agosto de 2011, el Juzgado 51 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, avocó conocimiento del amparo y ofició a Construdiseños Milena Orduz E.U. para que ejerciera el derecho de defensa, vinculando además al trámite a la ARP Positiva y a la EPS Saludcoop. Finalmente, ofició al Ministerio de la Protección Social para que se pronunciara al respecto. A partir de lo anterior se recibieron los siguientes informes.

### 2.1. Construdiseños Milena Orduz E.U.

Agregó que la empresa cumplió con la afiliación a la ARP Positiva, que se efectuó el 17 de septiembre de 2010. Añadió que desde el 18 de enero de 2011 el actor no volvió al sitio de trabajo, ni notificó su condición por lo que no está al tanto de su estado actual de salud.

Expuso que en su condición de empleador, canceló hasta la última incapacidad correspondiente al periodo comprendido entre el 29 de noviembre y el 18 de diciembre de 2010. Sin embargo, desconoce el resto de las incapacidades que obran en el expediente, es decir, la expedida el 29 de abril de 2011 y las siguientes.

Estableció que la empresa tiene la intención de reubicarlo, pero resulta necesario que la ARP emita las recomendaciones respectivas para tal fin.

En cuanto a la afiliación al sistema dijo que “[Se] opone parcialmente la empresa no se encuentra en un estado de liquidez bueno y no le es posible ponerse al día inmediatamente con el sistema de seguridad social, si se hará pero parcialmente hasta quedar totalmente al día”. Además, declaró que “[Se] opone hasta tanto ARP POSITIVA no determine la veracidad de las incapacidades no puedo realizar un pago total, me comprometo a adelantarle la suma de \$600.000 para con esto no verle afectado su mínimo vital”.

Por último, señaló que existen otros medios de defensa para lograr el pago de de las prestaciones reclamadas.

## 2.2. ARP Positiva

Esta Administradora de Riesgos Profesionales a través de su Representante Legal, manifestó que el actor sufrió un accidente de trabajo el 6 de octubre de 2010, confirmado a través de dictamen 83141 del 11 de octubre de 2010.

Señaló que expidió 26 órdenes de servicio con el objeto de atender la contingencia, así como también las respectivas indemnizaciones, cancelándole seis incapacidades, las cuales corresponden a los siguientes periodos:

Incapacidad

Días

Fecha de inicio

Fecha final

Valor

181

30

20/12/2010

18/01/2011

515.000

182

30

19/01/2011

17/02/2011

535.000

183

30

18/02/2011

19/03/2011

535.600

185

16

20/03/2011

04/04/2011

285.000

263003

8

25/04/2011

02/05/2011

142.827

17

27/05/2011

12/06/2011

303.507

Las citadas sumas fueron consignadas en la cuenta de ahorros del accionante y la última, correspondiente a 17 días, fue radicada el 2 de agosto de 2011, siendo efectiva en los tres días hábiles siguientes. Agregó que a la fecha no se encuentra pendiente certificados de incapacidad por liquidar.

Por lo expuesto, advirtió que la ARP ha venido brindado la atención médica y asistencial requerida, razón por la cual solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela.

### 2.3. Ministerio de la Protección Social

El Coordinador del grupo de Acciones Constitucionales, manifestó que, conforme a los hechos y las pretensiones que obran en el expediente, se debe declarar improcedente el amparo en relación con esa entidad por falta de legitimación por pasiva, debido a que no ha sido ni fue el empleador del accionante. Además, existe otro medio judicial idóneo y efectivo para que el actor logre el pago de sus prestaciones sociales o acreencias laborales reclamadas.

### 2.4. Saludcoop E.P.S.

Esta entidad dejó vencer el término de traslado en silencio. Sin embargo, de manera extemporánea expuso que el señor Peña Martínez se encuentra suspendido sin capacidad de

pago en el sistema desde el 2 de marzo de 2011.

Explicó que su último empleador Construdiseños Milena Orduz E.U. lo retiró mediante planilla de autoliquidación del 2 de febrero de 2011, sin que se haya presentado vinculación posterior.

En consecuencia señaló que no existe un vínculo que obligue a la prestación de los servicios incluidos en el POS, pudiendo acudir a la afiliación en el régimen subsidiado.

### 3. Decisiones judiciales objeto de revisión

#### 3.1. Sentencia de primera instancia

El Juzgado 51 Penal Municipal de Bogotá con Función de Control de Garantías, mediante sentencia del 16 de agosto de 2011, decidió denegar el amparo, argumentando que la empresa demandada no dio por terminada la relación laboral con ocasión de la enfermedad que sufre el señor Peña Martínez, sino debido al abandono del cargo por parte de éste. Además, se evidenció que en algunos lapsos, al actor no le otorgaron incapacidades médicas, a saber, del 5 de abril al 24 de mayo de 2011 y del 3 al 26 de mayo de 2011.

Esto permite inferir que el trabajador debió presentarse a la institución para aclarar su estado laboral, así como también informar su evolución en salud.

Advirtió que el Sistema de Seguridad Social en Salud cuenta con distintos medios para acceder a sus beneficios ya sea a través del régimen contributivo o el subsidiado.

Por último, estableció que el accionante no aportó prueba acerca de la afectación de su mínimo vital, ni de la negación de la prestación de los servicios de salud. Por el contrario, señaló que en el expediente existen documentos que permiten advertir tanto la atención médica integral por parte de la ARP, como el pago de las incapacidades. Por consiguiente, concluyó que su caso se trata de un tema litigioso y, por tanto, ajeno del juez de tutela, máxime cuando no se cumple con el requisito de inmediatez porque han transcurrido más de 7 meses desde que, según el actor, la empresa dio por terminado el contrato de trabajo.

#### 3.2. Impugnación

El accionante impugnó el fallo de primera instancia. Al respecto, manifestó que el juez da toda credibilidad a la empresa y sus consideraciones pugnan con la verdad y con las pruebas que obran en el expediente. Resaltó que tiene serios inconvenientes ya que no cuenta con seguridad social integral desde que su ex empleador terminó la relación laboral, quedando desprotegido de este servicio.

Expuso que a la empresa accionada le asisten obligaciones, toda vez que tenía conocimiento de su tratamiento médico y su enfermedad con ocasión del accidente de trabajo.

Declaró que la accionada sabía que para efectuar su desvinculación debía solicitar el respectivo permiso del inspector de trabajo, puesto que se encontraba en tratamiento médico, incapacitado y enfermo, situación que se ha venido agravando por carecer de asistencia en salud.

### 3.3. Sentencia de segunda instancia

El Juzgado 22 Penal del Circuito de Bogotá, en decisión del 28 de septiembre de 2011, confirmó la sentencia proferida por el a quo al estimar que conforme con el material probatorio que se encuentra en el expediente, no se evidencia “que hubo un despido y que éste resulta injustificado, menos entonces que obedeció a un acto discriminatorio del empleador por la condición de discapacidad física del actor”. Indicó que se halla acreditado que el accionante, una vez se le terminó la incapacidad otorgada, voluntariamente no se presentó a trabajar, por lo que el conflicto que acá se plantea es de rango legal, debiendo entonces ser resuelto por la jurisdicción laboral ordinaria.

### 4. Pruebas aportadas en el expediente

\* Certificado de la Cámara de Comercio de Construdiseños Milena Orduz E.U. (folio 7, cuaderno de primera instancia).

\* Copia de la certificación ARP Positiva del señor Diego Miguel Peña Martínez afiliado a riesgos profesionales desde el 17 de septiembre de 2010 (folio 9, cuaderno de primera instancia).

\* Copia certificación de afiliación como cotizante a la EPS-Saludcoop desde el 24 de febrero de 2009 (folio 10, cuaderno de primera instancia).

\* Copia de controles médicos del señor Peña Martínez expedido por el Hospital Universitario San Ignacio (folios 11 al 22, cuaderno de primera instancia).

\* Copia comunicado de la empresa Construdiseños Milena Orduz a ARP Positiva (folio 23, cuaderno de primera instancia).

\* Copia del informe de resultados imagenología practicados al señor Peña Martínez, de la Clínica Palermo (folios 25 al 28, cuaderno de primera instancia).

\* Copia de incapacidades pendientes de pago al señor Peña Martínez por parte de la ARP Positiva (folios 32 al 39, cuaderno de primera instancia).

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### 1. Competencia

La Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para decidir estos asuntos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241.9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Planteamiento del problema jurídico

De la lectura atenta de los expedientes que ahora ocupan la atención de la Sala Quinta de Revisión surgen los siguientes problemas jurídicos:

2.1 Verificar la eventual vulneración de los derechos a la salud, a la vida digna y al mínimo vital, por parte de las entidades encargadas de administrar el sistema integral de la seguridad social al desconocer el pago de las prestaciones económicas derivadas de las incapacidades. Sobre este problema la Sala analizará (i) la procedencia de la acción de tutela para el pago de incapacidades; y (ii) la normatividad vigente que regula el punto de las incapacidades tanto de origen común como profesional y los procedimientos que deben seguirse al momento de reclamar el pago de las mismas.

2.2 Establecer la presunta afectación de los derechos fundamentales al trabajo y por

consiguiente a la estabilidad laboral reforzada, cuando una persona que sufre algún tipo de disminución en su salud y es desvinculada sin la autorización respectiva. En relación con este aspecto, se estudiará (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reintegro laboral en relación con el derecho a la protección laboral reforzada; y (ii) el derecho a la estabilidad laboral reforzada de quienes se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta o indefensión como consecuencia de limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas.

Conforme con el planteamiento hecho, se abordarán cada uno de los ítems previamente descritos, para finalmente estudiar cada caso concreto. En primer término se hará alusión a los presupuestos establecidos en el numeral 2.1 y posteriormente a los señalados en el 2.2.

### 3. Procedencia de la acción de tutela en el reconocimiento de incapacidades laborales

La Constitución Política en su artículo 49, establece la garantía para que todos los ciudadanos accedan a los servicios de promoción, protección, prevención, rehabilitación y recuperación de la salud, cuando la misma se ha visto mermada con ocasión del desarrollo de actividades laborales generando como consecuencia las denominadas incapacidades laborales.

De igual manera, esta Corporación ha señalado reiteradamente que las sumas de dinero reconocidas como subsidio por incapacidad, vienen a sustituir el salario durante el lapso en el cual el trabajador se encuentra al margen de sus labores, constituyendo la garantía necesaria para que su recuperación transcurra de manera tranquila al no tener que preocuparse por la procura de los ingresos necesarios para el sostenimiento personal o de su grupo familiar, garantizando de paso su subsistencia en condiciones dignas, tal como lo establece el artículo 53 de la Carta Política. En materia de procedencia de la tutela para el reconocimiento de esta prestación, en la sentencia T-684 de 2010, se compilaron las siguientes subreglas:

“La jurisprudencia constitucional igualmente ha fijado unos criterios que deben tenerse en cuenta para que el reconocimiento de incapacidades laborales sea procedente a través de la acción de tutela, los cuales son:

i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores<sup>1</sup>, 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<sup>2</sup>; 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<sup>3</sup>.”

Adicionalmente, este Tribunal Constitucional ha sostenido que cuando no se reconoce el pago de las incapacidades laborales, se pueden estar afectando otros derechos fundamentales como la salud, la vida en condiciones dignas, el mínimo vital del trabajador y de su núcleo familiar, ya que en la mayoría de los casos el subsidio por incapacidad representa su único sustento. Al respecto se ha indicado:

“De lo anterior puede colegirse que, el reconocimiento de la incapacidad por enfermedad general constituye un mecanismo idóneo para la salvaguarda de los derechos fundamentales de los trabajadores dependientes e independientes, entre los que pueden destacarse los siguientes, no sin antes aclarar que no son los únicos:

(i) La salud, en la medida que permite al afiliado disponer de una suma de dinero periódica a pesar de que en estricto sentido no exista prestación de servicio, circunstancia que contribuirá a la recuperación satisfactoria de su estado de salud, puesto que le permite seguir con el tratamiento prescrito por el médico tratante y guardar el reposo requerido para su óptima recuperación (...).

(ii) El mínimo vital, por cuanto constituye la única fuente de ingresos económicos que permiten satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del actor, en la medida que posibilita la conservación del giro ordinario del proyecto vital del beneficiario y de su grupo familiar.

Conviene recordar en este punto que, la jurisprudencia constitucional ha indicado que el derecho al mínimo vital no se agota de manera exclusiva en la posibilidad de gozar de un ambiente en el cual las necesidades de subsistencia biológica se encuentren satisfechas, pues tal derecho 'debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individual, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador'.<sup>4</sup>

Así pues, en la medida en que el pago de este tipo de incapacidades procura la consecución de fines constitucionales, se concluye que su creación en el Sistema de Seguridad Social procura la satisfacción de múltiples derechos fundamentales, entre los que pueden destacarse el derecho a la salud, el mínimo vital, y la seguridad social del cual hace parte."<sup>5</sup>

Además, en lo que respecta al mínimo vital, la Corte ha reiterado que se presume que el pago de las incapacidades laborales constituye la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizar su subsistencia y la de su familia, tal como ocurre con su salario. Es por ello que a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar las acreencias laborales, entre ellas las incapacidades, cuando éstas no se pagan oportunamente se afectan derechos del orden constitucional, por lo que se hace necesaria la intervención del juez de tutela a fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el asalariado y su núcleo familiar.

4. Normatividad aplicable a las incapacidades tanto de origen común como profesional y los procedimientos que deben seguirse al momento de reclamar el pago de las mismas

La Constitución de 1991 estableció en sus artículos 48 y 49 el derecho a la seguridad social. De igual manera, estipuló los principios que deben regirla y autorizó al Legislador para que expidiera las leyes necesarias a fin de lograr el desarrollo integral del Sistema.

Para los fines pertinentes que interesan a esta tutela, se puede apreciar que en cuanto a las contingencias que llegare a padecer un trabajador en razón a una enfermedad o lesión que lo incapacite para laborar en forma permanente o temporal, el sistema contempla las distintas situaciones que en cada evento se puedan presentar y los procedimientos a seguir, con el único fin 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, según el caso.

Es así como ante una enfermedad o un accidente bien sea de origen profesional o común, el sistema integral de seguridad social prevé el pago de las respectivas incapacidades. En orden a dar claridad a este punto, corresponde establecer quién es la entidad encargada de cancelar las incapacidades para lo cual se debe distinguir entre un suceso de (a) origen común o (b) profesional.

Si la incapacidad es igual o menor a tres días, la misma será asumida directamente por el empleador. Así lo establece el Decreto 1406 de 1999, que en su artículo 40 - Parágrafo-1, señala lo siguiente:

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

A su vez, a la EPS le corresponde pagar las incapacidades de origen común a partir del día cuarto, siempre y cuando la misma no sea prórroga de otra. Cabe advertir que las incapacidades se entienden prorrogadas cuando entre la que se va a liquidar y la anterior no existe un lapso mayor de 30 días y corresponda a la misma enfermedad.

Cuando la incapacidad de origen común es superior a 4 e inferior a 180 días, el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas derivadas de la misma recaen en cabeza de la EPS a la cual se encuentra afiliado el trabajador. En este sentido el artículo 206 de la ley 100 de 1993, indica:

“ARTÍCULO 206. INCAPACIDADES. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos

destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.”

Lo anterior sin perjuicio de lo contemplado en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y que cobra vigencia cuando el empleador no ha afiliado a sus trabajadores:

“Art. 227. Valor del auxilio. En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el patrono 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.”

El citado artículo también resulta aplicable en aquellos casos en los cuales la enfermedad es de origen común, pero (i) el trabajador no tiene el número mínimo de semanas cotizadas en la forma en que lo exige el artículo 3°, numeral 1° del Decreto 47 de 20006; (ii) el empleador incurrió en mora en el pago de las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella<sup>7</sup>; y (iii) el empleador no suministra las pertinentes informaciones acerca de la incapacidad concreta del trabajador<sup>8</sup>.

Cabe advertir que si la enfermedad no cuenta con un concepto favorable de recuperación, el trabajador mantiene el derecho a la reinstalación en el empleo. Si la enfermedad genera una limitación o pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, da lugar al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en cuyo caso la calificación de la pérdida laboral corresponde emitirla a la EPS, a la Aseguradora o a la Junta de calificación de invalidez, según sea el caso. Para ello y mientras se surte el trámite respectivo, el trabajador encuentra cubiertas sus necesidades económicas con el pago de las respectivas incapacidades, correspondiendo cubrir a la EPS los primeros 180 días y a la AFP hasta por 360 días más<sup>9</sup>. Por último, tiene garantizado el reintegro a sus ocupaciones laborales en el mismo cargo que venía desempeñando en la empresa o en una actividad similar, según las aptitudes con que cuenta después de superar la respectiva incapacidad.

a. Incapacidades de origen profesional.

En estos casos, la Administradora de Riesgos Profesionales asume el pago de todas las prestaciones a que haya lugar desde el primer día, 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.

En este orden de ideas, los distintos actores del Sistema deben actuar de manera armónica a fin de alcanzar la protección efectiva de los usuarios, en orden a establecer el origen de sus patologías así como los procedimientos y beneficios que otorga el mismo dentro de la estructura de un Estado Social de Derecho.

#### 5. Procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reintegro laboral en relación con el derecho a la protección laboral reforzada

La Corte Constitucional ha precisado que, por regla general, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para obtener el reintegro laboral. Sin embargo, también ha aclarado que esta acción es procedente cuando se trata de personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por causa de su condición económica, física o mental y que formulan pretensiones dirigidas a lograr la tutela del derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada. En ese sentido, en Sentencia T-661 de 2006<sup>10</sup> la Corte, al analizar un caso enmarcado dentro del escenario constitucional que se estudia, indicó:

“Otro tanto sucede en materia de la regulación de un trámite expedito que permita a los trabajadores discapacitados, despedidos sin la autorización del Ministerio de la Protección Social, ejercer el derecho a la estabilidad reforzada y obtener de manera inmediata el restablecimiento de sus condiciones laborales, en cuanto tampoco las normas procesales prevén un procedimiento acorde con la premura que el asunto comporta, conminando al trabajador a adelantar procesos engorrosos que no restablecen su dignidad y nada hacen por ‘romper esquemas injustamente arraigados en nuestro medio, como aquel de que un limitado físico, sensorial o psíquico es ‘una carga’ para la sociedad’<sup>11</sup>.

En armonía con lo expuesto, la jurisprudencia constitucional considera la acción de tutela procedente para ordenar el reintegro al trabajo de la mujer que va a ser madre o acaba de serlo, sin la necesaria confrontación de las razones esgrimidas por el empleador ante el

Inspector del Trabajo<sup>12</sup> y en la misma línea se estima que al juez de amparo compete disponer el reintegro de los trabajadores con limitaciones físicas, sensoriales o psíquicas, despedidos sin autorización de la oficina del trabajo, así mediare una indemnización<sup>13</sup>.”

6. El derecho a la estabilidad laboral reforzada de quienes se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta o indefensión como consecuencia de limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas

El inciso 3 del artículo 13 de la Constitución Política prescribe que el Estado debe proteger especialmente a las personas que, por su condición económica, física o mental, se hallen en condiciones de debilidad manifiesta y sancionar los abusos o maltratos que se cometan en contra de ellas.

Por su parte, el artículo 47 de la misma Carta dispone que le corresponde al Estado adelantar una política de prevención, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, prestándoles la atención especializada que requieran.

Finalmente, el artículo 53 Superior contempla, como uno de los principios mínimos fundamentales que deben orientar las relaciones laborales, la estabilidad en el empleo y la garantía de la seguridad social, mientras que el artículo 54 Constitucional de forma categórica preceptúa que “[e]s obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”.

De acuerdo con lo anterior, el Congreso de la República promulgó la Ley 361 de 1997<sup>14</sup>, mediante la cual se desarrolla a nivel legislativo la especial protección que el ordenamiento constitucional otorga a las “personas con limitación”. El capítulo IV de dicha ley, dedicado a la “integración laboral”, disponía en su artículo 26 (versión original) lo siguiente:

“En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”

La anterior disposición normativa fue modificada a través del artículo 137 del Decreto 19 de 201215, donde se agregó el siguiente inciso:

“Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior [referente a que ninguna persona podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación], no se requerirá de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador limitado incurra en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato. Siempre se garantizará el derecho al debido proceso.”

Cabe advertir que con la modificación introducida, se permite al empleador dar por terminado un contrato laboral siempre que el trabajador incurra en una justa causa de despido. Al margen de dicha posición, esta Corporación de manera reiterada ha establecido que los trabajadores con algún tipo de limitación permanente o temporal gozan de una especial protección, por lo que se les debe brindar todas las garantías necesarias para hacer prevalecer sus derechos<sup>16</sup>. Al respecto, en Sentencia C-531 de 2000, donde se estudió la constitucionalidad del artículo 26 original, la Corte lo declaró exequible bajo el “supuesto de que en los términos de esta providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato”.

Aunado a lo anterior y de acuerdo con las disposiciones consagradas en la Carta Política, este Tribunal Constitucional ha señalado que las personas que por sus condiciones físicas, sensoriales o psicológicas, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta o indefensión son beneficiarios de una “estabilidad laboral reforzada” y ha indicado que dicho

término hace referencia al derecho constitucional con el cual se garantiza “la permanencia en el empleo (...) luego de haber adquirido la respectiva limitación (...), como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral”<sup>17</sup>. De igual manera, en Sentencia T-263 de 2009, precisó algunos de los elementos que configuran el contenido esencial de dicho derecho, a saber: “(i) el derecho a conservar el empleo, (ii) a no ser despedido en razón de su situación de vulnerabilidad, (iii) a permanecer en él hasta que se configure una causal objetiva que amerite la desvinculación laboral y (iv) a que el inspector de trabajo o la autoridad que haga sus veces, autorice el despido con base en la verificación previa de dicha causal, a fin de que el mismo pueda ser considerado eficaz”<sup>18</sup>.

Ahora bien, esta Corporación ha precisado “que en aquellos casos en los que el juez de tutela encuentre acreditado que la terminación del contrato de trabajo de quien ha sufrido mengua en su estado de salud no ha sido llevada a cabo con la autorización por parte de la autoridad administrativa, deberá dar aplicación a la presunción (...) en virtud de la cual se ha de asumir que la causa de dicha desvinculación es, precisamente, la desmejora de su salud y, por consiguiente, de la disminución de su capacidad laboral”<sup>19</sup>.

Finalmente, es necesario advertir que el derecho a la estabilidad laboral reforzada no puede ser entendido simplemente como la imposibilidad de retirar al trabajador que ha sufrido una disminución en su estado de salud, sino que además implica el derecho a la reubicación en un puesto de trabajo conforme a sus condiciones de salud en el que “pueda potencializar su capacidad productiva y realizarse profesionalmente, no obstante la discapacidad que le sobrevino, de forma que se concilien los intereses del empleador de maximizar la productividad de sus funcionarios y los del trabajador en el sentido de conservar un trabajo en condiciones dignas”<sup>20</sup>.

Todo lo anterior encuentra respaldo en la medida que se trata de un grupo que requiere una especial protección y permitir la desvinculación sin mediar la respectiva autorización de la entidad administrativa, conllevaría a que los empleadores aduciendo una justa causa, desvincularan trabajadores que en sus especiales condiciones requieren no sólo de su empleo, sino además de la protección que dicha situación acarrea. Por tanto, exigir la autorización del Ministerio del Trabajo en todos los eventos en que se pretende desvincular a una persona limitada físicamente, ya sea de manera temporal o definitiva, busca que se establezca de manera previa que efectivamente dicha situación corresponde a una justa

causa y no a un acto de discriminación por sus condiciones físicas. En consecuencia, lo que se pretende es evitar arbitrariedades por parte de los empleadores cuando deciden dar por terminada una relación laboral con este tipo de sujetos que gozan de una especial estabilidad laboral, así como sancionarlos cuando dicha conducta se configura.

## 7. Análisis de los casos concretos

### 7.1. Expediente T-3.290.942

Corresponde ahora a la Sala, con fundamento en las normas y la jurisprudencia constitucional que se acaban de exponer, así como en las pruebas que contiene el expediente, determinar: (i) si en este caso procede la acción de tutela instaurada por el señor Amor Alfaro, en contra de la Nueva E.P.S. y el Instituto de los Seguros Sociales en la medida que no se le ha reconocido el pago de las incapacidades prescritas; (ii) establecer si se configura la vulneración de los derechos fundamentales invocados; y (iii) las medidas que se deben adoptar en este asunto.

El accionante afirma que el 29 de enero de 2011 le fue realizada una cirugía de reemplazo total de cadera izquierda, por lo que le han sido prescritas distintas incapacidades de 30 días cada una, las que fueron reclamadas ante su EPS, entidad que se negó a cancelarlas aduciendo que el usuario presentó reclamación el 13 de diciembre de 2008, por este mismo factor, por lo que le correspondía al Fondo de Pensiones al que estuviera afiliado asumir tal rubro, no obstante, el ISS también se negó a reconocer dicha prestación.

En cuanto a su situación económica, manifiesta que no cuenta con una fuente de ingreso estable, en la medida que trabajó como agente de tránsito hasta el 2007, por lo que ha venido cotizando como independiente.

Expone que tiene a cargo a su compañera permanente quien actualmente labora en oficios varios, así como a dos hijos de 16 y 11 años, los que viven con él en casa de su suegra. Además, debe colaborar con la manutención de las hijas de su primer matrimonio que tienen 22 y 20 años, ya que la primera no tiene trabajo y la segunda está adelantando estudios universitarios.

El ISS indicó que no es la entidad encargada de reconocer los subsidios por las incapacidades

del accionante, ya que esta labor le corresponde a la E.P.S. a la que está afiliado. Para ello advirtió que el 16 de junio de 2008, al señor Amor Alfaro se le realizó una cirugía de reemplazo total de cadera izquierda por artrosis y necrosis avascular. En esa ocasión recibió el subsidio económico por las incapacidades temporales que le concedieron, época en la cual se determinó una disminución en su capacidad laboral en un 44,30% con fecha de estructuración del 8 de mayo de 2005. A su vez explicó que en el año 2010 el accionante presentó “aflojamiento prostético de cadera izquierda” por lo que el 29 de enero de 2011 se le practicó cirugía de revisión de prótesis y reemplazo del componente femoral y en esa medida, el pago de las incapacidades solicitadas en esta oportunidad no constituyen prórrogas de las que le fueron otorgadas en el año 2008. Además, resaltó que las mencionadas incapacidades no suman 180 días.

En primera instancia se concedió el amparo al estimar que la Nueva E.P.S. vulneró los derechos invocados por el señor Amor Alfaro al negarse a pagar las incapacidades dadas por el médico tratante.

En segunda instancia se revocó la anterior decisión toda vez que el accionante no anexó prueba alguna que permitiera inferir razonablemente que la demora en el pago de las incapacidades afectaba, de forma efectiva, su derecho fundamental al mínimo vital.

Sentado lo anterior, la Sala considera que la acción de tutela en este caso resulta procedente, en la medida que se trata de una persona que no cuenta con un trabajo estable y por la misma razón se ha visto obligado a cotizar al sistema como independiente, debiendo además colaborar con la manutención de su grupo familiar, que si bien, como se expuso no depende en exclusivo de él, sí presta un apoyo en este sentido. Por lo expuesto se puede inferir que debido a sus limitaciones físicas, las sumas de dinero recibidas por su incapacidad, constituyen la única fuente de ingresos con que cuenta para subsistir, aspecto que además no fue rebatido por ninguna de las entidades accionadas.

En consecuencia esta Sala entiende que a pesar de que la pretensión se enfoca en el reconocimiento y pago de una prestación económica, la negación a la que se ha visto sometido el actor, acudiendo de una entidad a otra sin obtener una respuesta favorable a su requerimiento, está vulnerando su derecho fundamental a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital, puesto que el pago de las incapacidades constituye su única fuente de ingreso,

impidiendo satisfacer sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar.

Evacuado lo anterior, se debe establecer a cuál de las entidades accionadas corresponde asumir el pago de las prestaciones reclamadas por el actor. Al respecto dentro del expediente obran certificados de distintas incapacidades otorgadas a partir de la intervención quirúrgica practicada el 29 de enero de 2011 de revisión de prótesis y reemplazo del componente femoral<sup>21</sup>, las que se extendieron desde el 28 febrero al 30 julio de 2011, es decir 150 días aproximadamente.

De acuerdo con la normatividad que regula la materia, el pago de las incapacidades por accidente o enfermedad de origen común, que no superen los 180 días deben ser cubiertos por la entidad promotora de salud.

Ahora bien, la Nueva EPS aduce no reconocer el pago de la citada prestación, en la medida que el 13 de diciembre de 2008, el actor había presentado 180 días continuos de incapacidad a partir de una cirugía de reemplazo total de cadera izquierda por artrosis.

En relación con este aspecto, la Sala considera que la incapacidad reclamada en esta oportunidad no constituye una prórroga de la intervención adelantada en el año 2008, en la medida que se trata de operaciones diferentes y transcurrieron cerca de 3 años entre una y otra cirugía, por tanto, corresponde a la EPS asumir el pago de las incapacidades otorgadas al accionante.

En orden a lo expuesto, la entidad promotora de salud en este caso desconoció los derechos fundamentales del actor a la vida digna y mínimo vital, puesto que por tratarse de una entidad integrante del sistema general de seguridad social en salud, dentro del esquema del Estado Social de Derecho, debe brindar las garantías que le son propias respecto de sus usuarios y no hacer más gravosa su situación, como lo es el hecho de haberse negado a reconocer las incapacidades invocadas aduciendo para ello una supuesta prórroga que no aplicaba en este asunto, situación que era fácilmente comprobable.

Por último, es del caso destacar que la Superintendencia Nacional de Salud cuenta con la posibilidad de sancionar a las entidades del Sistema Integral de Seguridad Social en Salud que incumplan con el pago de los subsidios por incapacidad, teniendo en cuenta que deben acatar los procedimientos previamente establecidos y trabajar armónicamente con el fin de

evitar perjuicios a sus afiliados, por lo que se deben abstener de acudir a interpretaciones descontextualizadas de las normas que regulan la materia con el único objetivo de desconocer el pago de los auxilios que por este concepto tienen derecho los trabajadores, so pena de hacerse merecedores de las sanciones legalmente establecidas. En esa medida, la Sala compulsará copias a ese organismo de control a fin de que verifique una eventual conducta irregular por parte de la Nueva EPS.

En orden a lo expuesto, es necesario revocar la sentencia de segunda instancia y, en su lugar, amparar los derechos fundamentales a la vida digna y mínimo vital del señor Amor Alfaro, ordenando el pago de las incapacidades a que tiene derecho.

## 7.2. Expediente T-3.294.516

En relación con este asunto le compete a la Corte, igualmente con fundamento en las normas y la jurisprudencia constitucional expuesta en la parte dogmática de esta sentencia, junto con las pruebas recaudadas, determinar: (i) si en este caso procede la acción de tutela instaurada por el señor Diego Miguel Peña Martínez, a fin de alcanzar el reintegro laboral; (ii) si se configura la vulneración de los derechos constitucionales del accionante; y (iii) las medidas que se deben adoptar.

El señor Diego Miguel Peña Martínez refiere que el 6 de octubre de 2010 sufrió un accidente laboral, lo que le ocasionó fractura que comprometió la región nasofrontal y maxilar del lado izquierdo, habiendo sido debidamente informada la empresa empleadora. Explica que a pesar de encontrarse en tratamiento médico, Construdiseños Milena Orduz E.U. dio por terminado el contrato de trabajo el 18 de enero de 2011 y que sólo le informaron la decisión en el mes de abril de 2011, por comunicación que la accionada remitió a la ARP.

Construdiseños Milena Orduz E.U. expuso que cumplió con la afiliación a la ARP Positiva (17 de septiembre de 2010) y desde el 18 de enero de 2011 el actor no volvió a su trabajo ni notificó su condición. No obstante, refirió que la empresa tiene la intención de reubicarlo, previas recomendaciones de la ARP.

La ARP Positiva refirió que expidió 26 órdenes de servicio, con el objeto de atender el accidente, así como también las respectivas indemnizaciones cancelándole seis incapacidades, las que fueron consignadas en la cuenta de ahorros del accionante y agregó

que a la fecha no se halla pendiente certificados de incapacidad por liquidar.

Saludcoop E.P.S. señaló que en el sistema figura como último empleador del actor, Construdiseños Milena Orduz E.U. empresa que lo retiró mediante planilla de autoliquidación del 2 de febrero de 2011, sin que se haya presentado vinculación posterior.

El juez de segunda instancia confirmó la sentencia proferida por el a quo al estimar que una vez se le terminó la incapacidad otorgada, voluntariamente no se presentó a trabajar, por lo que el conflicto planteado es de rango legal, el cual debe ser resuelto por la jurisdicción ordinaria.

De lo expuesto se tiene que el 17 de septiembre de 2010 se dio inicio a la vinculación laboral entre el actor y la empresa accionada; el 6 de octubre de 2010 el señor Peña Martínez sufrió el accidente laboral sobre el cual se centra el presente asunto; el 18 de enero de 2011 Construdiseños Milena Orduz E.U. de manera unilateral envió comunicación a la ARP de la terminación de la relación laboral con el accionante; de acuerdo con lo informado por la EPS desde el 2 de febrero de 2011 se recibió el último formato de autoliquidación, permaneciendo desvinculado del régimen contributivo desde dicha fecha.

De acuerdo con el informe rendido por la ARP el señor Peña Martínez disfrutó de manera continua de incapacidades desde el 20 de diciembre de 2010 hasta el 4 de abril de 2011, presentando dos periodos adicionales de manera interrumpida del 25 de abril al 2 de mayo de 2011 y del 27 de mayo al 12 de julio de 2011.

En este orden de ideas, distinto a lo expuesto por los jueces de instancia, en este caso no se presenta una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, en la medida en que cuando la empresa decidió acabar con la relación laboral (18 de enero de 2011), el actor se encontraba haciendo uso de las incapacidades prescritas por los respectivos médicos tratantes, situación que no solo conlleva a amparar los derechos constitucionales fundamentales que están siendo vulnerados, sino también a ordenar el pago de los sueldos y prestaciones sociales dejados de percibir con ocasión el despido injusto y el pago de la sanción a que se refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Por otra parte, cabe mencionar que en este caso no se ha desconocido el requisito de inmediatez, atendiendo a que la solicitud de amparo se interpuso el 28 de julio y la última

incapacidad se cumplió el 12 de julio de 2011.

De lo anterior se concluye que el peticionario no podía ser desvinculado del trabajo que venía desempeñando, de manera unilateral por el empleador, sin previa autorización de la autoridad competente, según exigencia expresa del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, quien evidentemente conocía que éste había sufrido una colisión desarrollando su actividad laboral, razón por la cual se presume que esa desvinculación se produjo por causa de las enfermedades que presenta y la consecuente disminución en su capacidad laboral.

Así las cosas, la Sala considera que, si bien en principio el actor dispone de la acción laboral para reclamar sus derechos, por tratarse de una persona en situación de debilidad manifiesta, la jurisdicción ordinaria no resulta idónea ni eficaz, debido a su prolongada duración, razón por la cual la tutela es procedente de manera definitiva.

Como resultado de lo anterior, es necesario revocar la sentencia de segunda instancia y, en su lugar, amparar los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada y al mínimo vital del señor Diego Miguel Peña Martínez, ordenando su reintegro a un cargo de igual o superior jerarquía al que venía desempeñando cuando fue desvinculado, sin solución de continuidad, y que sea compatible con sus condiciones actuales de salud, así como el pago de los salarios y prestaciones sociales que legalmente le correspondan desde cuando se produjo la desvinculación hasta el reintegro y el pago de la sanción equivalente a 180 días de salario como indemnización por despido, según el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Lo anterior previo concepto de la ARP, en orden a establecer las recomendaciones necesarias respecto de las condiciones en que se debe adelantar la respectiva vinculación laboral.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, que revocó el dictado por el Juzgado 2° Penal del Circuito para Adolescentes de Cartagena con función de conocimiento de la misma ciudad, donde se había concedido la protección

invocada dentro el expediente T-3.290.942. En su lugar, CONCEDER, por las razones y en los términos de esta sentencia, el amparo de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y mínimo vital del señor Rodolfo Amor Alfaro, vulnerados por La Nueva EPS.

SEGUNDO.- ORDENAR en consecuencia, a La Nueva EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces que, si aún no lo ha efectuado, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, cancele las incapacidades a que tiene derecho el señor Rodolfo Amor Alfaro, a partir de la intervención quirúrgica practicada el 29 de enero de 2011, siempre que no superen los 180 días.

TERCERO.- Compulsar copias a la Superintendencia Nacional de Salud del expediente T-3.290.942 para que verifique, si así lo considera pertinente, una eventual irregularidad por parte de la Nueva EPS.

CUARTO.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado 22 Penal del Circuito de Bogotá que confirmó el dictado por Juzgado 51 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la misma ciudad, que en su momento negó la solicitud de amparo invocado dentro del expediente T-3.294.516. En su lugar, CONCEDER, por las razones y en los términos de esta sentencia, el amparo de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada y al mínimo vital del señor Diego Miguel Peña Martínez, vulnerados por Construdiseños Milena Orduz E.U.

QUINTO.- ORDENAR a la ARP Positiva que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, conceptúe sobre las condiciones en que se debe adelantar la vinculación laboral del señor Diego Miguel Peña Martínez.

SEXTO.- ORDENAR, que una vez cumplido lo anterior, la empresa unipersonal Construdiseños Milena Orduz, a través de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha efectuado, reintegre al señor Diego Miguel Peña Martínez a un cargo de igual o superior jerarquía al que venía desempeñando cuando fue desvinculado, sin solución de continuidad y que sea compatible con sus condiciones actuales de salud, así como el pago de los salarios y prestaciones sociales que legalmente le correspondan desde cuando se produjo el despido hasta el reintegro y el pago de la sanción equivalente a 180 días de salario como indemnización por despido, según el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

SÉPTIMO.- Por Secretaría líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

NILSON PINILLA PNILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Cfr. T-311 de 1996.

2 T-311 de 1996.

3 T-789 de 2005.

4 Sentencia T-818 de 2000.

5 Sentencia T-772 de 2007. Posición reiterada, entre otras, en las sentencias T-680 de 2008, T-468 de 2010 y T-237 de 2011.

6 En la Sentencia T-520 de 2008, la Corte Constitucional concedió la tutela de una persona que solicitaba el pago de incapacidades laborales por enfermedad de origen común, pero estimó que en ese caso concreto la EPS no estaba obligada a pagarlas porque el trabajador no había efectuado el número mínimo de cotizaciones exigido por las normas correspondientes, que era de cuatro semanas. El artículo 3, No. 1 del Decreto 47 de 2000, modificado por el Decreto 783 de 2000 dispone: “[p]ara acceder a las prestaciones

económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores dependientes e independientes deberán haber cotizado un mínimo de cuatro (4) semanas en forma ininterrumpida y completa (...)"'. Ese artículo fue luego modificado por el Decreto 783 de 2000.

7 De acuerdo con lo que ha dispuesto la jurisprudencia constitucional, aunque en principio las EPS no están obligadas a cubrir las incapacidades laborales de los afiliados morosos, si no han requerido a los afiliados el pago oportuno de los aportes al sistema o han recibido el pago extemporáneo de los mismos sin objetarlo, se allanan a la mora y pierden la posibilidad de rehusarse al pago de las prestaciones económicas. Cfr., Sentencias T-413 de 2004 y T-1090 de 2007. En la primera de estas, la Corte extendió al pago de incapacidades laborales las reglas que sobre allanamiento a la mora en materia de licencias de maternidad había construido la jurisprudencia. En ese sentido, estableció que del principio de la buena fe, entendido como la confianza en las relaciones jurídicas de las partes, si una empresa promotora de salud no alega la mora en la cancelación de los aportes realizados por el empleador a la seguridad social, posteriormente no puede negar la prestación económica del trabajador por ese hecho, de aceptarse lo contrario implicaría favorecer la propia negligencia en el cobro de la cotización e impondría una carga desproporcionada a la parte más débil de esta relación triangular: el trabajador.

8 En la Sentencia T-311 de 1996, la Corte concedió la tutela del derecho al mínimo vital de una persona que solicitaba el pago de prestaciones económicas por incapacidad laboral. La orden de pago estuvo dirigida al empleador de la tutelante, porque en ese caso no había suministrado la información pertinente acerca de la enfermedad concreta de la empleada. La Corte adujo que: "[d]e la normatividad vigente resulta, tanto por la necesidad de dar aplicación a los preceptos constitucionales como por las reglas establecidas en la ley, que existe una clara e impostergable obligación, exigible de manera inmediata por los trabajadores y a cargo de las entidades pertenecientes al Sistema General de Seguridad Social, de cubrir de manera oportuna las incapacidades que se originen, a menos que el patrono estuviere en mora en el pago de las cotizaciones, que no hubiere inscrito oportunamente al trabajador o que no hubiere suministrado las pertinentes informaciones acerca de la incapacidad concreta del empleado -como en este caso-, eventos en los cuales deberá asumir directamente tales pagos".

9 Artículo 23 del Decreto 2463 de 2001. “(...)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.”

10 Posición reiterada, entre otras, en las sentencias T-263 de 2009, T-467 de 2010, T-996 de 2010, T-292 de 2011 y T-910 de 2011.

11 “... C-073 de 2003 Examen constitucional del artículo 33, parcial, de la Ley 361 de 1997 ‘por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones’.”

12 Sobre la necesidad de contar con la autorización del Inspector del Trabajo, para proceder al despido de la mujer durante el embarazo y después del parto, se puede consultar la sentencia C-710 de 1996 y, en materia de procedencia de la acción de tutela para disponer su reintegro al trabajo, entre muchas otras, las sentencias T-014, 053 y 217 de 2006.

13 T-530 de 2005 y T-002 de 2006.

14 Por la cual se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación y se dictan otras disposiciones.

15 Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública

16 Ver sentencias T-213 de 2009, T-738 de 2009, T-417 de 2010, T-772 de 2010, T-849 de 2010, T-287 de 2011, T-529 de 2011, T-663 de 2011, T-088 de 2012 y T-111 de 2012, entre otras.

17 Sentencia C-531 de 2000.

18 Sentencia T-263 de 2009.

19 Ibídem.

20 Ver Sentencia T-504 de 2008.

21 Del 27 de febrero al 28 de marzo de 2011, IPS Pedro Heredia (folio 9 cuaderno de primera instancia); incapacidad por 30 días de fecha 30 marzo de 2011, Clínica Universitaria San Juan de Dios (folio 22 cuaderno de primera instancia); incapacidad por 30 días de 29 de abril de 2011, Clínica Universitaria San Juan de Dios (folio 24 cuaderno de primera instancia); incapacidad por 30 días de 30 de mayo de 2011, Clínica Universitaria San Juan de Dios (folio 26 cuaderno de primera instancia); e incapacidad por 30 días de 29 de junio de 2011, Clínica Universitaria San Juan de Dios (folio 72 cuaderno de primera instancia).