

Sentencia T-291/20

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

TEMERIDAD-Concepto y desarrollo jurisprudencial

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Identidad de partes, hechos y pretensiones

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Inexistencia para el caso

En la primera como en la segunda acción de tutela, se hace alusión, de una parte, a la necesidad de que se dirima la controversia suscitada por el origen de la enfermedad dictaminado por Cafesalud EPS -primera pretensión- y de otra parte, al pago de las incapacidades -segunda pretensión-. No obstante, frente a esta última, la pretensión tuvo un cambio sustancial por cuanto en la primera oportunidad la solicitud iba encaminada a obtener el reconocimiento y pago efectivo de las incapacidades, y en la segunda tutela, el fin perseguido es el ajuste del pago que se viene efectuando, de manera que deje de ser inferior al salario mínimo legal vigente.

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

## INCAPACIDAD LABORAL-Entidades ante las cuales se deben reclamar las incapacidades

Resulta aplicable el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, y también el alcance y la interpretación constitucional que de él se hizo a partir de la Sentencia C-543 del 2007. Razón por la cual, mientras se resuelve la controversia y el dictamen de primera oportunidad para definir si esta corresponde a un accidente o enfermedad de origen laboral, la Administradora de Riesgos Laborales está obligada a pagar un auxilio monetario no inferior al equivalente del salario mínimo.

DERECHO AL PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL-No puede ser inferior al salario mínimo legal vigente

Bajo una interpretación constitucional, protectora de la dignidad humana, la Corte Constitucional ha sostenido que el auxilio económico en comento no puede ser inferior al salario mínimo, ya que, de no ser así, se estaría afectando el mínimo vital del trabajador y, por ende, el de su familia, así como poniendo en riesgo la probabilidad de recuperación satisfactoria de su salud

DERECHO AL PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL-Orden a ARL realice pagos de las diferencias entre lo efectivamente cancelado y lo realmente debido por concepto de incapacidades, sin que resulte inferior al salario mínimo

Referencia: Expediente T-7.337.215

Demandante: Pedro Elías Alarcón Morales

Demandados: ARL Positiva Compañía de Seguros, S.A.

Magistrado Sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil veinte (2020)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de las sentencias proferidas por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de San Gil, el 11 de febrero de 2019, la cual confirmó la providencia del Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes de San Gil dictada el 9 de enero de 2019, que declaró improcedente la acción de tutela presentada por Pedro Elías Alarcón Morales contra la ARL Positiva Compañía de Seguros, S.A., en adelante Positiva o ARL.

El expediente fue escogido para revisión por la Sala de Selección Número Cinco, mediante Auto del 21 de mayo de 2019 y repartido a la Sala Quinta de Revisión.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Solicitud

El accionante, Pedro Elías Alarcón Morales, actuando en nombre propio, presentó acción de tutela contra Positiva, con el fin de que fueran protegidos sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la salud, los cuales consideró vulnerados por la mencionada empresa por el no pago del valor total de las incapacidades médicas prescritas por su médico tratante, y por omitir realizar los trámites y gestiones tendientes a obtener la calificación de su pérdida de capacidad laboral.

### 1. Hechos

2.1. El demandante manifestó que se encuentra vinculado a la empresa El Nogal Depósito de Materiales -en adelante la empresa- mediante contrato laboral; y al Sistema de Seguridad Social, en Salud a Medimás EPS -en adelante Medimás-, en pensión a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones -en adelante Colpensiones- y en riesgos laborales a Positiva.

2.2. Señaló que en razón al diagnóstico “neumoconiosis secundaria a exposición de sílice”, enfermedad calificada como de origen laboral, se encuentra incapacitado laboralmente desde septiembre de 2015.

Del expediente se observa que Positiva efectuó los pagos por concepto de incapacidades mediante consignaciones en la cuenta de la empresa -realizadas entre octubre y diciembre de 2018-, toda vez que ésta continuó asumiendo el pago de los salarios del accionante desde el inicio de las incapacidades hasta el 22 de octubre de 2017<sup>1</sup>.

Indica el accionante que, al advertir el cese de pagos por parte de su empleador, solicitó a Positiva y a la empresa la cancelación de las incapacidades adeudadas desde el 22 de octubre de 2017 a la fecha de presentación de la acción de tutela<sup>2</sup>. En respuesta, recibió directamente de la ARL accionada la suma de \$6.558.406, por concepto de las incapacidades debidas hasta el 13 de diciembre de 2018<sup>3</sup>.

2.3. Explica que percibió por cada mes, solo el valor de \$470.699, esto es, el equivalente al 60% de un salario mínimo; razón por la cual, considera se está viendo afectado gravemente su mínimo vital y el de su familia.

2.4. Adicionalmente, asegura que Positiva a la fecha no ha adelantado las gestiones y procedimientos necesarios para realizar la calificación de la pérdida de capacidad laboral, a pesar de las veces que se lo ha solicitado verbalmente.

## 1. Pretensiones

El accionante solicita que le sean amparados sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la salud, y, en consecuencia, se ordene a la accionada a pagar la diferencia entre lo debido y lo efectivamente pagado por las incapacidades médicas recibidas. Así mismo, que adelante los trámites correspondientes para obtener la calificación de la pérdida de capacidad laboral.

## 1. Pruebas relevantes

Las pruebas documentales relevantes obrantes en el expediente son las siguientes:

- Incapacidades expedidas por Medimás al afiliado Pedro Elías Alarcón Morales, que van del 22 de octubre de 2017 al 13 de diciembre de 2018<sup>4</sup>.
- Copia de la historia clínica de Pedro Elías Alarcón Morales, por la atención recibida el 19 de junio de 2018 en la IPS Clínica Santa Cruz de la Loma<sup>5</sup>.
- Copia de la comunicación de Pedro Elías Alarcón Morales, radicada el 15 de noviembre de 2018 ante Positiva, mediante la cual solicitó explicación sobre la liquidación del valor de las capacidades pagadas, así como el reajuste y pago de la diferencia debida respecto de las mismas<sup>6</sup>.
- Copia de la respuesta dada a Pedro Elías Alarcón Morales por parte de Positiva, de fecha 29 de noviembre de 2018<sup>7</sup>.
- Reporte de las incapacidades de Pedro Elías Alarcón Morales, expedido por Positiva, en el que se evidencia la fecha de inicio y fin de las incapacidades, fecha de liquidación, ingreso base de cotización, número de orden de pago, valor pagado y fecha de pago<sup>8</sup>.
- Copia de la comunicación de fecha 01 de junio de 2018, suscrita por el Médico Especialista de la Sucursal Santander de Positiva, dirigida a Medicina Laboral de Medimás<sup>9</sup>.
- Copia de la comunicación de fecha 07 de marzo de 2018, suscrita por los integrantes principales de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander, dirigida a la Directora Administrativa y Financiera de la misma Junta<sup>10</sup>.
- Copia de la comunicación de fecha 12 de marzo de 2018, de la Directora Administrativa y Financiera de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander, dirigida al

Coordinador de Medicina Laboral Oriente de Positiva, mediante la cual efectúa la devolución de la solicitud de calificación de Pedro Elías Alarcón Morales<sup>11</sup>.

- Copia del dictamen para la determinación del origen de la enfermedad de Pedro Elías Alarcón Morales, de fecha 07 de junio de 2017, suscrito por el Comité Interdisciplinario de Calificación de Cafesalud EPS; así como copia de la comunicación, mediante la cual se notifica del dictamen a Colpensiones el 13 de junio de 2017.

## 1. Trámite procesal y contestación a la demanda de tutela

5.1. La acción de tutela correspondió por reparto al Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes de San Gil (Santander), el cual resolvió, mediante Auto del 24 de diciembre de 2018, i) admitirla, ii) vincular a Medimás, al Depósito de Materiales El Nogal y a Cafesalud EPS en Reorganización Institucional, iii) correr traslado a la accionada, así como a las entidades vinculadas, para que se pronunciaran acerca de los hechos de la demanda, y iv) oficiar a Pedro Elías Alarcón Morales para que informara acerca de la conformación familiar, su situación financiera y las gestiones adelantadas ante la accionada. Dentro del expediente obra respuesta escrita por parte de Cafesalud EPS, Pedro Elías Alarcón Morales, Depósito de Materiales El Nogal y Positiva, en estos términos:

5.1.1. Cafesalud EPS, por medio de escrito presentado el 27 de diciembre de 2018, a través de su apoderada judicial, dio respuesta a la acción de tutela, solicitando su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva o en su defecto, se niegue lo pretendido en razón a que su actuación ha sido legítima y tendiente a asegurar el derecho a la salud y la vida del accionante<sup>12</sup>.

5.1.2. Pedro Elías Alarcón Morales, por medio de comunicación del 27 de diciembre de 2018, manifestó que: i) su núcleo familiar está compuesto por él y su esposa de 62 años de edad,

quien se dedica al hogar y no percibe ingreso o pensión alguna, ii) dependen del salario mínimo que percibía de la empresa Depósito de Materiales el Nogal de San Gil, iii) sus egresos ascienden de igual forma al salario mínimo, y iv) mensualmente, por concepto de servicios públicos y gastos de transporte para él y su acompañante, que debe asumir para recibir la “quimioterapia”, asciende a \$280.000.00<sup>13</sup>.

5.1.3. Depósito de Materiales El Nogal, por medio de comunicación del 27 de diciembre de 2018, sostuvo que el accionante está afiliado por la empresa a Medimás, Colpensiones y Positiva y que el pago de aportes se encuentra al día. Adicionalmente, que los valores por concepto de incapacidades, pagados por Positiva, han sido entregados al solicitante y que le corresponde a esa entidad decidir sobre el reajuste que pide el tutelante<sup>14</sup>.

5.1.4. Positiva, por medio de escrito presentado el 3 de enero de 2019, a través de su representante legal, dio respuesta a la acción de tutela, solicitando se nieguen las pretensiones del accionante, en tanto no ha vulnerado derecho fundamental alguno. Aduce que todas las incapacidades, por valor de \$17.286.187, han sido giradas a la empresa Depósito de Materiales El Nogal S.A.<sup>15</sup>

5.2. Posteriormente, mediante auto del 28 de diciembre de 2018, el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes de San Gil (Santander) dispuso la vinculación de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en cuanto podría verse comprometida con el asunto.

5.2.1. Colpensiones, por medio de comunicación del 14 de enero de 2019, solicitó que se declare improcedente la acción de tutela por falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto, el pago de las incapacidades laborales, por ley, están a cargo de las Administradoras de Riesgos Laborales, y subsidiariamente, que se disponga su desvinculación del trámite<sup>16</sup>.

## 1. Decisiones Judiciales Objeto de Revisión

### 1. Primera instancia

Mediante sentencia del 9 de enero de 2019, el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes de San Gil – Santander declaró improcedente el amparo solicitado, con fundamento en el carácter residual de la acción de tutela, en la medida en que, en el presente caso, no se cumple con el requisito de subsidiariedad por tratarse de una controversia de índole laboral, cuya definición debe tramitarse ante la jurisdicción ordinaria laboral, y en razón a que no se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable para el accionante.

### 1. Impugnación

Inconforme con la decisión, el accionante impugnó el fallo de tutela. Insistió en la afectación a su mínimo vital, por cuanto Positiva le viene reconociendo el 60% del salario mínimo legal mensual vigente<sup>17</sup>, lo cual no resulta ser suficiente para cubrir sus necesidades básicas y las de su esposa. Arguyó que, si bien existen otros caminos jurídicos para reclamar el restablecimiento de sus derechos, la acción de tutela es el medio idóneo para evitar el perjuicio inminente e irremediable.

### 1. Segunda instancia

Mediante sentencia del 11 de febrero de 2019, el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de San Gil decidió la impugnación presentada por el accionante, y confirmó el fallo de primera

instancia, al estimar que el amparo invocado no cumple con el presupuesto de subsidiaridad.

## 1. Trámite en Sede de Revisión de Tutela

7.1. Una vez seleccionado el proceso de la referencia y puesto a disposición de esta Sala de Revisión, el suscrito Magistrado Sustanciador, mediante Auto del 30 de agosto de 2019, en procura de aclarar los elementos fácticos que motivaron la tutela y lograr un mejor proveer, solicitó diferentes elementos probatorios a las partes, en los siguientes términos:

“PRIMERO.- Por Secretaría General OFÍCIESE a MEDIMÁS EPS, para que en el término de diez (10) días hábiles, contados a partir de la comunicación de esta providencia, informe de manera ordenada y detallada las gestiones adelantadas respecto de la calificación del origen y del porcentaje de pérdida de capacidad del señor Pedro Elías Alarcón Morales, identificado con cédula de ciudadanía No.5.784.14. Para atender este requerimiento, sírvase allegar de manera organizada, los documentos que soporten la respuesta correspondiente, incluidas las comunicaciones enviadas y las recibidas con motivo de este asunto.

Adicionalmente, se ordena que en el mismo término, se remita a esta Corporación, copia de la respuesta dada por esa entidad, a la comunicación de fecha 01 de junio de 2018, suscrita por Moisés Alfonso Viviescas, Médico Especialista Sucursal Santander Positiva Compañía de Seguros S.A., por medio de la cual le solicitó subsanar el dictamen emitido en primera oportunidad, y le informó, que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander devolvió el expediente del tutelante ya referido, por cuanto “NO EXISTE DIAGNÓSTICO DENTRO DE LA CONTROVERSIA A LO ANEXO AL EXPEDIENTE CONCEPTO DE NEUMOLOGÍA Y MEDICINA INTERNA, DONDE SE DESCARTA EL DIAGNÓSTICO MOTIVO DE REMISIÓN”. Al respecto, informar también, el trámite adelantado con el fin de subsanar el dictamen en comento y en qué estado se encuentra actualmente.

SEGUNDO.- Por Secretaría General OFÍCIESE a Positiva Compañía de Seguros, S.A., sucursal Santander, para que en el término de diez (10) días hábiles, contados a partir de la comunicación de esta providencia, informe de manera ordenada y detallada las gestiones adelantadas respecto de la calificación del origen y del porcentaje de pérdida de capacidad del señor Pedro Elías Alarcón Morales, identificado con cédula de ciudadanía No.5.784.141. Para atender este requerimiento, sírvase allegar de manera organizada, los documentos que soporten la respuesta correspondiente, incluidas las comunicaciones enviadas y las recibidas con motivo de este asunto.

TERCERO.- Por Secretaría General OFÍCIESE a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander, para que en el término de diez (10) días hábiles, contados a partir de la comunicación de esta providencia, informe de manera cronológica y detallada todas las solicitudes recibidas y las gestiones adelantadas respecto de la calificación del origen y del porcentaje de pérdida de capacidad del señor Pedro Elías Alarcón Morales, identificado con cédula de ciudadanía No.5.784.141. De igual forma, explique de forma precisa las decisiones adoptadas en cada una de ellas e informe las razones que las justifican, y de ser el caso, enunciar claramente las falencias halladas en el o los dictámenes de primera oportunidad. Para atender este requerimiento, sírvase allegar de manera organizada, los documentos que soporten la respuesta correspondiente, incluidas comunicaciones enviadas y las recibidas con motivo de este asunto.”

7.1.1. Positiva, el 18 de septiembre del año en curso, vía correo electrónico, informó que el 29 de septiembre de 2015 se opuso a la calificación de origen efectuada por la EPS. Indicó que, desde entonces, el trámite ha sido remitido en tres oportunidades a la Junta Regional de Calificación de Santander, siendo devuelto y archivado en todos los casos por diferentes razones; siendo la última causa, la inexistencia de “diagnóstico dentro de controversia a lo anexo al expediente concepto de neumología y medicina interna donde se descarta el diagnóstico motivo de remisión”.

Adicionalmente, señaló que ya existe un dictamen en primera oportunidad del año 2015 de la EPS Saludcoop y que en la medida en que no podría existir un segundo dictamen, considera que lo procedente sería emitir un alcance al mismo por parte de la EPS Medimás.

Además, refirió dentro de su relato -relacionado con el trámite adelantado con motivo de la controversia sobre el origen de la enfermedad del accionante-, que: i) el 27 de marzo de 2017 le fue notificada la existencia de una acción de tutela de conocimiento del Juez Segundo Promiscuo de San Gil; ii) el 29 de marzo de 2017, presentó la respectiva contestación; iii) el 12 de abril del mismo año, impugnó el fallo y iv) el 26 de abril de esa anualidad, remitió el expediente a la Junta Regional para dar cumplimiento a lo resuelto por el juez de tutela.

7.1.2. La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander -en adelante Junta Regional-, por medio de correo electrónico del 6 de septiembre de 2019, informó que en reiteradas oportunidades ha devuelto el expediente del señor Pedro Elías Alarcón a Positiva, “debido a que el diagnóstico de primera instancia no corresponde al cuadro clínico presente en el trabajador” y que la última vez que les fue remitido el caso fue en febrero de 2018, oportunidad en la cual también fue devuelto debido a que “no existe diagnóstico dentro de la controversia a lo anexo al expediente. Concepto de neumología y medicina interna, donde se descarta el motivo de remisión”.

7.1.3. Medimás, mediante escrito radicado el 11 de octubre de 2019, informó que no cuenta con la documentación soporte del caso, en tanto que la calificación de primera oportunidad fue realizada por Saludcoop EPS en el 2015 y posteriormente en el 2017, por Cafesalud EPS. También precisó que el expediente ha sido devuelto en varias oportunidades por la Junta Regional, debido a que “(en su momento Saludcoop EPS) realizó una determinación de origen

sin los debidos soportes y que no existía certeza del diagnóstico calificado. Sin embargo, por parte de la EPS Medimás no se subsanó nunca dicho error”.

Asimismo, comenta que por solicitud del señor Pedro Elías, i) el 18 de noviembre de 2017 emitió un nuevo dictamen de pérdida de capacidad laboral con un 41.54%, por los diagnósticos de trastorno mixto de ansiedad y depresión, hipertensión esencial y asma, los cuales fueron calificados como de origen común, ii) que en este no se tuvo en cuenta el diagnóstico de Neumoconiosis y iii) que por inconformidad del tutelante, el dictamen fue remitido a la Junta Regional para dirimir la controversia, no obstante, fue rechazado por esa junta al encontrarse “en trámite por solicitud de Positiva ARL, calificación para definir el origen de la patología”.

7.2. Ante la posibilidad de que la Junta Regional pudiera verse afectada con la decisión a adoptar, se dispuso su vinculación mediante auto del 3 de diciembre de 2019. En respuesta, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander reiteró los argumentos expuestos en el correo electrónico del 6 de septiembre de 2019.

## I. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA DECISIÓN

### 1. Competencia

La Corte Constitucional, a través de esta Sala de Revisión, es competente para examinar las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 al 36 del Decreto 2591 de 1991.

## 1. Problema jurídico

De acuerdo con las situaciones fácticas expuestas y las decisiones de instancia mencionadas, le corresponde a la Sala Quinta de Revisión determinar si la accionada y/o las vinculadas, vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante: i) al pagar por concepto de incapacidades médicas, valores por debajo del salario mínimo legal vigente; y ii) al no adelantar los trámites correspondientes para obtener la calificación de la pérdida de capacidad laboral del tutelante.

Para resolver el problema jurídico planteado, se reiterará doctrina constitucional referente a los siguientes temas: i) procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el pago de prestaciones económicas – aplicado a la acción de tutela sub examine; ii) el pago de las incapacidades laborales como sustituto del salario; iii) el desarrollo constitucional, legal y jurisprudencial aplicable en materia de incapacidades con ocasión de un accidente o enfermedad laboral; iv) la importancia de la calificación de la pérdida de capacidad laboral y su regulación y, finalmente, con base en lo anterior, v) se resolverá de fondo el caso concreto.

Sin embargo, teniendo en cuenta que, de los documentos recaudados en sede de revisión, se advirtió la existencia de una primera acción de tutela, se hace necesario verificar previamente el posible acaecimiento de la temeridad, y dependiendo de su procedencia, se abordarán los temas en comento.

### 1. Análisis previo – Posible configuración de temeridad

Del relato efectuado por Positiva respecto del trámite adelantado con motivo de la

controversia sobre el origen de la enfermedad, y la prueba documental por esta allegada en sede de revisión, se advirtió que en el año 2017 el accionante presentó una acción de tutela<sup>19</sup> en términos similares y en principio, ante las mismas partes, por lo que es del caso determinar si se configuró la temeridad.

El Decreto 2591 de 1991 consigna como actuación temeraria “Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”<sup>20</sup>. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: i) identidad de partes; ii) identidad de hechos; iii) identidad de pretensiones; y iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del accionante. El último de los elementos mencionados se presenta cuando la actuación del actor resulta amañada, denota el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, deja al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción, o pretende a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de quien administra justicia; circunstancias estas que no se advierten en el actuar del tutelante.

A contrario sensu, la actuación no es temeraria cuando aun existiendo dicha multiplicidad de solicitudes de protección constitucional, la acción de tutela se funda en: i) la ignorancia del accionante; ii) el asesoramiento errado de profesionales del derecho; o iii) el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho. En estos casos, si bien la tutela debe ser declarada improcedente, la actuación no se considera “temeraria” y, por ende, no conduce a la imposición de una sanción en contra del demandante.

Adicionalmente, se precisó que “existen dos supuestos que permiten que una persona

interponga nuevamente la acción de tutela, sin que con ello se configure una actuación temeraria ni proceda el rechazo. Particularmente, se descarta que una tutela es temeraria cuando: (i) surgen circunstancias fácticas o jurídicas adicionales, o (ii) no existió un pronunciamiento de fondo por parte de la jurisdicción constitucional sobre la pretensión incoada”<sup>21</sup>.

En el caso concreto, el señor Pedro Elías Alarcón Morales en el año 2017 presentó acción de tutela contra Positiva, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander y Cafesalud EPS, para el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, el mínimo vital en conexidad con la vida y la dignidad humana. En consecuencia, solicitó: i) que se ordenara a Positiva, remitirlo a la Junta Regional a fin de que se evaluara su pérdida de capacidad laboral y se determinara el origen de su enfermedad para obtener la prestación correspondiente; ii) que se ordenara a la Junta Regional que dirimiera el conflicto entre Positiva y Cafesalud EPS procediendo a la calificación del origen y el grado de pérdida de capacidad laboral; y por último, iii) que se ordenara a Positiva, que reconociera y pagara a su favor, las incapacidades hasta que se determine su derecho a la pensión de invalidez. Los jueces de primera y segunda instancia, en sentencias de abril y mayo de ese mismo año, resolvieron conceder el amparo invocado<sup>22</sup>.

En efecto, en ese momento se ordenó el reconocimiento y pago de las incapacidades generadas a partir del 24 de marzo de 2017 hasta tanto se defina en forma definitiva la controversia respecto de la calificación de la enfermedad -común o laboral- que aqueja al accionante. Esto, debido a que Positiva se negaba a efectuar el pago de estos bajo el argumento de que aún no se encontraba definido de forma definitiva el origen de la enfermedad.

De igual forma, se dispuso a cargo de Cafesalud EPS que revalidara la calificación atinente a la patología que aqueja al accionante “atendiendo para ello, la normatividad que regula la materia y las recomendaciones dadas por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de

Santander concepto que deberá ser puesto en conocimiento de la ARL Positiva dentro de los 15 días siguientes a su emisión para lo de su competencia, y en caso de no aceptarlo, ésta debe remitir el expediente dentro de los 10 días siguientes, a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, para que dirima la controversia sobre el particular, entidad que finiquitará el trámite administrativo de calificación en un plazo máximo de 10 días calendario". Ello, tras advertir que la demora en el trámite ante la Junta Regional no era atribuible a Positiva sino a las inconsistencias halladas en la calificación realizada por la EPS, que impedían que la Junta Regional adoptara una decisión de fondo sobre la controversia en el origen de la enfermedad.

Al efectuar una comparación entre esa primera acción de tutela con la acción de amparo bajo revisión en esta sentencia, observa la Sala lo siguiente:

- En cuanto a la identidad de partes, coinciden todas sin dificultad, salvo la EPS Cafesalud; toda vez que en la segunda tutela -objeto de revisión-, por vinculación que hiciere el juez de instancia, la acción se dirigió en su lugar, contra Medimás EPS.

Al respecto, es preciso recordar que entre Cafesalud y Medimás operó una cesión de bienes, pasivos, contratos y afiliados, de la primera sociedad en favor de la segunda, la cual fue aprobada por la Superintendencia Nacional de Salud mediante Resolución 2426 de 2017.

Tal como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional<sup>23</sup>, la celebración de una cesión tiene tanto efectos sustanciales como adjetivos, puesto que, en relación con estos últimos, genera la asunción de la posición jurídica procesal del cedente en el estado en que se encuentre el proceso y la posibilidad de que los contratantes o beneficiarios cedidos puedan ejercer contra el cesionario las mismas acciones que tenía frente al cedente, siempre que no exista disposición legal o reglamentaria en contrario.

De esta manera, Medimás asumió también la posición de parte de Cafesalud EPS en el plano sustancial relacionado con la prestación del servicio público de salud y, además, sus efectos se proyectaron a los procesos en los que esta última era demandada, especialmente en la acción de tutela, en virtud del artículo 68 del Código General del Proceso<sup>24</sup>.

Adicionalmente, Medimás actualmente es la prestadora del servicio de salud del accionante y, por ende, tiene la obligación constitucional y legal de garantizar su atención médica, y de asumir cualquier responsabilidad por su incumplimiento, aun causada por Cafesalud EPS, pues como se ha advertido, entre ambas entidades se efectuó una cesión completa e íntegra de activos, de pasivos, de contratos y de usuarios.

- Respecto a la identidad de pretensiones, tanto en la primera como en la segunda acción de tutela, se hace alusión, de una parte, a la necesidad de que se dirima la controversia suscitada por el origen de la enfermedad dictaminado por Cafesalud EPS -primera pretensión- y de otra parte, al pago de las incapacidades -segunda pretensión-. No obstante, frente a esta última, la pretensión tuvo un cambio sustancial por cuanto en la primera oportunidad la solicitud iba encaminada a obtener el reconocimiento y pago efectivo de las incapacidades, y en la segunda tutela, el fin perseguido es el ajuste del pago que se viene efectuando, de manera que deje de ser inferior al salario mínimo legal vigente.

En efecto, en relación con la primera pretensión, debe decirse que sí existe identidad en las dos acciones de tutela, no existiendo respecto de la segunda.

- En relación con la identidad de hechos, tenemos que:

i. Las razones que llevaron al accionante a insistir en la primera pretensión a través de una nueva acción constitucional, fue la necesidad de que se dirimiera la controversia suscitada por el origen de su enfermedad, dictaminado por Cafesalud EPS. Es pertinente aclarar que, si bien se han adelantado algunas actuaciones posteriores a la primera acción de tutela respecto de la resolución de la controversia en el origen de la enfermedad, estas han sido en cumplimiento del fallo de tutela, es decir, los nuevos hechos solo son una prolongación de la misma situación tutelada en ese entonces; tal como es, que el expediente continua siendo devuelto por la Junta Regional por el mismo motivo “no existe diagnóstico dentro de controversia a lo anexo al expediente. Concepto de neumología y medicina interna, donde se descarta el diagnóstico motivo de remisión”. Ello, debido a las inconsistencias en la calificación de origen efectuada en su momento por la EPS, por la falta de soportes médicos especialistas que la respaldaran y la no coincidencia entre el diagnóstico dado por la EPS y la situación médica real del paciente. Situación que fue advertida por el juez de tutela dentro del radicado 2017-00050, que fue amparada en esa oportunidad en ese sentido y que aún persiste debido al cumplimiento parcial de la orden judicial por parte de Cafesalud EPS<sup>25</sup>.

i. Los motivos que originaron la pretensión del pago de las incapacidades son distintos en ambas acciones de tutela, si tenemos en cuenta que, en la primera, ninguna entidad del Sistema de Seguridad Social Integral quería asumir el pago de las incapacidades del tutelante, y en la segunda solicitud de amparo, se parte del supuesto de que el tutelante viene recibiendo el pago de estas, pero por valor inferior al salario mínimo.

Entonces, frente a la pretensión relacionada con la controversia suscitada por el origen de su enfermedad, las dos acciones de tutela presentan identidad de hechos. Sin embargo, dicha identidad no se encontró respecto de la pretensión referente al valor de las incapacidades.

- Por último, no se advierte un actuar doloso y de mala fe por parte del accionante al

presentar la segunda acción de tutela, razón por la que se descarta la temeridad. Lo anterior, dada la no coincidencia absoluta de las pretensiones y a la angustia con la que, entiende la Sala, pudo haber presentado el accionante la segunda acción de tutela, tras la demora en la resolución de la controversia originada en el origen de su enfermedad.

Por todo lo expuesto, la Sala: i) no advierte temeridad por parte del accionante, así como tampoco encuentra procedente estudiar de fondo la solicitud relacionada con la calificación del origen de la enfermedad, ante la existencia de cosa juzgada; y, ii) en lo que respecta al pago de las incapacidades por parte de Positiva, dado que no hubo identidad en lo pretendido en las dos acciones de tutela, esta sentencia se centrará en resolver de fondo el asunto.

De otra parte, en relación con la primera pretensión sobre la cual hay cosa juzgada -en tanto que hubo identidad de partes, de pretensiones y de motivos en las dos acciones de tutela-, es importante precisar que el tutelante bien podría acudir directamente ante Medimás EPS para solicitar el cumplimiento de lo resuelto en la sentencia proferida el 25 de mayo de 2017 por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de San Gil dentro del proceso 2017-00050, para que sea revalorada la calificación efectuada por la EPS cedente en los términos allí dispuestos, esto es, de forma integral que incluya todas las patologías debidamente soportadas<sup>26</sup>, le practique los exámenes necesarios para confirmar o descartar los diagnósticos y conforme a toda la información que se obtenga, reformule o soporte en debida forma la calificación de primera oportunidad, cumpliendo con los requerimientos efectuados por la Junta Regional, de manera que no se dilate más la calificación de pérdida de capacidad del accionante. En caso de no obtener una respuesta favorable por parte de la EPS en comento o de cualquiera de las entidades vinculadas en el fallo, el accionante podrá iniciar el correspondiente incidente de desacato para exigir el cumplimiento de las órdenes dadas por el juez constitucional dentro del proceso 2017-00050.

1. Procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de una

prestación económica

El artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con lo previsto en los artículos 1, 5, 6, 8, 10 y 42 del Decreto 2591 de 1991, dispone los elementos que el operador jurídico debe observar con el fin de determinar la procedencia de la acción de tutela, entendiendo que estos son: i) la legitimación en la causa (activa y pasiva); ii) la inmediatez; y iii) la subsidiariedad.

#### 1. Legitimación por activa

Según el artículo 86 de la referida disposición superior, la acción de tutela es un mecanismo judicial subsidiario al que puede acudir cualquier persona cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por los particulares en los casos señalados en la ley.

En la medida en que el accionante Pedro Elías Alarcón Morales presentó la acción de amparo en nombre propio como presunto afectado en sus derechos fundamentales, la Sala concluye que la acción de tutela que se revisa cumple con el requisito de la legitimación en la causa por activa.

#### 1. Legitimación por pasiva

Respecto de la legitimación en la causa por pasiva en la acción de tutela, los artículos 5º, 13 y 42 del Decreto 2591 de 1991, prevén que esta se puede promover contra todas las autoridades públicas y, también, contra los particulares que estén encargados de la

prestación de un servicio público, o, respecto de quienes el solicitante se halle en situación de subordinación e indefensión.

En ese sentido, la acción de tutela se dirige en contra de Positiva, y las vinculadas Colpensiones y Medimás EPS, que son entidades que administran recursos provenientes de la seguridad social y que prestan este servicio público, motivo por el cual, están legitimadas en la causa por pasiva dentro de la presente acción de tutela, de conformidad con el numeral 8 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991. También procede contra particulares como la empresa Depósito de Materiales El Nogal, en la medida en que, respecto de esta, el accionante se encuentra en una situación de subordinación propia de la relación laboral que media entre ellos, en la que generalmente como trabajador se encuentra sujeto a las órdenes y directrices de aquel<sup>27</sup>.

En efecto, para la Sala, la acción de tutela bajo revisión cumple con este requisito.

## 1. Subsidiariedad

En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política<sup>28</sup>, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 y la reiterada jurisprudencia constitucional sobre la materia, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario. Por lo anterior, solo se puede acudir a ella i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; o ii) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales invocados, a la luz de las circunstancias del caso concreto. Además, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, el accionante deberá ejercer la acción preferente en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela<sup>29</sup> y la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.

La Corporación ha sostenido, que el medio de defensa judicial resulta ser idóneo cuando es materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y efectivo, cuando está diseñado para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados<sup>30</sup>.

Sin embargo, la corporación excepcionalmente ha permitido la procedencia de la acción de tutela, atendiendo a las circunstancias especiales y a la situación de cada individuo, que hace que la intervención del juez constitucional se haga necesaria e inminente.

Así, en diferentes pronunciamientos de la corporación, con el fin de determinar la procedencia de la acción de amparo cuando media este tipo de pretensiones, se han ponderado aspectos como la edad del presunto afectado (menor de edad, adulto mayor), la situación económica, el estado de salud del solicitante y de su familia, el grado de afectación que tendrían sus derechos fundamentales ante la falta de pago de la prestación económica solicitada (mínimo vital), así como la actividad administrativa adelantada para obtener la protección de sus derechos.

El pago de incapacidades a una persona que sufre una afectación en su salud, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho fundamental i) a 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” y ii) el derecho al mínimo vital, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, “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” 32.

Con base en lo expuesto, pasa la Sala a verificar el cumplimiento del requisito de subsidiaridad en el caso sub examine.

La acción de tutela en referencia cuestiona el valor que ha venido pagando Positiva por concepto de incapacidades laborales; por lo que, en principio, los medios antes referidos serían los idóneos para resolver dicha controversia.

Empero, con todo, recuerda la Sala que en este caso, la acción de tutela la presenta un hombre de 59 años, que tiene afectaciones y padecimientos en su salud, que le generan dolor lumbar persistente entre otros, como lo evidencian las pruebas aportadas al proceso, y que por ende, no se encuentra en capacidad de retomar sus actividades laborales en aras de obtener un ingreso que le permita cubrir sus necesidades y las de su esposa, una mujer de 62 años, que ha dedicado toda su vida a las labores del hogar. El accionante requiere del pago de las referidas incapacidades para ver protegido su derecho al mínimo vital, en tanto, no cuenta con ingreso adicional alguno; aunado al hecho, de que sus gastos superan los ingresos, si se tiene en cuenta que viene recibiendo \$470.699 mensuales por parte de la ARL y sus gastos, solo entre servicios públicos y transporte que debe asumir para acudir a sus tratamientos en la ciudad de Bucaramanga, suman \$300.000, de manera que no cuenta con las condiciones materiales básicas para el desarrollo de una vida en condiciones dignas.

Así, la ausencia de otras fuentes de ingresos y el monto devengado implican, en los términos previamente expuestos, que el incumplimiento en el pago de las licencias que el accionante reclama, lo sitúa en una circunstancia de vulnerabilidad que se agrava ante su estado de salud. Por lo cual, esta Sala estima que el medio judicial ordinario es, en este caso en particular, ineficaz, más aún cuando de ello también se deriva que existe una vulneración de su mínimo vital y el de su familia, que para ser conjurada requiere de medidas urgentes.

En consecuencia, esta Sala de Revisión difiere de las decisiones de instancia, y, por tanto, estima que la acción de tutela satisface el requisito de subsidiariedad, pues pese a la existencia de un medio judicial alternativo para efectuar este reclamo, el mismo no resulta eficaz.

## 1. Inmediatez

La finalidad de la acción de tutela es garantizar una protección efectiva, actual y expedita frente a la transgresión o amenaza inminente de un derecho fundamental, motivo por el cual, entre la ocurrencia de los hechos en que se funde la pretensión y la presentación de la demanda, debe haber transcurrido un lapso razonable. Además, el requisito de la inmediatez busca proteger la seguridad jurídica y garantizar la protección de los derechos fundamentales de terceros, que puedan verse afectados por la interposición de la acción de tutela dentro de un tiempo que no es razonable<sup>33</sup>.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos, con relación a la acción de tutela de referencia T-7.337.215, es de precisar que se cumple con este requisito, si tenemos en cuenta que transcurrió un (1) mes, entre la fecha de la última respuesta obtenida por parte de la accionada -23 de noviembre de 2018- y la presentación de esta acción de amparo -24 de diciembre del mismo año.

Superados los requisitos generales de procedencia de la acción, se pasará a exponer de manera breve los temas que servirán para la resolución del caso concreto.

1. El pago recibido por las incapacidades laborales es un sustituto del salario. Reiteración de jurisprudencia<sup>34</sup>

El ordenamiento jurídico contempla una serie de medidas que permiten garantizar la protección de aquellos trabajadores que se ven inmersos en una situación que les impida desarrollar sus labores, como consecuencia de un accidente o enfermedad, lo que a su vez deriva en la imposibilidad de recibir los recursos necesarios para su subsistencia. Por tal motivo, se ha previsto el reconocimiento del pago de incapacidades laborales, seguros, auxilios económicos y la pensión de invalidez<sup>35</sup>. Los cuales cobran relevancia, en tanto constituyen medidas encaminadas a proteger el mínimo vital de quien se ve en imposibilidad de percibir un salario por sus condiciones de salud<sup>36</sup>.

Bajo ese orden, esta Corte a través de distintos pronunciamientos, por ejemplo, la sentencia T-200 de 2017 ha reconocido el pago de incapacidades laborales como el ingreso que permite sustituir el salario durante el periodo en el cual el trabajador no puede desarrollar sus labores, a causa de su condición de salud. En efecto, dicha providencia trajo de presente lo señalado por este Tribunal en el fallo T-876 de 2013, en el que se advirtió que los mecanismos para el pago de estos auxilios fueron implementados “(...) en aras de garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso. Tal hecho permite concluir que el Sistema de Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que ante una eventual contingencia exista una respuesta apropiada”.

En igual sentido, la sentencia T-200 de 2017 antes citada, recordó que en fallo T-490 de 2015, esta corporación, a fin de proveer un mejor entendimiento de la naturaleza y objetivo del pago de incapacidades, estableció una serie de reglas, a saber:

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

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

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

Con base en ello, esta Corte concluyó que la incapacidad laboral garantiza el derecho a la vida digna, a la salud y al mínimo vital durante el tiempo en que el trabajador no se encuentra en la posibilidad de desarrollar las labores, pues permite que este reciba el ingreso necesario para satisfacer sus necesidades básicas<sup>37</sup>.

1. Desarrollo constitucional, legal y jurisprudencial en materia de incapacidades con ocasión de un accidente o enfermedad laboral. Reiteración de jurisprudencia<sup>38</sup>

El artículo 48 de la Constitución consagró la seguridad social i) como un derecho de carácter irrenunciable que debe garantizarse a todos los habitantes del territorio colombiano y ii) como servicio público obligatorio, bajo el control del Estado, que debe ser prestado con sujeción a los principios de solidaridad, eficacia y universalidad<sup>39</sup>. Acorde con ello, la jurisprudencia de esta Corte lo ha definido como aquel “conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”<sup>40</sup>.

Con miras a la materialización de ese conjunto de medidas a cargo del Estado, el artículo 48, ya citado, le atribuyó al legislador la facultad para desarrollar el derecho a la seguridad social. En ejercicio de esa competencia, el Congreso expidió la Ley 100 de 1993 “por medio de la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social”, con el objetivo de otorgar amparo frente a aquellas contingencias a las que puedan verse expuestas las personas y que afecten su salud o su situación económica. En ese orden, el sistema fue estructurado con los siguientes componentes: i) el Sistema General en Pensiones, ii) el Sistema General en Salud iii) el Sistema General de Riesgos Profesionales y iv) Servicios Sociales Complementarios<sup>41</sup>.

Como uno de los objetivos del Sistema de Seguridad Social Integral, se puede identificar el de garantizar aquellas prestaciones económicas a las que tiene derecho el trabajador; como, por ejemplo, las que tienen origen en una incapacidad, esto es, en “el estado de inhabilidad física o mental de una persona que le impide desempeñar en forma temporal o permanente su profesión u oficio”<sup>42</sup>.

Con base en lo anterior, se ha reconocido que la incapacidad que sufre un trabajador puede ser de 3 clases, a saber: temporal, permanente parcial y permanente. En la primera, el trabajador queda en imposibilidad de trabajar de manera transitoria, sin haberse establecido las consecuencias definitivas de una determinada patología o afectación. La segunda se presenta cuando ocurre una disminución definitiva de la capacidad laboral, pero esta es parcial, es decir, superior al 5% pero sin superar el 50%. La tercera, se origina con una pérdida de capacidad laboral superior a este último porcentaje<sup>43</sup>. En consecuencia, el Sistema de Seguridad Social garantiza a los trabajadores que, a pesar de encontrarse en imposibilidad de desempeñar sus labores, reciban los ingresos necesarios para su subsistencia de manera digna<sup>44</sup>.

La ausencia de capacidad laboral sea esta temporal o permanente, puede ser de origen

común o laboral<sup>45</sup>. Este último evento se encuentra a cargo del Sistema General de Riesgos Profesionales<sup>46</sup>, y regulado en la Ley 100 de 1993, el Decreto 1295 de 1994<sup>47</sup> y la Ley 776 de 2002<sup>48</sup>. Al igual que la Ley 776 de 2002, el Decreto 2943 de 2013<sup>49</sup> en su artículo 1, señala que son las Administradoras de Riesgos Laborales las encargadas de reconocer las incapacidades temporales que se ocasionen desde el día siguiente al diagnóstico de la enfermedad como de origen laboral o de ocurrido el accidente de trabajo, sea en el sector público o privado<sup>50</sup>.

En relación con la incapacidad temporal, el artículo 3 de la ley en comento establece que quien padece tal situación tiene derecho a recibir el 100% de su ingreso base de cotización, a manera de subsidio, desde el día del accidente o de iniciada la incapacidad por enfermedad profesional, y por un periodo de 180 días, que podrán ser prorrogados por igual lapso, en caso de ser necesaria dicha extensión para el tratamiento del trabajador o finalizar su rehabilitación.

La norma indica también que, una vez cumplido lo anterior sin lograr la recuperación del afiliado, se deberá iniciar el proceso para calificar su pérdida de capacidad laboral y, hasta tanto no se determine el porcentaje correspondiente, la entidad debe seguir reconociendo el auxilio económico por incapacidad temporal. Dicho pago, según el artículo en comento, será reconocido hasta el momento de su rehabilitación, readaptación o curación, o de la declaración de su incapacidad permanente parcial, invalidez o su muerte.

Ahora, en caso de existir controversia respecto del origen de la enfermedad o del accidente, el pago de la incapacidad temporal continuará siendo asumida por las Entidades Promotoras de Salud, siempre que la calificación de origen en la primera oportunidad sea común; o por la Administradora de Riesgos Laborales en caso de que la calificación del origen en primera oportunidad sea laboral, hasta que exista un dictamen en firme por parte de la Junta Regional o Nacional si se apela a esta. Asimismo, cuando el asunto se encuentre en controversia y el pago corresponda a la Administradora de Riesgos Laborales, esta pagará el mismo porcentaje estipulado por la normatividad vigente para el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, conforme al parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1562

de 2012; y, una vez el dictamen esté en firme podrán entre ellas realizar los respectivos reembolsos, así como también, la Administradora de Riesgos Laborales reconocerá al trabajador la diferencia en caso de que el dictamen en firme indique que correspondía a origen laboral<sup>51</sup>.

En efecto, teniendo en cuenta que mientras se resuelve la controversia la Administradora de Riesgos deberá pagar por concepto de incapacidad el mismo porcentaje estipulado por la normatividad vigente para el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se hace necesario hacer referencia a este último.

En el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por aplicación del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 227, el trabajador que tenga una incapacidad comprobada, ocasionada por enfermedad no profesional, tiene derecho a que el empleador le pague un auxilio monetario del 66,67% del salario base de cotización en los primeros 90 días de incapacidad continua, y a partir del día 91 en adelante, el 50% del salario. Prestación que, con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993<sup>52</sup>, en principio, pasó de estar en cabeza del empleador, a estar a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En cuanto a los porcentajes en comento, por interpretación constitucional, indudablemente deben soportar una alteración cuando el ingreso base de cotización del afiliado no supera el salario mínimo. Esta corporación mediante sentencia C-543 de 2007, estudió la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el ya referido artículo 227 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo que señala que “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 noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante”. En dicha providencia, se declaró la exequibilidad condicionada de la disposición, bajo el entendido que el auxilio monetario por enfermedad no profesional no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente. Conclusión a la que llegó,

tras considerar “pertinente distinguir aquellas situaciones en las que el valor del auxilio monetario por enfermedad no profesional sea inferior al salario mínimo legal, en las que se desconocería la garantía constitucional de todo trabajador a percibir el salario mínimo vital, consagrado en el artículo 53 superior, más aún en condiciones de afectación de su salud que no le permiten temporalmente trabajar. En esas circunstancias, la Corte entiende que el porcentaje del auxilio monetario por enfermedad no profesional no quebranta el principio de igualdad y el estatuto del trabajo, siempre y cuando su valor no sea inferior al salario mínimo legal”. En efecto, la declaración de exequibilidad de las expresiones demandadas del artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo se condicionó a que se entienda que dicho auxilio monetario no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente.

Si bien en la sentencia en comento se hizo alusión a las incapacidades producto de una enfermedad o accidente de origen común, lo cierto es que esta disposición e interpretación resulta aplicable a las incapacidades por enfermedad o accidente que hayan sido dictaminadas en primera oportunidad como laboral, mientras se resuelve la controversia respecto del origen de estas, por remisión que hiciere el parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1562 de 2012 al Sistema General de Seguridad Social en Salud. De manera que, en este último evento, así como le resulta aplicable el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, también lo es el alcance y la interpretación constitucional que de él se hizo. Así las cosas, mientras se resuelve la controversia y el dictamen de primera oportunidad indique que el accidente o la enfermedad es de origen laboral, la Administradora de Riesgos Laborales está obligada a pagar un auxilio monetario no inferior al equivalente del salario mínimo.

De otra parte, frente a la incapacidad permanente parcial, el artículo 7 de la Ley 776 de 2002, establece que el trabajador que se encuentre en esta situación tiene derecho al reconocimiento de una indemnización, la cual debe ser proporcional a la disminución sufrida y puede ser de 2 a 24 veces su salario base de liquidación. De igual manera, de tratarse de una enfermedad degenerativa el afiliado podrá ser calificado nuevamente.

Finalmente, si la calificación de pérdida de capacidad laboral arroja como resultado una disminución superior al 50%, el trabajador tendrá derecho a que se le reconozca una pensión de invalidez, con un monto que va a depender del porcentaje de afectación, siempre y cuando se cumpla con los demás requisitos que la ley establece para ello<sup>53</sup>.

También, el artículo 4 de la Ley 776 de 2002, señala que, una vez terminado el periodo de incapacidad laboral, y siempre que el trabajador recupere su capacidad de trabajo, el empleador está en la obligación de reintegrarlo al cargo que desempeñaba o reubicarlo en uno acorde con su condición de salud y que se encuentre en la misma categoría; deber que también se establece en favor de quien sea dictaminado con una pérdida de capacidad parcial<sup>54</sup>.

En efecto, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997<sup>55</sup> impone la obligación al empleador de mantener el vínculo del trabajador que se encuentra en incapacidad, y establece a su vez una protección laboral reforzada a su favor, lo que implica que, durante el periodo de incapacidad, se deben continuar los aportes a salud, a pensiones y a riesgos profesionales<sup>56</sup>.

Este Tribunal ha advertido que “[l]as personas incapacitadas de forma parcial y permanente, se encuentran en una situación adversa, en la medida en que no tienen la plenitud de la fuerza de trabajo, pero no son consideradas técnicamente inválidas. En estos casos es claro que existe una obligación en cabeza del empleador de reintegrar al afectado a un puesto de trabajo que esté acorde a sus nuevas condiciones de salud. En otras palabras, el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997”<sup>57</sup>. En efecto, durante el periodo de incapacidad, se deben continuar los aportes a salud, a pensiones y a riesgos profesionales<sup>58</sup>.

Bajo ese entendido, la jurisprudencia de esta Corte ha advertido que resulta contrario a la

Constitución que aquel trabajador que por su condición física o mental se encuentre imposibilitado para ocuparse laboralmente y, por tanto, para obtener los ingresos que le permitan satisfacer sus necesidades básicas, quede desprotegido dentro del sistema de seguridad social, pues ello iría en contra de los derechos de quienes merecen una especial protección constitucional, al encontrarse en situación de debilidad manifiesta.

## 7. Caso concreto

El señor Pedro Elías Alarcón Morales<sup>59</sup>, sujeto de especial protección constitucional por su condición de discapacidad y por los problemas de salud que actualmente padece<sup>60</sup>, solicita que i) sean amparados sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la salud, y, en consecuencia, ii) se ordene el pago de la diferencia entre lo debido y lo efectivamente pagado por las incapacidades médicas recibidas.

De acuerdo con la valoración probatoria, el médico tratante le ha prescrito al tutelante incapacidades desde el 5 de noviembre de 2015 por un evento reportado con fecha de ocurrencia el 10 de septiembre de ese mismo año. Estas incapacidades, de acuerdo con el reporte de incapacidades temporales liquidadas por afiliado<sup>61</sup>, vienen siendo pagadas por Positiva debido al resultado de la calificación de primera oportunidad efectuada por la EPS<sup>62</sup>, que determinó como de “origen laboral” el diagnóstico “neumoconiosis tipo silicosis”.

Dado que dicha calificación de origen aún es objeto de controversia -como se explicó en el acápite 3 de los fundamentos jurídicos de esta providencia-, el pago de la incapacidad temporal continuará siendo asumido por la referida ARL, hasta que exista un dictamen en firme por parte de la Junta Regional o Nacional si se apela a esta; ello, como se dijo, debido a que la calificación en primera oportunidad fue de origen laboral.

Ahora, conforme a la exposición efectuada en los acápites inmediatamente anteriores, el valor del auxilio monetario que debe reconocer la Administradora de Riesgos Laborales, deberá ser el mismo porcentaje estipulado por la normatividad vigente para el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, esto es, del 66,67% del salario base de cotización, los primeros 90 días de incapacidad continua, y a partir del día 91 en adelante, el 50% del salario; porcentajes estos que efectivamente, luego de realizar el cálculo matemático, viene aplicando y pagando la accionada al tutelante.

Sin embargo, bajo una interpretación constitucional, protectora de la dignidad humana, la Corte Constitucional ha sostenido que el auxilio económico en comento no puede ser inferior al salario mínimo, ya que, de no ser así, se estaría afectando el mínimo vital del trabajador y, por ende, el de su familia, así como poniendo en riesgo la probabilidad de recuperación satisfactoria de su salud.

En el caso sub examine, tal como lo manifestó el accionante, según los pagos efectuados por Positiva en el 2018, mensualmente recibió entre \$455.000 y \$470.699 por concepto de incapacidades, valores evidentemente por debajo del salario mínimo para esa anualidad<sup>63</sup>. Razón por la cual, evidentemente se están vulnerando los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna, a la salud y al mínimo vital del accionante, pues sumado a su deteriorado estado de salud, no está recibiendo el auxilio mínimo para suplir sus necesidades básicas y las de su familia.

En consecuencia, se hace necesario que la ARL accionada efectúe los ajustes a las liquidaciones y realice los pagos de las diferencias entre lo efectivamente cancelado y lo realmente debido por concepto de incapacidades al señor Pedro Elías Alarcón Morales, sin que por ningún motivo el cálculo diario o mensual resulte inferior al salario mínimo.

## I. 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,

## RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR, dentro del expediente T-7.337.215, el fallo proferido el once (11) de febrero de dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de San Gil, que confirmó la decisión del nueve (9) de enero de dos mil diecinueve (2019) del Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes de San Gil – Santander, que declaró improcedente la acción de tutela incoada por Pedro Elías Alarcón Morales en contra de Positiva y otros. En su lugar, CONCEDER la protección del derecho fundamental a la seguridad social, a la vida digna, a la salud y al mínimo vital del accionante.

SEGUNDO.- ORDENAR a la ARL Positiva que en el término de treinta días (30) días contados a partir de la notificación de esta providencia, proceda a reconocer y a pagar la diferencia entre lo efectivamente cancelado y lo realmente debido por concepto de incapacidades al señor Pedro Elías Alarcón Morales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Adicionalmente, SE ADVIERTE a la accionada, que en caso de que se sigan emitiendo incapacidades de manera ininterrumpida por parte del médico tratante del accionante, y mientras la calificación de la enfermedad sea de origen laboral, estas deberán ser pagadas oportunamente y en los mismos términos hasta tanto se verifique su recuperación integral o en su defecto, hasta tanto se establezca el grado de incapacidad o invalidez.

TERCERO.- EXHORTAR al Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de San Gil, para que en los términos de las competencias previstas en el Decreto 2591 de 1991, vigile el cumplimiento de la sentencia del 25 de mayo de 2017 de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de San Gil, que confirmó y modificó parcialmente la decisión del 6 de abril de 2017, que a su vez resolvió conceder el amparo invocado dentro de la acción de tutela 2017-00050, en lo que respecta a la solicitud del tutelante relacionada con la calificación del origen de la enfermedad.

CUARTO.- LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 en cada uno de los procesos, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Ver folio 25, Cuad. primero.

2 Solicitud de tutela radicada el 24 de diciembre de 2018, según acta individual de reparto obrante a folio 48 del Cuad. primero.

3 Ver copia de los cheques pagaderos a la orden del señor Pedro Elías Alarcón Morales, fechados 9 y 16 de noviembre y 22 de diciembre de 2018 con sus respectivos cuadros de discriminación de valores, visibles a folios 9-10 y 40-45 del Cuad. primero.

4 Cuad. Primera instancia, fls.12 al 27.

5 Cuad. Primera instancia, fls.28 al 32.

6 Cuad. Primera instancia, fls.33 al 35.

7 Cuad. Primera instancia, fls.102 al 104.

8 Cuad. Primera instancia, fls.91 al 96.

9 Mediante esta comunicación, Positiva solicita a la EPS Medimás subsanar el dictamen por carecer de validez ante la ausencia de requisitos mínimos legales e informa que por ello no puede validarlo como calificación de primera oportunidad, teniendo en cuenta lo expresado por la Junta Regional “No existe diagnóstico dentro de controversia a lo anexo al expediente concepto de neumología y medicina interna, donde descarta el diagnóstico motivo de remisión”. Ver Cuad. Primera instancia, fol.108.

10 Mediante esta comunicación la junta señala textualmente “se realiza nuevamente la devolución del presente caso, puesto que no existe diagnóstico dentro de controversia a lo anexo al expediente. Concepto de neumología y medicina interna, donde se descarta el diagnóstico motivo de remisión”. Cuad. Primera instancia, fol.166.

11 Cuad. Primera instancia, fol.165.

12 Cuad. Primera instancia, fls.61-67.

13 Cuad. Primera instancia, fls.68-89. Anexo al escrito obran las facturas de servicios públicos y los tiquetes de transporte.

14 Cuad. Primera instancia, fls.97-99. Acompaña el escrito, copia de la planilla correspondiente al pago de Seguridad Social del mes de diciembre de 2018.

15 Cuad. Primera instancia, fls.123-131.

16 Cuad. Primera instancia, fls.154-162.

17 Indica el accionante que viene recibiendo \$470.699 mensuales de parte de Positiva.

18 Cuad. Revisión, fls.43-45 y CD obrante a fl.46.

19 Expediente de tutela recibido el 4 de septiembre de 2017 en la Corte Constitucional, radicado bajo el número T-6.354.083 y excluido para revisión mediante auto del 26 de septiembre de 2017 de la Sala de Sección número nueve.

20 Decreto 2591 de 1991, art.38.

21 Ver SU-168 de 2017, T-162 de 2018, entre otras.

22 Sentencia del 25 de mayo de 2017 de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de San Gil, que confirmó y modificó parcialmente la decisión del 6 de abril de 2017 del Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de San Gil, proferida dentro de la acción de tutela 2017-00050.

23 T-489 de 2018, T-673 de 2017.

24 Ver auto del 26 de octubre de 2017 proferido por el Consejo de Estado dentro de una acción popular, en el cual se decretó de oficio una medida cautelar orientada a la protección de los usuarios trasladados de CAFESALUD EPS a MEDIMAS EPS, en los siguientes términos: “4. MEDIMAS EPS S.A.S. dará cumplimiento a las sentencias de tutela falladas contra Cafesalud EPS en las cuales se ordene cualquier prestación del servicio de salud, sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales”. Rad. 250002341000201601314-00.

25 Si bien Cafesalud EPS emitió un nuevo dictamen en cumplimiento de dicho fallo de tutela, éste no cumplió de manera integral con la orden judicial, en la medida en que dictaminó el mismo diagnóstico con el mismo origen, sin practicar y allegar los exámenes que lo soportaran, lo cual hizo que persistieran las deficiencias advertidas por la Junta Regional, que es el no encontrar coincidencia entre el diagnóstico con el padecimiento real del accionante.

26 No está claro en el expediente el diagnóstico del accionante, en tanto que conforme a la valoración efectuada por el entonces Cafesalud y por Saludcoop el accionante padece “neumoconiosis tipo silicosis”, y conforme a algunos registros en el historial médico del accionante se consigna que padece de “asma” desde el año 2010 -calificado en el 2013 como de origen común con una pérdida de capacidad inferior al 50%-; adicionalmente, de acuerdo con la valoración por la especialista en neumología y el examen de tomografía computada de tórax autorizado por Positiva en el 2018, se descarta la “neumoconiosis” al no hallar “lesiones parenquimatosas pulmonares, no hay hallazgos que indiquen silicosis”, aunado a que las pruebas de función pulmonar resultaron normales, en su lugar, se emite concepto “paciente con asma de inicio tardío, de origen ocupacional”. En historia clínica del 2016, en valoración por la especialidad de psiquiatría se diagnosticó también “trastorno de ansiedad y episodio depresivo grave con síntomas psicóticos”.

27 Ver T-041 de 2019, T-030 de 2018, T-395 de 2018, entre otras.

28 Constitución Política, art.86: “Esta acción solo 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”.

29 D.2591/91, Art. 8.

30 T-211 de 2009, T-222 de 2014, SU-961 de 1999.

31 A partir de la vigencia de la Ley 1949 de 2019, la Superintendencia Nacional de Salud no es competente para conocer de demandas cuya pretensión sea el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, tales como incapacidades, licencias de maternidad y/o paternidad. Esto, debido a que el artículo 6º de la ley en comento suprimió el literal g, que el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 había adicionado al artículo 41 de la Ley 122 de 2007 y, que en su tenor señalaba como competencia de la Superintendencia, en virtud de su función jurisdiccional, el “Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”. De manera que actualmente, el único competente para conocer de estos asuntos, es la jurisdicción del trabajo, conforme al numeral 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el art.622 de la Ley 1564 de 2012, que prevé como asunto a su cargo el decidir sobre “Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos”.

32 T-772 de 2007, T-548 de 2012, T-490 de 2015, T-200 de 2017.

33 SU-108 de 2018.

35 Ver sentencia T-200 de 2017.

36 Ibídem.

37 Ver sentencia T-200 de 2017.

38 En este acápite se sigue en parte la línea trazada por la sentencia T-312 de 2018. MP. Antonio José Lizarazo Ocampo.

39 Ver sentencia T-901 de 2014.

40 Sentencia T-1040 de 2008.

41 Ver sentencia T-901 de 2014.

42 Artículo 1 de la Resolución 2266 de 1998, por la cual se reglamenta el proceso de expedición, reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas por incapacidades y licencias de maternidad en el Instituto de Seguros Sociales.

43 Al respecto, ver artículos 2, 5 y 9 de la Ley 776 de 2002 y sentencias T-920 de 2009, T-116 de 2013 y T-200 de 2017, entre otras.

44 Ver sentencia T-920 de 2009.

45 Ver sentencia T-200 de 2017.

46 El artículo 1 del Decreto 1295 de 1994, define al Sistema General de Riesgos Profesionales como “el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencias del trabajo que desarrollan”.

47 Por medio del cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales.

48 Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales.

49 Por el cual se modifica el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.

50 Ver sentencia T-920 de 2009.

51 Ley 1562 de 2012 “Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan

otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional”, parágrafo 3, artículo 5.

52 Ley 100 de 1993, artículo 206.

53 Artículo 10 de la Ley 776 de 2002.

54 Ley 776 de 2002, artículo 8 REUBICACIÓN DEL TRABAJADOR. Los empleadores están obligados a ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios.

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

56 Ver sentencia T-920 de 2009.

57 Sentencia T-144 de 2016.

58 Ver sentencia T-920 de 2009.

59 Nacido el 11 de septiembre de 1960, según copia de cédula de ciudadanía en página 129 del CD obrante a folio 46 del Cuaderno 1.

60 Debido a Disnea varias veces al día, insomnio, ansiedad, asma, exacerbación de síntomas respiratorios, presencia de tos y sibilancias.

61 Ver fls.94-96 del Cuaderno 1.

62 Dictamen del 10 de septiembre de 2015 emitido por Saludcoop EPS, confirmado el 7 de junio de 2017 por Cafesalud EPS.

63 El salario mínimo para el 2018 estuvo en \$781. 242.00.