

Sentencia T-333/13

Frente al caso de las tutelas impetradas para obtener el pago de incapacidades laborales, debe considerarse un aspecto adicional, relacionado con la importancia que estas representan para quienes se ven obligados a suspender sus actividades laborales por razones de salud y no cuentan con ingresos distintos del salario para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia. Cuando eso ocurre, la falta de pago de la incapacidad médica no representa solamente el desconocimiento de un derecho laboral, pues, además, puede conducir a que se trasgreden derechos fundamentales, como el derecho a la salud y al mínimo vital del peticionario. En ese contexto, es viable acudir a la acción de tutela, para remediar de la forma más expedita posible la situación de desamparo a la que se ve enfrentada una persona cuando se le priva injustificadamente de los recursos que requiere para subsistir dignamente. Así, en lugar de descartar la viabilidad de las tutelas instauradas para obtener el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad laboral, la disponibilidad de instrumentos alternativos de defensa exige que el juez de tutela indague en las circunstancias personales y familiares del promotor del amparo, para verificar si la mora en el pago de las incapacidades compromete sus derechos fundamentales o los de las personas a su cargo; si la ausencia de dichos emolumentos los exponen a un perjuicio irremediable o si, en todo caso, su situación de vulnerabilidad descarta la idoneidad y eficacia de los medios judiciales contemplados para el efecto.

INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 180 DIAS-Análisis normativo y justificación

INCAPACIDAD LABORAL-Decreto ley antitrámites les atribuyó a los empleadores la obligación de gestionar directamente ante las EPS el reconocimiento de las incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad

PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 180 DIAS-Está a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentra afiliado el trabajador

INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 180 DIAS-El pago corresponde a la Administradora de Fondo de Pensiones previo concepto favorable de rehabilitación expedido por la EPS, según Decreto antitrámites

INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 180 DIAS-Estará a cargo de la EPS cuando retrasen la emisión del concepto médico de rehabilitación, según Decreto antitrámites

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES-Reglas jurisprudenciales

PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL POR ENFERMEDAD GENERAL-Juez de tutela está facultado para designar un responsable provisional de realizar el pago, mientras el debate se define en las instancias correspondientes

En cuanto a la supuesta imposibilidad de estudiar las pretensiones del accionante debido a la falta de certeza sobre cuál era la entidad encargada de cancelarle sus incapacidades, solo resta insistir en los precedentes jurisprudenciales que facultan al juez constitucional para designar un responsable provisional de realizar el pago, mientras el debate se define en las instancias correspondientes. La mera disputa sobre dicha responsabilidad no conduce a descartar, de plano, la competencia del juez de tutela en la salvaguarda de los derechos fundamentales de quienes merecen un trato especial de parte del Estado y de los particulares. Como se advirtió previamente, en estos casos se espera todo lo contrario: que el funcionario despliegue los medios a su alcance para materializar, frente a un sujeto vulnerable, los principios de solidaridad y de respeto por la dignidad humana que le dan contenido a la cláusula del Estado social de derecho

PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL POR ENFERMEDAD GENERAL SUPERIOR A 180 DIAS-Se previene a ING Pensiones para que se abstenga de retrasar o negar el reconocimiento de las prestaciones económicas de sus afiliados

DERECHO AL MINIMO VITAL-Afectación por discusión de entidades encargadas del pago de subsidio económico por razón de incapacidad laboral que superó los 180 días

PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL POR ENFERMEDAD GENERAL SUPERIOR A 180 DIAS-Orden a ING Pensiones pagar las incapacidades laborales

Referencia: Expediente T- 3775923

Acción de tutela instaurada por Libardo Bautista Useche contra ING Pensiones y Cesantías y Nueva EPS.

Magistrado Ponente:

Bogotá, D.C., once (11) de junio de dos mil trece (2013)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado en el asunto de la referencia por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Neiva el diecinueve (19) de diciembre de dos mil doce (2012).

I. ANTECEDENTES

El cuatro (4) de diciembre de dos mil doce (2012), el señor Libardo Bautista Useche se presentó en el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control y Garantías de Neiva para interponer acción de tutela contra ING Pensiones y Cesantías y la Nueva EPS, entidades que le habrían vulnerado sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la igualdad, al abstenerse de pagarle las incapacidades por enfermedad general expedidas por su médico durante los diez meses anteriores.

El juez, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991 sobre la posibilidad de instaurar la acción de tutela verbalmente[1], le tomó juramento al peticionario y lo interrogó sobre las circunstancias fácticas relativas a la solicitud de amparo. A continuación, la Sala sintetizará los hechos que fundamentan tal petición, ateniéndose a lo que en esa ocasión relató el señor Bautista.

1. Hechos

1.1. El accionante, de 49 años de edad, es casado, padre de cuatro hijos, y trabaja como maestro de obra. Relató que fue incapacitado por enfermedad general, debido a que padecía peritonitis, y que en el transcurso de la respectiva operación, que se llevó a cabo el 11 de septiembre de 2011, le detectaron un tumor cancerígeno en el colon.

1.2. Los médicos expidieron las incapacidades del caso. Nueva EPS canceló las de los primeros seis meses, es decir, 180 días, pero no ha querido pagarle las correspondientes a los últimos diez meses, con la disculpa de que estas deben ser canceladas por su fondo de pensiones, ING Pensiones y Cesantías.

1.3. El señor Bautista ha reclamado el pago de las referidas incapacidades en ambas entidades, pero su solicitud no ha sido contestada en forma positiva. Señaló que esto lo afecta gravemente, ya que él y su familia dependen de ese dinero para subsistir. Interrogado por el juez sobre su capacidad económica, el actor precisó que paga arriendo, que no tiene ningún bien, y que sus cuatro hijos dependen de él, pues ninguno trabaja.

1.4. Finalmente, aclaró que lleva quince meses afiliado a la Nueva EPS como cotizante, ya que su empleador le paga salud, pensión y riesgos laborales.

1.5. Sobre esos supuestos, insistió en la protección de sus derechos fundamentales, advirtiéndole que está pendiente de una cirugía para el cierre de la colostomía. Solicitó, en consecuencia, que se ordene el pago de las incapacidades adeudadas “para solucionar el problema familiar”[2].

2. Respuesta de ING Pensiones y Cesantías

2.1. Francisco Javier Cubillos, representante legal de ING Pensiones y Cesantías, solicitó declarar improcedente la tutela, teniendo en cuenta que involucra una reclamación netamente económica.

En todo caso, advirtió que ni ING Pensiones y Cesantías ni ninguna otra administradora de pensiones tiene como objeto social el pago de incapacidades, pues son las compañías aseguradoras que ellas contratan las que están obligadas a pagar el subsidio equivalente a la incapacidad, siempre que se cumplan los tres requisitos establecidos en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993: que exista concepto favorable de rehabilitación, que haya autorización de la aseguradora que expidió el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia y que la entidad de previsión social correspondiente haya postergado el trámite de calificación del afiliado ante la junta.

En el caso concreto, ya se expidió el concepto de rehabilitación, pero no existe autorización

de la aseguradora para el reconocimiento del subsidio de incapacidades por parte del seguro provisional.

2.2. De conformidad con lo expuesto, el representante legal solicitó vincular a Seguros Bolívar S.A. al trámite constitucional, por ser esta la responsable de cubrir el riesgo de invalidez y muerte mediante la póliza de riesgo de invalidez que ING contrató con ella. Sostuvo, en ese sentido, que Seguros Bolívar es “la encargada de la calificación de pérdida de la capacidad laboral, el reconocimiento de la suma adicional necesaria para pagar la pensión de invalidez o de sobrevivientes y, según el decreto Antitrámite 019 de 2012, que establece con cargo al seguro previsional, el pago de subsidio de las incapacidades”. [3]

Sobre ese supuesto, dijo, las incapacidades deben pagarse con cargo a la subcuenta de solidaridad del Fosyga, ya que el tema incumbe al Sistema General de Seguridad en Salud y no al de Pensiones, que solo reconoce pensiones de vejez, muerte y auxilio funerario, pero no incapacidades, por no tener fuente de financiamiento.

Concluyó, entonces, que debe ser “el Gobierno Nacional, a través del Fosyga, quien debe responder mientras se regula (sic) las fuentes de financiamiento”. [5]

3. El fallo objeto de revisión

Mediante providencia del diecinueve (19) de diciembre de dos mil doce (2012), el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Neiva negó el amparo constitucional solicitado por el accionante, debido a que no demostró estar sufriendo algún perjuicio irremediable a raíz de la falta de pago de las incapacidades laborales.

Además, sostuvo el juez de instancia que no se cumplió en este caso con el requisito de inmediatez, ya que el actor afirmó que le adeudaban las incapacidades laborales correspondientes a los últimos seis meses y, pese a ello, no agotó en ese término los trámites necesarios para obtener su reconocimiento y pago.

Por último, adujo el funcionario que el derecho reclamado por el accionante no es pacífico. Así las cosas, sentenció, no era viable que el juez de tutela invadiera las órbitas funcionales de los jueces competentes para definir ese asunto. El fallo no fue impugnado.

4. Respuesta de Nueva EPS

Nueva EPS respondió la solicitud de tutela, a través de escrito allegado al juzgado de instancia el once (11) de enero de dos mil trece (2013). En el documento, suscrito por Elsa Rocío Mora Díaz, Gerente Zonal Huila, se solicitó declarar improcedente la petición de amparo. Sobre lo alegado por el peticionario, la EPS expuso lo siguiente:

-Las EPS están obligadas a reconocer y pagar las incapacidades laborales de sus afiliados cuando surjan como consecuencia de una enfermedad de origen común, debidamente certificada, hasta el día 180, para asegurarles su sustento diario y el de su núcleo familiar. Dado que esos 180 días ya transcurrieron en el caso del peticionario, la Nueva EPS no puede pagar más incapacidades.

-Las incapacidades que se han causado después de esos 180 días, como consecuencia de la patología que aqueja al actor, deben ser asumidas por su administradora de pensiones.

-El señor Bautista ya fue valorado por medicina laboral por presentar incapacidades prolongadas por cáncer de colon. Por eso, su caso fue remitido al fondo de pensiones.

5. Pruebas relevantes aportadas al proceso

5.1. Documentos allegados por el peticionario:

-Cédula de ciudadanía[6].

-Copias de los certificados de incapacidad emitidos por Nueva EPS S.A. en marzo, abril, mayo, julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2012[7].

-Documento del 10 de agosto de 2012, en el que el actor le solicita a Nueva EPS información sobre el pago de sus incapacidades, “ya que no me está siendo efectuado el pago desde el día 10 de marzo de 2012 hasta la fecha actual”.[8]

5.2. Documentos allegados por ING Pensiones y Cesantías

-Certificación del área previsional de ING Pensiones y Cesantías, expedida el 11 de diciembre de 2012, en la que se indica que “Efectuadas las validaciones al trámite de pensión por invalidez de nuestro afiliado, el señor Bautista Useche Libardo, quién se identifica con cédula No. 12123283, encontramos que: i) a la fecha no ha radicado solicitud

de pensión ante esta administradora; ii) el 19 de julio de 2012, la Nueva Eps remitió concepto favorable de rehabilitación del señor Libardo Bautista; iii) en la misma fecha se remite certificación de incapacidades medicas (sic) en la que se evidencia que el día 180 de incapacidad se completa el 9 de marzo de 2012; iv) a la fecha se remite el expediente a la compañía de seguros Bolívar, con la cual tenemos contratada nuestra póliza provisional que ampara las contingencias de invalidez y sobrevivencia de nuestros afiliados[9].

-Concepto de rehabilitación para calificación de pérdida de la capacidad laboral.[10]

-Certificación de incapacidades mayores a 135 días, expedida por Nueva EPS el 19 de julio de 2012.[11]

- Póliza de ramos previsionales de Seguros Bolívar[12].

-Copia de la comunicación enviada por el representante legal de Seguros Bolívar al Presidente de ING Administradora de Pensiones y Cesantía S. A., el 20 de enero de 2012, en la que, a propósito de la entrada en vigencia del Decreto 19 de 2012 y en relación con su artículo 142, específicamente, le informa que las incapacidades temporales no hacen parte de las coberturas contratadas por ING “como fue claramente establecido en los términos de la licitación a través de la cual se adjudicó a nuestra aseguradora el seguro provisional de invalidez y sobrevivencia”.

-Copia de la comunicación enviada por ING Pensiones y Cesantías a la Compañía de Seguros Bolívar el 11 de diciembre de 2012, en la que, “a propósito de la acción de tutela impetrada por el afiliado Libardo Bautista cuya pretensión principal se basa en el pago de incapacidades temporales y en virtud de la póliza provisional suscrita entre ING Pensiones y Cesantías y la Compañía de Seguros Bolívar S.A., la cual ampara las contingencias derivadas de la invalidez o la muerte de nuestros afiliados, adjuntos remitimos: i) concepto favorable de rehabilitación emitido por la Nueva EPS; ii) certificación de incapacidades en la que se evidencia (sic) el día 180 el 9 de marzo de 2012”. [13]

6. Actuaciones adelantadas en sede de revisión constitucional

Durante el trámite de revisión constitucional, el despacho del magistrado sustanciador contactó telefónicamente al accionante para indagar por su situación económica y de

salud. Su esposa, la señora Jineth Penagos, informó que el actor no ha recibido aún el pago de las incapacidades laborales y que la familia se encuentra en una situación apremiante, pues sus cuatro hijos, mayores de edad, están desempleados y no tienen ingresos para pagar el arriendo ni para costear los gastos de salud que requiere su esposo.

El peticionario, por su parte, reiteró que las accionadas le adeudan las incapacidades laborales de 14 meses, precisó que el pasado seis de febrero le realizaron el cierre de la colostomía y que ha sido examinado por la oficina de medicina laboral. Sostuvo que le dictaminaron una pérdida del 13% de su capacidad laboral y que su médica le dijo que no podía expedirle más incapacidades, debido que se está recuperando. Reconoció que, en efecto, su situación de salud mejoró gracias al procedimiento quirúrgico. No obstante, advirtió que la herida de la cirugía le impide cargar peso, actividad indispensable para realizar su oficio, que es el de maestro de obra.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del fallo objeto de revisión, de acuerdo con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento del auto del quince (15) de febrero de dos mil trece (2013), expedido por la Sala de Selección Número Dos de esta Corporación.

2. Presentación del caso, formulación del problema jurídico y metodología de la decisión que adoptará la sala de revisión:

2.1. Como se expuso en los antecedentes de esta decisión, el señor Libardo Bautista Useche busca el amparo de los derechos fundamentales que las entidades accionadas le habrían vulnerado al negarse a pagarle las incapacidades laborales subsiguientes a los primeros 180 días de incapacidad por enfermedad general que le reconoció su EPS.

Frente a lo pretendido, los accionados indicaron:

-Nueva EPS, que cumplió con su obligación de pagar los primeros 180 días de incapacidad y que es al fondo de pensiones al que le corresponde asumir el pago de las incapacidades que superan dicho término.

-ING Pensiones y Cesantías (en adelante, ING), que no es la responsable de pagar tales incapacidades, pues de acuerdo con lo preceptuado por el Decreto Ley 19 de 2012, no son las administradoras de pensiones, sino las aseguradoras que las respaldan, las que deben pagar los subsidios por incapacidad.

2.2. El juez de instancia no estudió la responsabilidad de las accionadas en la posible vulneración iusfundamental porque, a su juicio, la tutela promovida por el señor Bautista es improcedente. Adujo, al respecto, que el accionante no demostró la presencia de un perjuicio irremediable ni cumplió el requisito de inmediatez y que, de todas maneras, el hecho de que la EPS y el fondo de pensiones discutieran su responsabilidad en el pago de las incapacidades impedía resolver la controversia planteada por esta vía excepcional.

2.3. En ese orden de ideas, la solución del caso objeto de revisión exige verificar, primero, la procedibilidad formal de la acción de tutela. Si la acción resulta procedente, la Sala abordará el problema jurídico de fondo, relativo a la responsabilidad de las accionadas en la eventual vulneración de los derechos fundamentales del señor Bautista, por cuenta de su negativa a pagarle las incapacidades causadas después de los primeros 180 días.

En concreto, la Sala determinará si Nueva EPS podía rehusarse a realizar el pago, con el argumento de que ya había cancelado los primeros 180 días de incapacidad y si ING Pensiones podía hacer lo propio, aduciendo que no es ella, sino su aseguradora, la encargada de pagar el subsidio.

2.4. Para responder esos interrogantes, la Sala i) reiterará la jurisprudencia constitucional relativa a la procedibilidad formal de las tutelas instauradas para reclamar el pago de incapacidades laborales y ii) estudiará los parámetros normativos y jurisprudenciales alusivos al pago del respectivo subsidio, cuando han transcurrido los primeros 180 días de incapacidad y la misma fue reconocida en virtud de una enfermedad de origen común.

Dado que la defensa de ING se apoya en los cambios que el Decreto Ley 19 de 2012 habría efectuado sobre el esquema de responsabilidades en el reconocimiento y pago de la aludida prestación económica, la Sala indagará, especialmente, por las obligaciones que adquirieron los actores del Sistema General de Seguridad Social (SGSS) tras la entrada en vigencia de esa normativa. Precisos esos aspectos, resolverá el caso concreto.

3. La procedencia excepcional de las tutelas instauradas para reclamar el pago de las incapacidades laborales. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. La existencia de unos mecanismos judiciales específicamente diseñados para resolver las controversias relativas al pago de las acreencias laborales y a la cobertura de las contingencias amparadas por el Sistema General de Seguridad Social Integral (SGSSI) impide, en principio, que las discusiones sobre el reconocimiento y pago de derechos pensionales, salarios, indemnizaciones o incapacidades sean sometidos a consideración del juez de tutela.

3.2. La posibilidad de discutir esos asuntos en sede constitucional ha sido admitida en situaciones excepcionales, en las que exigirle al peticionario el agotamiento de los medios ordinarios de defensa puede resultar excesivo, bien sea porque se trata de un sujeto de especial protección constitucional o porque, por distintas razones, tal trámite lo expone a un perjuicio irremediable. La necesidad de asegurar la materialización efectiva de las garantías fundamentales de quienes se ven enfrentados a situaciones que los hacen especialmente vulnerables y la imposibilidad de lograr ese objetivo en las instancias judiciales ordinarias es lo que, en últimas, hace procedente la acción de tutela.

3.4. Frente al caso específico de las tutelas impetradas para obtener el pago de incapacidades laborales, debe considerarse un aspecto adicional, relacionado con la importancia que estas representan para quienes se ven obligados a suspender sus actividades laborales por razones de salud y no cuentan con ingresos distintos del salario para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia.

Cuando eso ocurre, la falta de pago de la incapacidad médica no representa solamente el desconocimiento de un derecho laboral, pues, además, puede conducir a que se trasgreden derechos fundamentales, como el derecho a la salud y al mínimo vital del peticionario. En ese contexto, es viable acudir a la acción de tutela, para remediar de la forma más expedita posible la situación de desamparo a la que se ve enfrentada una persona cuando se le priva injustificadamente de los recursos que requiere para subsistir dignamente.[15]

3.5. Así, en lugar de descartar la viabilidad de las tutelas instauradas para obtener el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad laboral, la disponibilidad de instrumentos alternativos de defensa exige que el juez de tutela indague en las

circunstancias personales y familiares del promotor del amparo, para verificar si la mora en el pago de las incapacidades compromete sus derechos fundamentales o los de las personas a su cargo; si la ausencia de dichos emolumentos los exponen a un perjuicio irremediable o si, en todo caso, su situación de vulnerabilidad descarta la idoneidad y eficacia de los medios judiciales contemplados para el efecto.

En cualquiera de esas hipótesis, la acción de tutela procederá, para remover los obstáculos que enfrentan quienes soportan circunstancias de debilidad manifiesta, reivindicar su derecho a la igualdad real y efectiva frente a quienes no padecen esas contingencias y materializar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad intrínsecos a la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, dentro del cual se inscribe el derecho a recibir oportunamente el pago de las incapacidades laborales.

4. Las incapacidades laborales por enfermedad común que superan los 180 días. Responsabilidad de los empleadores, las EPS y las administradoras de pensiones en su reconocimiento y pago.

4.1. El subsidio por incapacidad laboral hace parte del esquema de prestaciones económicas que el legislador diseñó con el objeto de cubrir a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social Integral frente a las contingencias que menoscaban su salud y su capacidad económica. En concreto, el subsidio cumple el propósito de sustituir el salario cuando el trabajador debe ausentarse del lugar en el que cumple sus actividades laborales, tras sufrir una enfermedad o un accidente que le impide desempeñar temporalmente su profesión u oficio.

Es esto, justamente, lo que explica la importancia de que las incapacidades sean reconocidas y pagadas de forma expedita. El papel que cumple el subsidio de incapacidad laboral en la tarea de proteger a quienes quedan temporalmente desprovistos de los recursos que destinaban a satisfacer sus necesidades básicas y las de sus familia por razones de salud, explica que la Corte se haya pronunciado, de forma insistente, acerca de las responsabilidades de cada uno de los actores del SGSSI en el desembolso de la citada prestación económica.

4.2. El primer referente normativo sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales ocasionadas por enfermedad no profesional se encuentra en el artículo 227 del

Código Sustantivo del Trabajo, que consagra el derecho del trabajador a obtener de su empleador un auxilio monetario hasta por 180 días, en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores.[16]

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, dicha tarea quedó en manos de las entidades encargadas de asegurar las contingencias en materia de seguridad social. El artículo 206 dispuso que el régimen contributivo asumiría el reconocimiento de “las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes”, y autorizó a las EPS para subcontratar el cubrimiento de esos riesgos con compañías aseguradoras.

En esa dirección, y en concordancia con lo previsto en el Decreto 1049 de 1999, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se ha entendido que el empleador es responsable del pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días[17] y que las EPS cubren las que se causen desde entonces y hasta el día 180, a menos que el empleador no haya afiliado a su trabajador al SGSSI o haya incurrido en mora en las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella, en cuyo caso las incapacidades correrán por su cuenta.[18]

4.3. La responsabilidad en el pago de las incapacidades causadas después del día 180, que es lo que se reclama en la acción de tutela, se rige, a su turno, por las pautas previstas en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001.

La norma, que regula el trámite previo a la solicitud de la calificación de la invalidez, les asigna a las administradoras de fondos de pensiones (AFP) y a las administradoras de riesgos profesionales (según se trate de incapacidades de origen común o laboral, respectivamente) la función de remitir a sus afiliados a las juntas de calificación, previo concepto de rehabilitación integral.

Por regla general, tal remisión debe efectuarse antes de que se cumpla el día 150 de incapacidad temporal. No obstante, el Decreto 2463 permite que la AFP postergue el trámite de calificación hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal que otorgó la EPS, si el mencionado concepto de rehabilitación es favorable y con la condición de que “otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador”[19].

Vale agregar, de cara a los argumentos de defensa planteados por la AFP accionada en el presente asunto, que el artículo 23 del Decreto 2463 vincula la posibilidad de postergar el aludido trámite de calificación a “la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente”.[20] La norma contempla, también, que las entidades que incumplan el pago de los subsidios por incapacidad temporal serán sancionadas por la autoridad competente, de conformidad con lo señalado en la ley.

4.4. Interpretando las disposiciones mencionadas, la Corte ha mantenido el criterio pacífico de que el pago de las incapacidades laborales por enfermedad general que se causan a partir del día 181 corre por cuenta de la AFP, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se califique la pérdida de su capacidad laboral.[21]

El debate planteado en esta oportunidad remite, sin embargo, a un escenario distinto, que se enmarca en el ámbito de los cambios que introdujo el Decreto Ley 19 de 2012, “por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública” en relación con los procedimientos para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales. A continuación, la Sala precisará cuáles fueron esas modificaciones y evaluará su relevancia en la solución del asunto objeto de revisión.

El reconocimiento de las incapacidades laborales, tras la entrada en vigencia del Decreto Ley 19 de 2012

4.5. El artículo 121 del Decreto Ley Antitrámites les atribuyó a los empleadores la obligación de gestionar directamente, ante las EPS, el reconocimiento de las incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La norma prohíbe trasladarles a los afiliados dicha carga y advierte que, para efectos laborales, estos deben informarle a su empleador sobre la expedición de la respectiva incapacidad o licencia.

Más adelante, el artículo 142 le adicionó dos párrafos al artículo 41 de la Ley 100 de 1993, sobre el procedimiento de la calificación del estado de invalidez. Los nuevos párrafos son los siguientes:

“Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto”.

4.6. Como se observa, el Decreto Ley 19 mantuvo en cabeza de las AFP la facultad de postergar el trámite de calificación de invalidez hasta por 360 días adicionales a los primeros 180 días de incapacidad, con la condición de que, con cargo al seguro respectivo, otorguen un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Eso significa, en principio, que las AFP siguen siendo las responsables del pago de las incapacidades que superen 180 días.

Lo que cambió con la entrada en vigencia del estatuto antitrámites, el pasado 10 de enero de 2012, es que las AFP no tendrán que pagar las incapacidades subsiguientes a los 180 primeros días, cuando las EPS no expidan el concepto favorable de rehabilitación.

Esto, lejos de inaugurar un nuevo régimen de responsabilidades sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en un evento de origen común -en los términos sugeridos por ING Pensiones al responder a la tutela promovida por el señor Bautista- lo que implica es un mayor compromiso de los empleadores y las EPS en la tarea

de garantizar que el trabajador acceda oportunamente a esas prestaciones económicas, para que pueda asegurar su sustento y dedicarse a recuperar plenamente las condiciones de salud en virtud de las cuales podía desempeñar su empleo.

4.7. Así, vistas las modificaciones que introdujo el Decreto Ley 19, la Sala encuentra que el esquema de responsabilidades de los actores del SGSSI en el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales de origen común sigue siendo el mismo, con una salvedad, relativa a que las EPS asumirán por cuenta propia el pago de las incapacidades laborales superiores a 180 días, cuando retrasen la emisión del concepto médico de rehabilitación. Las pautas normativas vigentes en la materia son, por lo tanto, las siguientes:

- El pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días corre por cuenta del empleador (Decreto 1049 de 1999, artículo 40, parágrafo 1°).
- Las incapacidades por enfermedad general que se causen desde entonces y hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS (Ley 100 de 1993, artículo 206). En todos los casos, corresponde al empleador adelantar el trámite para el reconocimiento de esas incapacidades (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 121).
- La EPS deberá examinar al afiliado y emitir, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respectivo concepto de rehabilitación. El mencionado concepto deberá ser enviado a la AFP antes del día 150 de incapacidad (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 142).
- Una vez reciba el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, reconociendo el pago de las incapacidades causadas desde el día 181 en adelante, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de su capacidad laboral (Decreto 2463 de 2001, artículo 23).
- Si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, será la EPS la encargada de cancelar las incapacidades que se causen a partir del día 181. Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido.
- Si el concepto de rehabilitación no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la

junta de calificación de invalidez, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si esta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva. Si es menor del 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad.

Precisado lo anterior, la Sala sintetizará las reglas que ha fijado la Corte para asegurar que las incapacidades laborales sean reconocidas y pagadas de manera ágil y diligente, considerando la situación de vulnerabilidad que, por lo general, enfrentan quienes reclaman estas prestaciones económicas.

Criterios jurisprudenciales sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales.

4.8. La Corte ha llamado la atención, primero, sobre la importancia de que las entidades del SGSSI orienten al afiliado en el trámite previo al pago de las incapacidades laborales. La sentencia T-980 de 2008[22] las instó, en concreto, a tener en cuenta que quienes reclaman el pago de esas prestaciones son sujetos vulnerables, merecedores de un trato especial de parte de las entidades a cuyo cargo está el reconocimiento y pago de las prestaciones asistenciales y económicas que materializan el derecho fundamental a la seguridad social.

Ese trato especial, advirtió el fallo, impide que las EPS se abstengan de pronunciarse sobre las incapacidades laborales superiores a 180 días por el solo hecho de carecer de competencia al respecto y, en cambio, las obliga a actuar armónicamente con las demás entidades del SGSSI y a remitir a tiempo los documentos que la AFP requiere para resolver la solicitud del afiliado de manera oportuna.

4.9. En la misma dirección, la jurisprudencia constitucional ha reprobado la imposición de trámites adicionales a los contemplados en el marco normativo que regula el procedimiento para reconocer y pagar las incapacidades[24] y ha censurado a las entidades que retrasan el pago de las mismas por discusiones relativas a su responsabilidad en el cubrimiento de la prestación.[25]

La Corte ha sido enfática en que el afiliado no tiene por qué soportar, bajo ninguna

circunstancia, los efectos de esas controversias, mucho menos cuando existe certeza sobre su derecho. Así, ha insistido en que las diligencias previas al reconocimiento y pago de las prestaciones del sistema de seguridad social integral deben resolverse oportunamente, sin inmiscuir al afiliado en disputas que no le competen y que, en cualquier caso, pueden poner en riesgo sus condiciones mínimas de existencia.

4.10. Finalmente, y con el mismo propósito, esta corporación avaló la posibilidad de que los jueces de tutela señalen un responsable provisional del pago de las incapacidades laborales, para salvaguardar los derechos fundamentales de quienes las reclaman, mientras las entidades del caso definen cuál de ellas es la encargada de cancelarlas, en aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias respectivas.

De lo que se trata, de nuevo, es de privilegiar la protección de las garantías mínimas de quienes se ven temporalmente desprovistos de sus ingresos básicos por cuestiones de salud sobre las disputas de índole contractual que puedan presentarse en relación con la responsabilidad de los actores del SGSS en el reconocimiento y pago de esas prestaciones[26].

Puntualizados en esos términos los referentes normativos y jurisprudenciales vigentes en materia de reconocimiento y pago de las incapacidades laborales posteriores a 180 días, la Sala abordará el estudio del asunto sometido a su consideración.

5. El caso concreto.

Como se anticipó en el acápite correspondiente a la formulación del problema jurídico, corresponde a la Sala determinar si las entidades demandadas vulneraron los derechos fundamentales del señor Libardo Bautista al negarse a pagarle las incapacidades laborales que le reconoció su médico tratante con posterioridad a los primeros 180 días de incapacidad.

Antes de abordar dicha tarea, la Sala establecerá si la acción de tutela es formalmente procedente o si, por el contrario, el actor debía agotar los mecanismos ordinarios que diseñó el legislador para la solución de este tipo de controversias.

La procedibilidad formal de la acción de tutela

5.1. La Sala advirtió previamente que la posibilidad de reclamar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por vía de tutela es excepcional y vinculó la procedibilidad de las tutelas promovidas con ese objeto a que el peticionario se encuentre en una situación de vulnerabilidad que impida supeditar la efectiva protección de sus derechos fundamentales al trámite de un proceso judicial ordinario. En relación con las situaciones que hacen presumir la falta de idoneidad de esos mecanismos, destacó la necesidad de evaluar el contexto personal y familiar del accionante y se pronunció sobre la relevancia de valorar, en ese sentido, factores como su edad, su situación económica y su estado de salud.

Además, llamó la atención sobre el papel que cumple el subsidio de incapacidad como mecanismo sustitutivo del salario, cuando el trabajador se ve obligado a suspender temporalmente sus actividades laborales por razones de salud y, en esa medida, se ve desprovisto del único ingreso con que cuenta para subsistir dignamente.

Aplicadas las anteriores premisas al caso concreto, la Sala encuentra demostrada la procedibilidad formal de la acción de tutela formulada por el señor Bautista, quien, como pasa a explicarse, es destinatario de la protección constitucional reforzada que el Estado les debe a quienes enfrentan circunstancias de debilidad manifiesta.

5.2. De ello dan cuenta, primero, las graves afecciones de salud que sufría el peticionario. Recuérdese, al respecto, que el señor Bautista padece una enfermedad catastrófica, como lo confirmaron los documentos allegados por ING al contestar la acción de tutela, en especial, la certificación de incapacidades mayores a 135 días, expedida en julio de 2012 por la Nueva EPS, que incluye un dictamen de “tumor maligno del colon, parte no especificada; tumor maligno del colon trasverso; infarto cerebral debido a oclusión o estenosis no especificada de arterias precerebrales”.[27]

Segundo, el hecho de que el señor Bautista se hubiera visto privado de los recursos económicos que destinaba a satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia debido a la total imposibilidad física para desempeñar su oficio. Al respecto debió valorarse lo que él mismo declaró ante el juez de instancia, esto es, que no tiene bienes, que paga arriendo, y que su familia, integrada por su esposa y sus cuatro hijos mayores de edad, depende de él económicamente. También, que indicó no tener una fuente de ingresos distinta a su salario y que, según informó ING, este corresponde a un salario mínimo.

Para la Sala es claro que, en estas condiciones, el señor Bautista debía beneficiarse del tratamiento diferencial positivo que el Estado reconoce a quienes se ven desprovistos de los recursos que les permitían asegurar sus condiciones materiales de existencia tras sufrir una disminución de su capacidad laboral. Sobre todo cuando la ausencia de dichos recursos, además de vulnerar el contenido prestacional del derecho fundamental a la seguridad social, amenaza otras garantías mínimas del trabajador, como su dignidad humana, su salud y su mínimo vital.

5.3. Precisado lo anterior, la Sala se referirá brevemente a los motivos que llevaron al juez de instancia a declarar improcedente la acción de tutela, a saber, i) que el accionante no demostró estar padeciendo un perjuicio irremediable; ii) que el hecho de que se le adeudaran las incapacidades laborales correspondientes a los últimos seis meses confirmaba que no las requería con urgencia y, finalmente, iii) la falta de claridad acerca de cuál de las accionadas era la responsable del derecho reclamado.

5.3.1. Sobre el primer argumento, alusivo a la falta de pruebas sobre la inminente estructuración de un perjuicio irremediable, basta con recordar lo señalado con antelación acerca de la forma en que el señor Bautista podría verse afectado por cuenta de la mora en el pago de las incapacidades. En todo caso, no es la eventual estructuración de un perjuicio irremediable la única hipótesis que permite considerar cumplido el requisito de subsidiariedad de las tutelas impetradas para obtener el pago del subsidio de incapacidad, pues, además, la situación de vulnerabilidad del accionante es suficiente para considerar que los demás medios judiciales a su alcance no resolverán su petición de manera eficaz.

5.3.2. El planteamiento de que el señor Bautista no requería con urgencia las incapacidades, porque no había obtenido el pago de las que le adeudaban desde hacía seis meses, tampoco podía valorarse como lo hizo el juez de instancia. Mucho menos, cuando el actor afirmó haber reclamado directamente ante las accionadas el pago de las incapacidades, allegando, incluso, una comunicación en la que solicitaba a Nueva EPS “información del pago de mis incapacidades laborales, ya que no se me está siendo efectuado el pago desde el día diez de marzo de 2012 hasta la fecha actual”. [28]

La situación de debilidad manifiesta en que se encontraba el accionante impedía exigirle un grado de diligencia equivalente al que se espera de una persona en pleno uso de su

capacidad física. La alternativa más congruente con los principios superiores que instan a proteger especialmente a los sujetos vulnerables imponía que el juez considerara esa situación, en lugar de reprocharle el hecho de no haber adelantado “con inmediatez los trámites correspondientes a la obtención del reconocimiento y pago de las incapacidades reclamadas”. [29]

5.3.4. En cuanto a la supuesta imposibilidad de estudiar las pretensiones del señor Bautista debido a la falta de certeza sobre cuál era la entidad encargada de cancelarle sus incapacidades, solo resta insistir en los precedentes jurisprudenciales que facultan al juez constitucional para designar un responsable provisional de realizar el pago, mientras el debate se define en las instancias correspondientes (Supra. 4.10.). La mera disputa sobre dicha responsabilidad no conduce a descartar, de plano, la competencia del juez de tutela en la salvaguarda de los derechos fundamentales de quienes merecen un trato especial de parte del Estado y de los particulares. Como se advirtió previamente, en estos casos se espera todo lo contrario: que el funcionario despliegue los medios a su alcance para materializar, frente a un sujeto vulnerable, los principios de solidaridad y de respeto por la dignidad humana que le dan contenido a la cláusula del Estado social de derecho.

La procedibilidad material de la acción de tutela

5.4. En armonía con lo expuesto, la Sala observa suficientes elementos de juicio para considerar que al señor Bautista le fueron vulnerados sus derechos a la dignidad humana, al mínimo vital y a la seguridad social en su faceta prestacional por cuenta del retraso en el pago de las incapacidades laborales ordenadas por su médico tratante desde marzo de 2012.

En primer lugar, porque el propio actor informó que su única fuente de ingresos es el salario mínimo que recibía como contraprestación por sus servicios como maestro de obra, que de allí derivaba su sustento y el de su familia y que ha enfrentado graves dificultades económicas por cuenta de la ausencia de esos recursos. Esto, sumado al hecho de que padece una enfermedad catastrófica, confirma que la mora en el pago de las incapacidades laborales está profundizando de modo irrazonable y desproporcionado su situación de indefensión, en contravía de lo que se esperaría de un sistema de seguridad social que fue diseñado para facilitar el acceso oportuno de sus afiliados a las prestaciones

asistenciales y económicas que requieren tras sufrir una enfermedad o un accidente que les hace perder temporalmente su capacidad laboral.

Pese a que esta corporación ha insistido en las responsabilidades que tienen las entidades que integran el SGSSI en la protección de quienes son víctimas de alguna de estas contingencias, situaciones como la verificada en esta ocasión dan cuenta de que les siguen trasladando a sus afiliados la carga de disputas administrativas que les son totalmente ajenas, y que no hacen más que dilatar injustificadamente el reconocimiento de los beneficios a los que tienen derecho cuando se encuentran física o mentalmente imposibilitados para desempeñar su oficio.

Privar del subsidio de incapacidad a una persona que, como el señor Bautista, estaba afiliado al sistema, se encontraba al día en sus cotizaciones y fue oportunamente incapacitado por su médico tratante, denota una auténtica trasgresión del deber de solidaridad y configura un incumplimiento flagrante de las obligaciones que el legislador les impuso a las entidades encargadas de garantizar que los trabajadores incapacitados a raíz de un evento de origen común reciban la atención que requieren para lograr su total recuperación.

Le corresponde a la Sala determinar, entonces, cuál de las entidades accionadas -Nueva EPS o ING Pensiones y Cesantías- es la responsable de dicha infracción iusfundamental. Para el efecto, contrastará lo referido por cada una de ellas al responder la acción de tutela con los parámetros normativos aplicables al reconocimiento y pago de las incapacidades laborales tras la entrada en vigencia del Decreto Ley 19 de 2012.

Nueva EPS obstaculizó la continuidad en el pago de las incapacidades laborales del accionante, al no haberle remitido oportunamente a la AFP el concepto favorable rehabilitación

5.5. Las pruebas aportadas al expediente indican que el accionante fue incapacitado continuamente desde septiembre de 2011, debido al diagnóstico de enfermedad general por tumor maligno en el colon. Así, en documento expedido el 19 de julio de 2012, Nueva EPS certificó que al señor Bautista se le habían expedido “incapacidades desde el 10 de septiembre de 2011, para un total de 285 días continuos”[30].

Según afirmó el propio actor, Nueva EPS le reconoció las incapacidades dictaminadas entre esa fecha y marzo de 2012. Por ende, es claro que la EPS demandada cumplió con su deber de pagar las incapacidades laborales correspondientes a los 180 primeros días, como se lo imponían las normas aplicables en la materia, concretamente, el artículo 206 de la Ley 100 de 1993.

5.6. Ahora bien, el actor sostuvo que dejó de recibir el subsidio de incapacidad, justamente, en marzo de 2012. De acuerdo con las reglas reseñadas en el fundamento jurídico 4.7. de esta providencia, tales incapacidades, por ser posteriores a los 180 primeros días, debían ser asumidas por ING, una vez contara con el concepto favorable de rehabilitación. También se dijo entonces que dicho concepto debe ser remitido por la EPS antes de que el afiliado cumpla el día 150 de incapacidad, y que dichas entidades deben adelantar las gestiones a su alcance para asegurar la continuidad en el pago de la prestación.

Pese a esto, la copia del concepto favorable de rehabilitación que se allegó al expediente indica que el señor Bautista fue atendido para esos efectos en junio de 2012. En otro de los documentos incorporados al expediente, ING afirma que Nueva EPS remitió el citado concepto en julio del mismo año[31]. En cualquier caso, es claro que el dictamen fue expedido después de marzo de 2012, que fue la fecha en que el accionante cumplió 180 días de incapacidad.

5.7. Dado que el envío expedito del concepto médico de rehabilitación a la AFP es un presupuesto indispensable para garantizar la continuidad en el pago de las incapacidades laborales que superan los 180 días, su remisión tardía en el caso concreto, por parte de Nueva EPS, supuso una trasgresión de los derechos fundamentales del señor Bautista.

En esos términos, y en aplicación de la regla que obliga a asumir a las EPS el valor de las incapacidades laborales que se causen desde el día 180 hasta la fecha de expedición del concepto médico cuando no lo emitieron en los plazos previstos para el efecto, sería del caso determinar la cantidad de días de incapacidad que tendría que pagarle Nueva EPS al señor Bautista. No obstante, la Sala se abstendrá de hacer dicho cálculo, teniendo en cuenta que no existe claridad sobre la fecha en que el concepto fue efectivamente expedido y que, como se verá más adelante, el retraso en su remisión no incidió en que ING Pensiones y Cesantías se abstuviera de postergar el trámite de calificación de la invalidez

del peticionario ni en su negativa a ordenar el pago del subsidio.

Por esos motivos, prevendrá a Nueva EPS para que, en el futuro, expida el concepto de rehabilitación médica de sus usuarios en los plazos establecidos en las normas vigentes, lo remita oportunamente a las AFP correspondientes y acate la jurisprudencia constitucional que la obliga a adelantar las gestiones que estén a su alcance para garantizar el reconocimiento y pago oportuno de las prestaciones del SGSSI.

La eventual responsabilidad de esta entidad en el pago de las incapacidades laborales reclamadas por el señor Libardo Bautista, las cuales, se anticipa, deberán ser asumidas íntegramente por ING Pensiones y Cesantías, deberá resolverse en las instancias judiciales contempladas para el efecto, si esta última lo estima pertinente.

Las AFP son las responsables directas del pago de las incapacidades laborales posteriores a 180 días. Las decisiones de las compañías aseguradoras no son oponibles al afiliado.

5.8. Como se anunció, no fue el presunto retraso en la remisión del concepto médico de rehabilitación lo que condujo a que ING se negara a cancelar las incapacidades laborales dictaminadas al señor Bautista desde marzo de 2012. Tanto así, que fue tan solo el 11 de diciembre de ese año, esto es, ocho meses después de que el actor cumplió 180 días de incapacidad, y con ocasión de la acción de tutela, que la compañía inició el trámite previo al reconocimiento de las incapacidades laborales.

De ello da cuenta el documento obrante a folio 40 del cuaderno principal, mediante el cual le remitió a Seguros Bolívar el concepto favorable de rehabilitación emitido por Nueva EPS y la certificación de incapacidades mayores a 180 días, “con el fin que esa aseguradora realice el estudio de las incapacidades temporales reclamado por nuestro afiliado”.

El escrito de contestación indica, al respecto, que “ni ING PENSIONES Y CESANTÍAS ni ninguna otra administradora de pensiones tiene como objeto social, ni es de su resorte, el pago de incapacidades” y que “entre ING Pensiones y Cesantías y la sociedad Compañía de Seguros Bolívar S.A. se suscribió una póliza previsional, donde la segunda se comprometió con la primera a pagar la suma adicional requerida para financiar el capital necesario para el pago de las eventuales pensiones de invalidez y sobrevivencia y el subsidio de incapacidades que se causaran a favor de los afiliados”.

Ya frente al caso específico del accionante, la demandada aseguró que no se cumplieron “los dos últimos requisitos exigidos por la normatividad vigente para que procedan los pagos de los subsidios por incapacidad”, según ella, i) la autorización de la aseguradora que expidió el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia y ii) que la entidad de previsión social correspondiente haya postergado el trámite de calificación de un afiliado ante la junta.

Agregó, frente al primer requisito, que “hasta el momento no existe autorización para el reconocimiento de incapacidades por parte del seguro previsional” y, en cuanto al segundo, que “hasta el momento el accionante no ha solicitado inicio del trámite para reconocimiento pensional, razón por la que la aseguradora Bolívar no ha postergado su calificación”.

Finalmente, como fundamento de su defensa, allegó la póliza de ramos previsionales que suscribió con Seguros Bolívar y una comunicación que le remitió el representante legal de la aseguradora en enero de 2012, informándole sobre la modificación de la tasa del seguro tras la entrada en vigencia del Decreto Ley 19 de 2012.

5.9. Tales argumentos, lejos de justificar el proceder de la AFP demandada, reflejan su absoluta indolencia con la difícil situación que estaba soportando el señor Bautista al verse aquejado por una enfermedad catastrófica e implican un total desconocimiento de los principios constitucionales de universalidad, eficiencia y solidaridad intrínsecos al derecho irrenunciable a la seguridad social; de las obligaciones que el legislador les impuso a las instituciones encargadas de garantizar la cobertura de las prestaciones económicas del SGSSI y de la jurisprudencia constitucional que ha prevenido a los actores del sistema sobre la imposibilidad de evadir sus obligaciones escudándose en disputas administrativas que en nada incumben a sus afiliados.

No es cierto que las aseguradoras sean las llamadas a pagar las incapacidades laborales subsiguientes a los primeros 180 días de incapacidad ni, mucho menos, que el pago del subsidio esté sujeto a que den su autorización al respecto. Tampoco, que sean ellas las encargadas de “postergar la calificación” de la pérdida de la capacidad laboral de los afiliados.

El Decreto 2463 de 2001 señala, con toda claridad, que es a las AFP a las que les corresponde “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”, cuando este sufra un accidente o enfermedad común y exista concepto favorable de rehabilitación.

Y si bien la norma vinculaba la posibilidad de postergar el trámite de calificación de la invalidez y el pago del subsidio con la “autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente”, tal previsión no conducía a supeditar la cancelación efectiva de las incapacidades a lo que sobre el particular decidiera una compañía que es totalmente ajena a la relación que mantienen los afiliados al SGSSI con sus fondos de pensiones.

Pretender que la alusión a la referida autorización exima a las AFP de gestionar el pago oportuno de una incapacidad laboral denota, por eso, una auténtica trasgresión del régimen jurídico y de los lineamientos que ha fijado esta corporación al pronunciarse sobre la responsabilidad de las AFP en el cubrimiento de las contingencias económicas y de salud de los afiliados al SGSSI.

De todas maneras, cualquier controversia que pudiera presentarse en este sentido quedó superada tras la entrada en vigencia del Decreto 19 de 2012, que, como se indicó en líneas anteriores, modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, al señalar que las AFP postergarán el trámite de calificación de la invalidez otorgando un subsidio equivalente a la incapacidad que disfrutaba el trabajador, ya no con la “autorización de la aseguradora (...)”, sino “con cargo” al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social que lo expidió.

5.10. La interpretación que ING Pensiones y Cesantías pretende hacer valer en esta oportunidad resulta, en fin, inaceptable a la luz de los principios superiores que comprometen a la sociedad en la materialización de los fines del Estado Social de Derecho, puntualmente, los que imponen que cualquier tipo de controversia administrativa, y para este caso, las alusivas a las obligaciones de las entidades que integran el SGSSI, ceda ante el legítimo interés que subyace al reconocimiento y pago oportuno de las incapacidades laborales: la posibilidad de que el trabajador recupere satisfactoriamente su estado de

salud, en condiciones materialmente dignas.

Sobre todo, la Sala encuentra censurable que la AFP difiera indefinidamente el cumplimiento de sus obligaciones amparándose en el alcance que arbitrariamente le atribuyó a ciertas disposiciones legales, pero reproche, al mismo tiempo, que el Gobierno no haya establecido una fuente de financiamiento para el pago de las incapacidades laborales, pese a que “desde el punto de vista jurisprudencial, se ha determinado que son los fondos de pensiones los responsables del pago y en qué condiciones lo deben hacer”[32], llegando a reclamar, incluso, la vinculación del Ministerio de la Protección Social con el objeto de que este autorizara al Fosyga a reembolsar los recursos que tendría que destinar a atender el pago de incapacidades posteriores a los 180 días reconocidos por las EPS.

Esas afirmaciones, que resultan totalmente ajenas al debate intrínseco a la acción de tutela, confirman que la accionada estaba al tanto de sus obligaciones en relación con el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales que superan los 180 días y, pese a ello, retrasó injustificadamente el pago de aquellas a las que el señor Bautista tenía derecho, sin reparar en los efectos adversos que dicha decisión tendría sobre los derechos fundamentales del accionante.

5.11. Tal falta de consideración resulta inadmisibile desde la óptica de los amplios precedentes constitucionales que propugnan por la atención oportuna de quienes sufren una incapacidad laboral y por su acceso efectivo a las prerrogativas que el ordenamiento jurídico consagró para propiciar su total recuperación.

En esa perspectiva, la Sala prevendrá a ING Pensiones y Cesantías para que se abstenga de retrasar o negar el reconocimiento de las prestaciones económicas de sus afiliados amparándose en la supuesta responsabilidad que tendrían sus aseguradoras en esa materia. Como se indicó antes, el hecho de que las aseguradoras sean un agente externo a la relación que existe entre los fondos de pensiones y sus afiliados descarta que su intervención sea relevante en discusiones como la que aquí se trata. Ningún tipo de alegato alusivo a las condiciones de las pólizas de seguros que las AFP contratan para respaldar el pago de las prestaciones derivadas del SGSSI es oponible, por lo tanto, a la hora de determinar la responsabilidad en su cubrimiento, mucho menos frente al subsidio de incapacidad temporal, que es un derecho cierto e indiscutible del afiliado una vez presenta

las incapacidades debidamente otorgadas por su médico tratante.

Finalmente, le ordenará a ING Pensiones y Cesantías pagar, dentro de las 48 horas siguientes a la fecha en que sea notificada de esta providencia, todas aquellas incapacidades laborales que le hayan sido reconocidas al peticionario por su médico tratante, desde que cumplió el día 180 de incapacidad y hasta que restablezca su salud o se califique de forma definitiva la pérdida de su capacidad laboral.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Neiva el diecinueve (19) de diciembre de dos mil doce (2012), que declaró improcedente el amparo constitucional reclamado por el señor Libardo Bautista Useche y, en su lugar, CONCEDER el amparo de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la seguridad social y al mínimo vital.

Segundo.- ORDENAR a ING PENSIONES Y CESANTÍAS, o a quien haga sus veces, que en el término de 48 horas, contadas desde el momento de notificación de esta providencia, le pague al señor Libardo Bautista Useche, si no lo ha hecho, todas aquellas incapacidades laborales que le hayan sido reconocidas por su médico tratante desde marzo de 2012, cuando cumplió el día 180 de incapacidad laboral, y hasta que restablezca su salud o se califique de forma definitiva la pérdida de su capacidad laboral.

Tercero.- PREVENIR a ING PENSIONES Y CESANTÍAS, o a quien haga sus veces, para que, en lo sucesivo, se abstenga de supeditar el reconocimiento y el pago de las prestaciones económicas del Sistema General de Seguridad Social Integral a lo que sobre el particular decidan sus aseguradoras, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo expuesto en esta providencia, esas compañías no tienen ningún vínculo con sus afiliados y, por lo tanto, sus argumentos les son inoponibles.

Cuarto.- PREVENIR a Nueva EPS para que emita el concepto de rehabilitación médica de sus

afiliados en los plazos establecidos para el efecto en las normas vigentes, lo remita oportunamente a las AFP, y acate la jurisprudencia constitucional que la obliga a adelantar las gestiones que estén a su alcance para lograr que sus usuarios accedan de manera oportuna a las prestaciones del Sistema General de Seguridad Social Integral.

Quinto.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] Decreto 2591 de 1991. Artículo 14. CONTENIDO DE LA SOLICITUD. Informalidad. (...) La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. En caso de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir o sea menor de edad, la acción podrá ser ejercida verbalmente. El juez deberá atender inmediatamente al solicitante, pero, sin poner en peligro el goce efectivo del derecho, podrá exigir su posterior presentación personal para recoger una declaración que facilite proceder con el trámite de la solicitud, u ordenar al secretario levantar el acta correspondiente sin formalismo alguno.

[2] Folio 2 del cuaderno principal.

[3] Folio 22 del cuaderno principal.

[5] Ibídem.

[6] Folio 3 del cuaderno principal.

[7] Folios 4-6 y 8-13 del cuaderno principal.

[8] Folio 7 del cuaderno principal.

[9] Folio 29 del cuaderno principal.

[10] Folio 30 del cuaderno principal.

[11] Folio 31 del cuaderno principal.

[12] Folios 32-35 del cuaderno principal.

[13] Folio 40 del cuaderno principal.

[14] Cfr. Sentencia T-721 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas)

[15] Al respecto, indica la sentencia T- 311 de 1996 (M.P. José Gregorio Hernández) que “el no pago de una incapacidad médica constituye, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, pero puede generar, además, la violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia. No sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo sino que también se puede afectar directamente la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos”. La sentencia C-065 de 2005 se pronunció en el mismo sentido, al explicar que el derecho al trabajo en condiciones dignas implica, además de la posibilidad de trabajar, la de “no verse forzado a laborar cuando las condiciones físicas no le permitan al trabajador seguir desempeñándose en su labor”. Advirtió el fallo, entonces, que permitirle al trabajador hacer un receso en sus labores por razones de salud, sin asegurarle una remuneración equivalente a la que obtendría de estar en pleno uso de sus facultades físicas equivale a forzarlo a trabajar en condiciones contrarias a la dignidad humana. Sobre el mismo asunto pueden revisarse, también, las sentencias T-404 de 2010 (M.P. María Victoria Calle) y

T-154 de 2011 (Luis Ernesto Vargas).

[16] Código Sustantivo del Trabajo, artículo 227. “En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante”.

[17] Parágrafo 1º, Artículo 40 del Decreto 1049 de 1999: “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 SGSSS a las cuales se encuentren afiliados los incapacitados”.

[18] La sentencia T-786 de 2009 (M.P. María Victoria Calle) enumera los eventos en que la responsabilidad de las EPS en el reconocimiento de las incapacidades laborales causadas durante los primeros 180 días se traslada a los empleadores. El fallo indica que esto puede ocurrir cuando, por ejemplo, el trabajador no reúne el número mínimo de semanas cotizadas exigidas en el Decreto 47 de 2000; cuando el empleador incurrió en mora en el pago de las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella y cuando el empleador no informa sobre la incapacidad concreta del trabajador.

[19] Artículo 30, Decreto 2463 de 2001.

[20] La norma indica lo siguiente: “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” (Subraya la Sala).

[21] Al respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-980 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba); T-920 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza); T-137 de 2012 (M.P. Humberto Sierra) y T-263 de 2012 (M.P. Jorge Iván Palacio).

[22] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[23] Ibídem.

[24] La sentencia T-669 de 2009 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt), por ejemplo, estudió el caso de un empleador que se negaba a pagarle las incapacidades laborales a uno de sus trabajadores hasta que este no le presentara la incapacidad solicitada, junto con su historia clínica. La Corte advirtió que el pago de la incapacidad no podía condicionarse a esta última exigencia, mucho menos cuando la historia clínica es un instrumento especial y reservado que solo puede ser consultado por el paciente y algunos médicos. Sobre esa base, resolvió que el trabajador solo estaba obligado a remitir la incapacidad debidamente otorgada por su médico tratante, sin necesidad de allegar su historia clínica.

[25] La sentencia T-404 de 2010 (M.P. María Victoria Calle) subrayó, reiterando los lineamientos fijados en la sentencia T-980 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba), que las disputas administrativas entre las entidades del SGSSI no pueden afectar a quienes tienen el derecho indiscutible al pago de las incapacidades laborales, y recordó que tal regla ha sido empleada pacíficamente por la Corte al resolver asuntos relativos al reconocimiento y pago de otras prestaciones laborales y pensionales que inciden en los derechos fundamentales de personas vulnerables. En todos esos casos, indica el fallo, la Corte ha sostenido que las controversias administrativas de los actores del SGSSI acerca de su responsabilidad en esa materia no son una razón legítima para negar o postergar la protección requerida por el afiliado. En el mismo sentido pueden consultarse las sentencias que, de manera reiterada, les han ordenado a las EPS asumir el pago de las incapacidades laborales de los trabajadores dependientes, aunque el empleador haya efectuado el pago de los aportes por fuera del plazo establecido, cuando dichas entidades se han allanado a la mora. El criterio aplicado en estos casos ha tenido que ver, tanto con la necesidad de evitar que las EPS se aprovechen de su propia negligencia como con el propósito de blindar al afiliado frente a los obstáculos administrativos que amenazan el ejercicio de sus garantías mínimas. Con respecto a este último punto pueden revisarse, entre otras, las sentencias T-466 de 2007

(M.P. Humberto Sierra) y T-154 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas).

[26] La sentencia T-786 de 2009 (M.P. María Victoria Calle) explicó, al respecto, que la facultad de definir un responsable provisional del pago de las incapacidades laborales por vía de tutela tiene la finalidad primordial de garantizar el mínimo vital del peticionario y de su familia. De ahí que, en todo caso, el destinatario de las órdenes dictadas por el juez constitucional conserve la potestad de reclamar el reembolso de las sumas reconocidas a quien considere el verdadero obligado, a través de las vías judiciales diseñadas con ese objeto. Sobre la posibilidad de designar en sede constitucional un responsable provisional de las incapacidades laborales pueden revisarse, también, las sentencias T-404 de 2010 (M.P. María Victoria Calle), T-1047 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt).

[27] Folio 31 del cuaderno principal.

[28] Folio 7 del cuaderno principal.

[29] Folio 47 del cuaderno principal.

[30] Folio 31 del cuaderno principal.

[31] Folio 29 del cuaderno principal.

[32] Folio 26 del cuaderno principal.