

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Procedencia en caso de persona que se encuentra en estado de invalidez

Se cumplen los requisitos generales de procedencia de la agencia oficiosa, pues en el escrito de demanda la accionante puso en conocimiento del juez de tutela que el amparo judicial solicitado pretendía la protección de los derechos fundamentales del señor quien debido a su estado de salud no se encontraba en condiciones para promover personalmente el proceso de tutela. Vale anotar que la señora hizo una manifestación explícita sobre su actuación como agente oficiosa del ciudadano.

INCAPACIDAD NO PROFESIONAL-Concepto

INCAPACIDAD NO PROFESIONAL-Requisitos de los cuales depende el reconocimiento de las incapacidades no profesionales

ALLANAMIENTO A LA MORA

Corresponde a las Entidades Promotoras de Salud efectuar el pago de las incapacidades laborales en los eventos en que cumplidos los requisitos legales para su pago, se presente el fenómeno del allanamiento a la mora. Lo anterior implica que, aún cuando el empleador haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora o un trabajador y la EPS no lo haya requerido para que lo hiciera o hubiere rechazado el pago realizado, se entenderá que la EPS demandada se allanó a la mora del empleador y por tanto, se encuentra obligada a pagar la incapacidad laboral correspondiente. En este punto resultan pertinentes las consideraciones hechas a propósito del allanamiento a la mora por parte de las Empresas Promotoras de Salud, en la medida en que en el caso concreto la entidad demandada no promovió acción administrativa o judicial alguna para reclamar el pago oportuno de las cotizaciones de seguridad social al empleador, razón por la cual debe asumir el pago de las incapacidades no profesionales.

INCAPACIDAD NO PROFESIONAL-Subregla a emplear en el caso específico

La subregla que ha de ser empleada para absolver la pretensión que ahora ocupa a esta Sala señala que el reconocimiento de la incapacidad no profesional depende de la satisfacción de

dos requisitos que se encuentran dirigidos a dos sujetos diferentes: (i) en primer lugar, es preciso que el trabajador haya cotizado “cuatro (4) semanas en forma ininterrumpida y completa”. Vale anotar que este requisito ha sido consagrado en el artículo 9° del Decreto 783 de 2000, el cual, a su vez, modificó la redacción original del artículo 3° del Decreto 047 de 2000. (ii) En segundo término, es menester que el empleador –o el trabajador independiente- haya pagado oportunamente por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho y que lo haya hecho de manera completa, frente a las cotizaciones de todos sus trabajadores, por lo menos durante el año anterior a la fecha de causación del derecho. Tal exigencia ha sido establecida en el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999. La deducción de esta subregla constitucional ha sido realizada a través de un análisis sistemático y general de la jurisprudencia de esta Corporación, el cual permite concluir que existe un grado considerable de consenso a propósito de la exigencia de estos dos requisitos. No obstante, un estudio más detallado de los pronunciamientos recientes de la Corte revela que el asunto no ha sido absuelto de manera pacífica, lo cual ha promovido un escenario de perplejidad y ha animado el surgimiento diferentes líneas a través de las cuales han sido solucionadas las pretensiones de amparo.

INCAPACIDAD POR ENFERMEDAD NO PROFESIONAL-Revisión de normas reglamentarias de la Ley 100/93 que agrupan requisitos que condicionan reconocimiento

INCAPACIDAD POR ENFERMEDAD NO PROFESIONAL-Existencia de dos disposiciones inconciliables que tienen idéntico objeto/INCAPACIDAD POR ENFERMEDAD NO PROFESIONAL-Decreto 783/00 establece condiciones que facilitan la posibilidad de disfrutar del reconocimiento y pago/PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL E INCAPACIDAD POR ENFERMEDAD NO PROFESIONAL-Aplicación del Decreto 783/00

El operador jurídico se enfrenta a dos disposiciones inconciliables que tienen idéntico objeto, por lo que surge una duda razonable acerca de cuál de las dos está llamada a ser aplicada, lo cual, a su vez, nos remite a lo establecido en el artículo 53 del texto constitucional que consagra, como ya fue anotado, el principio de la “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”. En este punto no hay duda acerca de cuál de los dos decretos ofrece una situación más provechosa para el trabajador, pues basta un sencillo análisis de éstos para concluir que el Decreto 783 de 2000 establece condiciones que facilitan, en términos comparativos, la posibilidad de

disfrutar del reconocimiento y pago de las incapacidades no profesionales. En tal sentido, el operador jurídico está llamado a preferir este último reglamento, deber que resulta impostergable en la medida en que tras el establecimiento de este tipo de requisitos está de por medio el acceso al derecho a la seguridad social.

La licencia por enfermedad es un instrumento que permite garantizar la protección del derecho a la seguridad social y el derecho al mínimo vital de quienes padecen enfermedades que les impiden continuar en sus labores. Por ello, el pago de la licencia en este caso es un instrumento urgente para satisfacer sus necesidades de sostenimiento y las de su núcleo familiar, lo cual redundará, en últimas, en la protección efectiva de su derecho al mínimo vital.

ACCION DE TUTELA Y PRINCIPIO DE INMEDIATEZ-Excepciones para aceptar que se presente en un extenso espacio de tiempo entre vulneración y presentación

En sentencia T-158 de 2006 esta Corporación llevó a cabo un detallado análisis del mencionado principio, del cual interesa resaltar ahora las excepciones a éste allí anotadas, en las cuales se exime al actor de un empleo riguroso de tal postulado en la medida en que en el caso concreto las consecuencias de su aplicación resultarían gravemente desproporcionadas y constituirían un incremento en la intensidad de la violación de los derechos fundamentales que pretende ser remediada por medio de la acción de tutela. En el escrito de demanda la ciudadana puso de presente el grave estado de salud en el que se encuentra el señor; afirmación que no sólo no fue controvertida por la entidad demandada, sino que fue admitida de manera tácita en la correspondiente contestación al afirmar que la EPS ha prestado de manera eficiente la atención médica que la dolencia del titular de los derechos conculcados ha demandado. Aunado a lo anterior, se encuentra probado que el ciudadano está padeciendo en la actualidad una incapacidad física que ha disminuido su salud y lo ha separado del mercado laboral. En tal sentido, se impone a esta Sala el deber de proteger los derechos fundamentales del señor; obligación que no puede ser eludida bajo la consideración de la supuesta violación del principio de subsidiariedad por las razones anotadas.

Referencia: expediente T-1540296

Acción de tutela instaurada por Emilia Ibarbo Guerrero, agente oficiosa de Ever Portocarrero

Salas, contra la Empresa Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud S. A.

Magistrado Ponente

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., doce (12) de junio de dos mil siete (2007).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Álvaro Tafur Galvis y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Cali en la acción de tutela instaurada por Emilia Ibarbo Guerrero, agente oficiosa de Ever Portocarrero Salas, contra la Empresa Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud S.A.

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Emilia Ibarbo interpuso acción de tutela ante el Juzgado Tercero Civil Municipal de Cali con el objetivo de reclamar amparo judicial de los derechos fundamentales a la seguridad social y a la salud -en conexidad con el derecho a la vida- del señor Ever Portocarrero, de quien es compañera permanente. La accionante manifestó en el escrito de demanda que, debido al delicado estado de salud en que se encuentra el titular de los derechos cuya protección reclamaba, el ciudadano no podía promover de manera personal el proceso de tutela, razón por la cual la señora Ibarbo actuó en desarrollo de la figura de la agencia oficiosa.

Ahora bien, como fundamento fáctico de la solicitud de tutela la accionante realizó una escueta exposición que a continuación resume la Sala:

1.- En el mes de agosto de 2005 el señor Ever Portocarrero fue víctima de un ataque

propinado por asaltantes, el cual, debido a un impacto de bala recibido, dejó al ciudadano en estado de invalidez. Al respecto, la accionante señaló que la gravedad de la lesión fue tal que al momento de presentar la acción el representado se encontraba en estado “vegetativo”.

Una vez concluida la relación de estos hechos, la accionante precisó el contenido específico de su pretensión en los siguientes términos: “Que mediante fallo judicial se le ordene a la SOS el pago de la incapacidad al señor Ever Portocarrero de un año y seis meses=14 meses (Sic)”.

De acuerdo a la exposición de la ciudadana, la reclamación de esta prestación encontraría fundamento no sólo en lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en el difícil entorno que rodea al señor Portocarreño al cual ha sido sometido debido al comportamiento omisivo de la entidad demandada, sino en que, adicionalmente, la ciudadana es “madre cabeza en estos momentos” y la conservación de su hogar requiere de manera urgente el pago de estas prestaciones ya que actualmente se encuentran suspendidos los ingresos económicos debido a la invalidez del ciudadano.

Práctica de prueba testimonial

La señora Emilia Ibarbo fue citada a comparecer al juzgado de instancia el día 23 de noviembre de 2006 para que rindiera testimonio y así fuese ampliada la exposición de los hechos con base en los cuales había presentado la acción de tutela. Así, al ser interrogada por las actuaciones previas a la presentación del recurso, la accionante manifestó lo siguiente: “Yo fui a la EPS, y lleve (Sic) los papeles de pago y dijeron que a partir de los 6 meses en adelante era que pagaban la incapacidad, entonces yo pago cumplidamente dentro de las fechas estipuladas, él era el que mantenía la casa y yo trabaja (Sic) por fuera, en la actualidad no trabajo solo me dedico a cuidarlo”. Adicionalmente, informó al Despacho que antes del suceso que afectó su salud el señor Portocarrero “trabajaba en Redes y Aguas como contratista de construcción”.

Intervención del demandado

El escrito de contestación de demanda, presentado ante el Juzgado de instancia el día 28 de noviembre de 2006, fue acompañado de un poder otorgado por el señor Jesús Javier Duque Borrero, suplente del gerente general de la entidad demandada, en el cual confiaba la

representación de la Empresa Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud durante el proceso de tutela a la abogada Maria Clara Valencia Palau.

Al dar alcance a la contestación de demanda, la apoderada solicitó al Juez de tutela negar la pretensión de amparo presentada por la señora Emilia Ibarbo con fundamento en la inexistencia de la obligación de pago de las incapacidades en el caso concreto. En tal sentido, luego de realizar un abundante análisis del panorama constitucional y legal dentro del cual se inscribe el pago de estas prestaciones, la parte demandada concluyó que la pretensión no había sido correctamente orientada, en la medida en que las disposiciones aplicables de la Ley 100 de 1993 y la respectiva legislación complementaria establecen como consecuencia del incumplimiento de la obligación impuesta a los empleadores de pagar tales cotizaciones, el deber -en cabeza de estos últimos- de asumir dicho pago, el cual, en consecuencia, no resultaría exigible a las E. P. S. en estos eventos.

En tal sentido, debido a que el empleador no había cancelado de manera oportuna los aportes correspondientes a cuatro de los últimos seis meses anteriores a la configuración del derecho, la E. P. S. Servicio Occidental de Salud no podía ser llamada por el juez de tutela a realizar dicho pago pues la satisfacción de tal prestación corresponde al empleador incumplido.

En consecuencia, de acuerdo a la exposición de la representante, la entidad demandada no ha vulnerado los derechos fundamentales del señor Portocarrero pues, como es admitido en el escrito de demanda, se ha limitado a ofrecer de manera satisfactoria los servicios en salud cuya prestación impone la Ley. A su vez señala que, de acuerdo a la legislación de seguridad social aplicable, la pretensión de tutela debe dirigirse en contra del empleador pues a ella no corresponde el pago de las incapacidades. Así pues, con fundamento en estos dos argumentos solicitó al juez de primera instancia negar la acción interpuesta en representación del ciudadano Ever Portocarrero.

Sentencia objeto de revisión

En sentencia proferida el día 5 de diciembre de 2006 el Juzgado Tercero Civil Municipal de Santiago de Cali negó la solicitud de amparo presentada por la señora Emilia Ibarbo. Luego de realizar un repaso de la jurisprudencia constitucional a propósito de la posibilidad de reclamar al juez de tutela órdenes de pago de acreencias laborales y del contenido específico

del principio de subsidiariedad al cual se encuentra subordinada la procedibilidad de la acción de tutela; el Despacho concluyó que la petición no estaba llamada a prosperar debido a que el pago de los aportes no fue llevado a cabo dentro de los términos establecidos por la ley de seguridad social. De manera textual, el juzgado realizó la siguiente consideración: “Dispone el Decreto 1804 de 1999 en su artículo 21: “...Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho”, pues para el caso que nos ocupa el señor Portocarrero Salas según certificación de pago de la entidad accionada, no realizó el pago oportuno de los meses mayo, junio, julio y agosto de 2006, pues, tiene diferencia de algunos días, por lo cual no podrá ordenarse su pago, pues no cumplió con los requisitos exigidos por la Ley”.

Para concluir, el Despacho acogió la opinión de la entidad demandada según la cual a ésta no se le podría atribuir legítimamente conculcación alguna de los derechos fundamentales del ciudadano, pues, según se desprende de las pruebas que obran en el expediente y del mismo escrito de demanda, la entidad se ha limitado a cumplir la obligación legal de ofrecerle un adecuado servicio de salud. Así pues, por las razones anotadas el Juzgado negó el recurso de tutela presentado por la ciudadana.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Asunto a tratar

Para dar solución a la controversia planteada, esta Sala de Revisión deberá realizar una breve exposición de la jurisprudencia a propósito de (i) la agencia oficiosa, (ii) la protección

constitucional ofrecida a la seguridad social y (iii) la incapacidad no profesional. (iv) Para terminar, la Sala llevará a cabo algunas consideraciones a propósito de la exigencia de requisitos para obtener el reconocimiento y pago de la prestación, con lo cual se concluye el panorama jurídico dentro del cual se solucionará la petición de amparo interpuesta por la señora Emilia Ibarbo.

3. La agencia oficiosa en materia de tutela

Antes de avanzar en el análisis sustancial del asunto que ahora ocupa a esta Sala, es preciso adelantar una breve consideración a propósito del alcance de la agencia oficiosa en materia de tutela. En tal sentido, el examen de la cuestión debe iniciar por la indagación sobre el fundamento sobre el cual descansa esta institución, el cual se encuentra en el artículo 86 del texto constitucional, al cual corresponde el extracto que a continuación se transcribe:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública” (Negrilla fuera de texto).

En la dirección indicada por el artículo citado, el Decreto 2591 de 1991 reguló con detalle la posibilidad de solicitar al juez de tutela el amparo de los derechos fundamentales de aquellos sujetos que no pueden promover de manera directa el proceso judicial consagrado en el artículo 86 superior. En tal sentido, el artículo 10 establece lo siguiente: “También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.”

Esta Corporación ha señalado que la prosperidad de la interposición del recurso de amparo en estas condiciones requiere la previa satisfacción de los siguientes requisitos, los cuales fueron compendiados en sentencia T-452 de 2001: “el juez de tutela, en ejercicio de sus funciones como garante y guardián de los derechos fundamentales y la Constitución, puede declarar procedente la agencia oficiosa en aquellos eventos en los que partiendo de los hechos y circunstancias que definen cada caso, constata que (1.) el actor en el proceso de amparo actúa a nombre de otra persona y (2.) de la exposición de los hechos resulta

evidente que el agenciado se encuentra imposibilitado para interponer la acción por su propia cuenta.”

Una vez ha sido esclarecido este punto preliminar, procede esta Sala de Revisión a examinar los fundamentos jurídicos restantes sobre los cuales se apoya la decisión del presente caso.

4. Protección constitucional a la seguridad social

Según el preámbulo que anticipa el contenido normativo de la Ley 100 de 1993, el Sistema de Seguridad Social inaugurado con la expedición de esta Ley es un conjunto de instituciones, normas y procedimientos orientado a procurar “bienestar individual” e “integración de la comunidad” por medio de “la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional”

En tal sentido, este sistema ha sido diseñado con el objetivo de atender de manera pronta y eficiente deberes específicos de prestación ante la ocurrencia de contingencias -relacionadas con la eventual mengua del estado de salud o de la capacidad económica de sus beneficiarios- en las cuales el deber de asistencia del Estado se torna especialmente apremiante debido a la lesión potencial que se extiende sobre los derechos fundamentales de aquellos titulares.

En el panorama propio de nuestro ordenamiento jurídico la seguridad social adquiere señalada importancia en la medida en que, como lo ha demostrado la historia reciente del constitucionalismo, su máxima realización posible es una condición ineludible de la posibilidad real de goce del resto de libertades inscritas en el texto constitucional. En tal sentido, la seguridad social es consecuencia necesaria de la consagración del Estado colombiano como Estado Social de Derecho, en la medida en que la adopción de tal modelo supone para la organización estatal el deber de promover el florecimiento de condiciones en las cuales se materialice el principio de la dignidad humana y la primacía de los derechos fundamentales. Tal deber, como ya había sido anunciado, resulta especialmente relevante en aquellos eventos en los cuales la salud o la capacidad económica de sus beneficiarios ha sufrido mella en la medida en que estas contingencias constituyen barreras reales que se oponen a la realización plena de la sociedad y del individuo.

En abundante jurisprudencia esta Corporación se ha ocupado de establecer el alcance de la seguridad social como bien jurídico objeto de protección en nuestro ordenamiento¹. Así, en el texto constitucional se observa que la seguridad social ha sido objeto de una configuración compleja: en primer lugar, según lo establece el inciso 1° del artículo 48 superior, constituye un “servicio público de carácter obligatorio”. De acuerdo a esta disposición al Estado le corresponde una importante labor en su realización dado que el texto superior le confía las labores de dirección, coordinación y control; actividades que deben ser realizadas con estricta observancia de los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia². Adicionalmente, en la dirección sugerida por el artículo 56 superior, el Congreso estableció en el artículo 4° de la Ley 100 de 1993 que la seguridad social constituye un servicio público esencial en lo relativo a los subsistemas de salud y pensiones, precisando que en este último sólo gozan de tal caracterización aquellas actividades relacionadas con el reconocimiento y pago de mesadas. Dicha consagración supone un considerable incremento en la responsabilidad que resulta exigible al Estado y a todas las entidades que participan en el sistema de seguridad social, dado que las exigencias de permanencia y continuidad del servicio se convierten en deberes inexcusables, lo cual coincide con el propósito general que inspira la Ley de seguridad social.

Aunado a lo anterior, del inciso segundo de la disposición constitucional en comento surge la faceta complementaria del diseño ideado por el constituyente sobre el tema. Dicho segmento normativo establece que la seguridad social, además de ser esencialmente un servicio público, asume la forma de derecho constitucional, lo cual abre las puertas a la posibilidad de demandar del Estado la satisfacción de prestaciones concretas. Textualmente, el inciso 2° consagra el mencionado derecho en los siguientes términos: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”.

Tal como lo establece el artículo 93.2 superior, la interpretación de los derechos y obligaciones consagrados en la Constitución –entre los cuales se encuentra el derecho a la seguridad social– desborda las fronteras del texto constitucional, lo cual impone al operador jurídico el deber de acudir a los “tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” con el objetivo de concluir la labor de determinación de su contenido. La importancia de esta disposición consiste en que atribuye al operador un inagotable compromiso de actualización del significado de las cláusulas vertidas en el texto constitucional al pulso del ordenamiento internacional. Los frutos obtenidos de tal mandato

hermenéutico son de enorme importancia en la medida en que garantizan la más alta aplicación de las garantías fundamentales, lo cual, a su vez, permite una efectiva realización de la dignidad humana, labor a cuya realización se encuentra orientada la totalidad del ordenamiento jurídico.

De manera específica, para determinar la extensión del derecho a la seguridad social, es preciso remitirse a las siguientes disposiciones del orden internacional: artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos³, artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴, artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona⁵, artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶; artículo 8 de la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que viven⁷ y, finalmente, el artículo 11, numeral 1, literal “e” de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁸

En sentencia T-311 de 1996 esta Corporación señaló que, ante la ocurrencia de aquellos incidentes que afectan la salud del trabajador y lo inhabilitan temporalmente para desarrollar normalmente sus labores, el pago de la incapacidad actúa como sucedáneo del salario. Esta consideración, que ha sido ampliamente acogida en jurisprudencia posterior⁹, tiene hondas repercusiones en la medida en que enseña con claridad la naturaleza de esta prestación, como se expone a continuación: de manera preliminar es necesario hacer una breve remisión a lo establecido en el artículo 53 superior, el cual establece que el estatuto del trabajo debe considerar como principio rector la “garantía a la seguridad social”. Más adelante, el último inciso de la disposición agrega que las normas jurídicas que presiden las relaciones laborales “no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”.

Como ocurre con el resto de disposiciones constitucionales, su entero sentido, esto es, la completud de su significado, sólo se consigue al considerar, al mismo tiempo, las disposiciones restantes que han sido inscritas en el texto constitucional. En tal sentido, al seguir el haz dejado por la consagración del Estado Social de Derecho y al contemplar la unidad de propósito que une los diferentes tratados internacionales en materia de trabajo, se concluye que el reconocimiento de este tipo de prestaciones es un derecho en cabeza de los trabajadores que deriva directamente de la consagración específica del principio de

solidaridad y de la obligación constitucional de asegurar el derecho a la seguridad social (artículo 48 superior). Sólo un examen que atienda las dos facetas de la seguridad social –como servicio público y como derecho irrenunciable- permite un entendimiento cabal de sus dimensiones en nuestro ordenamiento y, adicionalmente, del nivel y alcance de las exigencias que resultan oponibles al Estado y a cada uno de los miembros que participan en la estructura del sistema de seguridad social.

Esta conclusión a la que ha arribado la Corte avanza en el esfuerzo que le es exigible al Estado colombiano respecto de su deber de cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Al respecto, en la observación general número 7 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló que la posibilidad de demandar el cumplimiento de estos derechos ante las autoridades judiciales constituye uno de los medios más expeditos de cumplimiento de las obligaciones internacionales provenientes del Pacto. Sobre el particular señaló que “Para determinar cuál es la mejor forma de dar eficacia jurídica a los derechos reconocidos en el Pacto es importante tener en cuenta la necesidad de asegurar la justiciabilidad”¹³.

Esta Corporación se ha pronunciado acerca de la distinción ampliamente difundida por la doctrina según la cual es posible reconocer una frontera conceptual que separa a dos tipos de derechos: un primer conjunto cuyo contenido se reduce a establecer deberes de abstención dirigidos al Estado –heredados de la tradición ortodoxa del constitucionalismo, estos derechos han sido conocidos como libertades civiles y políticas- y, en segundo término, una serie de derechos de surgimiento reciente que hacen valer la impronta del Estado Social de Derecho, razón por la cual imponen obligaciones de prestación a la organización estatal. No es necesario volver sobre los argumentos que ponen en evidencia el carácter artificioso de tal diferenciación¹⁴, por ahora basta señalar que todos los derechos fundamentales imponen deberes de orden positivo –actuación por parte del Estado o de su destinatario específico- y otros de naturaleza negativa –prohibiciones de intervención-¹⁵. En lo que se refiere al derecho a la seguridad social, como fue señalado por la Sala Plena de la Corte en sentencia C-623 de 2004, su configuración como derecho subjetivo, esto es, la viabilidad de su reclamación efectiva, exige en la mayoría de los casos la expedición de normas presupuestales, procesales y de organización que, en conjunto, permita reconocer con claridad las prestaciones exigibles y los destinatarios de tales obligaciones.

Siguiendo el rumbo que ha sido esbozado en esta providencia, la Corte ha precisado el alcance de varios derechos respecto de los cuales se ha puesto en duda su carácter fundamental. Así, en sentencia T-1318 de 2005, al pronunciarse sobre el derecho a la vivienda digna consagrado en el artículo 51 superior, la Corte realizó la siguiente consideración: “una vez definidas tales políticas públicas por los órganos con competencia en esta esfera [las cuales permiten establecer con precisión las prestaciones debidas], trátase del poder legislativo o de la administración en sus distintos niveles territoriales, se pueden constituir derechos subjetivos de carácter iusfundamental susceptibles de protección por intermedio de la acción de tutela”. Más adelante en la misma sentencia la Corte resaltó la consideración ya reseñada a propósito de los diferentes tipos de obligaciones que deben ser atendidos para satisfacer los derechos fundamentales. De manera textual, la Corte estableció que “Esta pluralidad de contenidos normativos del derecho a la vivienda digna, y en general de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido puesta de relieve por la doctrina, la cual, no obstante, coincide en señalar que tal multiplicidad no puede ser simplificada atribuyéndole al derecho en su conjunto un carácter meramente programático y negando que algunos de sus contenidos tienen el carácter de derechos subjetivos de carácter fundamental¹⁶ (...) El alcance y contenido de estos distintos elementos integrantes del derecho a la vivienda digna serán precisados y conformados jurídicamente, como antes se dijo, por el legislador y por la administración en sus distintos niveles territoriales, y una vez conformados jurídicamente adoptan la estructura de derechos subjetivos los cuales podrán ser objeto de protección en ciertos casos por medio de la acción de tutela. Entonces, una vez precisadas normativamente las facetas prestacionales del derecho a la vivienda digna, éstas adquieren carácter iusfundamental y son susceptibles de protección por medio del mecanismo de garantía de los derechos fundamentales”.

En idéntico sentido, en sentencia T-859 de 2003 esta Corporación se pronunció acerca de la naturaleza iusfundamental del derecho a la salud afirmando tal atributo sin acudir a argumentaciones ajenas a la contextura propia del derecho -como es el caso de la conexidad-. En esta ocasión la Corte precisó lo siguiente: “Al adoptarse internamente un sistema de salud -no interesa que sea a través del sistema nacional de salud o a través del sistema de seguridad social- en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que

impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo. Es decir, se completan los requisitos para que el derecho a la salud adquiera la naturaleza fundamental, en los términos de la sentencia T-227 de 2003 (...) La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental”.

Al dirigir las consideraciones precedentes al análisis del derecho a la seguridad social se concluye que, una vez ha sido provista la estructura básica sobre la cual ha de descansar el sistema de seguridad social, lo cual, además de los elementos ya anotados –prestaciones y autoridades responsables-; a su vez supone el establecimiento de una ecuación constante de asignación de recursos en la cual están llamados a participar los beneficiarios del sistema y el Estado como último responsable de su efectiva prestación; la seguridad social adquiere el carácter de derecho fundamental, lo cual hace procedente su exigibilidad por vía de tutela.

4. La incapacidad no profesional

Corresponde ahora a esta Sala pronunciarse sobre la incapacidad no profesional, prestación que se enmarca en el Sistema de seguridad social en la medida en que, no sólo ha sido incluida en estos términos dentro de las disposiciones que dan forma al sistema, sino que funcionalmente pretende amparar al trabajador que ha sufrido una lesión de naturaleza especial que afecta su estado de salud.

Para ahondar en su significado es preciso señalar que la creación de la incapacidad no profesional obedece al designio de asegurar la conservación de un conjunto de condiciones que le permita al trabajador la recuperación de su salud y el mantenimiento de las condiciones fácticas que rodeaban a su grupo familiar antes de la ocurrencia del suceso que ha afectado su salud.

Reseñado el objetivo material al cual se orienta la prestación, resultan evidentes los postulados constitucionales cuya satisfacción procura el reconocimiento de este derecho. Al respecto, como ha sido señalado por la jurisprudencia de esta Corporación¹⁷, la incapacidad

no profesional, en la medida en que permite al trabajador disponer de una suma de dinero periódica a pesar de que no exista, en estricto sentido, prestación del servicio; es un medio idóneo para la recuperación de la salud del empleado, objetivo que encuentra pleno respaldo en el artículo 48 de la Constitución Nacional, dado que lo faculta para continuar el tratamiento prescrito por el médico tratante sin que tenga que ocuparse provisionalmente de garantizar la provisión de fondos de la cual depende su manutención. Igualmente, esta prestación adquiere especial importancia en aquellos eventos en los cuales el trabajador es el encargado de brindar los recursos económicos para el sostenimiento de su grupo familiar, pues en este escenario la incapacidad constituye una garantía efectiva para la realización de los derechos reconocidos a la familia por el artículo 42 superior. Para terminar, es menester señalar que la prestación permite la conservación del giro ordinario del proyecto vital del beneficiado y de su grupo familiar, además de garantizar los respectivos derechos al mínimo vital.

En sentencia C-065 de 2005 la Sala Plena de esta Corporación realizó un examen de la figura que concluyó en el reconocimiento de esta prestación como una medida de “protección indirecta del derecho a la salud”. Esta consideración recoge de manera implícita la opinión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contenida en la observación general número 14, proferida con el objeto de esclarecer el significado del “derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, consagrado en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En esa ocasión el Comité indicó que “El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud”. En conclusión, según lo impone el artículo 12 del Pacto, no resulta legítima una lectura aislada del derecho a la salud que lleve a reconocerle una insostenible existencia insular, extraña a cualquier tipo de vinculaciones con otros derechos. En contra de esta línea de pensamiento, la consideración desarrollada por el Comité supone el reconocimiento de una íntima relación entre los diferentes derechos fundamentales, la cual se nutre de la unidad de propósito al cual éstos se encuentran orientados. En tal sentido, la satisfacción del derecho a la salud no sólo requiere como condición ineludible la previa

satisfacción de otros derechos –como el derecho a la vida-, sino que su efectiva realización redunde en la positiva alteración –satisfacción- de derechos que inicialmente no se encontraban involucrados, como el derecho a la seguridad social.

En la providencia referida, siguiendo de manera implícita esta línea de argumentación, la Sala Plena de la Corte precisó que el deber de protección del derecho a la salud impuesto por el texto constitucional y las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad no se agota en el suministro de medicamentos y la provisión de prestaciones médicas; pues si bien, en principio, ellas concentran su contenido más inmediato, no concluyen su contenido exigible. En tal sentido, en la medida en que las incapacidades brindan condiciones que le permiten al empleado guardar el reposo requerido para la restauración de su salud, resulta innegable la positiva afectación que hace la mencionada prestación sobre el efectivo goce del derecho a la salud.

Ahora bien, en cuanto a su desarrollo legislativo resulta ineludible la referencia al Código Sustantivo del Trabajo, el cual contiene una disposición que, en idéntico sentido al cual apuntan las consideraciones precedentes, da alcance al propósito de asegurar el bienestar del trabajador que ha sufrido una lesión que no proviene del entorno propio de sus actividades profesionales. Textualmente el artículo en comento establece lo siguiente:

Artículo 227. 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.

Esta disposición se encuentra incluida en el capítulo III -el cual lleva como título “Auxilio monetario por enfermedad no profesional”- del título VIII del Código Sustantivo del Trabajo. Los artículos que siguen a esta disposición en el mencionado capítulo consagran una hipótesis específica a la cual se aplican reglas especiales para la estimación del monto de la prestación; y, adicionalmente, establecen excepciones a la obligación de pago de esta prestación.

Así expuesta, la prestación bajo estudio participa en el propósito general de la ley laboral, la cual parte del reconocimiento del provecho que obtiene el empleado del contrato de trabajo, pues resulta incuestionable la utilidad que aquel adquiere del salario, recibido como

contraprestación de su servicio; no obstante, pretende corregir los excesivos desequilibrios de ocurrencia frecuente en el marco de las relaciones laborales. En tal sentido, la ley del trabajo atiende uno de los elementos naturales de este tipo de relaciones que requiere mayor consideración: la prestación del servicio en condiciones de subordinación¹⁸. En tal sentido, pretende conjurar cualquier irregularidad que parta del abuso de esta circunstancia y, de tal manera, se encamina a la protección del trabajador, quien sin lugar a dudas ocupa la posición más débil dentro de la relación¹⁹.

Como ya había sido señalado, de manera consistente la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que el pago oportuno de las incapacidades actúa como sucedáneo del salario, en la medida en que permite al empleado que de manera temporal afronta una afectación de su salud contar con una suma de dinero que asegura su manutención y la de aquellos que dependan económicamente de él. Así expuesta, la prestación es una garantía encaminada a procurar protección al derecho fundamental al mínimo vital.

Al respecto, la Corte ha enseñado como contenido específico protegido por el derecho fundamental al mínimo vital aquel conjunto de necesidades básicas cuya satisfacción resulta indispensable para garantizar la subsistencia digna de la persona y de su familia²⁰. En tal sentido, en sentencia T-818 de 2000 esta Corporación resaltó la importancia de la conservación de este grupo de condiciones sin las cuales la vigencia del principio del Estado Social de Derecho resultaría afectado con grave desmedro de los altos fines a los cuales se encamina la organización estatal. De manera precisa, en la providencia en comento la Corte llamó la atención sobre la urgencia de protección de este derecho, pues “sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales, como los correspondientes a alimentación, salud, educación o vestuario, en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana.”

Ahora bien, en el mismo sentido la jurisprudencia constitucional ha indicado que el derecho al mínimo vital no se agota de manera exclusiva en la posibilidad de gozar de un ambiente en el cual las necesidades de subsistencia biológica se encuentren satisfechas, pues tal derecho “debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individual, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador”.²¹ En conclusión, en la medida en que el pago de incapacidades procura la consecución de estos fines constitucionales, se concluye que su

creación en el sistema de seguridad social redundaría en la satisfacción de derechos tan valiosos en nuestro ordenamiento, como el derecho al trabajo, a la seguridad social -del cual hace parte- sino que se extiende hasta abarcar el derecho al mínimo vital.

Ahora bien, a partir de la promulgación de la Ley 100 de 1993 el riesgo por padecimiento de enfermedad no profesional ha sido trasladado al sistema de seguridad social, tal como ha sido dispuesto por el artículo 206 de la mencionada ley, cuyo contenido se transcribe a continuación:

Artículo 206. Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras.

Al consultar la disposición a la cual remite el artículo 206, aquella se llena de contenido y deja ver con claridad su significado, el cual confiere el derecho a obtener el reconocimiento y pago de las incapacidades producidas por enfermedad general a las personas que han sido vinculadas por medio de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago.

Como ya había sido anunciado con antelación, el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo conserva vigencia para definir el quantum al cual asciende la prestación. Al respecto, en sentencia C-1004 de 2005 la Sala Plena de esta Corporación indicó, en oposición a la opinión expresada en aquel momento por el Ministerio Público, que el artículo 227 no había sido derogado por el artículo 206 de la Ley 100 de 1993 pues, como se puede leer en la disposición anteriormente transcrita, el último enunciado normativo hace remisión a “las disposiciones legales vigentes”, a las cuales quedará subordinado el reconocimiento de las prestaciones. Así, indicó la Corte que si bien la promulgación del nuevo corpus de seguridad social suponía en el caso concreto una modificación en cuanto al destinatario de la obligación “el valor del auxilio monetario correspondiente es el previsto como regla general en esta última disposición [artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo], que estaba vigente al comenzar a regir aquella ley”.

Ahora bien, la entera comprensión de la figura de la incapacidad no profesional impone volver sobre el punto en el cual inicia la reflexión a propósito del cubrimiento de este tipo de

contingencias: el reconocimiento de las incapacidades constituye un instrumento de justicia conmutativa que pretende atenuar el desequilibrio propio de las relaciones laborales; por tal razón el destinatario de la obligación de pago es, en principio, el empleador, en su calidad de beneficiario del trabajo subordinado del empleado. Lo que ha ocurrido por virtud de la fundación del sistema de seguridad social llevado a cabo por la Ley 100 de 1993, es el traslado de dicha carga al régimen contributivo gracias a la realización de aportes que, de manera legítima, dan paso a la aludida transferencia.

De acuerdo a lo anterior, la responsabilidad eventual del empleador no ha sido extinguida de manera total por virtud de la expedición de la Ley de seguridad social. Al contrario, tal como fue indicado en la sentencia T-311 de 1996, si bien existe un deber de atención a los beneficiarios de esta prestación que recae sobre las entidades pertenecientes al Sistema general de seguridad social, el patrono puede ser convocado para que asuma dicha obligación cuando quiera que no haya operado el traslado de la responsabilidad, lo cual ocurre en aquellos eventos en los que: (i) exista mora respecto del pago de las cotizaciones; (ii) la inscripción del trabajador al sistema ocurra de manera inoportuna o extemporánea; (iii) la información ofrecida acerca de la incapacidad concreta del empleado sea incompleta. Así pues, al considerar las especiales condiciones que rodean al trabajador, es necesario asegurar su plena protección, lo cual, según los principios que desde el texto constitucional irradian este tipo de relaciones, no puede depender del cumplimiento ajeno de las obligaciones que recaen sobre el empleador. En estos eventos el patrono estará llamado a asumir el pago de estas prestaciones.

Adicionalmente, como corolario del principio de solidaridad que dirige el funcionamiento del sistema -al cual se suman las máximas de eficiencia y universalidad contenidas en el artículo 48 superior- el padecimiento de este tipo de dolencias y el consecuente reconocimiento de las prestaciones encaminadas a facilitar la superación no conlleva en forma alguna a la terminación del contrato de trabajo. La aceptación de dicha consecuencia desdibujaría el propósito que alienta tal prestación, en la medida en que en el caso específico de las incapacidades se pretende asegurar la posibilidad de disfrutar de un apacible período de recuperación en el cual el trabajador no se vea compelido a ocuparse de su manutención ni la de su grupo familiar. En tal sentido, una vez se ha asegurado al trabajador la posibilidad de recuperar su salud en tales condiciones, se abren las puertas al segundo momento que pretende propiciar la disposición, esto es, la reincorporación del empleado al mercado

laboral.

5. Requisitos de los cuales depende el reconocimiento de las incapacidades no profesionales y la teoría del allanamiento a la mora

De acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, el reconocimiento de las incapacidades por enfermedad general exige el cumplimiento de ciertas condiciones que han sido consagradas en diferentes decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993. Sobre el particular, al examinar los pronunciamientos recientes de esta Corporación, es posible resumir dichos requisitos como se explica a continuación:

a. Que el o la trabajadora, bien sea dependiente o independiente, haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social mínimo las cuatro semanas anteriores a la ocurrencia de la incapacidad. (Decreto 47 de 2000²², artículo 3 numeral 1, modificado por el artículo 9 del Decreto 783 de 2000²³).

b. Que su empleador (en el caso de las y los trabajadores dependientes), o él mismo (en el caso de trabajadores independientes), haya pagado de manera oportuna las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS–, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho y que lo haya hecho de manera completa, frente a las cotizaciones de todos sus trabajadores, por lo menos durante el año anterior a la fecha de causación del derecho (Decreto 1804 de 1999²⁴, artículo 21, numeral 1).

Si el empleador no cumple con los requisitos señalados en el literal anterior, será a él y no a la EPS al que le corresponda cubrir el pago de la incapacidad de su empleado o empleada.

Empero, esta Corporación se ha ocupado de señalar eventos precisos en los cuales, a pesar de mediar el incumplimiento por parte del empleador en cuanto a su obligación de realizar el pago oportuno de tales cotizaciones, el deber de reconocimiento y pago de las incapacidades no profesionales permanece en cabeza de la respectiva Empresa Promotora de Salud, en la medida en que no ha hecho efectivos los mecanismos de los que dispone para reclamar el pago dentro de los términos en que éste debe ser realizado. La Corte ha señalado que este comportamiento omisivo constituye un “allanamiento a la mora” que permite la exigencia de la prestación a la correspondiente E. P. S. Al respecto, en sentencia T-413 de 2004 se precisó

lo siguiente:

“Si bien hasta el momento la Corporación ha aplicado la tesis del allanamiento a la mora a negativas de pago de licencia de maternidad, esta Sala de Revisión considera que tal criterio también puede ser aplicado, *mutatis mutandi*, cuando por la mora en el pago de los aportes en salud por parte del patrono se niega el pago de una incapacidad laboral, llegándose a afectar el mínimo vital. En esta situación se presentan tres elementos comunes a las situaciones hasta ahora contempladas por la jurisprudencia: (i) vulneración del mínimo vital del accionante por el no pago oportuno de una acreencia de tipo laboral, (ii) actuación contraria a la buena fe por parte de la entidad promotora de salud al no haber requerido oportunamente al empleador para el pago oportuno del aporte, y (iii) pago efectivo, aunque tardío, de los aportes en salud.

“Esta similitud justifica la aplicación de la doctrina jurisprudencial desarrollada, hasta el momento, en los casos de no pago de licencia de maternidad a los casos de incapacidades laborales”.

En idéntico sentido, en sentencia T-219 de 2006 la Corte realizó la siguiente consideración:

Debe señalarse que el Seguro Social cuenta con los instrumentos necesarios para reclamar al empleador incumplido el pago oportuno de las cotizaciones y de los intereses que se generan por tal concepto, lo cual indefectiblemente se traduce en un beneficio para el trabajador, pues lo que se procura con ello es que el empleador esté al día en el pago de los aportes, sino no lo hace, dicha entidad no puede escudarse en disposiciones reglamentarias ni en su propia negligencia en la realización del respectivo cobro, para negar el pago de las incapacidades certificadas al trabajador.

En ese orden de ideas, esta Corporación ha puesto de presente que la Ley 100 de 1993 confiere herramientas no sólo para facilitar la eficiencia en el reconocimiento de los derechos a la seguridad social, sino también la eficiencia en el cobro de las acreencias a favor de las entidades administradoras de la seguridad social, a fin de que se protejan y hagan efectivos los derechos de todos los trabajadores y el principio de solidaridad.²⁵

6. Consideraciones adicionales a propósito de la exigencia de requisitos para obtener el reconocimiento y pago de las incapacidades no profesionales

Las consideraciones que hasta este punto han sido expuestas en esta providencia ofrecen elementos suficientes para solucionar la pretensión de amparo presentada por la ciudadana, en la medida en que recogen los argumentos y reflexiones que hasta ahora han sido empleados de forma mayoritaria por esta Corporación para absolver las solicitudes de protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, al trabajo y al mínimo vital; garantías que resultan vulneradas en aquellas ocasiones en las cuales las Empresas Promotoras de Salud, por los motivos que han sido anotados, niegan el reconocimiento y pago de las incapacidades no profesionales. No obstante, esta Sala de Revisión encuentra preciso adelantar un examen más detallado de los requisitos que hasta ahora han sido exigidos a los trabajadores, dependientes e independientes, para condicionar dicho reconocimiento. El asunto es de notable importancia en la medida en que, como ha sido señalado en este fallo, tras el reconocimiento de las incapacidades no profesionales yace una variedad considerable de principios constitucionales y de derechos fundamentales que se encuentran en juego. En tal sentido, el análisis de los requisitos que subordinan el reconocimiento de este tipo de prestaciones es un asunto de relevancia constitucional, en la medida en que constituyen una exigencia que en algún grado circunscribe el acceso a la seguridad social. En tal sentido, deben acoplarse a los principios vertidos en el texto constitucional para que resulten admisibles en nuestro ordenamiento jurídico.

La subregla que ha de ser empleada para absolver la pretensión que ahora ocupa a esta Sala señala que el reconocimiento de la incapacidad no profesional depende de la satisfacción de dos requisitos que se encuentran dirigidos a dos sujetos diferentes: (i) en primer lugar, es preciso que el trabajador haya cotizado “cuatro (4) semanas en forma ininterrumpida y completa”. Vale anotar que este requisito ha sido consagrado en el artículo 9° del Decreto 783 de 2000, el cual, a su vez, modificó la redacción original del artículo 3° del Decreto 047 de 2000. (ii) En segundo término, es menester que el empleador -o el trabajador independiente- haya pagado oportunamente por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho y que lo haya hecho de manera completa, frente a las cotizaciones de todos sus trabajadores, por lo menos durante el año anterior a la fecha de causación del derecho. Tal exigencia ha sido establecida en el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999.

La deducción de esta subregla constitucional ha sido realizada a través de un análisis sistemático y general de la jurisprudencia de esta Corporación, el cual permite concluir que

existe un grado considerable de consenso a propósito de la exigencia de estos dos requisitos. No obstante, un estudio más detallado de los pronunciamientos recientes de la Corte revela que el asunto no ha sido absuelto de manera pacífica, lo cual ha promovido un escenario de perplejidad y ha animado el surgimiento diferentes líneas a través de las cuales han sido solucionadas las pretensiones de amparo.

Ahora bien, antes de avanzar en el análisis de las providencias y del marco normativo en el cual aquellas se inscriben, es preciso resaltar la premisa metodológica a partir de la cual ha sido ordenada la exposición de la presente consideración, tal como ahora se explica: el análisis completo de la cuestión que pretende abarcar esta Sala demanda, en primer lugar, un estudio concreto de orden jurisprudencial, el cual enseña la necesidad de unificar los pronunciamientos realizados por esta Corporación. Una vez se ha realizado dicho examen es posible medrar a un segundo nivel de reflexión en el cual los postulados constitucionales han de ser considerados, de tal manera que permitan deducir las conclusiones que se ajusten con mayor rigor al texto constitucional.

a. Revisión de la jurisprudencia constitucional a propósito de los requisitos exigidos para obtener el reconocimiento de la incapacidad no profesional

En sentencia T-1059 de 2004 la Corte resolvió la pretensión de amparo presentada por un trabajador independiente de 75 años de edad que se encontraba incapacitado en forma permanente por su médico tratante debido al cáncer de próstata que padecía. La Empresa Promotora de Salud del Instituto de Seguros Sociales negó el reconocimiento de las licencias por enfermedad con el argumento de tener una “deuda presuntiva” en algunas de sus cotizaciones, a pesar de haber cotizado durante el año inmediatamente anterior a la reclamación de su prestación económica. En esta oportunidad, al examinar los decretos reglamentarios, la Sala concluyó que tal reconocimiento se encontraba sometido al cumplimiento de varios requisitos, entre los cuales se hallaban los siguientes: (i) cancelación completa de las cotizaciones durante el año anterior; (ii) de tales cotizaciones, las correspondientes a por lo menos cuatro de los últimos seis meses debían haber sido sufragadas de manera oportuna. (iii) Finalmente, según la providencia en comento, debía estar acreditada la inexistencia de deudas pendientes con la E. P. S. al momento de solicitar

la prestación. Textualmente la Corte señaló lo siguiente:

De igual manera, el Decreto 1804 de 1999 en su artículo 21, estableció una serie de requisitos para que los trabajadores independientes y empleadores tuviesen derecho a reclamar el pago o reembolso de la incapacidad por enfermedad general o por maternidad, entre ellos, haber cancelado en forma completa sus cotizaciones durante el año anterior a la fecha de la solicitud y en forma oportuna por lo menos durante 4 de los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho y además no tener deudas pendientes con las EPS por el pago de las cotizaciones. (Negrilla fuera de texto)

En sentencia T-789 de 2005 esta Corporación advirtió que la exigencia de estos requisitos varía según el tipo de vinculación que tenga el trabajador con el sistema de seguridad social, pues si se trata de un trabajador dependiente, la exigencia consiste en la acreditación de la cotización ininterrumpida y completa de 4 semanas; mientras que en el caso de los trabajadores independientes se les exige un término de cotización mayor, correspondiente a 24 semanas. Textualmente, la providencia indicó lo siguiente: “Sin embargo, para que la EPS esté obligada al pago de la incapacidad por enfermedad general, el numeral 1° del artículo 3° del Decreto 47 de 2000 indica que el trabajador debe acreditar haber cotizado ininterrumpidamente un mínimo de 4 semanas, si se trata de un trabajador dependiente, o de 24 semanas, en el caso de los trabajadores independientes, inmediatamente anteriores a la causación del derecho”²⁷

Desde una perspectiva diferente, en sentencia T-094 de 2006 la Corte resolvió la pretensión de amparo presentada por una mujer de 63 años de edad que sufría de artritis reumatoidea, a quien la E. P. S. demandada había negado el pago de las incapacidades no profesionales debido al pago impuntual de las cotizaciones por parte del empleador. En esa oportunidad, la Corte resumió en los siguientes términos los requisitos para acceder a la prestación reclamada: “Los requisitos definidos en los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993 para que la EPS a la que se encuentre afiliado un trabajador esté obligada a pagarle las incapacidades laborales son los siguientes: (i) que el trabajador (dependiente o independiente) haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social mínimo las cuatro semanas anteriores a la ocurrencia de la incapacidad²⁸ y (ii) que su empleador (en el caso de los trabajadores dependientes o él mismo, en el evento de que se trate de un trabajador independiente) haya pagado de manera oportuna las cotizaciones al sistema de

seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho²⁹ y que lo haya hecho de manera completa, frente a las cotizaciones de todos sus trabajadores, por lo menos durante el año anterior a la fecha de causación del derecho.³⁰”.

Por su parte, en sentencia T-274 de 2006³¹ esta Corporación señaló que entre los diferentes requisitos exigidos por las disposiciones reglamentarias se encontraba la cotización oportuna de un mínimo de 4 meses, dentro de los últimos 6 meses anteriores a la fecha de la reclamación de la cotización. “De igual manera, el Decreto 1804 de 1999 en su artículo 21, estableció una serie de requisitos para que los trabajadores independientes y empleadores tuviesen derecho a reclamar el pago o reembolso de la incapacidad por enfermedad general o por maternidad, entre ellos, haber cancelado en forma completa sus cotizaciones durante el año anterior a la fecha de la solicitud y en forma oportuna por lo menos durante 4 de los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho y además no tener deudas pendientes con las EPS por el pago de las cotizaciones” (Negrilla fuera de texto)

Para terminar, en sentencia T-761 de 2006 esta Corporación concedió amparo a los derechos fundamentales de una ciudadana que reclamaba a través de la acción de tutela el respectivo pago de las incapacidades que fueron consecuencia del padecimiento de artritis. En esta oportunidad la Corte retomó la distinción según el tipo de afiliación que tuviese el trabajador –como dependiente o independiente- al sistema para, de tal manera, exigir cuatro semanas en el primer caso y veinticuatro en el segundo supuesto³².

La breve exposición realizada hasta ahora enseña la pluralidad de enfoques que, dentro de las distintas Salas de Revisión, se le ha dado a la cuestión; lo cual impone realizar un análisis sistemático del asunto consultando los principios constitucionales sobre el derecho al trabajo y la seguridad social como ecuaciones de orientación que han de ofrecer una solución ajustada al texto superior.

a. Revisión de las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 que agrupan los requisitos que condicionan el reconocimiento de las incapacidades no profesionales a la luz de los principios constitucionales sobre el derecho al trabajo y la seguridad social

El artículo 25 del texto constitucional consagra el trabajo, como bien jurídico objeto de protección, bajo una doble dimensión en el sentido en que es reconocido como derecho y obligación que, en todas sus modalidades, merece especial protección por parte del Estado. Adicionalmente, la misma disposición agrega que “toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”. En tal sentido, como fue señalado por la Sala Plena de esta Corporación en sentencia C-781 de 2003, las normas jurídicas que han de ser aplicadas al trabajo humano deben rodear al empleado de tal manera que le brinden “especiales condiciones de cuidado, estímulo, garantía y respeto”.

Siguiendo tal orientación, el artículo 53 superior compila una serie de garantías que, precisamente, pretenden asegurar las condiciones aludidas, en las cuales se apoya el propósito de avanzar en la consecución de un orden social más justo. Uno de los principios rectores allí consignados es el principio de favorabilidad, el cual ha sido establecido en la Constitución Nacional en los siguientes términos: “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...) [S]ituación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”.

La consagración del mencionado principio de favorabilidad no sólo ha sido plasmada en el texto constitucional, sino que ha sido acogida a nivel legal en el Código Sustantivo del Trabajo, el cual en su artículo 21 establece lo siguiente: “En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad”. Así pues, entendida como una medida que pretende aliviar el desequilibrio propio de las relaciones laborales, el ordenamiento jurídico ha establecido un imperativo preciso que se dirige a los operadores jurídicos, en virtud del cual aquellos tienen la obligación de preferir aquellas normas jurídicas que ofrezcan condiciones más benignas a los trabajadores en los eventos en los cuales la determinación de las disposiciones jurídicas que han de ser aplicadas al caso concreto resulta dudosa. Al respecto, en sentencia C-168 de 1995 esta Corporación se ocupó de explicar su significado en los siguientes términos: “se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador. Dicho principio difiere del ‘in dubio pro operario’, según el cual toda duda ha de resolverse en favor del trabajador; porque en este caso tan sólo existe un precepto que reglamenta la situación que

va a evaluarse, y como admite distintas interpretaciones, se ordena prohiar la que resulte más favorable al trabajador”.

Dado que en el asunto que ahora ocupa a esta Sala de Revisión existe un conflicto normativo, tal y como pasa a explicarse a continuación, del cual se desprende una duda razonable acerca de cuál de las disposiciones debe ser aplicada, la Corte examinará las normas jurídicas pertinentes bajo la guía que ofrece el principio de favorabilidad.

El primer decreto reglamentario de la Ley 100 de 1993 que se ocupó del establecimiento de los requisitos que condicionan el reconocimiento de las incapacidades no profesionales es el Decreto 1804 de 1999. Con el objetivo de facilitar su análisis se transcribe ahora in extenso su artículo 21, en el cual se compilan tales exigencias:

ARTICULO 21. RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LICENCIAS. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas:

1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho. Cuando el empleador reporte la novedad de ingreso del trabajador, o el trabajador independiente ingrese por primera vez al Sistema, el período de que trata el presente numeral se empezará a contar desde tales fechas, siempre y cuando dichos reportes de novedad o ingreso al Sistema se hayan efectuado en la oportunidad en que así lo establezcan las disposiciones legales y reglamentarias.

Esta disposición comenzará a regir a partir del 1o. de abril del año 2000.

2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios

asistenciales en caso de mora.

Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema.

En estos mismo eventos, el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias.

3. Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al Sistema.

4. No haber omitido su deber de cumplir con las reglas sobre períodos mínimos para ejercer el derecho a la movilidad durante los dos años anteriores a la exigencia del derecho, evento en el cual, a más de la pérdida de los derechos económicos, empleado y empleador deberán responder en forma solidaria por los aportes y demás pagos a la entidad promotora de salud de la que pretenden desvincularse o se desvincularon irregularmente. Para este efecto, los pagos que deberán realizar serán equivalentes a las sumas que falten para completar el respectivo año de cotización ante la entidad de la que se han desvinculado, entidad que deberá realizar la compensación una vez reciba las sumas correspondientes.

5. No tratarse de incapacidad generada por la atención de una exclusión del Plan Obligatorio de Salud o las complicaciones de dichas exclusiones, conforme las disposiciones legales.

Interesa ahora a esta Sala de Revisión realizar un examen más detenido de esta disposición para comprender a plenitud su significado. Como se explica a continuación, el artículo regula dos supuestos de hecho y, en consecuencia, está dirigida a dos destinatarios: (i) en primer lugar, establece los requisitos que “trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago” deben cumplir para obtener la cancelación “de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad”; (ii) y, a su vez, consagra las condiciones que deben ser

cumplidas por los empleadores para “solicitar el reembolso” de estas mismas prestaciones cuando quiera que hayan asumido dicha carga sin que les fuera exigible.

El numeral primero impone a los empleadores el requisito de haber realizado en forma completa el pago de las cotizaciones de todos sus trabajadores dentro del año anterior a la fecha de la solicitud. Vale resaltar que esta disposición se refiere de manera directa y clara a los patronos. Tal conclusión se deduce no sólo de su lectura literal, sino de la constatación de las consecuencias que traería una interpretación en contra, las cuales resultan desproporcionadas e ilegítimas en la medida en que supondrían el condicionamiento del reconocimiento de una prestación individual al trabajador al cumplimiento de una obligación que recae sobre el empleador, lo cual se revela especialmente desmedido en el caso concreto, pues lo exigido por el artículo es el pago completo de la totalidad de la nómina de trabajadores.

Ahora bien, la misma disposición extiende la exigencia anotada a los trabajadores independientes en relación con los aportes que deben consignar al sistema; requisito que, por las razones explicadas, no resulta oponible a los empleados dependientes. Para terminar, este inciso agrega que el pago al cual hace alusión debe haberse hecho de manera oportuna en al menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho y regula un supuesto especial que se refiere a los eventos en los cuales el trabajador se haya vinculado de manera reciente al sistema

En el sentido ya anunciado en la sentencia T-311 de 1996, el segundo inciso del numeral 2° establece que el empleador deberá asumir el pago de las licencias en aquellos eventos en los cuales no resulte procedente el reembolso de tales pagos o cuando quiera que, una vez ha sido declarada la incapacidad del trabajador, el patrono incurra en mora respecto del pago de las cotizaciones al sistema de cualquiera de sus trabajadores. A renglón seguido la disposición amplía el supuesto de hecho hasta abarcar la situación de los trabajadores independientes, quienes deben continuar el pago oportuno de las cotizaciones aún dentro del lapso en el cual disfrutaban tales licencias.

Adicionalmente, el numeral 2° contiene un requisito que se encuentra dirigido a los empleadores. En virtud de esta exigencia no debe existir deuda alguna a favor de las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadores de Servicios de Salud “por

concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades”. La razón por la cual el requisito anotado es aplicable de manera exclusiva respecto de los patronos consiste en que bajo ningún supuesto el trabajador, sea éste dependiente o independiente, tiene la obligación de hacer reembolsos, razón por la cual no podría condicionarse el reconocimiento de las prestaciones a un requisito que no depende de la voluntad del empleado.

Por su parte, el numeral 3° consagra un requisito que deben satisfacer por igual empleadores como trabajadores, consistente en haber ofrecido información veraz al momento de diligenciar los documentos de afiliación y autoliquidación de aportes. Para terminar, el numeral 4° contiene un requisito adicional, igualmente exigible a trabajadores y empleadores, consistente en el deber de observancia de los requisitos mínimos de movilidad en cuanto a la cotización a la seguridad social. El incumplimiento de este requisito genera, no sólo la pérdida de las prestaciones económicas solicitadas, sino una responsabilidad de naturaleza solidaria que resulta exigible a los dos sujetos, esto es, tanto al empleador como al trabajador, respecto de las sumas adeudadas a la correspondiente Entidad Promotora de Salud de la cual se hizo la desvinculación.

Más adelante, fue proferido el Decreto número 047 de 2000, “por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones”; norma reglamentaria que, en su artículo 3°, establece una serie de requisitos que subordina el reconocimiento de la incapacidad por enfermedad general y la licencia de maternidad. En el tema que ahora interesa a esta Sala de Revisión, la disposición en comento estableció la siguiente distinción para efectos de hacer procedente el reclamo de incapacidades no profesionales: a los trabajadores dependientes les exigía la cotización ininterrumpida de un mínimo de 4 semanas, mientras que los trabajadores que se encontraran afiliados en calidad de independientes debían acreditar un mínimo de cotización ininterrumpida de 24 semanas.

Esta norma reglamentaria fue demandada ante el Consejo de Estado, Corporación que decidió la acción de nulidad promovida en sentencia del 14 de marzo de 2002³³ anulando el numeral 1° del artículo 3° del Decreto. En opinión de la Sección Segunda de esa Corporación la disposición establecía una distinción injustificada que no se acoplaba al principio de solidaridad consagrado en los artículos 48 superior y 2° de la Ley 100 de 1993. En tal sentido, la enorme diferencia establecida por el reglamento entre los dos tipos de trabajadores carecía de sustento, por lo que devenía ilegítima, y se oponía, además, a la

obligación de reconocer a los beneficiarios del sistema iguales derechos y obligaciones.

Así pues, el Consejo concluyó que en la medida en que la cotización para vincularse al Sistema de Seguridad Social en Salud es la misma, ya se trate de trabajadores dependientes o independientes, y ya sea que estos últimos la cubran completamente o lo hagan a través del subsidio creado para tal fin; los derechos que se adquieren por estar vinculados a dicho sistema deben ser los mismos para unos y otros.

Para remediar este vacío normativo fue proferido el Decreto 783 de 2000 en el cual se acogen las consideraciones del Consejo de Estado y, en tal sentido, se igualan los requisitos exigidos a los trabajadores, dependientes e independientes, para obtener el reconocimiento de las incapacidades temporales. De manera textual la disposición establece lo siguiente:

ARTICULO 9o. El numeral 1 del artículo 3o. del Decreto 047 de 2000, quedará así:

“1. Incapacidad por enfermedad general. Para acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores dependientes e independientes deberán haber cotizado, un mínimo de cuatro (4) semanas en forma ininterrumpida y completa, sin perjuicio de las normas previstas para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión.”

Cabe anotar ahora que a pesar de que esta disposición sugiere que el trabajador es el responsable de realizar tales aportes, tal aseveración sólo es acertada en el caso específico de los trabajadores independientes, pues de acuerdo a la ley de seguridad social cuando se trata de empleados dependientes el respectivo pago de aportes es una responsabilidad en cabeza exclusiva del patrono.

Ahora bien, el artículo 20 del Decreto 783 de 2000 estableció la vigencia de la reglamentación en el sentido en que a partir de su publicación quedaban derogadas todas las disposiciones que le resultaran contrarias y especificó, de manera precisa, la derogación del numeral 5° del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999. En tal sentido, de acuerdo a este segmento normativo, los cuatro numerales restantes que componen el aludido artículo 21 se encuentran, en principio, vigentes.

No obstante, esta Sala de revisión observa la existencia de diferencias insalvables entre tales

decretos que hacen de ellos normas claramente incompatibles, para cuya constatación basta un breve repaso sobre su contenido: (i) En primer lugar, según la versión definitiva del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999 los trabajadores deben satisfacer los siguientes requisitos:

- * El empleador –o trabajador independiente- debe haber realizado en forma completa el pago de las cotizaciones de todos sus trabajadores dentro del año anterior a la fecha de la solicitud. Adicionalmente, se exige la cancelación oportuna de por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

- * No debe existir deuda alguna a favor de las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud “por concepto de reembolsos que deba efectuar [el empleador] a dichas entidades”.

- * Haber ofrecido información veraz al momento de diligenciar los documentos de afiliación y autoliquidación de aportes.

- * Cumplimiento de los requisitos mínimos de movilidad en cuanto a la cotización a la seguridad social.

(ii) Por su parte, de acuerdo a la modificación introducida por el Decreto 783 de 2000 al Decreto 047 de 2000, el acceso a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general se encuentra condicionado a la cotización ininterrumpida y completa de un mínimo de cuatro (4) semanas.

El examen en conjunto de estas disposiciones enseña por lo menos una diferencia radical en los requisitos exigidos que resulta inconciliable, pues mientras que el Decreto 1804 demanda la cotización completa de todos sus trabajadores en el año anterior a la fecha de la solicitud; a lo cual se suma el deber de cancelación oportuna de por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de la incapacidad; el segundo decreto, por su parte, consagra como requisito la cotización completa e ininterrumpida de cuatro semanas. Como es evidente, no es posible ofrecer una conclusión hermenéutica en la cual coincidan las dos disposiciones, en la medida en que cada Decreto ofrece reglas excluyentes respecto del otro.

A lo anterior debe agregarse que la norma posterior en el tiempo –esto es, el Decreto 783 de 2000, que, a su vez, consagra los requisitos más provechosos para el trabajador- no ordena remisión alguna a la regulación previa y, por el contrario, al examinar su composición semántica, parece excluir cualquier reglamentación diferente a las reglas de control a la evasión, dentro de las cuales no se encuentra incluido el Decreto 1804 de 1999.

En conclusión, el operador jurídico se enfrenta a dos disposiciones inconciliables que tienen idéntico objeto, por lo que surge una duda razonable acerca de cuál de las dos está llamada a ser aplicada, lo cual, a su vez, nos remite a lo establecido en el artículo 53 del texto constitucional que consagra, como ya fue anotado, el principio de la “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”.

Ahora bien, en este punto no hay duda acerca de cuál de los dos decretos ofrece una situación más provechosa para el trabajador, pues basta un sencillo análisis de éstos para concluir que el Decreto 783 de 2000 establece condiciones que facilitan, en términos comparativos, la posibilidad de disfrutar del reconocimiento y pago de las incapacidades no profesionales. En tal sentido, el operador jurídico está llamado a preferir este último reglamento, deber que resulta impostergable en la medida en que tras el establecimiento de este tipo de requisitos está de por medio el acceso al derecho a la seguridad social.

Hecha esta observación, procede esta Sala de Revisión a absolver la pretensión de amparo presentada con fundamento en las consideraciones 3 y 4 de esta providencia.

Caso concreto

La señora Emilia Ibarbo solicitó ante el juez de tutela el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y a la salud -en conexidad con el derecho a la vida- de Ever Portocarrero, quien, según la exposición contenida en el escrito de demanda, no promovió de manera personal la defensa judicial de sus derechos debido al delicado estado de salud en que se encuentra. Al respecto, en el recurso presentado se puso en conocimiento del juez que la afectación de su salud había ocurrido debido a un ataque propinado por asaltantes, lo cual permitiría la configuración de su dolencia como enfermedad no profesional, mientras prestaba sus servicios al Consorcio Redes y Aguas, entidad con la que había suscrito un contrato de trabajo.

Con fundamento en lo anterior el ciudadano solicitó el reconocimiento y pago de las incapacidades consagradas en la ley de seguridad social, debido a que después de la declaración de la incapacidad ha transcurrido un lapso de 15 meses sin que a la fecha la Empresa Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud S. A. hubiese iniciado la cancelación de tales prestaciones.

En primer lugar, esta Sala de Revisión observa que se cumplen los requisitos generales de procedencia de la agencia oficiosa, pues en el escrito de demanda la accionante puso en conocimiento del juez de tutela que el amparo judicial solicitado pretendía la protección de los derechos fundamentales del señor Ever Portocarrero, quien debido a su estado de salud no se encontraba en condiciones para promover personalmente el proceso de tutela. Vale anotar que la señora Emilia Ibarbo hizo una manifestación explícita sobre su actuación como agente oficiosa del ciudadano.

Adicionalmente, se encuentra acreditado que el señor Portocarrero sufrió un ataque que hizo mella en su estado de salud, lo cual justifica de manera razonable que sea otra persona –quien es, precisamente, su compañera permanente- la que adelante la defensa de sus derechos fundamentales por medio de la acción de tutela

De otro lado, es necesario anotar que al ser requerida por el juez de instancia para que se pronunciara a propósito de las pretensiones presentadas por la ciudadana, la entidad demandada se limitó a informar, tal como ya lo había precisado la demandante, que había prestado de manera adecuada los servicios médicos requeridos por el paciente. En el escrito agregó que no se encuentra obligada a pagar las incapacidades solicitadas debido a que la petición del señor Portocarrero no cumple las exigencias que condicionan su reconocimiento. De manera textual el representante señaló lo siguiente: “no se da cumplimiento por parte del empleador a la obligación a su cargo de descontar a su trabajador y remitir a la EPS en forma oportuna, los aportes económicos de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud, condiciones establecidas en la Ley 100 y sus normas reglamentarias, configurándose esta condición en 4 de los seis meses previos a la causación del derecho, el Sistema General de Seguridad Social no reembolsa al empleador estos costos, Entonces no es la EPS quien esta (Sic) incumpliendo la norma ni tampoco es quien viola los derechos del trabajador”

En conclusión, la entidad negó el reconocimiento y pago de las incapacidades debido a que

en el caso concreto el empleador no había cumplido el requisito contenido en el numeral 1° del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, según el cual la cancelación de los aportes de seguridad social debe realizarse en forma oportuna en al menos 4 de los últimos 6 meses de cotización. Como fundamento de su oposición, la entidad demandada anexó a la contestación copia facsímil de un documento en el cual se informa que el pago correspondiente al período comprendido entre los meses de mayo y agosto de 2005 fue realizado de manera extemporánea. Vale anotar que el hecho a partir del cual se estructuró la incapacidad del señor Portocarrero ocurrió, precisamente, en el mes de agosto de 2005.

En este punto resultan pertinentes las consideraciones hechas a propósito del allanamiento a la mora por parte de las Empresas Promotoras de Salud, en la medida en que en el caso concreto la entidad demandada no promovió acción administrativa o judicial alguna para reclamar el pago oportuno de las cotizaciones de seguridad social al empleador, razón por la cual debe asumir el pago de las incapacidades no profesionales.

Adicionalmente, en la medida en que se encuentra plenamente acreditado que la cotización por seguridad social correspondiente a los cuatro meses anteriores a la ocurrencia del incidente fue efectivamente realizada sin que mediara oposición alguna por parte de la entidad demandada, esta Sala concluye que el requisito propuesto por el Decreto 047 de 2000 –según el cual debe existir un mínimo de cotización de cuatro (4) semanas, llevado a cabo en forma ininterrumpida y completa- también ha sido satisfecho, pues, en primer lugar, el pago excedió de manera considerable el lapso que condiciona el reconocimiento de la incapacidad no profesional y, en segundo término, aquel fue realizado desde mayo hasta agosto de 2005 lo cual revela de manera incuestionable su continuidad.

Por otra parte, con fundamento en las consideraciones precedentes de este fallo, la licencia por enfermedad es un instrumento que permite garantizar la protección del derecho a la seguridad social y el derecho al mínimo vital de quienes padecen enfermedades que les impiden continuar en sus labores. Por ello, el pago de la licencia en este caso es un instrumento urgente para satisfacer sus necesidades de sostenimiento y las de su núcleo familiar, lo cual redundará, en últimas, en la protección efectiva de su derecho al mínimo vital.

Para terminar, es necesario examinar una razón que eventualmente podría oponerse a la

decisión que adopta esta Sala de Revisión, la cual obliga considerar las exigencias impuestas por el principio de subsidiariedad que preside las normas de procedibilidad de la acción de tutela. Al respecto, en sentencia T-158 de 2006 esta Corporación llevó a cabo un detallado análisis del mencionado principio, del cual interesa resaltar ahora las excepciones a éste allí anotadas, en las cuales se exime al actor de un empleo riguroso de tal postulado en la medida en que en el caso concreto las consecuencias de su aplicación resultarían gravemente desproporcionadas y constituirían un incremento en la intensidad de la violación de los derechos fundamentales que pretende ser remediada por medio de la acción de tutela. De acuerdo a lo anterior, en la providencia en comento la Corte señaló lo siguiente: “De la jurisprudencia de esta Corporación se puede derivar que solamente es aceptable un extenso espacio de tiempo transcurrido entre el hecho que genera la vulneración y la presentación de la acción de tutela bajo dos circunstancias específicas: (i) Que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual.³⁴ Y (ii) que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”. En el escrito de demanda la ciudadana Emilia Ibarbo puso de presente el grave estado de salud en el que se encuentra el señor Ever Portocarrero; afirmación que no sólo no fue controvertida por la entidad demandada, sino que fue admitida de manera tácita en la correspondiente contestación al afirmar que la EPS ha prestado de manera eficiente la atención médica que la dolencia del titular de los derechos conculcados ha demandado. Aunado a lo anterior, se encuentra probado que el ciudadano está padeciendo en la actualidad una incapacidad física que ha disminuido su salud y lo ha separado del mercado laboral. En tal sentido, se impone a esta Sala el deber de proteger los derechos fundamentales del señor Portocarrero; obligación que no puede ser eludida bajo la consideración de la supuesta violación del principio de subsidiariedad por las razones anotadas.

III. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Cali, y, en consecuencia, conceder el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Ever Portocarrero Salas.

Segundo.- ORDENAR al Gerente de la Empresa Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud S. A. que cancele a favor del señor Ever Portocarrero Salas las incapacidades adeudadas por enfermedad no profesional en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia.

Tercero.- Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sentencias C-514 de 1992, C-735 de 2000, C-623 de 2004, C-111 de 2006, T-596 de 2006, C-125 de 2000, C-835 de 2003, C-516 de 2004, SU 480 de 1997, entre otras.

2 Según fue establecido en sentencia C-623 de 2004, la seguridad social, no sólo debido a las

disposiciones superiores que así lo precisan sino a su naturaleza conceptual, es un servicio público en la medida en que se ajusta a los linderos que el derecho administrativo y el derecho constitucional han trazado para deducir tal característica de determinadas actividades desarrolladas por el Estado. En tal sentido, la seguridad social se ciñe a los lineamientos que han servido como parámetro definitivo de los servicios públicos, tal como se explica a continuación: (i) En primer término, constituye una actividad dirigida a la satisfacción de necesidades de carácter general, la cual se realiza de manera continua y obligatoria; (ii) en segundo lugar, dicha labor se presta de acuerdo a disposiciones de derecho público; (iii) para terminar, es una actividad que corre a cargo del Estado, el cual puede prestar el servicio directamente o por medio de concesionarios, administradores delegados o personas privadas.

3 “Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

4 Aprobado mediante Ley 74 de 1968. “Artículo 9. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

5 Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, 1948. Véase también la Resolución 1591 (XXVIII-O/98) proferida por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en la tercera sesión plenaria, celebrada el 2 de junio de 1998. “Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

6 Aprobada mediante Ley 319 de 1996. “Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”.

7 Los extranjeros que residan legalmente en el territorio de un Estado gozarán también, con arreglo a las leyes nacionales, de los siguientes derechos, con sujeción a sus obligaciones establecidas en el artículo 4: (...)c) El derecho a protección sanitaria, atención médica, seguridad social, servicios sociales, educación, descanso y esparcimiento, a condición de que reúnan los requisitos de participación previstos en las reglamentaciones pertinentes y de que no se imponga una carga excesiva sobre los recursos del Estado.

8 Aprobada mediante Ley 51 de 1981. Artículo 11 || 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;

9 Sentencias T-789 de 2005, T-201 de 2005, T-1059 de 2004, T-855 de 2004, T-413 de 2004 y T-972 de 2003.

10 Sentencia SU-599 de 1999

11 Posición planteada desde la sentencia T-406 de 1992

12 Ver, en particular, las sentencias T-462 de 1992, SU-111 de 1997 y SU-995 de 1999

13 En la misma opinión el Comité manifestó lo siguiente: “En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto”.

14 En el orden internacional, en su observación número 5 el Comité de los Derechos del Niño, órgano encargado de vigilar el cumplimiento de la Convención de los Derechos del Niño, al señalar el alcance de las obligaciones de los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales, estableció lo siguiente: “No hay ninguna división sencilla o digna de fe

de los derechos humanos en general, o de los derechos reconocidos por la Convención en particular, en esas dos categorías de derechos (...) El disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales está indisolublemente unido al disfrute de los derechos civiles y políticos”

15 Sentencia T-1041 de 2006 “Esta Corporación ha señalado la imprecisión de esta categorización de los derechos fundamentales en la medida en que sólo explica de manera rigurosa tales derechos como producto histórico, sin ahondar de manera suficiente en la manera en que éstos deben ser satisfechos, puesto que en ningún caso su cumplimiento depende de la observación exclusiva de un deber, bien de abstención o de prestación”. En el mismo sentido, sentencia T-557 de 2006 “Debe afirmarse que esta distinción no deja de ser artificial en muchos sentidos, y desconoce pronunciamientos en el seno de la comunidad internacional en el sentido que todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos sociales y culturales, son indivisibles e interdependientes”

16 Ver Victor Abramovich y Christian Curtis, Los derechos sociales como derechos exigibles, Madrid, Ed. Trotta, 2002. Gerardo Pisarello, La vivienda un derecho en construcción, Barcelona, Icaria, 2003.

17 Sentencias T-274 de 2006, T-789 de 2005, T-549 de 2006, T-1043 de 2004, entre otras.

18 Artículo 23 Código Sustantivo del Trabajo. 1°. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

- a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
- b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato (...)
- c) Un salario como retribución del servicio. (Negrilla fuera de texto)

19 En tal sentido, la consagración de los principios de estabilidad en el empleo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, el principio de la favorabilidad pro operario, entre otros, los cuales han sido consignados en el artículo 53 del texto constitucional dan fe de la

consideración anterior.

20 Sentencias T-426 de 1992, T-011 de 1998, T-384 de 1998, T-1001 de 1999.

21 Sentencia T-818 de 2000,

22 Por el cual Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones.

23 por el cual se modifican los Decretos 1486 de 1994, 1922 de 1994, 723 de 1997, y 046 y 047 de 2000 y se dictan otras disposiciones.

24 Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

25 Sentencia T-729 de 2004.

26 Sentencia T- 094 de 2006

27 La acción de tutela fue promovida por un ciudadano que había padecido una lesión severa en las vértebras L5 y S1 que le impedía movilizarse normalmente. Por medio de la acción solicitó la práctica de los exámenes médicos ordenados y la cancelación de los 34 días de incapacidades a cuyo pago se oponía la entidad demandada.

28 Decreto 47 de 2000, Art. 3, num. 1, modificado por el Art. 9 del Decreto 783 de 2000.

29 Decreto 1804 de 1999, Art. 21, num 1.

30 Decreto 1804 de 1999, Art. 21, num 1.

31 En el caso concreto la ciudadana padecía de “metástasis de melanoma maligno”

32 “No obstante lo anterior, y según lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 3º del Decreto 047 de 2000, para que las Empresas Promotoras de Salud estén obligadas al pago de las incapacidades por enfermedad general, se requiere de unos periodos mínimos de cotización ininterrumpida, inmediatamente anteriores a la causación del derecho, así: trabajadores dependientes cuatro (4) semanas y los independientes veinticuatro (24) semanas”. Con base en idéntico fundamento la Corte resolvió la solicitud de amparo de un trabajador que padecía

insuficiencia renal crónica en sentencia T-549-06, a la cual corresponde el extracto que se transcribe a continuación: “los actores deben reunir una serie de requisitos diseñados por el ordenamiento jurídico colombiano, como por ejemplo, haber cotizado ininterrumpidamente un mínimo de 4 semanas, si se trata de un trabajador dependiente, o de 24 semanas, en el caso de los trabajadores independientes, inmediatamente anteriores a la causación del derecho”

33 Consejo de Estado, Sección segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación número 11001-03-25-000-2000-0190-01(3182-00)