

Sentencia T-485/10

INCAPACIDAD LABORAL-Marco normativo de las disposiciones constitucionales en materia de incapacidades laborales generadas por enfermedad común

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

ACCION DE TUTELA-La Administradora de Fondos de Pensiones debe pagar las incapacidades que superen los 180 días hasta completar los 360 días a menos que la peticionaria reanude sus labores en su lugar de trabajo

Referencia: expediente T-2550566

Acción de tutela instaurada por Sandra Silva Bustamante contra Techno Digital S.A. y Fondo de Pensiones Porvenir S.A.

Magistrado Ponente:

Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de junio dos mil diez (2010).

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

SENTENCIA

en el trámite de revisión del fallo emitido por el Juzgado Treinta y Dos Penal Municipal de Bogotá D.C. dentro del proceso de tutela iniciado por Sandra Silva Bustamante contra Techno Digital S.A. y Fondo de Pensiones Porvenir S.A.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos.

El 26 de octubre de 2009 la Señora Sandra Silva Bustamante, interpuso acción de tutela contra Techno Digital S.A. y Fondo de Pensiones Porvenir, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la dignidad humana, basándose en los siguientes hechos:

1.1 El 11 de febrero de 2008, la accionante ingresó a trabajar como asistente administrativa y contable en la empresa Techno Digital S.A., con un salario de \$800.000, afiliada a la E.P.S. Famisanar Ltda. en salud y al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., en pensiones.

1.2 Manifiesta que a partir del 21 de julio de 2008, fue incapacitada a causa de una osteoartrosis degenerativa generalizada y a la fecha de interposición de la tutela seguía incapacitada.

1.3. Establece que ha sido intervenida quirúrgicamente 5 veces y, por lo tanto se encuentra en continuos tratamientos e incapacidades que le impiden reintegrarse a su trabajo. Con base en esto, los 6 primeros meses de incapacidad le fueron reconocidos por la EPS Famisanar, y posteriormente el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. se negó a reconocerle auxilio alguno posterior a los primeros 180 días de incapacidad.

1.4 Indica que fue calificada por Seguros Alfa el 3 de agosto de 2009, y el resultado fue una pérdida de capacidad laboral del 31.4%, porcentaje que fue controvertido mediante los recursos de ley. Una vez observada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá Cundinamarca, obtuvo una nueva calificación de 31.80%, resultado frente al cual, una vez más, hizo uso de los medios de contradicción respectivos. Actualmente se encuentra en espera de ser calificada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

1.5 Finalmente, expone que a partir del 17 de julio de 2009, no recibe ningún auxilio económico por su incapacidad, y como consecuencia de la misma no puede reintegrarse a su trabajo; tanto ella como su hija menor de 12 años, y su hija de 23 años en condición de discapacidad que padece epilepsia y retardo mental leve¹, dependen económicamente de su esposo, quien devenga un salario de \$600.000.

1.6 Por todo lo anterior, la actora solicita al juez de tutela amparar sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la dignidad humana, y ordenar el pago del auxilio de incapacidad hasta que se resuelva su acceso a la pensión de

invalidez.

2. Intervención de la parte demandada

2.1 Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Ricardo Torres Nieto, en su calidad de Director Jurídico de Procesos del Fondo de Pensiones y Cesantías Provenir S.A., respondió a la demanda de tutela argumentando que la actora no tiene derecho a ningún tipo de prestación económica por parte de la empresa que representa, estableciendo que a las administradoras de fondos de pensiones no les corresponde pagar incapacidades temporales, y que este tipo de prestaciones les corresponden únicamente a las empresas prestadoras de salud. Así mismo, manifiesta que sólo cuando existe un perjuicio inminente, corresponde a la EPS a la que se encuentre afiliado el accionante reconocer incapacidades mayores a los 180 días, situación que a su juicio no se presenta en este caso.

Además de lo anterior, indica que el único caso en que las administradoras de fondos de pensiones pueden reconocer un subsidio equivalente a incapacidades, según el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, es cuando exista un concepto favorable de rehabilitación, situación que no se configura en el caso de la accionante, pues su calificación para acceder a una eventual pensión de invalidez no fue aplazada, precisamente por la ausencia del concepto favorable de rehabilitación.

2.2. Techno Digital S.A.

Ángela Pilar Saravia Suárez, en su calidad de apoderada judicial de la sociedad Techno Digital S.A., estableció en su escrito de contestación de la demanda, que la empresa empleadora no ha vulnerado ningún derecho fundamental de la actora, puesto que le entregó la comunicación con fecha de marzo 16 de 2009, en la que le informó que: “a partir del día 181 de su incapacidad, debe recurrir a la Entidad de Pensiones, para el reconocimiento y pago de incapacidades.

Igualmente se le comunicó, que el vínculo laboral continúa vigente, continuando con el pago de los aportes a la Seguridad Social, en los términos señalados por la Ley, hasta que se restablezca su estado de salud.”²

2.3. E.P.S. Famisanar Ltda.

Martha Garzón de Avila, en su calidad de Representante Legal como Tercer suplente del Gerente General de la E.P.S. Famisanar Ltda., solicita que se declare improcedente la acción de tutela puesto que la accionante se encuentra activa en el sistema, y por lo tanto puede acceder a los servicios de salud contemplados en el POS.

Informa que la accionante cumplió con 180 días de incapacidad el 19 de enero de 2009, durante los cuales se le canceló un valor de \$3.163.651; por lo que considera que de esa fecha en adelante le corresponde al Fondo de pensiones reconocer las incapacidades que se causen, según lo establecido por el Decreto 2463 de 2001.

3. Pruebas relevantes aportadas al proceso.

3.1 Copia de las incapacidades otorgadas a la accionante. (Folios 18 – 20).

3.2 Copia de las órdenes de cirugía de la accionante. (Folios 21 – 32).

3.3 Copia del dictamen de calificación de invalidez realizado por Seguros de vida Alfa, del 3 de agosto de 2009, que arrojó un 31,40% de pérdida de capacidad laboral. (Folio 33 – 35).

3.4 Copia del dictamen de calificación de invalidez No. 51750554 del 17 de septiembre de 2009, realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá Cundinamarca, en donde se estableció que la accionante contaba para la fecha del mismo con un 31,80% de pérdida de capacidad laboral. (Folios 36 – 40).

3.5 Copia del recurso de reposición y en subsidio de apelación que interpuso la accionante frente al dictamen arriba reseñado. (Folios 41 – 43).

3.4 Copia de la historia clínica de la accionante. (Folios 46 – 49).

3.5 Copia del contrato laboral de la accionante. (Folios 99 – 102).

II. Sentencias objeto de revisión.

1. Primera instancia

El Juzgado 32 Penal Municipal de Bogotá, mediante sentencia del 10 de noviembre de 2009, decidió no tutelar los derechos de la accionante, argumentando que ninguna de las accionadas tiene una obligación legal con la actora, puesto que (i) a la EPS no le corresponde el pago de incapacidades mayores a 180 días, (ii) la empresa Technodigital S.A. no ha dado por terminado el contrato laboral de la accionante y continúa realizando los pagos de aportes a seguridad social, finalmente, (iii) respecto de la Administradora de fondos de pensiones estableció que tal como lo reseñó en su escrito de contestación de demanda, la misma no ha dilatado el trámite de calificación de invalidez de la actora, y no existe concepto favorable de rehabilitación que es en la única circunstancia en que procedería el reconocimiento y pago de un subsidio equivalente a incapacidades mayores a 180 días.

Además, argumenta que no se encuentra probado en el expediente la ocurrencia de un perjuicio irremediable para la actora, y en esta medida la acción es improcedente.

2. Impugnación del fallo.

La accionante impugnó el fallo de primera instancia por considerar que sus derechos sí están siendo vulnerados, puesto que es claro que se está en presencia de un perjuicio irremediable, toda vez que ella y sus dos hijas dependen económicamente de su esposo, quien devenga un salario de \$600.000, suma que no es suficiente para sufragar sus gastos mínimos vitales, y los que generan tanto su enfermedad como la de su hija de 23 años que es sujeto de especial protección constitucional, ya que padece de discapacidad mental.

3. Segunda instancia.

El Juzgado 6 Penal del Circuito de Bogotá, en sentencia del 15 de enero de 2010, decidió confirmar el fallo impugnado, toda vez que encontró la sentencia del a quo ajustada a la ley, y sostuvo que aunque la situación de la accionante “pueda verse como injusta y de alto impacto en su nivel de vida, [sic] para otorgar la tutela solicitada, no se puede tener en cuenta ello, sino que tiene el juez que atender a la normatividad que rige lo relacionado con el cubrimiento de las incapacidades (...)” y una vez revisada, encontró al igual que el juez de primera instancia, que ninguna de las accionadas ha vulnerado los derechos fundamentales de la actora, y que sus actuaciones están conforme al ordenamiento jurídico.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección número Dos, mediante Auto del veintiséis (26) de febrero de dos mil diez (2010), dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer de la revisión de los fallos materia de acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

2. Problema jurídico.

De los hechos narrados y probados durante el proceso, se desprende que corresponde a la Sala de Revisión establecer si las empresas demandadas han vulnerado los derechos fundamentales de la accionante al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la dignidad humana, al no reconocer una incapacidad mayor al segundo periodo de 180 días.

Antes de entrar a resolver el anterior problema jurídico, la Sala analizará (i) la procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de acreencias laborales y (ii) el marco normativo de las prestaciones por enfermedad no profesional o accidente común. Finalmente (iii) se analizará el caso concreto.

2.1. Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de acreencias laborales. Reiteración de la jurisprudencia.

1. La Constitución de 1991 instauró la acción de tutela como un mecanismo destinado a la protección de los derechos fundamentales que se puedan ver vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por un particular en los casos señalados en la ley³.

Así mismo, para poder hacer uso de este mecanismo, es necesario que no existan otros medios de defensa judicial para la protección de los derechos que se consideran vulnerados, o que existiendo tal, el mismo no sea idóneo para salvaguardarlos. También es posible utilizarla como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. De acuerdo con lo anterior, es claro que la acción de tutela no es el medio apropiado para

dirimir controversias relativas a la reclamación de acreencias laborales, ya que tal como lo ha establecido el Código Procesal del Trabajo, para este tipo de debates se cuenta con las acciones ordinarias laborales, especialmente creadas para tales fines.

3. Sin embargo, se ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reconocimiento de una acreencia laboral, cuando se puedan ver afectados o amenazados los derechos fundamentales al mínimo vital, la seguridad social y la subsistencia del peticionario, por cuanto el medio ordinario no es eficaz a la luz de las circunstancias especiales que se puedan presentar en cada caso en particular, máxime cuando no cuenta con otra fuente de ingresos para sufragar sus gastos propios y los de su núcleo familiar.

4. Esta posición ha sido defendida por esta Corporación en varias ocasiones, así, en la Sentencia T-311 de 1996, sostuvo:

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

5. De esta manera, si se evidencia que en el caso que se estudie los derechos fundamentales al mínimo vital, la seguridad social y la vida en condiciones dignas se encuentran en peligro, o ya se están viendo vulnerados, procede entonces la tutela para el reconocimiento de acreencias laborales, tales como la indemnización por incapacidad parcial.

6. Siendo esto así, se han establecido tres situaciones en las que se torna procedente la acción de tutela para el reclamo de dicho tipo de prestaciones:

“(i) cuando tales prestaciones constituyen el único medio de subsistencia de quien las solicita (afectación del mínimo vital).

(ii) cuando se afecta el derecho a la salud de quien se encuentra incapacitado y dada la ausencia de pagos, es abocado a reincorporarse a sus actividades de manera anticipada sin que pueda recuperarse satisfactoriamente.

El no pago de una incapacidad laboral, puede generar no sólo el desconocimiento del derecho fundamental al mínimo vital del trabajador, sino también, la vulneración de su derecho a la vida digna y a la salud. Ello es evidente, cuando la persona, al no recibir ingreso alguno se ve obligada a interrumpir su período de incapacidad para reincorporarse a sus actividades laborales, aún cuando no se encuentra en condiciones físicas para ello, con el ánimo de obtener los recursos económicos que le permitan solventar sus necesidades básicas y las de su familia. En estos casos, el trabajador se expone a que su salud no se restablezca o se empeore por no surtir el período necesario de quietud y convalecencia recomendado por el médico tratante.

(iii) cuando las E.P.S. se niegan a cancelar las incapacidades bajo el argumento de que no se pagaron oportunamente los respectivos aportes al sistema.⁴

En este punto, aplica la teoría de allanamiento a la mora, tantas veces debatida por la jurisprudencia constitucional, y que consiste en el pago extemporáneo o tardío de los aportes al sistema por parte del empleador o trabajador independiente, el cual, es aceptado sin objeción alguna por la Entidad Promotora de Salud. Con este actuar, se entiende que la entidad se allana a la mora y no puede excusarse en esta circunstancia para negar la prestación reclamada y trasladarle la responsabilidad a quien efectuó la cotización.”⁵

2.2. Marco normativo de las disposiciones constitucionales y legales aplicables en materia de incapacidades laborales generadas por enfermedad común.

7. La Constitución Política consagró un extenso catálogo de derechos y garantías para todos los habitantes del territorio nacional; y específicamente en su artículo 13 instituyó “la protección especial que debe brindar el Estado a aquellas personas que se encuentran en

circunstancias de debilidad manifiesta por motivo de su condición económica, física o mental, como es el caso de los inválidos, discapacitados, y quienes tienen alguna limitación física, psíquica o sensorial”⁶

8. Es claro entonces, que las personas en condición de discapacidad, son sujetos de especial protección constitucional, y en esta medida el Estado les debe garantizar la protección de sus derechos fundamentales, sobre todo cuando se trata de la vida, la seguridad social y el mínimo vital, entre otros.

9. Ahora bien, dentro de las incapacidades laborales se puede distinguir entre tres tipos, a saber: “(i) temporal, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) permanente parcial, cuando se presenta una disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) permanente (o invalidez), cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%.”⁷

10. Específicamente, respecto de aquellas incapacidades que tienen su origen en enfermedad común o no profesional, se han establecido como una prestación propia del Sistema de Seguridad Social que pretende amparar las contingencias surgidas con ocasión de perturbaciones en la salud de los trabajadores dependientes o independientes, en aras de proporcionarle un mínimo sustento al trabajador que dadas las circunstancias en las que se encuentra no puede ejercer sus labores.

11. Por otra parte, el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, dispone que: “Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 1578, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto”.

12. Así mismo, el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, prevé que el trabajador tiene derecho a que el empleador le pague, hasta por 180 días, un auxilio monetario por

enfermedad no profesional⁹.

13. Por lo tanto, se tiene que dado el caso en que un trabajador a raíz de una enfermedad de origen común resulte incapacitado, los primeros 3 días deberán ser cancelados por el empleador; y los siguientes días hasta completar 180, le corresponde pagarlos a la EPS.

14. Igualmente, ubicados en los 180 días que corren a cargo de la EPS, antes del día 150, esta deberá emitir un concepto del servicio de rehabilitación integral del incapacitado, frente al cual, en caso de que sea favorable es decir que el trabajador se pueda rehabilitar, la Administradora de Fondos de Pensiones, previa autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro provisional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, puede postergar el trámite de calificación ante las Juntas de Calificación de Invalidez hasta por un término máximo de 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal concedida por la Entidad Promotora de Salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador¹⁰.

Si el concepto resulta desfavorable, es decir que no es posible la rehabilitación del trabajador, igualmente antes del día 150 las Administradoras de Fondos de Pensiones, deberán remitir los casos a las Juntas de Calificación de Invalidez¹¹.

15. Respecto de la calificación de invalidez, si el porcentaje de pérdida de capacidad laboral es del 50% o mayor, se genera el reconocimiento de una pensión de invalidez a favor del trabajador afectado.

16. En el caso contrario, es decir cuando la pérdida de capacidad laboral es inferior al 50%, no se causa el derecho a la pensión de invalidez, pero el trabajador en esta situación no queda desprotegido, debido a que de acuerdo con lo consagrado en el Decreto 2177 de 1989, en su artículo 17: “los trabajadores de los sectores público y privado que según concepto de la autoridad competente (de salud ocupacional o quien haga las veces en la respectiva entidad de seguridad o previsión social o de medicina del trabajo, en caso de no existir afiliación a dichas instituciones), se encuentren en estado de invalidez física, sensorial o mental, para desempeñar las funciones propias del empleo de que sean titulares y la incapacidad no origine el reconocimiento de pensión de invalidez, se les deberán asignar funciones acordes con el tipo de limitación o trasladarlos a cargos que tengan la misma

remuneración, siempre y cuando la incapacidad no impida el cumplimiento de las nuevas funciones ni impliquen riesgo para su integridad”.

17. Ahora bien, como en el caso que se estudia en esta oportunidad, la incapacidad laboral no da lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez, puesto que la calificación es inferior al 50%, y aún así el trabajador no puede continuar con sus labores al punto que continúa incapacitado superando los 180 días iniciales consagrados en la ley, se debe determinar quién es el encargado de cancelar la incapacidad que se cause a partir del día 181.

18. Esta Corte ha señalado en varias ocasiones, que el pago de las incapacidades laborales mayores a 180 días se encuentra a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador.

Así, la sentencia T- 980 de 2008 estableció: “La interpretación sistemática de los preceptos citados permite concluir que, en la actualidad, las Entidades Promotoras de Salud no pueden legalmente cubrir con cargo al Sistema General de Seguridad Social en Salud prestaciones económicas derivadas de incapacidad temporal generada en enfermedad general, por más de 180 días.

Cumplidos los 180 días continuos de incapacidad temporal, será al Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliado la persona a quien corresponde el pago de la prestación económica, mientras se produce la calificación de invalidez por parte de la Junta de Calificación de Invalidez, en los términos del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001”.

19. En el mismo sentido, se pronunció en la sentencia T-920 de 2009:

“Lo anterior, por cuanto el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, al señalar que es posible postergar el trámite de calificación de invalidez, hasta por 360 días, y que en dicho lapso, el fondo de pensiones debe otorgarle al trabajador un subsidio equivalente al de la incapacidad que venía disfrutando por parte de la respectiva E.P.S., lleva a concluir que es al fondo de pensiones a quien le corresponde asumir el pago de las incapacidades a partir del día 181 hasta la fecha en que se produzca el dictamen de invalidez, por lo menos, por 360 días más”¹².

En la providencia anteriormente citada, también precisó la Corte que “(...) a la Entidad

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

2.3 Análisis del caso concreto.

20. De los hechos narrados se desprende que la accionante fue calificada por Seguros de Vida Alfa S.A., el 3 de agosto de 2009, y el resultado fue una pérdida de capacidad laboral del 31.4%. Frente a éste dictamen interpuso los recursos correspondientes, y una vez examinada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá Cundinamarca, obtuvo una nueva calificación, con un porcentaje de 31.80%.

21. De acuerdo con el dictamen realizado por Seguros de Vida Alfa S.A., el día 181 de la incapacidad de la accionante se cumplió el 17 de julio de 2009¹³, y a la fecha de la interposición de la tutela, la accionante aún se encontraba incapacitada, y según comunicación telefónica con la misma, actualmente su situación no ha mejorado.

22. Los jueces de instancia consideraron que ninguna de las entidades accionadas ha vulnerado los derechos fundamentales de la actora, puesto que la empresa empleadora, Techno Digital S.A. no ha terminado el contrato laboral de la misma, la Empresa Prestadora de Servicios de Salud Famisanar Ltda., a la que se encuentra afiliada la accionante, canceló oportunamente los primeros 180 días de incapacidad, y finalmente, el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. no está obligada a cancelar ningún tipo de prestación.

23. Por lo tanto, corresponde a la Sala determinar si las entidades demandadas vulneraron o no los derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social de la Señora Sandra Silva Bustamante, al omitir el pago de las incapacidades laborales expedidas por su médico tratante, a consecuencia de la osteoartrosis degenerativa generalizada que padece, y que se generaron con posterioridad al dictamen de invalidez, en el que se determinó una pérdida de la capacidad laboral inferior al 50%.

24. De acuerdo con la normatividad antes reseñada, encuentra la Sala que Techno Digital S.A. no ha vulnerado los derechos fundamentales de la actora, puesto que no ha dado por terminado su contrato laboral y continúa realizando los aportes correspondientes a seguridad social, manteniendo así la estabilidad laboral reforzada con la que cuenta la señora Sandra Silva Bustamante en razón a su condición de discapacidad.

25. Respecto de la E.P.S. Famisanar Ltda, para la Sala es claro que no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, puesto que cumplió con la obligación legal de pagar las incapacidades correspondientes a los primeros 180 días de incapacidad.

26. Ahora bien, como se vio anteriormente de acuerdo con la interpretación extensiva que ha venido realizando esta Corte del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, en aras de proteger los derechos de las personas que en razón de su incapacidad no se encuentran en condiciones de continuar sus labores, de las cuales extraen el sustento suyo y de su familia, le corresponde a las Administradoras de Fondos de Pensiones, en este caso al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., reconocer a la actora, una indemnización equivalente a la incapacidad que venía disfrutando por parte de la E.P.S., hasta completar 360 días de incapacidad, a menos que (i) se emita un concepto favorable de recuperación que le permita reincorporarse a sus actividades, o (ii) se lleve a cabo una nueva evaluación de su capacidad laboral, que le permita acceder a la pensión de invalidez.

27. Es importante mencionar que si bien el salario recibido por la actora no era el único sustento con el que contaba su familia, puesto que su esposo devengaba al momento de la interposición de la tutela \$600.000 mensuales, debe tenerse en cuenta la situación especial de la señora Silvia Bustamante, ya que su núcleo familiar está compuesto por una hija menor de edad , y otra que cuenta con 23 años pero padece de discapacidad mental, lo que, tal como fue demostrado por la accionante¹⁴, le genera gastos extras en medicamentos, por lo que se ven afectados sus derechos al mínimo vital y a la seguridad social.

28. Por todo lo anterior, la Sala concederá el amparo a los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de la señora Sandra Silva Bustamante y, en consecuencia, ordenará a la E.P.S. Famisanar Ltda. que autorice, si aún no lo ha hecho, las incapacidades laborales expedidas por el médico tratante en su favor y las remita de inmediato al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que efectúe el pago de las mismas en las

condiciones atrás indicadas, hasta que quede en firme el dictamen que emita la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- Revocar el fallo proferido por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bogotá, del 15 de enero de 2010 y en su lugar CONCEDER el amparo de los derechos al mínimo vital y seguridad social de Sandra Silva Bustamante.

Segundo. ORDENAR a la E.P.S. Famisanar Ltda. que autorice, si aún no lo ha hecho, a más tardar en el término de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, el reconocimiento de las incapacidades laborales expedidas por el médico tratante a favor de Sandra Silva Bustamante, y las remita de inmediato al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que a más tardar en el término de 48 horas proceda a efectuar el pago de aquellas incapacidades que superen los 180 días, a partir del 17 de julio de 2009, comprendiendo tanto las previas al concepto favorable de rehabilitación como las posteriores al primer dictamen de invalidez, hasta completar 360 días, a menos que se emita un nuevo concepto que establezca que la accionante está apta para reanudar sus labores por parte del médico tratante, o se pueda efectuar una nueva calificación de invalidez por parte de la entidad competente para ello.

Tercero. Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado Ponente

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1A folio 14 se encuentra copia del carné de afiliación a la EPS Famisanar de la hija mayor de la accionante, donde consta que padece una discapacidad mental o psíquica.

2 Folio 74

3 Artículo 86 Constitución Política.

4 Ver Sentencia T-1242 de 2008.

5 Sentencia T-920 de 2009.

6 Ibídem.

7 Ibídem.

8 Este artículo trata sobre los afiliados al Sistema mediante el Régimen Contributivo y el Régimen Subsidiado.

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

10 De acuerdo con lo consagrado en el artículo 23 del Decreto 2461 de 2001, “por el cual se

reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez”.

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

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

(...)

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

13 Folio 34.

14 Folios 14 a 17.