

## Sentencia T-612/10

### INCAPACIDAD LABORAL POR ENFERMEDAD GENERAL-Requisitos para el reconocimiento y pago a trabajador independiente

La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que para acceder a las prestaciones económicas que surgen como consecuencia de incapacidades laborales por enfermedad general es necesario verificar el cumplimiento de una serie de requisitos. Sin embargo, es posible afirmar que no ha habido total uniformidad sobre esta materia, situación que fue evidenciada por primera vez a partir de la sentencia T-468 de 2007 en la que se realizó un análisis sistemático y general de las sentencias que la Corte Constitucional ha proferido sobre este asunto. Por tal motivo, se ha visto la necesidad de unificar las exigencias para acceder al reconocimiento y pago de este tipo de incapacidades, las cuales encuentran fundamento en las normas reglamentarias de la ley 100 de 1993. Debe precisarse que para la solución del caso que hoy se presenta, esta Sala de Revisión hará referencia a la situación concreta de los trabajadores independientes. Previo a la verificación de los requisitos, se debe determinar al momento de establecer si un integrante del Sistema de Seguridad en Salud, tiene derecho al pago de una incapacidad general se debe establecer que éste tenga la calidad de afiliado a la E.P.S que solicita la prestación económica, puesto que ella es un beneficio que se le otorga a las personas que ostentan tal atributo. Lo anterior de conformidad con el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 806 de 1998 literal b. Se encuentra acreditado en el expediente que la accionante está desvinculada de la EPS Humana Vivir desde el 30 de octubre del año 2008, fecha previa a la expedición de las incapacidades que solicita sean reconocidas y pagadas vía tutela, por ello al no tener la actora la calidad de afiliada a la entidad demandada no se hace beneficiaria del reconocimiento y cancelación de la prestación económica por incapacidad.

Referencia: expediente T-2.606.275

Acción de tutela instaurada por Biviana Saavedra Zambrano contra HUMANA VIVIR E.P.S.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., cinco (5) de agosto de dos mil diez (2010).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa 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 de primera instancia dictado por el Juzgado Noveno (9º) Civil Municipal de Ibagué, y de segunda instancia proferido por el Juzgado Quinto (5º) Civil del Circuito de Ibagué, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Biviana Saavedra Zambrano contra la HUMANA VIVIR E.P.S.

### I. ANTECEDENTES

Biviana Saavedra Zambrano interpuso acción de tutela en contra de HUMANA VIVIR E.P.S por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante sustenta su pretensión en los siguientes

#### Hechos

1.-La accionante, Biviana Saavedra Zambrano, se afilió a la EPS Humana Vivir en calidad de cotizante independiente el siete (7) de septiembre del año 2004.

2.-Indica la actora, que el 21 de septiembre de 2009, solicitó ante Humana Vivir EPS-S la cancelación de las incapacidades médicas que le fueron expedidas por padecer cáncer en el ovario, correspondientes a los meses de diciembre de 2008, enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2009.

3.- Manifiesta la accionante que, estas incapacidades no fueron canceladas por parte de la EPS accionada, pese a haberle solicitado para ello, el número de cuenta bancaria y las pruebas de que padece una enfermedad oncológica.

4.- La entidad demandada negó el pago de dichas incapacidades, pues al momento de expedición de las mismas, la señora Biviana Saavedra Zambrano se encontraba desafiada de Humana Vivir EPS

5.- Considera la accionante que, la actitud omisiva de la entidad accionada frente a la cancelación de las incapacidades vulnera sus derechos fundamentales.

#### Solicitud de Tutela

6. Con fundamento en los hechos narrados, la ciudadana Biviana Saavedra Zambrano, solicita se ordene a HUMANA VIVIR E.P.S. el pago inmediato de las incapacidades correspondientes a los meses de diciembre de 2008, enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2009. Lo anterior por cuanto su enfermedad no le permite laborar y esto afecta su mínimo vital.

#### Respuesta de la entidad demandada

7. La apoderada de HUMANA VIVIR EPS, en escrito presentado el once de noviembre de 2009, indicó que la entidad que representa carece de legitimación por pasiva en el presente proceso, ya que la accionante se encuentra desvinculada de dicha E.P.S desde el 30 de octubre de 2008.

Lo anterior permite inferir que al momento de expedición de las incapacidades solicitadas por la señora Biviana Saavedra Zambrano, ésta no se encontraba afiliada a Humana Vivir E.P.S.

Finalmente, señala la apoderada de Humana Vivir E.P.S. que conforme a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 2266 de 1998, no es posible darle trámite a la solicitud de la actora, pues el mencionado decreto dispone que en ningún caso se debe expedir certificado de incapacidad o licencia en formato aprobado por el ISS a quienes no tiene la condición de afiliados cotizantes activos de la E.P.S-ISS.

Por lo anterior, solicitó la representante de HUMANA VIVIR EPS se declare la improcedencia de la acción de tutela, y adicionalmente pide se integre el litisconsorcio necesario con el empleador de la señora Biviana Saavedra Zambrano.

#### Decisiones judiciales objeto de revisión

## Sentencia de primera instancia

8.- El Juzgado Noveno Civil Municipal de Ibagué, en fallo de 18 de noviembre de 2009, luego de citar la normatividad constitucional referente al tema de tutela, negó el amparo solicitado por la accionante, al considerar que se estaba ante una carencia de objeto. A esta conclusión arribó el a quo luego de analizar los documentos presentados al proceso, en los que consta que la señora Biviana Saavedra Zambrano se retiró de la EPS Humana Vivir a partir del 30 de octubre de 2008, fecha previa a la expedición de las incapacidades.

Adicional a lo anterior, indicó el fallador de instancia no contar con el material probatorio suficiente que permita inferir la veracidad de los hechos alegados por la accionante, ya que con la demanda de tutela no se aportó el carné de afiliación a la entidad demandada, ni las ordenes de licencia, la solicitud de pago y reconocimiento de las mismas.

## Impugnación

9. En escrito de impugnación presentado el veinticuatro de noviembre de 2009, la accionante manifestó su inconformidad con la decisión del a quo de negar el amparo solicitado, ya que a su decir, el fallador cometió un error al dar credibilidad a lo indicado por la entidad demandada y no estudiar correctamente las pruebas aportadas por ella.

Lo anterior, por cuanto afirma que ella no se desvinculó a la EPS accionada, sino, que fue Humana Vivir quien pasó comunicación interna desvinculándola de la institución cuando se percataron de su enfermedad.

Finalmente indica que, a pesar de su desvinculación, la E.P.S. accionada continuó recibiendo los pagos.

Con el escrito de impugnación, la accionante aportó al proceso copia de las incapacidades expedidas a la actora, así como copia del carné y de la historia clínica.

## Sentencia de segunda instancia

10.- El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ibagué, confirmó la decisión proferida por el a quo, al considerar que la accionante no cumplía con los requisitos para el pago de la prestación económica perseguida por la actora.

Lo anterior por cuanto se encuentra acreditado en el expediente que la señora Biviana Saavedra Zambrano está desvinculada de la E.P.S. Humana Vivir desde el mes de octubre de 2008.

Resaltó el a quem el hecho de que los servicios médicos e incapacidades fuesen prestados y expedidos a cargo de la Gobernación del Tolima y no de la E.P.S. accionada, situación que permite confirmar el hecho de que se pretende hacer efectivo el cobro de una prestación económica a Humana Vivir sin tener ésta la obligación de acceder a ello, pues a la fecha de causación de tal prestación la accionante no estaba afiliada a la E.P.S. demandada.

Pruebas relevantes en el expediente.

En el expediente constan las siguientes pruebas:

- Cedula de ciudadanía de la accionante.
- Escrito presentado por la actora a la E.P.S HUMANA VIVIR en el que indica número de cuenta para que le sea consignado el pago de las incapacidades.
- Copia de la página del Fosyga en la cual aparece desafiliada la accionante.
- Copia de certificado expedido por el área operativa de HUMANA VIVIR E.P.S, en el cual aparece desafiliada la accionante.
- Copia de pagos realizados por la accionante a la E.P.S HUMANA VIVIR, correspondiente a los períodos de cotización de junio, julio, septiembre y octubre de 2008
- Incapacidades expedidas por el Instituto Nacional de Cancerología a cargo de la E.P.S. Gobernación del Tolima.

Actuaciones judiciales

- En escrito presentado por la apoderada de Humana Vivir, a solicitud del Magistrado sustanciador, la representante de dicha entidad indica que la accionante realizó su última cotización para el período de octubre de 2008 y dicho pago se efectuó el 1 de abril de 2009.

Así mismo señaló que, la desvinculación se surtió por solicitud de la usuaria en la fecha

señalada y que nunca se realizó el pago de incapacidades a la actora por cuanto legalmente no tenía derecho a ello.

- Documentos allegados al proceso por parte de señora Biviana Saavedra Zambrano a solicitud del magistrado sustanciador.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

### Problema jurídico

2.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si la EPS Humana Vivir vulnera los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Biviana Saavedra Zambrano, al no cancelar las prestaciones económicas surgidas con ocasión de las incapacidades por enfermedad general que padece la actora, bajo el argumento de que ésta no se encontraba afiliada a dicha entidad en el momento de expedición de las mismas.

3.- A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) la procedencia de la acción de tutela para reclamar derechos prestacionales, (ii) el derecho fundamental a la seguridad social. Reiteración de jurisprudencia, (iii) la incapacidad laboral por enfermedad general, (iv) Requisitos para el reconocimiento y pago de incapacidades por enfermedad general y, (v) el caso concreto.

i. La procedencia de la acción de tutela para reclamar derechos prestacionales.

De conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación<sup>1</sup>, la acción de tutela no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de prestaciones derivadas del derecho a la seguridad social, como las incapacidades por enfermedad general.

La razón para ello es el carácter subsidiario que posee el mecanismo judicial previsto en el artículo 86 de la Constitución<sup>2</sup>, pues el legislador ha establecido un escenario judicial concreto para los eventuales conflictos que surjan a propósito de la exigencia de este derecho, cual es la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social.

Sin embargo, la jurisprudencia constante de esta Corporación<sup>3</sup>, con base en el artículo 86 de la Constitución, también ha indicado dos excepciones a la regla general de la improcedencia.

En primer lugar, la acción de tutela procederá como mecanismo principal en el evento en que el medio judicial previsto para este tipo de controversias no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto. Con el fin de determinar esta situación, la Corte, en oportunidades anteriores, ha valorado varios factores, entre los que se destaca la edad del peticionario, las condiciones de salud, la afectación del mínimo vital y otras circunstancias que no tienen que ver con las condiciones personales del peticionario(a), como es la posibilidad de que para el momento del fallo definitivo el conflicto sobre el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pretensión económica haya perdido su razón de ser.

La idoneidad y eficacia del mecanismo ordinario para reclamar el reconocimiento de una prestación económica se comprueba a través del análisis por parte de la autoridad judicial de los hechos del caso concreto.

En segundo lugar, procederá como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, cuando es necesaria para evitar un perjuicio irremediable.

Es necesario aclarar que la existencia del perjuicio irremediable se verifica mediante el análisis de los hechos del caso concreto, pues éste puede provenir de situaciones diferentes a las contempladas en los criterios antes reseñados, de donde se sigue que éstos son una guía y no una camisa de fuerza para la autoridad judicial.

Si se alega como perjuicio irremediable la afectación del mínimo vital, la Corte ha indicado que si bien es posible presumir su afectación, en general quien alega una vulneración de este derecho como consecuencia de la falta de reconocimiento de una prestación económica generada del derecho a la seguridad social, debe acompañar su afirmación de alguna

prueba, al menos sumaria. Esta Corporación ha reconocido que la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones<sup>6</sup>.

En relación con la existencia del otro medio de defensa judicial ha señalado la jurisprudencia de la Corte que no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela, basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda. Sin embargo, si el demandante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, por prescripción o caducidad de la acción, la tutela no procede como mecanismo transitorio<sup>7</sup>.

Ante la presencia de alguno de los dos supuestos explicados la acción de tutela es procedente y la autoridad judicial debe estudiar entonces si se existe una violación o amenaza al derecho fundamental a la seguridad social y al mínimo vital.

ii. El derecho fundamental a la seguridad social. Reiteración de jurisprudencia.

La seguridad social se instituye en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social.

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social<sup>8</sup>. El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona afirma que:

“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”.

De manera similar, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prescribe:

“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”.

De la lectura de las normas transcritas se deduce que el derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar a cabo una vida digna a causa de la vejez, el desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral.

Como se puede apreciar, el derecho a la seguridad social demanda el diseño de una estructura básica que, en primer lugar, establezca las instituciones encargadas de la prestación del servicio y precise, además, los procedimientos bajo los cuales éste debe discurrir. En segundo término, debe definir el sistema a tener en cuenta para asegurar la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra especial importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social<sup>9</sup>.

De acuerdo a la clasificación ampliamente difundida en la doctrina que se ha ocupado de los derechos fundamentales, la cual toma como base el proceso histórico de surgimiento de estas garantías como parámetro de consulta para establecer la naturaleza de tales derechos, la seguridad social es un derecho que se inscribe en la categoría de los derechos de segunda generación -igualmente conocidos como derechos sociales o de contenido económico, social y cultural-.

En el ordenamiento jurídico colombiano y, durante un amplio lapso, la doctrina constitucional - incluida la jurisprudencia de la Corte Constitucional-, acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros generadores de obligaciones negativas o de abstención y por ello reconocidos en su calidad de derechos fundamentales y susceptibles de protección directa por vía de tutela. Los segundos, desprovistos de carácter fundamental por ser fuente de prestaciones u obligaciones positivas, frente a los cuales, por ésta misma razón, la acción de

tutela resultaba, en principio, improcedente.

Sin embargo, desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó “tesis de la conexidad” 10.

Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva<sup>11</sup>. El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos – políticos, civiles, sociales, económicos y culturales – es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado).

Según esta óptica, la implementación práctica de todos los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma tal que despojar a los derechos sociales – como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros – de su carácter de derechos fundamentales por ésta razón resultaría no sólo confuso sino contradictorio.

Es por ello que en pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que todos los derechos constitucionales son fundamentales<sup>12</sup> pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios – económicos y educativos – indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas

personas ubicadas en un situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).

Ahora bien, una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra - muy distinta - la posibilidad de hacerlos efectivos a través de la acción de tutela.

Existen facetas prestacionales de los derechos fundamentales - sean éstos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales -, como el derecho a la pensión, cuya implementación política, legislativa, económica y técnica es más exigente que la de otras y depende de fuertes erogaciones económicas en un contexto de escasez de recursos. Esto supone que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan. Sobra decir que, en esta tarea, el legislador y la administración deben respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas<sup>13</sup>.

La necesidad del desarrollo político, reglamentario y técnico no determina que estos derechos pierdan su carácter fundamental, pero sí tiene repercusiones en la posibilidad de protegerlos mediante la acción de tutela pues la indeterminación de algunas de sus facetas prestacionales dificulta establecer con exactitud, en un caso concreto, quien es el sujeto obligado, quien es el titular y cual es el contenido prestacional constitucionalmente determinado.

En este sentido, la Corte ha señalado que sólo una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, las personas pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de estos derechos fundamentales cuando quiera que este se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado<sup>14</sup>, previo análisis de los requisitos de procedibilidad de este

mecanismo constitucional.

La anterior regla tiene una excepción, pues también ha indicado la Corte que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes en adoptar e implementar medidas orientadas a realizar estos derechos fundamentales en la práctica, los jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de sujetos de especial protección o, en general, de personas colocadas en situación evidente de indefensión<sup>15</sup>.

De esta forma queda claro que el derecho a la seguridad social – dentro del cual se inscribe el derecho al pago de incapacidades por enfermedad general-, es un derecho fundamental y que, cuando se presenten alguno de los eventos descritos, la acción de tutela puede ser usada para protegerlo, siempre y cuando se verifiquen, además, los requisitos de procedibilidad de este mecanismo procesal.<sup>16</sup>

iii. La incapacidad laboral por enfermedad general.

La incapacidad laboral es entendida como el estado de inhabilidad física o mental de una persona que le impide desempeñar en forma temporal o permanente su profesión u oficio<sup>17</sup>, y puede tener origen en accidente de trabajo, accidente común, enfermedad profesional o enfermedad general.

Se entiende que la incapacidad tiene origen en enfermedad general cuando la inhabilidad física o mental sobreviene a una enfermedad o accidente no originado por causa o con ocasión de la clase de trabajo que desempeña.

El pago de incapacidades por enfermedad general hace parte del régimen de Seguridad Social y está a cargo de las instituciones que hacen parte del sistema. Concretamente la Ley 100 de 1993 estableció en su artículo 206 lo siguiente:

“Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157<sup>18</sup>, 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...”.

El pago de las incapacidades evita que se vean comprometidos los derechos fundamentales de quien padece una disminución de sus habilidades físicas o mentales. En ese sentido esta Corporación ha señaló:

“[e]l no pago de una incapacidad médica constituye, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, pero puede generar, además, la violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia. No sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo sino que también se puede afectar directamente la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos.<sup>19</sup>

De allí que el reconocimiento de la incapacidad por enfermedad general constituya un mecanismo idóneo para la salvaguarda de los derechos fundamentales de los trabajadores dependientes e independientes, en especial del derecho al mínimo vital a la salud.

En relación con el derecho al mínimo vital, esta Corporación ha señalado que el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, además se presume que el pago de ellas se constituye en la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizar su sustento y el de su familia.<sup>20</sup>

Frente al derecho a la salud, el pago de las incapacidades médicas constituye una garantía para el trabajador, pues gracias a su pago, aquél puede recuperarse satisfactoriamente sin tener que preocuparse por reincorporarse anticipadamente a sus actividades habituales con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia.

En la medida en que el pago de este tipo de incapacidades procura la consecución de fines constitucionales, se concluye que su creación en el Sistema de Seguridad Social procura la salvaguarda de los mencionados derechos de los trabajadores que padecen una inhabilidad

para desarrollar sus actividades laborales.

iv. Requisitos para obtener el reconocimiento y pago de las incapacidades por enfermedad general.

La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que para acceder a las prestaciones económicas que surgen como consecuencia de incapacidades laborales por enfermedad general es necesario verificar el cumplimiento de una serie de requisitos. Sin embargo, es posible afirmar que no ha habido total uniformidad sobre esta materia, situación que fue evidenciada por primera vez a partir de la sentencia T-468 de 2007 en la que se realizó un análisis sistemático y general de las sentencias que la Corte Constitucional ha proferido sobre este asunto. Por tal motivo, se ha visto la necesidad de unificar las exigencias para acceder al reconocimiento y pago de este tipo de incapacidades, las cuales encuentran fundamento en las normas reglamentarias de la ley 100 de 1993.

Debe precisarse que para la solución del caso que hoy se presenta, esta Sala de Revisión hará referencia a la situación concreta de los trabajadores independientes<sup>21</sup>.

En sentencia T-772 de 2007, luego de hacer un recuento sobre la normatividad aplicable en estos casos y los diversos enfoques que se han desarrollado en la jurisprudencia constitucional en relación a los requisitos para acceder al pago de las incapacidades por enfermedad general, concluyó que para acceder a tal beneficio era necesario acreditar lo siguiente:

“En consonancia con los anteriores argumentos y la norma transcrita, es posible colegir que el trabajador independiente tendrá derecho al pago de la licencia por enfermedad general cuando:

1. Cumpla con los periodos mínimos de cotización, es decir, haya cotizado al Sistema, de forma ininterrumpida y completa, por lo menos cuatro (4) semanas antes a la fecha de la solicitud.

2. Haya cancelado de manera oportuna por lo menos cuatro (4) de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho y además, no haya incurrido en mora en el pago de los aportes durante el periodo en que éste disfrutando de la licencia<sup>22</sup>.

3. No tenga ninguna deuda a favor de las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud “por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades”.

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

5. Cumplimiento de los requisitos mínimos de movilidad en cuanto a la cotización a la seguridad social. “23.

Previo a la verificación de los anteriores requisitos, se debe determinar al momento de establecer si un integrante del Sistema de Seguridad en Salud, tiene derecho al pago de una incapacidad general se debe establecer que éste tenga la calidad de afiliado a la E.P.S que solicita la prestación económica, puesto que ella es un beneficio que se le otorga a las personas que ostentan tal atributo. Lo anterior de conformidad con el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 806 de 1998 literal b que establece lo siguiente:

Decreto 806 de 1998

“28. BENEFICIOS DE LOS AFILIADOS AL REGIMEN CONTRIBUTIVO. El Régimen Contributivo garantiza a sus afiliados cotizantes los siguientes beneficios:

a) La prestación de los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, de que trata el artículo 162 de la Ley 100 de 1993;

b) El subsidio en dinero en caso de incapacidad temporal derivada por enfermedad o accidente ocasionados por cualquier causa de origen no profesional; 24

c) El subsidio en dinero en caso de licencia de maternidad”.

Una vez señalados los anteriores requisitos, procede la sala a establecer si en el caso concreto se cumple con ellos, para así determinar si existió violación de los derechos fundamentales de la actora.

Caso concreto

En el presente caso, la señora Biviana Saavedra Zambrano, quien padece cáncer en el

ovario, solicito el reconocimiento y pago de las incapacidades expedidas con ocasión de la patología que presenta a la EPS Humana Vivir, pues estuvo afiliada a dicha institución desde el 7 de septiembre de 2004 hasta el 30 de octubre de 2008, en calidad de cotizante independiente.

Las incapacidades fueron expedidas por el Instituto Nacional de Cancerología y corresponden a los meses de diciembre de 2008, enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2009. Vale la pena resaltar que, algunas de estas incapacidades fueron expedidas con cargo a la EPS Gobernación del Tolima<sup>25</sup>, y las restantes no indican la EPS a cargo de la cual se expidieron.

Señaló la representante de Humana Vivir EPS que, la accionante registra como último aporte el período de octubre de 2008, mediante pago efectuado el día primero de abril de 2009, e indica que la desvinculación de la actora se surtió por solicitud expresa de la misma<sup>26</sup>, razones éstas por las que se le negó a la señora Biviana Saavedra Zambrano el pago de la prestación económica solicitada.

Una vez expuesto lo anterior, corresponde a esta Sala determinar si la EPS Humana Vivir vulnera los derechos fundamentales de la Señora Biviana Saavedra Zambrano a la seguridad social y al mínimo vital al negarse a reconocer y cancelar las incapacidades expedidas con ocasión de la enfermedad general que padece la solicitante.

Para resolver el problema jurídico planteado, señala la Sala en primer lugar que, conforme a lo expresado en las consideraciones de esta providencia, la acción de tutela no procede en principio para el reconocimiento de prestaciones económicas derivadas del derecho a la seguridad social, como el pago de incapacidades por enfermedad general.

Así mismo, se indicó que, excepcionalmente, con el fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable procede el estudio de la acción impetrada, para lo cual el juez constitucional deberá atender las circunstancias particulares del caso, como serían la afectación del mínimo vital, las condiciones para ser sujeto de especial protección, las condiciones económicas entre otras.

Las circunstancias particulares de la accionante, que como se indicó anteriormente deben ser valoradas por el juez constitucional en cada caso en particular, permiten que la solicitud de

amparo presentada por la señora Biviana Saavedra Zambrano resulte procedente, pues se manifiesta la afectación del mínimo vital y se prueba el padecimiento una enfermedad catastrófica, lo que la hace acreedora de la especial protección del Estado.

Una vez determinada la procedencia de la acción de tutela, pasa la sala a determinar si la señora Biviana Saavedra cumple con los requisitos para que le sean reconocidas las incapacidades por enfermedad general.

En relación con el pago de incapacidades por enfermedad general, la Ley 100 de 1993 en su artículo 206 prescribe lo siguiente:

“Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 15727, 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...”.

Así mismo el Decreto 806 de 1998 señala que, el pago de incapacidades por enfermedad general hace parte de los beneficios de los afiliados al régimen contributivo, al respecto prescribe:

“28. BENEFICIOS DE LOS AFILIADOS AL REGIMEN CONTRIBUTIVO. El Régimen Contributivo garantiza a sus afiliados cotizantes los siguientes beneficios:

....

b) El subsidio en dinero en caso de incapacidad temporal derivada por enfermedad o accidente ocasionados por cualquier causa de origen no profesional;

Las anteriores disposiciones hacen referencia al pago de incapacidades a las personas que tienen la condición de afiliados, de allí que lo primero que se deba verificar en el presente caso sea la afiliación de la accionante a la entidad demandada, y una vez establecida la calidad de tal de la señora Biviana Saavedra Zambrano se estudiarán los requisitos para el pago de la prestación económica solicitada.

En primer lugar, se encuentra acreditado en el expediente<sup>28</sup> que la accionante está desvinculada de la EPS Humana Vivir desde el 30 de octubre del año 2008, fecha previa a la

expedición de las incapacidades que solicita sean reconocidas y pagadas vía tutela, por ello al no tener la actora la calidad de afiliada a la entidad demandada no se hace beneficiaria del reconocimiento y cancelación de la prestación económica por incapacidad.

No puede ser otra la conclusión a que arriba la Sala, ya que el retiro de la accionante de Humana Vivir EPS data del 30 de octubre de 2008 y la solicitud de reconocimiento y pago de las incapacidades en septiembre de 2009, implica que la actora no cumple con los requisitos exigidos para hacerse beneficiaria del pago de las incapacidades. En especial el referente al cumplimiento de los periodos mínimos de cotización de forma ininterrumpida y completa por lo menos cuatro semanas antes de la fecha de la solicitud.

Así mismo, es importante señalar el hecho, resaltado por el a quem, relativo a la expedición de las incapacidades a cargo de una entidad diferente a Humana Vivir EPS, como lo es la EPS Gobernación del Tolima, según consta en el expediente.

Por lo anterior, en la parte resolutive de esta providencia se confirmará la decisión proferida por los jueces de instancia, los cuales denegaron la solicitud de amparo solicitada por la actora, al no cumplir con los requisitos para hacerse acreedora al reconocimiento y pago de las incapacidades expedidas por enfermedad general.

### III. DECISION

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

#### RESUELVE

Primero.- Confirmar la decisión proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ibagué, proferida el 26 de enero de 2010 dentro de la acción de tutela instaurada por Biviana Saavedra Zambrano contra Humana Vivir EPS.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sentencias T-174-08, T-762-08, T-286-08, T-239-08, T-052-08, T-607-07, T-691A-07, T-652-07, T-307-07, T-376-07, T-284-07, T-529-07, T-149-07, T-935-06, T-229-06, T-159-10 entre otras.

2 “Esta acción [la de tutela] sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

3 Sentencias T-762-08, T-286-08, T-239-08, T-052-08, T-691A-07, T-376-07, T-284-07, T-529-07, T-149-07, T-229-06, entre otras.

4 Sentencia T-762-08, T-376-07, T-607-07, T-652-07, T-529-07, T-935-06 y T-229-06, entre otras.

5 Ibídem.

6 En sentencia SU-995 de 1999 la Corte señaló que “(...) en esta clase de procesos preferentes y sumarios, el régimen probatorio está orientado por las facultades excepcionales que confiere el Decreto 2591 de 1991 al juez de amparo, especialmente en los artículos 18, 20, 21 y 22. Además, en la aplicación de las reglas de la sana crítica, debe partir el fallador del principio de la buena fe, constitucionalizado en el artículo 83 de la Carta de 1991.” En el mismo sentido, ver las sentencias T-174-08, T-286-08, T-284-07, T-307-07 y T-1088 de 2000, entre otras.

7 Sentencias T-286-08, T-284-07, T-871 de 1999, T-812 de 2000, entre otras.

8 (i) artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “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”; (ii) artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Artículo 9 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”; (iii) artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona: “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”; (iv) artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “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”; y (v) el artículo 11, numeral 1, literal “e” de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: 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 Sentencia C-623 de 2004

10 Posición planteada desde la sentencia T-406 de 1992.

11 Víctor Abramovich, Christian Courtis, Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

12 Ver las sentencias T-016-07 sobre el derecho a la salud, T-585-08 sobre el derecho a la

vivienda y T-580-07 sobre el derecho a la seguridad social.

13 Al respecto ver las Sentencias C-616 de 2001, C-130 de 2002, C-791 de 2002 y SU-623 de 2001

14 Sentencia T-016-07.

16 Ver sentencia T-090 de 2009.

17 Resolución 2266 de 1998 artículo 1

18 Debe precisarse que el literal a) del artículo 157 Ibídem se refiere a los afiliados al sistema mediante el régimen contributivo, es decir, a las personas vinculadas con contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago.

19 Ver sentencia T-311 de 1996.

20 Ver sentencia T-798 de 2005

21 El artículo 16, numeral c), trae la definición de lo que es un trabajador independiente: “Se clasifica como trabajador independiente a aquel que no se encuentre vinculado laboralmente a un empleador, mediante contrato de trabajo o a través de una relación legal reglamentaria.”

22 En relación con el requisito de oportunidad en los pagos la sentencia T-1059 de 2004 manifestó: “[e]l legislador mostró su preocupación porque los recursos destinados a financiar el SGSSS no sólo ingresaran efectivamente al mismo, sino que lo hicieran en forma oportuna; al punto, que en el artículo 160 de la Ley 100 de 1993 se estableció para los afiliados y beneficiarios el deber de “Facilitar el pago, y pagar cuando le[s] corresponda, las cotizaciones (...)” y en el 161 que los empleadores debían “Pagar cumplidamente los aportes” y “Girar oportunamente los aportes y las cotizaciones a la Entidad Promotora de Salud, de acuerdo a la reglamentación que expida el Gobierno”. Incluso, con relación a estos últimos integrantes del SGSSS – empleadores –, la ley prescribió sanciones para el evento en que no giraran oportunamente los aportes, consistentes en intereses moratorios, multas y hasta el traslado de la responsabilidad por los riesgos y eventualidades que cubre el sistema,

naturalmente, incluido el de maternidad de sus trabajadoras (parágrafo del artículo 161 y artículo 210).

Así mismo, con el objeto de evitar la evasión de los recursos y velar por el cumplimiento de las obligaciones que en materia de aportes establece la Ley 100 de 1993, el Gobierno Nacional, mediante Decreto 1406 de 1999, reguló lo referente al Registro Único de Aportantes y las fechas en que los diferentes integrantes del sistema de seguridad social debían realizar los aportes respectivos. 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.

Sin embargo, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional la aplicación de estas normas se ha modulado, en el sentido de que la sola mora en el pago de las cotizaciones no genera automáticamente el traslado de la responsabilidad al empleador por la licencia de maternidad o la pérdida de este derecho para el trabajador independiente, cuando la respectiva entidad promotora de salud se ha allanado a recibir el pago extemporáneo.”

23 Sentencia T-772 de 2007.

24 Negrilla fuera del texto original.

25 Folio 36, 37, 38,39 cuaderno 1

26 Cuaderno 3, folio 14 y 15

27 Debe precisarse que el literal a) del artículo 157 Ibídem se refiere a los afiliados al sistema mediante el régimen contributivo, es decir, a las personas vinculadas con contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago.

28 Folios 14 y 15, Cuaderno 1