

Sentencia T-144/16

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que puede presentarse a partir de dos eventos que a su vez sugieren consecuencias distintas: hecho superado y daño consumado

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Fondo de Pensiones demostró el pago de la mayoría de incapacidades reclamadas

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

INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 540 DIAS-Marco normativo y jurisprudencial

INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 540 DIAS-Las personas que reclaman el pago de las incapacidades superiores a los 540 días son aquellas que han intentado reintegrarse a la vida laboral, a pesar de la disminución de su fuerza de trabajo

En el caso concreto es evidente que el estado de salud de la actora ha impedido el éxito total de los pretendidos reintegros, pues a favor de ella se siguen expidiendo certificados de incapacidad laboral. Así mismo, es una persona que no goza de una pensión de invalidez; es decir, está incapacitada medicamente para trabajar, pero no es beneficiaria de ninguna fuente de auxilio dinerario para subsistir dignamente. Ello evidentemente indica que se encuentra en situación de debilidad manifiesta, y que se vulnera su derecho al mínimo vital y se amenazan otros derechos fundamentales, tales como la vida digna y la salud.

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES-Orden a Fondo de Pensiones pagar subsidio por incapacidad

Referencia: expediente T-5.205.582

Acción de tutela instaurada por Maritza Cartagena Oviedo contra Salud Total E.P.S. y el Fondo de Pensiones Porvenir S.A.

Procedencia: Juzgado 4° Penal del Circuito de Bucaramanga.

Asunto: Pago de incapacidades superiores a los 540 días.

Magistrada Ponente:
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

En ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de segunda instancia, proferido el 28 de agosto de 2015 por el Juzgado 4° Penal del Circuito de Bucaramanga, que revocó la decisión que, en primera instancia, profirió el Juzgado 6° Penal Municipal de Bucaramanga, el 10 de julio de 2015, mediante la cual se concedió el amparo.

El asunto llegó a esta Corporación por la remisión que hizo la segunda instancia constitucional, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 86 de la Constitución y en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección N°10, mediante auto del 28 de octubre de 2015, escogió el asunto para su revisión.

I. ANTECEDENTES

El 25 de junio de 2015, Maritza Cartagena Oviedo promovió acción de tutela contra Salud Total EPS y el Fondo de Pensiones Porvenir SA, por considerar vulnerados sus derechos a la seguridad social, al trabajo, a la vida digna y a la salud, en tanto esas entidades se han negado a pagar incapacidades médicas expedidas en su favor. Las entidades explican que no están obligadas a efectuar dichos pagos, ya que el periodo de incapacidad de la accionante superó los 540 días continuos.

A. Hechos y pretensiones

1. Maritza Cartagena Oviedo, de 30 años de edad¹, estaba vinculada a la

¹ A pesar de que la accionante no aportó copia de su cédula de ciudadanía, su fecha de nacimiento (22 de junio de 1985) y su edad aparecen registradas en las constancias de servicios médicos prestados y el dictamen de pérdida de capacidad laboral.

empresa DELTHAC1 SEGURIDAD LTDA, como guarda de seguridad desde el año 2009. El 28 de octubre de 2011, al movilizarse hacía su lugar de trabajo en una motocicleta de su propiedad, colisionó con un vehículo de transporte escolar².

2. Con ocasión de ese accidente sufrió varias fracturas (v.g. en el fémur, la clavícula y en la tibia distal) algunas de las cuales no se han consolidado a la fecha de la instauración de la acción de tutela. Así mismo se le diagnosticó pseudoartrosis atrófica del fémur³.

3. Desde entonces ha presentado incapacidades continuas por las secuelas del accidente. Los primeros 180 días de incapacidad los pagó la EPS accionada; es decir, el periodo comprendido entre el 29 de octubre de 2011 y el 25 de abril de 2012. Las siguientes incapacidades, desde día 181 hasta el 540, los asumió el Fondo de Pensiones Porvenir SA⁴.

4. En atención a la normatividad vigente, Porvenir SA y Seguros de Vida Alfa SA llevaron a cabo el primer proceso de calificación de la accionante, de manera que el 30 de julio de 2013, se determinó que la paciente tenía una pérdida de capacidad laboral del 31.75%, estructurada el 17 de mayo de 2013 y con calificación de origen común⁵.

5. Posteriormente, la accionante fue evaluada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander, el 27 de noviembre de 2013. En esta ocasión el dictamen determinó una pérdida de capacidad para trabajar del 45,41%, estructurada el 17 de mayo de 2013 y de origen común.

6. Inconforme con el porcentaje la accionante apeló el dictamen⁶. En la impugnación explicó que no se valoró de forma objetiva su estado real de salud, en especial en lo relacionado con las facultades físicas, mentales, psicológicas y emocionales que necesita para ejercer su trabajo como guardia de seguridad. Así mismo alegó que no se tuvieron en cuenta las secuelas de su accidente, como pérdida de fuerza y dolores en sus extremidades, dolores de cabeza, depresión mayor, tendencias al aislamiento por vergüenza, entre otras.

7. El 3 de julio de 2014, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, al resolver la apelación formulada, encontró que, tal y como lo había establecido la autoridad regional de valoración, la accionante tenía una merma en su fuerza laboral del 45,41%, estructurada el 17 de mayo de 2013 y de origen común. Por tanto, confirmó íntegramente la decisión apelada.

² Según se extrae de la historia médico-laboral que se narra en el dictamen de calificación expedido por la Junta Nacional de Calificación el 3 de julio de 2014. Fl. 39 a 44 cd. 1.

³ Fl.7 cd. 1

⁴ Según lo afirmado por la accionante en un derecho de petición aportado como prueba. Fl 16 cd. 1.

⁵ Según se extrae de la historia médico-laboral que se narra en el dictamen de calificación expedido por la Junta Nacional de Calificación el 3 de julio de 2014. Fl. 39 a 44 cd. 1. Este primer dictamen fue aportado al expediente por Porvenir SA, y en este se advierte que la fecha de notificación del mismo fue el 5 de agosto de 2013. Fl. 128 a 130 cd. 1.

⁶ Fl.41 Cd.1.

En su dictamen la Junta Nacional de Calificación de Invalidez hace un diagnóstico de cuatro padecimientos de la accionante⁷, entre los que se cuentan fractura de la diáfisis del fémur, fractura de clavícula, fractura de la diáfisis de la tibia y trastorno depresivo recurrente. Por este último padecimiento la interesada se encontraba en tratamiento desde 2013 y se le asignó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral específico del 10%⁸.

8. El día 14 de julio de 2014, la EPS Salud Total remitió a la empresa DELTHAC1 SEGURIDAD LTDA una serie de recomendaciones de medicina laboral, a favor de la accionante, con quien continuaba el vínculo laboral. Con sustento en ellas la empleadora reubicó a la señora Cartagena Oviedo en el área administrativa, específicamente en el centro de copiado. Dichas recomendaciones tenían validez de 6 meses contados a partir de la fecha de su expedición⁹.

9. Simultáneamente a los hechos narrados en relación a la calificación de la accionante y con posterioridad a los primeros 540 días de incapacidad, los médicos tratantes siguieron expidiendo incapacidades a la actora en forma continua, de las cuales reclama el pago a través de la presente acción de tutela, así:

Cuadro 1. Incapacidades obrantes en el expediente¹⁰

Número	Fecha de expedición (dd-mm-aa)	Fecha de inicio (dd-mm-aa)	Fecha de terminación (dd-mm-aa)	Días de incapacidad	Continuidad	Cd. 1 Fl
59766688	18-05-2013	13-05-2013	11-06-2013	30	Sin información	9
59766689	24-06-2013	12-06-2013	11-07-2013	30	Si	10
61981552	02-08-2013	12-07-2013	10-08-2013	30	Si	11
76547174	16-09-2013	11-08-2013	09-09-2013	30	Si	12
76547173	11-10-2013	10-09-2013	09-10-2013	30	Si	13

⁷ Fl. 39 Cd.1. En él se lee: Diagnóstico motivo de la calificación: 1) Trastorno depresivo recurrente –No especificado-, 2) Fractura de la diáfisis del fémur; 3) Fractura de la Clavícula; y 4) Fractura de la diáfisis de la tibia. Encontró que del accidente se derivaron “fracturas múltiples en hemicuerpo derecho que involucraron clavícula, fémur y tibia, que requirieron manejo quirúrgico. En fémur se documentó defecto de consolidación y pseudoartrosis, que ameritó nueva intervención. Paciente con evolución hacia la depresión, actualmente en tratamiento”

⁸ Fl.44 Cd.1

⁹ Recomendaciones de Salud Total EPS del 14 de julio de 2014. Fl. 107 cd. Corte.

¹⁰ En negrilla los valores estimados por la Sala a partir de la fecha inicial de la incapacidad y los días de cesación de actividad laboral, previstos médicamente.

7654717 2	18-11-201 3	10-10-201 3	08-11-201 3	30	Si	14
7654717 1	23-12-201 3	09-11-201 3	08-12-201 3	30	Si	15
7159015 1	10-01-201 4	09-12-201 3	07-01-201 4	30	Si	16
7654717 5	05-02-201 4	08-01-201 4	06-02-201 4	30	Si	17
7846784 7	13-03-201 4	07-02-201 4	08-03-201 4	30	Si	18
7552409 2	10-04-201 4	09-03-201 4	07-04-201 4	30	Si	19
7616187 2	10-04-201 4	08-04-201 4	07-05-201 4	30	Si	20
8305678 4	21-05-201 4	08-05-201 4	06-06-201 4	30	Si	21
7616889 3	07-07-201 4	07-06-201 4	06-07-201 4	30	Si	22
8218973 4	14-07-201 4	07-07-201 4	15-07-201 4	8	Si	23
---	01-09-201 4	31-08-201 4	29-09-201 4	30	No	24
---	22-09-201 4	30-09-201 4	29-10-201 4	30	Si	26
---	---	30-10-201 4	28-11-201 4	30	Si	27
8159829 2	25-11-201 4	29-11-201 4	20-12-201 4	22	Si	29
---	---	20-12-201 4	18-01-201 5	30	Si	30
---	27-05-201 5	27-05-201 5	25-06-201 5	30	No	33

10. La accionante solicitó el pago de estas incapacidades en varias ocasiones. Así el 28 de abril de 2014, la accionante realizó la respectiva solicitud a Porvenir SA¹¹, que en respuesta del 2 de mayo de 2014, indicó¹²:

“De manera atenta le informamos que usted tramitó ante esta Sociedad Administradora, el proceso de valoración de la pérdida de capacidad laboral por haber superado 135 días de incapacidad laboral continua.

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que el concepto de rehabilitación emitido por su EPS era Favorable, esta administradora procedió a postergar el proceso de calificación... y en su lugar otorgar un subsidio por incapacidad hasta 360 días adicionales a los

¹¹ Fl. 50 a 54 cd. 1.

¹² Fl. 55 a 57 cd. 1.

reconocidos por la E. P. S....

(...)

Expuesto lo anterior, a usted se le cancelará (sic) el subsidio de incapacidad hasta el día 11 de junio de 2013, fecha en la cual se completaron los 360 días de máxima prórroga de incapacidades, según lo establecido en el Decreto 2463 de 2001, motivo por el cual reiteramos que ninguna (sic) será reconocida con posterioridad a esta fecha.

Por disposición legal, en el evento en que el trabajador sea calificado con porcentaje inferior al 50% de pérdida de capacidad laboral y no exista concepto favorable de rehabilitación, no habrá reconocimiento de ningún tipo de prestación según lo establecido en el artículo 38 de la Ley 100 y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001.”

11. A pesar de la anterior negativa, el 22 de septiembre siguiente, la actora reiteró la solicitud a Porvenir SA¹³ y adicionalmente la envió a Salud Total EPS¹⁴. Esta última entidad contestó que su obligación legal era pagar los primeros 180 días de incapacidad, tal y como efectivamente lo realizó, por tanto debía acudir al Fondo de Pensiones¹⁵. En el expediente no consta respuesta por parte del Fondo de Pensiones a esta segunda solicitud.

12. En el escrito de tutela la accionante sostiene que la AFP Porvenir le ha manifestado que no le corresponde pagar las incapacidades expedidas entre el 7 de julio de 2014 y la “*fecha de interposición de la acción*”, por obedecer a una nueva patología: “*TRASTORNO DEPRESIVO*”¹⁶. Sin embargo no consta en el expediente prueba de tal afirmación, pues no está contenida en la respuesta dada por Porvenir el 2 de mayo de 2014.

13. Por último, la accionante alega que no tiene recursos para subsistir y que su salario es la única fuente de ingresos con la que cuenta. Así mismo y pese a no referirlo en el escrito de tutela, del expediente se desprende que la accionante vive con su madre, quien vende ropa a través de catálogos, y con su hija de aproximados 9 años¹⁷. También, indica que su situación económica la ha llevado a un proceso depresivo crítico, por el que “*actualmente*” es tratada en la Clínica San Camilo.

14. Por todo lo antedicho, el 25 de junio de 2015, la señora Maritza Cartagena Oviedo interpuso la presente acción de tutela, para solicitar el amparo de sus derechos a la seguridad social, a la vida digna, a la salud y al trabajo, para lo cual pidió al juez constitucional ordenar a cualquiera de las entidades accionadas el pago de las incapacidades expedidas por sus médicos

¹³ F. 58 a 62 cd. 1.

¹⁴ Fl. 45 a 47 cd. 1.

¹⁵ Respuesta del 10 de octubre de 2014. Fl. 48 a 49 cd. 1.

¹⁶ Fl. 2 cd. 1.

¹⁷ Según se extrae de la historia médico-laboral que se narra en el dictamen de calificación expedido por la Junta Nacional de Calificación el 3 de julio de 2014. Fl. 39 a 44 cd. 1.

tratantes, que están pendientes de ser canceladas.

B. **Actuación de instancia y contestación de la acción de tutela**

Repartida la acción de tutela, el Juzgado 6° Penal Municipal de Bucaramanga, mediante auto de 25 de julio de 2015, admitió el trámite y corrió traslado del mismo a las entidades demandadas¹⁸.

Respuesta Salud Total EPS¹⁹

En escrito del 1° de julio de 2015, Salud Total EPS solicitó su desvinculación de la presente acción de tutela, por cuanto ha cumplido con todas las obligaciones legales y no ha vulnerado ningún derecho fundamental de la accionante. Así mismo, solicitó que se ordene a Porvenir SA pagar las obligaciones que le corresponden.

Para fundamentar su petición realizó un análisis pormenorizado de las normas que regulan el trámite del reconocimiento y pago de las incapacidades. Explicó que a las EPS les corresponde asumir el pago de los primeros 180 días, durante los cuales también debe realizar exámenes a los pacientes para determinar la posibilidad de rehabilitación o no y emitir el respectivo concepto.

Indicó que en esta ocasión la accionante fue calificada con un porcentaje inferior al 50% de PCL, por lo cual, a la luz de la regulación vigente se considera como una afiliada con **“INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL”**; es decir, su enfermedad dejó de ser una patología aguda que genera incapacidades temporales, y pasó a ser una crónica. En esa medida, el derecho que le asiste es a ser reubicada en un lugar de trabajo adecuado a sus condiciones de salud.

Destacó además, que la acción de tutela no es procedente para reclamar derechos económicos y que si se ordena el pago de dichas incapacidades por parte de la EPS, ello podría constituir una indebida destinación de recursos públicos.

Respuesta de Porvenir AFP SA²⁰

Por su parte, Porvenir SA en escrito del 1° de julio de 2015 solicitó al juez de tutela **“denegar o declarar improcedente”** la pretensión perseguida en este caso. Para fundamentar su petición estructuró su respuesta así:

En primer lugar, sostuvo que sólo existe un evento especialísimo donde los fondos privados reconocen un subsidio equivalente a la incapacidad por un periodo máximo de 360 días y hasta los 540. Este evento ocurre cuando el

¹⁸ Fl. 65 cd. 1.

¹⁹ Fl. 70 a 93 cd. 1. Incluye respuesta y anexos.

²⁰ Fl. 94 a 133 cd. 1. Incluye respuesta y anexos.

fondo aplaza la calificación del actor, “*en espera de una eventual rehabilitación*”. Afirmó que después de emitido el primer concepto favorable de rehabilitación, el fondo pagó. Sin embargo, después de ese periodo no se han emitido nuevos conceptos de rehabilitación, pues la accionante fue calificada por la Junta Nacional de Calificación. Por tal razón, la señora Cartagena Oviedo no tiene derecho al pago de ninguna prestación adicional a las ya sufragadas por el fondo.

El sustento legal de tal interpretación se encuentra, según el fondo, en los artículos 67 de la Ley 1753 de 2015 y 142 del Decreto 019 de 2012; así como en lo expuesto por el Ministerio del Trabajo en el concepto N° 117064 de 2012 y la sentencia T-468 de 2010²¹ de esta Corte.

En segundo lugar, indicó que en el presente caso sólo subsiste una obligación en cabeza del empleador, cual es la de respetar la estabilidad laboral reforzada de la accionante y permitir su reubicación laboral en un cargo y una labor acorde con sus condiciones de salud. Lo anterior debido a que la misma obtuvo un porcentaje de PCL inferior al 50%.

Por último, alegó que en el presente caso se desconoce el carácter subsidiario de la acción de tutela, ya que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental, no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable y se está en presencia de una solicitud de carácter económico, para la cual “*la parte actora cuenta con un instrumento judicial a través del procedimiento laboral ordinario preceptuado en la ley*”.

c. **Decisiones objeto de revisión**

Sentencia de primera instancia²²

El Juzgado 6° Penal Municipal de Bucaramanga profirió sentencia el 10 de julio de 2015 en la que **concedió** el amparo solicitado y **ordenó** a Porvenir AFP SA pagar las incapacidades expedidas a la accionante “*desde el mes de junio de 2013 hasta 25 de junio de 2015... y las que se causen hasta que se determine concepto favorable de la rehabilitación*”.

Consideró que la acción de tutela era procedente en la medida en que la accionante no había sido pasiva ante la renuencia de las accionadas al pago pretendido, pues presentó varias solicitudes a las demandadas. Así mismo determinó que la situación de la accionante mostraba que el pago de las incapacidades era trascendental para el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Para fijar la responsabilidad del pago en cabeza de la Administradora de Pensiones accionada, la Juez citó como precedente la sentencia T-004 de 2014

²¹ M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²² Fl. 134 a 152 cd. 1.

²³, proferida por esta Corporación.

Impugnación²⁴

Porvenir S.A. impugnó la decisión exponiendo, básicamente, que de conformidad con la normatividad actual no le corresponde hacer el pago de las incapacidades, por lo cual considera que el operador judicial tomó una decisión sin sustento legal y contrariando el precedente jurisprudencial.

Argumentó que en este caso se ignoró lo estipulado por el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, que indica que el pago de las incapacidades posteriores al día 540, “*no recae en las Administradoras de Fondos de Pensiones, y se incluye dentro de la destinación de los recursos del Subsistema General de Seguridad Social en Salud*”.

Sentencia de segunda instancia²⁵

El 20 de agosto de 2015, el Juzgado 4º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga **revocó** el fallo del *a quo*, y en su lugar, “**negó por improcedente**” el amparo solicitado.

Sostuvo al respecto que la accionante no hizo uso de los recursos judiciales ordinarios con los que cuenta y dejó pasar cerca de dos años desde que se le informó la negativa a efectuar el pago de la primera incapacidad que ahora reclama. En su concepto, esto último sugiere que la señora Cartagena Oviedo tenía soporte económico para sobrevivir sin las prestaciones que persigue.

II. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

1. Mediante **auto del 9 de diciembre de 2015**, esta Sala de Revisión (i) vinculó a la empleadora de la accionante, DELTHAC1 SEGURIDAD LTDA; y (ii) ofició a ésta, a Salud Total EPS, al Fondo de Pensiones Porvenir SA y a la señora Cartagena Oviedo, para que aportaran información sobre:

- a. El estado actual de la vinculación laboral de la accionante con la empresa DELTHAC1 SEGURIDAD;
- b. Las condiciones de modo, tiempo y lugar en las que la accionante fue reubicada por su empleadora, en labores administrativas tras el accidente sufrido por ella; y
- c. La relación de pagos de nómina (o por cualquier otro concepto) a favor de la accionante, luego de sufrido el accidente del 28 de octubre de 2011 y hasta la fecha.

Respuesta de la empresa DELTHAC1 SEGURIDAD LTDA

²³ M. P. Mauricio González Cuervo.

²⁴ Fl. 167 a 175 cd. 1.

²⁵ Fl. 4 a 15 cd. 2.

Dentro del término conferido, la empresa DELTHAC1 SEGURIDAD LTDA coadyuvó las pretensiones de la accionante y destacó que, conforme a la jurisprudencia constitucional, es el Fondo de Pensiones quien debe pagar las incapacidades reclamadas.

A su vez, informó que desde el 11 de junio de 2009 la accionante está vinculada a esa empresa por contratos de trabajo a término fijo, que se han renovado en varias oportunidades, hasta “la actualidad”, de manera que la relación laboral no ha sido interrumpida. Indicó que en julio de 2014 reintegró a la accionante con acatamiento de las restricciones laborales temporales de Salud Total EPS; actualmente desempeña funciones de archivo y copiado²⁶.

Para acreditar su dicho la empresa vinculada aportó, como pruebas, los siguientes documentos: (i) contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año, suscrito entre ella y la accionante el 11 de junio de 2009; (ii) el formulario de afiliación de la accionante a la EPS Salud Total; (iii) comprobante de ingreso de la accionante a la ARP Colpatria; (iv) certificado de afiliación de la accionante al Fondo de Pensiones Obligatorias de PORVENIR S.A: a partir del 24 de enero de 2008; (v) formulario de reingreso de trabajador a Cajasan; (vi) comprobantes de los pagos efectuados a la accionante; (vii) comprobantes de movimientos bancarios a favor de la accionante; (viii) comprobantes de aportes parafiscales a nombre de la actora; (ix) restricciones laborales emitidas a favor de la accionante por parte de Salud Total EPS; (x) solicitud de permisos autorizados por la empresa a la accionante²⁷.

Respuesta de Porvenir AFP SA

Por su parte, el Fondo de Pensiones Provenir SA señaló el 11 de febrero de 2015, que: (i) el último periodo cotizado por el empleador de la señora Cartagena Oviedo es enero de 2016; (ii) no tiene información sobre el proceso de reintegro laboral; y (iii) a la solicitante se le ha reconocido y pagado efectivamente el valor correspondiente a las siguientes incapacidades:

Cuadro 2. Pagos efectuados por Porvenir SA

Fecha inicial (dd-mm-aa)	Fecha final (dd-mm-aa)	Días	Valor	Reclamado en la presente acción
17-06-2012	16-07-2012	30	\$ 566.700	No
17-07-2012	15-08-2012	30	\$ 566.700	No
16-08-2012	14-09-2012	30	\$ 566.700	No
15-09-2012	14-10-2012	30	\$ 566.700	No
15-10-2012	13-11-2012	30	\$ 566.700	No
14-11-2012	13-12-2012	30	\$ 566.700	No
14-12-2012	12-01-2013	30	\$ 575.820	No

²⁶ Fl. 36 a 42 cd. Corte

²⁷ Fl. 48 a 122 cd. Corte

13-01-2013	11-02-2013	30	\$	589.500	No
12-02-2013	13-03-2013	30	\$	589.500	No
14-03-2013	12-04-2013	30	\$	589.500	No
13-04-2013	31-05-2013	49	\$	962.850	Parcialmente
12-06-2013	06-07-2014	390	\$	7'828.68 3	Si
23-11-2015	21-01-2016	60	\$	1'320.27 4	Expedición posterior

La AFP en su respuesta identificó el pago del periodo comprendido entre el 12 de junio de 2013 y el 6 de julio de 2014, como “*tipo de ingreso: TUTELA_I*”; y el periodo comprendido entre el 23 de noviembre de 2015 y el 21 de enero de 2016, como “*tipo de ingreso: INICIAL*”.

2. Mediante un nuevo **auto de 12 de febrero de 2016**, la Sala le solicitó a DELTHAC1 SEGURIDAD LTDA que clarificara la información suministrada sobre los desembolsos efectuados a favor de la accionante. Lo anterior por cuanto en los comprobantes de pago de nómina que aportó, consta en tres meses, asignaciones por concepto de incapacidades, cuyo pago se reclama también actualmente. Específicamente se trata de los meses de:

- a. Septiembre de 2014, cuyo comprobante de pago registra sueldo básico por 0 días, una asignación por incapacidad de \$616.000, por auxilio de transporte \$0 y deduce \$49.280 por concepto de parafiscales, para un pago efectivo de \$566.720, efectuado el 6 de octubre de 2014²⁸;
- b. Mayo de 2015, que registra sueldo básico por 27 días y de incapacidad un valor asignado de \$64.434²⁹; y
- c. Junio de 2015, en el que se paga sueldo básico por 0 días y por incapacidad un valor de \$107.395³⁰.

Adicionalmente, esa providencia suspendió los términos para fallar, por quince días hábiles.

Segunda respuesta de la empresa DELTHAC1 SEGURIDAD LTDA

En respuesta al auto anterior, la empresa aseveró que la accionante fungió como guardia de seguridad entre el 11 de junio de 2009 y el momento del accidente. Después, cuando pudo reintegrarse, se desempeñó como auxiliar administrativa a causa de la reubicación efectuada el 16 de julio de 2014.

Así mismo, afirmó que la señora Cartagena Oviedo ha prestado efectivamente sus servicios a la empresa durante dos periodos: uno entre el 16 de julio y el 30 de agosto de 2014; y otro, entre el 19 de enero y el 27 de mayo de 2015.

²⁸ Fls. 55 y 67 Cd.3

²⁹ Fls. 56, 74 y 75 Cd.3

³⁰ Fls. 56 y 77 Cd.3

Finalmente indicó que la empresa efectuó a favor de la accionante el pago de incapacidades en tres ocasiones: en septiembre de 2014 por valor de \$616.000; en mayo de 2015 por valor de \$64.434; y en junio de 2015 por valor de \$107.395. La razón de dicho desembolso fue el asumir que, después de la reubicación la señora Cartagena Oviedo, se reiniciaron las incapacidades y la EPS debía asumir el pago correspondiente.

III. CONSIDERACIONES

Competencia

1. En virtud de las disposiciones contenidas en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política de 1991, como en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para decidir el presente asunto.

Asunto objeto de revisión

2. Para efectos de decidir el presente asunto es importante recordar que la accionante, quien vive con su madre y su hija menor de edad, sufrió un accidente automovilístico el 28 de octubre de 2011, que le redundó en una pérdida de la capacidad laboral del 45.41%, estructurada el 17 de mayo de 2013 y con calificación de origen común, según dictamen de la Junta Nacional de Calificación.

3. Debido a este suceso se han expedido a su favor incapacidades temporales por un periodo superior a 540 días, las cuales no han sido canceladas en su totalidad. En efecto a partir del día 541 de incapacidad cesó el pago por parte de la AFP Porvenir SA, pues esta entidad aseguró que después de ese periodo no tenía obligación legal con la asegurada. De igual manera, la EPS Salud Total explicó que ha respetado los procedimientos médicos y legales en el caso concreto, por lo cual, considera, que no ha vulnerado ningún derecho fundamental.

Para ambas entidades la única obligación que subsiste en favor de la accionante es su derecho al reintegro laboral y a la reubicación en un cargo y labor acorde con las recomendaciones médicas. Por tanto solicitaron que la presente solicitud fuera declarada improcedente.

4. El Juzgado que conoció el asunto en primera instancia concedió el amparo y ordenó a Porvenir SA efectuar el pago de las incapacidades *“desde el mes de junio de 2013 hasta el 25 de junio de 2015... y las que se causen hasta que se determine concepto favorable de la rehabilitación”*. En segunda instancia esa decisión fue revocada.

Planteamiento de los problemas jurídicos

5. En sede de revisión esta Sala pudo acopiar información adicional a la inicialmente aportada y encontró que algunos de los pagos por incapacidades

solicitados en la presente acción de tutela, fueron efectuados por Porvenir SA. Por lo anterior, el *primer problema jurídico* a resolver es si ¿en el presente caso se configura o no un carencia actual de objeto?

6. Una vez la Sala determine si existe o no carencia actual de objeto, y en caso de ser la respuesta negativa, esta Sala debe, en *segundo lugar*, determinar si ¿la presente acción de tutela resulta procedente para ordenar el pago de auxilios por incapacidad? Para el efecto esta Sala revisará, entre otros, los requisitos de inmediatez y subsidiariedad.

7. Por *último*, y una vez verificada la procedencia de la presente acción de tutela, la Sala deberá resolver si ¿los derechos fundamentales a la seguridad social, al trabajo, a la vida digna y a la salud de la accionante fueron vulnerados por la EPS Salud Total y/o por Porvenir AFP SA, ya que esas entidades se abstuvieron de pagar los auxilios por incapacidad laboral expedidos con posterioridad a los primeros 540 días, debido a que, según se alega, no existe una obligación legal clara que les endilgue tal pago?

Con el fin de dar solución a este problema jurídico esta Sala deberá explorar el marco normativo y jurisprudencial entorno a la responsabilidad en el pago de incapacidades superiores a los 540 días.

Análisis sobre una eventual carencia actual de objeto.

8. Según lo ha reiterado esta Corporación hay eventos en los cuales las circunstancias de hecho que motivaron la interposición de una acción de tutela han sufrido cambios importantes, al punto de que la conducta que constituía amenaza para los derechos fundamentales desaparece, bien porque el riesgo se concretó (daño consumado) o bien porque aquella desapareció y las pretensiones del actor fueron satisfechas (hecho superado)³¹. Teniendo en cuenta lo anterior y lo establecido a partir de las pruebas practicadas por esta Sala de Revisión, es necesario evaluar algunas situaciones relevantes con el fin de esclarecer la ocurrencia o no de **carencia actual de objeto** por hecho superado en este caso concreto.

9. En efecto, Porvenir SA demostró el pago de la mayoría de incapacidades reclamadas en la presente acción, e incluso de algunas posteriores a los fallos de instancia; así mismo se comprobó que el empleador hizo el desembolso correspondiente a un periodo, como se sintetizará en la siguiente tabla:

Cuadro 3. Comparación entre incapacidades reclamadas y pagadas

Incapacidades obrantes en el expediente				Pagadas	
Inicio (dd-mm-aa)	Terminación (dd-mm-aa)	Días	Folio cd. 1	Si ³²	No

³¹ T-963 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre muchas otras.

³² Según consta de la tabla reportada por Porvenir SA. Fl. 171 cd. Corte.

13-05-2013	11-06-2013	30	9	Parcialmente 18 días	Parcialmente 11 días
12-06-2013	11-07-2013	30	10	Si	
12-07-2013	10-08-2013	30	11	Si	
11-08-2013	09-09-2013	30	12	Si	
10-09-2013	09-10-2013	30	13	Si	
10-10-2013	08-11-2013	30	14	Si	
09-11-2013	08-12-2013	30	15	Si	
09-12-2013	07-01-2014	30	16	Si	
08-01-2014	06-02-2014	30	17	Si	
07-02-2014	08-03-2014	30	18	Si	
09-03-2014	07-04-2014	30	19	Si	
08-04-2014	07-05-2014	30	20	Si	
08-05-2014	06-06-2014	30	21	Si	
07-06-2014	06-07-2014	30	22	Si	
07-07-2014	15-07-2014	8	23		No
31-08-2014	20-09-2014	30	24	Si, a cargo del empleador ³³	
30-09-2014	29-10-2014	30	26		No
30-10-2014	28-11-2014	30	27		No
29-11-2014	20-12-2014	22	29		No
20-12-2014	18-01-2015	30	30		No
27-05-2015	25-06-2015	30	33		No

10. De lo anterior se extrae que si bien la AFP Porvenir SA efectuó el pago de la mayoría de incapacidades, aún subsisten algunas expedidas y no canceladas según se puede concluir de la información sintetizada en el cuadro 3. En efecto la actora acudió a la acción de tutela por considerar comprometidos sus derechos fundamentales, con la negativa de Porvenir SA de pagar sus incapacidades desde mayo de 2013. Así anexó copia de 21 certificados de incapacidad, de los cuales 14 fueron pagados en su totalidad, 1 parcialmente y 6 no han sido cancelados.

En esa medida, frente a las pretensiones ya solventadas, cabe destacar que en este caso se configura la carencia actual de objeto por hecho superado, por tal razón, en esta sentencia no se efectuará ninguna consideración adicional en relación a los 14 certificados cancelados, más allá de la respectiva declaración en la parte resolutive. Sin embargo, persiste el debate constitucional sobre los 7 certificados de incapacidad restantes; es decir, sobre los periodos comprendidos entre:

- a. El 1º y el 11 de junio de 2013 (11 días)
- b. El 7 y el 15 de julio de 2014 (8 días)
- c. El 30 de septiembre de 2014 y el 18 de enero de 2015 (112 días)

³³ Fl. 218 cd. Corte.

- d. El 27 de mayo y el 25 de junio de 2015 (30 días)

Así, esta Sala delimita el presente pronunciamiento a tales certificados insolutos y continúa con el estudio de la acción.

Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de auxilio por incapacidad. Principio de subsidiariedad

11. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas en Colombia, el cual solo procede cuando el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz. De igual manera, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 dispone que es causal de improcedencia de la acción la existencia de otros recursos o medios judiciales (numeral 1º).

Lo anterior encuentra fundamento en el principio de subsidiariedad, el cual implica que, *prima facie*, la acción de tutela no puede desplazar los recursos judiciales ordinarios de defensa de derechos fundamentales³⁴, en tanto son los jueces naturales, los competentes para conocer y determinar los litigios propios de la jurisdicción ordinaria o la contencioso-administrativa, según el caso.

12. En virtud de tal principio, esta Corporación ha señalado que, de *manera general*, las acciones de tutela no proceden para el reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como los auxilios por incapacidad, ya que los mismos son protegidos en el ordenamiento jurídico colombiano a través de los procesos laborales ordinarios.

En efecto, el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, fijó en cabeza de la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de la seguridad social, el conocimiento de “*las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos.*”

Así mismo, la Corte ha reiterado que el conocimiento de ese tipo de solicitudes exige la valoración de aspectos legales y probatorios que muchas veces escapan a la competencia del juez de tutela. De esta manera es claro que la improcedencia es una regla general para este tipo de solicitudes.

13. A pesar de lo expuesto, el mismo artículo 86 constitucional establece excepciones a la regla de improcedencia al señalar que el amparo procederá

³⁴ Sentencia T-480 de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; o cuando el mecanismo del que se dispone no resulta idóneo y/o eficaz.

En otras palabras, se ha indicado que la acción de tutela procede para el reconocimiento de prestaciones laborales cuando: i) no existe otro medio de defensa judicial, o de existir, éste no es apto para salvaguardar los derechos fundamentales en juego; o ii) cuando se pruebe la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, con las características de grave, inminente y cierto, que exija la adopción de medidas urgentes y necesarias para la protección de derechos fundamentales.

14. Frente a la primera hipótesis, la jurisprudencia ha desarrollado algunos parámetros adicionales que permiten a los jueces establecer con mayor grado de certeza la idoneidad o no de los medios ordinarios³⁵. En efecto, la edad, el estado de salud, las condiciones económicas, sociales y familiares son aspectos relevantes que se deben ponderar, cuando se exige a una persona asumir las complejidades propias de los procesos ordinarios, pues en algunos casos ello podría redundar en que la vulneración de un derecho fundamental se prolongue injustificadamente.

Adicionalmente esta Corporación ha resaltado que cuando se busca la obtención del dinero derivado de un auxilio por incapacidad laboral, el juez de tutela debe considerar que la ausencia o dilación injustificada de dichos pagos afecta gravemente la condición económica del trabajador, así como sus derechos al mínimo vital y a la salud, pues éste deriva su sustento y el de su familia de su salario, que es suspendido temporalmente en razón a una afectación de su salud. Así la mora en dichos pagos puede situar al reclamante en circunstancias apremiantes, que ponen en riesgo su subsistencia digna.

15. Aunado a lo anterior y frente a la hipótesis del perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha recalcado la necesidad de evaluar los siguientes rasgos (i) la inminencia, es decir, que la situación genera una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) la gravedad, esto es, que el daño o menoscabo material o moral sea de gran intensidad; (iii) la necesidad urgente de protección; y (iv) el carácter inaplazable de la acción de tutela para que realmente pueda garantizar el restablecimiento de los derechos fundamentales de manera integral.³⁶

Por lo expuesto, si el juez verifica que el accionante se encuentra en alguna de tales hipótesis, debe considerar que la acción de tutela procederá, *“para remover los obstáculos que enfrentan quienes soportan circunstancias de debilidad manifiesta, reivindicar su derecho a la igualdad real y efectiva*

³⁵ Ver entre otras: T-333 de 2013 y T-721 de 2012, en ambas M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-404 de 2010, M. P. María Victoria Calle Correa y T-311 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández.

³⁶ Esta doctrina ha sido reiterada en diversas ocasiones, ver, por ejemplo las Sentencias SU-544 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, T-1316 de 2001, M. P. (E) Rodrigo Uprimny Yepes, T-983-01, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

frente a quienes no padecen esas contingencias y materializar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad intrínsecos a la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, dentro del cual se inscribe el derecho a recibir oportunamente el pago de las incapacidades laborales”³⁷.

16. En el caso concreto de la señora Cartagena Oviedo, es importante destacar los siguientes aspectos para determinar la procedencia de la acción ante la existencia de un mecanismo de defensa judicial.

Sea lo primero destacar que la actora vive con su madre y con su hija, de aproximadamente 9 años³⁸. Según lo sostiene, su sueldo es el único ingreso que percibe, por valor aproximado de un salario mínimo, como se deriva de los comprobantes de pago aportados por su empleadora³⁹. En conjunto se comprueba que la madre de la accionante trabaja vendiendo ropa por catálogo, sin que pueda afirmarse que consolide un ingreso estable en favor del núcleo familiar⁴⁰.

En segundo lugar, conviene enfatizar en que los dictámenes de calificación evidencian que la accionante enfrenta graves diagnósticos que limitan física y psicológicamente su capacidad de trabajar en un porcentaje del 45.41%.

17. Así, la unicidad de su fuente de ingresos y el monto devengado, implican en los términos previamente expuestos, que la ausencia y la dilación de los pagos que la accionante reclama la sitúan en una circunstancia de vulnerabilidad que se agrava ante su estado de salud física y mental. Por lo cual, esta Sala estima que la idoneidad y la eficacia del medio judicial ordinario es, en este caso particular, inocua, más aún cuando de ello también se deriva que existe una amenaza inminente y grave sobre su mínimo vital y el de su familia, que para ser conjurada requiere de medidas urgentes e inaplazables.

En consecuencia, esta Sala de Revisión estima que la presente acción de tutela satisface el requisito de subsidiariedad, pues pese a la existencia de una vía judicial ordinaria para efectuar este reclamo, la misma no resulta idónea.

Procedencia de las reclamaciones frente al principio de inmediatez de la acción de tutela.

18. El principio de inmediatez previsto también en el referido artículo 86 Superior, es un límite temporal que utiliza para evaluar la procedencia de la acción de tutela. Como ya se indicó la intervención de juez de tutela se presenta cuando existen situaciones apremiantes que requieren medidas urgentes.

³⁷ Sentencia T-333 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁸ Fl. 33 cd. 1.

³⁹ Fl. 53 a 88 cd. Corte.

⁴⁰ Fl. 39 cd. 1.

En esa medida, la naturaleza misma de la acción de tutela –sumaria y preferente– implica una doble imposición de diligencia, lleva al sistema de administración de justicia a actuar ágilmente a través de la fijación de términos procesales perentorios para su decisión, con las sanciones disciplinarias que acarrea su desconocimiento, y prioriza este tipo de procesos frente a otros; y al mismo tiempo exige del afectado diligencia en la invocación de la protección.

Entonces, cualquier acción de tutela debe interponerse en un término razonable y próximo a la conducta que se señala como causa de la vulneración de los derechos fundamentales, sobre los que se busca protección. De lo contrario, ese desconocimiento injustificado de este deber, implica la improcedencia de la acción de tutela.

19. Conforme la jurisprudencia de esta Corporación, la estimación del plazo razonable para la formulación de la acción constitucional debe verificarse caso a caso⁴¹, a partir de un ejercicio de interpretación judicial sobre sus particularidades. Para comprobar si el término en que el accionante acudió a la jurisdicción constitucional es congruente con el principio de inmediatez es necesario valorar:

“i) Que existan razones válidas para justificar la inactividad de los accionantes. Pueden ser situaciones de fuerza mayor, caso fortuito y en general la incapacidad del accionante para ejercer la acción en un tiempo razonable.”⁴²

ii) Que la amenaza o la vulneración permanezca en el tiempo, a pesar de que el hecho que la originó sea antiguo.”⁴³

iii) Que la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable, resulte desproporcionada por una situación de debilidad manifiesta del accionante, por ejemplo, en casos de interdicción, minoría de edad, abandono, o incapacidad física”⁴⁴. ”⁴⁵

La ocurrencia de cualquiera de estos eventos se traduce en la satisfacción del principio de inmediatez, por más alejada que se encuentre la instauración de la acción de tutela del momento en que ocurrió la conducta de la que surge la vulneración de los derechos que se pretende proteger.

20. Frente a los casos en los cuales reclama el pago por concepto de

⁴¹ Así en la sentencia T-246 de 2015, M. P. María Victoria Calle Corre, esta Corte “...concluye que no existe un término establecido como regla general para interponer la acción de tutela, ni siquiera cuando se trate de tutelas contra providencias judiciales. Así, el requisito de la inmediatez deberá ser abordado desde la discrecionalidad y autonomía judicial, con el fin de que cada juez evalúe si la solicitud fue presentada dentro de un plazo razonable y proporcional...”

⁴² Ver T-299 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁴³ Ver Sentencia T-788 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁴⁴ Ver Sentencia T-410 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁴⁵ Sentencia T-207 de 2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

incapacidades expedidas mucho antes de la instauración de la acción de tutela, se ha considerado que la procedencia está condicionada a la muestra de diligencia de la accionante frente a la decisión negativa de las empresas accionadas⁴⁶. Se ha tenido en cuenta también el lapso transcurrido entre la decisión negativa sobre el pago y la formulación de solicitud de amparo⁴⁷, así como la imposibilidad física para interponer la acción debido a un largo periodo de incapacidad médica continua⁴⁸.

21. En lo que atañe al caso concreto de la señora Cartagena Oviedo, conviene resaltar que las incapacidades médicas sobre las cuales tiene objeto esta acción de tutela, fueron expedidas para los siguientes periodos: i) Entre el 1º y el 11 de junio de 2013 (11 días); el 7 y el 15 de julio de 2014 (8 días); el 30 de septiembre de 2014 y el 18 de enero de 2015 (112 días); y el 27 de mayo y el 25 de junio de 2015 (30 días). Así mismo que el momento de la solicitud fue el **25 de junio de 2015**.

Contadas desde esa fecha -25 de junio de 2015-, la reclamación más antigua se distancia del momento de su solicitud a través de tutela por dos años aproximadamente, mientras que de la más reciente lo hace por menos de un día.

22. Teniendo en cuenta ese panorama, ha de destacarse que es evidente que la accionante permaneció activa, en la medida de sus posibilidades, en cuanto a lo referente a la solicitud de los desembolsos no efectuados, bien por Porvenir AFP SA, bien por Salud Total EPS. En efecto a partir de las solicitudes del 28 de abril y 22 de septiembre de 2014, allegadas como pruebas al proceso, la accionante pidió a esas entidades el pago de varios de los certificados expedidos, unos ya cancelados y otros que se están aún debatiendo en este proceso.

Ha de indicarse que en dichas solicitudes se omitió la reclamación por el periodo comprendido entre el 1º y el 11 de junio de 2013, que sólo fue evidenciado en la demanda de tutela. Así mismo que el pago de los periodos restantes fue negado por Porvenir AFP SA, el 2 de mayo de 2014 y que la interposición de la acción ocurrió el 25 de junio de 2015. En esa medida para la Sala es imperioso afirmar que entre esas dos fechas hay un tiempo considerable, que en circunstancias regulares pondría en duda la razonabilidad en la instauración de la acción de tutela, haciéndola improcedente.

⁴⁶ Ver entre otras, sentencia T-182 de 2011, M. P. Mauricio González Cuervo. “*En el presente caso, si bien es cierto que la accionante presentó la acción de tutela en el mes de julio de 2010, luego de haber transcurrido más de un año y tres meses desde que la entidad accionada decidió no seguir cancelando sus incapacidades, no es menos cierto que la peticionaria siempre ha adoptado una actitud diligente para la protección de sus derechos fundamentales, toda vez que está siempre ha recurrido los actos administrativos que le han sido adversos, como lo reconoció la accionada, al señalar que la señora María Nelly Toro Carvajal apeló el dictamen proferido por la Comisión Médico Laboral que le determinó una pérdida de capacidad laboral del 31.90%. Este recurso fue resuelto por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, la cual emitió un concepto de 43.65% de merma de la capacidad laboral, dictamen cuya ponencia y sustentación es del 19 de enero de 2010. Ante esta calificación también interpuso recurso de apelación ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el cual se encuentra actualmente en trámite.*”

⁴⁷ Sentencia T-193 de 2013, M. P. Mauricio González Cuervo.

⁴⁸ Sentencia T-431 de 2013, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

23. Sin embargo, la Sala estima que existen circunstancias que permiten concluir que la omisión en la solicitud oportuna de los pagos respectivos puede ser justificada en este caso concreto, según lo arriba reseñado, en la situación de incapacidad en que se encontraba la accionante.

En efecto, ha de resaltarse en este caso, que existen motivos para afirmar que durante la mayor parte de esos dos años (según la reclamación más antigua) en que la accionante se demoró en la solicitud de amparo, ella padeció quebrantos de salud de considerable importancia, que la mantuvieron al margen de su lugar de trabajo, y por ende, también de otras actividades dentro de las cuales se encuentra la posibilidad de defender sus derechos ante las entidades responsables.

Así mismo, encuentra la Sala que en este caso particular y concreto la afectación al mínimo vital de la accionante ha sido continúa y es actual, pues su salario es el único origen de sus ingresos, y su núcleo familiar no cuenta con otra fuente estable de dinero que permita su subsistencia, la de su hija menor de edad y su madre.

Por tales motivos y de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, la evaluación del principio de inmediatez, realizada en estas circunstancias concretas que no pueden ser omitidas por el juez constitucional, resulta positiva en el sentido de declarar la procedencia de las solicitudes.

Marco normativo y jurisprudencial entorno a la responsabilidad en el pago de incapacidades superiores a los 540 días.

24. Antes de hacer la presentación de la normativa que rige el presente asunto conviene clarificar el marco conceptual en torno a las incapacidades, compuesto esencialmente por tres elementos complementarios pero diferenciables: el certificado de incapacidad temporal, el auxilio económico y el subsidio por incapacidad.

El *certificado de incapacidad* temporal es una prestación que resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, es decir que surge de “*un acto médico (...) independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica*”⁴⁹. En la emisión de este último “*el criterio médico prevalece para definir el número de días de incapacidad recomendada con el fin de proteger los derechos fundamentales a la salud y la vida del paciente*”⁵⁰.

Éste genera durante los primeros 180 días un *auxilio económico* a cargo de la

⁴⁹ Ministerio de la Protección Social. Concepto 295689. 04-10-2010. Asunto: Radicado 264518. En cita en: CASTELLANOS RAMÍREZ, Julio César. La incapacidad como acto médico. Universitas Médica, 54(1), 26-38. Bogotá, 2013.

⁵⁰ CASTELLANOS RAMÍREZ, Julio César. La incapacidad como acto médico. Universitas Médica, 54(1), 26-38. Bogotá, 2013.

EPS, que desde el día 181 se sustituye por un *subsidio de incapacidad* equivalente al auxilio, pero asumido por el Fondo de Pensiones al que se haya afiliado el trabajador.

25. Tempranamente el Legislador estableció un apartado especial para la regulación de los auxilios económicos por incapacidad laboral. En el artículo 227 del Código Sustantivo de Trabajo, determinó que los mismos se ofrecerían “*en caso de incapacidad comprobada para desempeñar las labores, ocasionada por enfermedad no profesional*” y reguló la cantidad por la que serían reconocidos, y aquellas personas obligadas a otorgarlos.

El Decreto 2351 de 1965, aún vigente, prevé en su artículo 16 la obligación del empleador de reinstalar al empleado que se hubiere encontrado incapacitado por causa de enfermedad común. Los dictámenes médicos, conforme a tal norma, determinan si la reincorporación debe darse al mismo puesto de trabajo o a otro compatible con la capacidad física del trabajador.

El Decreto 770 de 1975, sacó de órbita de responsabilidad del empleador el pago de dicho auxilio, para adjudicarlo como una obligación de un agente externo a la relación laboral. En su artículo 9º fijó en cabeza del Instituto de Seguros Sociales la responsabilidad del pago de “*un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes de[l] (...) salario de base, subsidio que (...) se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos siempre que la interrupción no exceda de 30 días*”. Tal reconocimiento dinerario iniciaba por virtud de dicha norma desde el cuarto día de incapacidad o desde el primer día de hospitalización, si éste ocurría primero.

Pasado el tiempo, la Ley 100 de 1993, contempló la figura de la incapacidad en el artículo 206, conforme el cual los afiliados al régimen contributivo en salud tendrán el reconocimiento dinerario por incapacidades generadas por enfermedad común.

En 2001 el Decreto 2463⁵¹, en la búsqueda de la rehabilitación del trabajador como objetivo primordial del proceso que lleva a dictaminar su pérdida de capacidad laboral, dispuso que la AFP, previo concepto favorable de recuperación, postergará la calificación de la pérdida de la capacidad laboral hasta por 360 días posteriores a los 180 que debía cubrir la EPS. Esta disposición fue modificada por el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012⁵².

⁵¹ Por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez.

⁵² Artículo 142: “*Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.*”

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el

26. Ahora bien, una vez expedido el certificado de incapacidad laboral, sus pagos y los de las respectivas prórrogas deben ser asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, dependiendo de la prolongación de la situación de salud del trabajador.

Así, el lapso que hay entre el día 1 y el día 2, competen económicamente al empleador, de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013, al parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, así:

“En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.

En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.

Lo anterior tanto en el sector público como en el privado.”

Las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto-Ley 019 de 2012. Tal obligación está sujeta a la afiliación del trabajador por parte del empleador o del propio independiente⁵³.

La incapacidad para trabajar que persiste luego de este periodo y trasciende al día 181, puede suscitar debate en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios que genera, y a la exigibilidad de la misma en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación. Lo anterior en virtud del Decreto 2463 de 2001.

27. Sobre la responsabilidad del pago, esta Corporación ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está

concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto”.

⁵³ Sentencia T-419 de 2015, M. P. Myriam Ávila Roldán

afiliado el trabajador⁵⁴. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, claramente, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación –superados 180 días de incapacidad– debe ser efectuada y promovida por las AFP, hasta agotar las instancias del caso⁵⁵.

Sobre el papel del concepto favorable de rehabilitación, conviene destacar que conforme el Decreto-Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150, a la AFP que corresponda.

En los eventos en que ello no sea así, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. Asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

La AFP, una vez tenga concepto favorable de rehabilitación, habrá de postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral *“hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS”*⁵⁶. El régimen de calificación prevé como condición, el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador⁵⁷. De este modo es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se dejó dicho.

Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable.

28. Es necesario hacer hincapié en que el concepto favorable o desfavorable de recuperación, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral. Asegura que el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador⁵⁸.

La forma condicionante en que el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto, lleva a pensar que se orienta al equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema. Da un margen de espera y rehúsa tener por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad, y que se

⁵⁴ Ver entre otras sentencias T-097 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-698 de 2014, M. P. Mauricio González Cuervo; T-333 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-485 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁵⁵ Sentencia T-419 de 2015, precitada.

⁵⁶ T-419 de 2015, precitada.

⁵⁷ Decreto-Ley 019 de 2012. Art. 142.

⁵⁸ Decreto 2463 de 2001. Artículo 23 inciso 1°.

fijaron a cargo de las AFP.

Bajo esta óptica, el concepto sobre la rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico.

Incapacidades prolongadas más allá de 540 días.

29. Las eventualidades y responsabilidades en materia de incapacidades que superan los 180 días conducen a una evaluación por parte de las autoridades calificadoras acerca de la pérdida de capacidad laboral. Una vez efectuada la calificación, varios son los resultados posibles: a) No hay pérdida de capacidad laboral relevante para el Sistema General de Seguridad Social, esto es cuando el porcentaje oscila entre 0% y 5%. b) Se presenta una incapacidad permanente parcial, esto es cuando el porcentaje es superior al 5% e inferior al 50%. Y c) cuando el porcentaje es superior al 50%, esto es cuando se genera una condición de invalidez.

30. Las personas incapacitadas de forma parcial y permanente, se encuentran en una situación adversa, en la medida en que no tienen la plenitud de la fuerza de trabajo, pero no son consideradas técnicamente inválidas. En estos casos es claro que existe una obligación en cabeza del empleador de reintegrar al afectado a un puesto de trabajo que esté acorde a sus nuevas condiciones de salud. En otras palabras el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Ahora bien ¿qué sucede con el empleado que, a pesar de tener una incapacidad permanente parcial, sigue con problemas de salud de tal índole que le impiden médicamente ejercer su trabajo? Es decir, ¿qué pasa cuando agotado todo el proceso antes relatado, el trabajador no obtiene un porcentaje superior al 50% de PCL, pero aun así continúa como acreedor de certificados médicos de incapacidad laboral, pasados los referidos 540 días? Estas preguntas se pueden aclarar desde dos puntos de vista:

31. El *primero*, que apunta a reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado, en especial frente al *concepto de invalidez*. Lo anterior, pues según amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia⁵⁹, “... la invalidez es un estado que tiene relación directa con el individuo y con la sociedad en la cual se desenvuelve, el criterio de

⁵⁹ Según la Sentencia T-561 de julio 7 de 2010, M. P. Nilson Pinilla Pinilla “una persona es inválida cuando no puede seguir ofreciendo su fuerza laboral, por la disminución sustancial de sus capacidades físicas e intelectuales para desarrollar una actividad laboralmente remunerada”. Así mismo, sobre concepto de invalidez ver T-377 de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

Según la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia advirtió que una persona es declarada inválida “desde el día en que le sea imposible procurarse los medios económicos de subsistencia”. Casación de 17 de agosto de 1954, citada en Constaín, Miguel Antonio. Jurisprudencia del Trabajo volumen II, edit. Temis, Bogotá, 1967, pág. 725.

evaluación debe tener patrones científicos que midan hasta qué punto el trabajador queda afectado para desempeñar la labor de acuerdo con las características del mercado laboral”⁶⁰.

De lo anterior se puede colegir que una persona que a pesar de no ser considerada técnicamente inválida, sigue incapacitada para trabajar con posterioridad a los 540 días, por motivos atribuibles a la razón primigenia de la incapacidad, debe contar con un mecanismo para reevaluar su porcentaje de habilidad para laborar, pues ese porcentaje está íntimamente relacionado con su labor u oficio. Sobre este punto se hará referencia más adelante.

32. El **segundo** punto de vista, está relacionado con la desprotección que enfrenta una persona que recibe **incapacidades prolongadas más allá de 540 días** pues, en principio, no existía una obligación legal de pago de dichos certificados, en cabeza de ninguno de las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social, dejando al trabajador desprotegido. Esta situación fue inicialmente descrita por esta Corte mediante sentencia **T-468 de 2010**⁶¹, y por su pertinencia se cita *in extensu* en esta ocasión:

“...El trabajador es incapacitado por un término superior a los 540 días.

En esta situación, el trabajador está desprotegido por la falta de regulación legal en la materia, ya que no existe claridad de cuál sería la entidad de protección social que debe asumir el pago del auxilio por incapacidad, situación que empeora si el empleador logra demostrar ante el Ministerio de Protección social que en virtud de la incapacidad del trabajador no es posible reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro similar, operando de esta manera el despido con justa causa contenido en el artículo 62, numeral 14 del código sustantivo del trabajo. Ello sin perjuicio de lo estipulado en materia pensional.

Se tiene entonces, que en el anterior caso el trabajador quedaría desprovisto del pago de las incapacidades laborales después del día 541 (más no de las prestaciones en salud), por tanto, sin sustento económico para su congrua subsistencia. De igual manera, se vería privado de protección económica en el sistema integral de seguridad social, ante una eventual incapacidad parcial permanente, pues si la misma ha sido de origen común, no tendrá derecho a indemnización, contrario a lo que sucede cuando la incapacidad permanente parcial tiene su origen en una enfermedad de origen profesional o en un accidente laboral.

De esta manera quedan plenamente identificadas dos situaciones en las que el Sistema de Seguridad Social Integral contemplado en la Ley

⁶⁰ Sala de Casación Laboral, rad. 17187 de noviembre 27 de 2001, M. P. Germán Valdés Sánchez.

⁶¹ M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

100 de 1993, dejó desamparado al trabajador que sufre una incapacidad prolongada o una incapacidad parcial permanente de origen común; esto configura un déficit de protección legal frente a los principios constitucionales (integralidad especialmente) que deben regir la seguridad social en nuestro Estado Social de Derecho.”

Al resolver el caso concreto, la Corte en esa ocasión indicó que ni la EPS ni la AFP habían vulnerado los derechos fundamentales del entonces accionante, bajo la siguiente argumentación:

“A partir de la línea discursiva que se planteó en la parte dogmática de esta providencia, se estableció con meridiana claridad que en Colombia no hay una norma legal que estipule la obligación de reconocer el pago de las incapacidades por origen común que superen los 540 días. Desde este punto de vista se puede considerar que a la señora Torres Sánchez no se le ha vulnerado derecho alguno por parte del Sistema Integral de Seguridad social, ya que se le han reconocido más de los días estipulados en las normas pertinentes...

(...)

No obstante, le asisten a la tutelante otros derechos derivados de la relación laboral vigente, a saber: que se le sigan haciendo los aportes a la seguridad social por parte del patrono y la posibilidad de reintegro una vez alcance su rehabilitación. De igual manera, le asiste la posibilidad de que sea nuevamente valorada para establecer la pérdida real de la capacidad laboral.

Desde esta perspectiva la Sala de Revisión considera que en este caso no hay vulneración de los derechos fundamentales invocados al constatarse que tanto la EPS Coomeva, como la Administradora de Fondos de Pensiones ING S.A., pagaron las incapacidades respectivas. De igual forma se aprecia que la Empresa Casa Limpia S.A., no ha incurrido en ninguna conducta que merezca reparo por parte de esta Corporación, al contrario, ha asumido el pago de las prestaciones sociales a favor de la demandante tal como lo establece el principio de solidaridad que rige nuestro sistema actual de seguridad social integral.”

Con posterioridad a esa sentencia la Corte emitió la **T-684 de 2010**⁶², en la cual si bien se hicieron algunas consideraciones en torno al déficit de protección de los asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días, se decidió negar por improcedente la acción de tutela debido a que el caso concreto había sido resuelto por una sentencia anterior⁶³.

⁶² M. P. Nilson Pinilla Pinilla

⁶³ La parte resolutive de esa sentencia es: “**Primero.- CONFIRMAR** el fallo dictado por el Juzgado 12° Penal del Circuito de Cali en marzo 26 de 2010, que confirmó el proferido por el Juzgado 5° Penal

Aproximadamente tres años más tarde, la Corte profirió el fallo **T-876 de 2013**⁶⁴, en el cual reiteró el referido déficit de protección legal, en un caso en el cual analizó una pretensión que perseguía el pago de incapacidades superiores a los 540 días. Allí se indicó que “... *la Sala de Revisión considera que en el sub examine no se configura la vulneración de los derechos fundamentales invocados, dado que tanto Saludcoop E.P.S., como la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., pagaron las incapacidades respectivas*”. En consecuencia, negó parcialmente el amparo y ordenó una nueva calificación al entonces accionante.

33. Ahora bien ha de indicarse que al momento de resolver el caso concreto, el Juzgado de primera instancia en la presente acción de tutela citó como fundamento la sentencia **T-004 de 2014**⁶⁵, sin embargo, ella no constituye un precedente aplicable al caso concreto debido a que las situaciones fácticas no son equiparables.

Así, en esa ocasión, se amparó el derecho fundamental al mínimo vital de una persona a la cual le han expedido incapacidades laborales por más de 540 días como consecuencia de varios diagnósticos que habían redundado en **una pérdida de capacidad laboral del 51.77%**, sin que la EPS, la empresa accionada o la AFP hubieren pagado oportunamente las incapacidades prescritas, ni realizado los trámites para reconocer y pagar la pensión de invalidez. En ese caso existía un dictamen que ofrecía certeza de la imposibilidad de rehabilitación del accionante y una negligencia de las entidades en el trámite de su pensión, por tal razón se aplicó una interpretación constitucional del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, **que condicionaba el pago de las incapacidades superiores a los 540 por parte del fondo de pensiones, al trámite y reconocimiento de la pensión de invalidez a la que tenía derecho el actor.**

Como se evidencia, en el presente asunto, el porcentaje de calificación de la invalidez, hasta ahora vigente, no puede ofrecer tal certeza.

34. Ahora bien, retomando lo referente al déficit de protección legal para asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días que no tienen derecho a una pensión de invalidez, es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la **Ley 1753 del 9 de junio de 2015** –Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, reguló lo referido al pago de las incapacidades superiores a los 540 días y estableció, en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de regular el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad, dando soluciones a los dos puntos de vista analizados en los fundamentos 31 y 32 de esta sentencia.

Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali en febrero 18 de 2010, que negó por improcedente el amparo de los derechos fundamentales reclamados por el señor Diego Fernando Borrero Mejía.”

⁶⁴ M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

⁶⁵ M. P. Mauricio González Cuervo.

En efecto, el artículo 67 de la referida Ley 1753 de 2015, indicó:

“ARTÍCULO 67. RECURSOS QUE ADMINISTRARÁ LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. *La Entidad administrará los siguientes recursos:*

(...)

Estos recursos se destinarán a:

a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.”

Teniendo presente esta nueva normativa, es claro que en todos los casos futuros; esto es, los suscitados a partir de la vigencia de la Ley –9 de junio de 2015⁶⁶–, el juez constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberá acatar lo normado. Como se puede observar en la norma transcrita, **el Legislador atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.**

Resolución del caso concreto

35. Teniendo los elementos referenciados, pasa la Sala a dar solución al problema jurídico planteado. Inicialmente se recuerda que la accionante, quien vive con su madre y su hija menor de edad, sufrió un accidente automovilístico el 28 de octubre de 2011, que redundó en una pérdida de la capacidad laboral del **45.41%**, estructurada el 17 de mayo de 2013 y con calificación de origen común, según dictamen de la Junta Nacional de Calificación.

Debido a este suceso se han expedido a su favor incapacidades temporales por un periodo superior a 540 días, de las cuales no han sido canceladas las

⁶⁶ L. 1753/2015. **ARTÍCULO 267. VIGENCIAS Y DEROGATORIAS.** *La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.*

La ley fue publicada en el Diario Oficial No. 49.538 de **9 de junio de 2015.**

siguientes:

- a. El 1° y el 11 de junio de 2013 (11 días)
- b. El 7 y el 15 de julio de 2014 (8 días)
- c. El 30 de septiembre de 2014 y el 18 de enero de 2015 (112 días)
- d. El 27 de mayo y el 25 de junio de 2015 (30 días)

Las entidades accionadas indicaron que a partir del día 541 de incapacidad no tenían obligación legal con la asegurada. Para la EPS y la AFP la única obligación que subsistía en favor de la accionante era su derecho al reintegro laboral en un cargo y labor acorde con las recomendaciones médicas, en cabeza de la empresa empleadora.

36. Sea lo primero indicar que la empresa **DELTHAC1 SEGURIDAD LTDA** ha cumplido con todas sus obligaciones legales, por cuanto, según lo afirmado ante esta sede de revisión, el contrato laboral de la actora está vigente, y su cargo y funciones se armonizan con las recomendaciones de salud que la EPS emitió el 14 de julio de 2014. Así mismo, ha velado por la protección de los derechos de su empleada de forma solidaria y acorde a sus condiciones de salud. Por tanto esta Sala no puede deducir que sus actuaciones hayan vulnerado los derechos fundamentales de la actora.

37. En segundo lugar, para esta Sala es claro que la **AFP Provenir SA** debía asumir el pago de las incapacidades superiores a 180 días y hasta los 540. El periodo de incapacidad consagrado entre el **1° y el 11 de junio de 2013**, estaba dentro del periodo referido, según lo afirmó la propia aseguradora en su respuesta del 2 de mayo de 2014. Allí indicó que esa entidad estaba obligada a pagar incapacidades hasta el 11 de junio de 2013. Sin embargo según lo reportó sólo pagó hasta el día 31 de mayo de 2013, retomando el pago a partir del 12 de junio de 2013. Es decir faltaron 11 días por cancelar, de los cuales es responsable la AFP Provenir SA.

Por tal razón, esta Corte ordenará a Provenir SA que pague a la accionante el subsidio por incapacidad referente al periodo comprendido entre el 1° y el 11 de junio de 2013, de conformidad con el certificado médico visible a folio 9 del cuaderno 1.

38. En tercer lugar, ha de indicarse que antes de que se regulara el vacío legal que existía con anterioridad a la promulgación de la Ley 1753 de 2015, era válida la argumentación de la EPS y la AFP, pues no existía ningún obligado a efectuar el pago de las incapacidades superiores a los 540 días. En esa medida, en principio, la Sala estima que dichas entidades no eran responsables por la vulneración de los derechos fundamentales de la señora Cartagena Oviedo.

Sin embargo, esta Sala ordenará la **aplicación retroactiva del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, basada principalmente en el principio de igualdad material ante un déficit de protección previamente advertido por la Corte**

Constitucional.

39. En efecto, es importante resaltar que a pesar de que la EPS Salud Total y Porvenir AFP SA no fueran responsables por el pago de los certificados médicos expedidos después de los primeros 540 días de incapacidad, el déficit de protección anunciado por las distintas Salas de Revisión de Tutelas sí advertía que esa situación normativa, dejaba a ciertas personas en condiciones de vulnerabilidad y exclusión.

Como se indicó con el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 se llenó ese vacío normativo, de forma general, para todos los casos futuros. Sin embargo, en dicho artículo no se estableció un régimen de transición que permitiera fijar un parámetro interpretativo a fin de dar solución a las personas que se encontraban en la situación que el artículo pretendía solventar, pero cuyas incapacidades fueron causadas con anterioridad a la promulgación de la Ley, como sucede en el presente caso.

En esa medida, la aplicación de ese artículo 67 genera un trato desigual para las personas cuyas incapacidades fueron expedidas con anterioridad a la vigencia de la norma en cuestión, y aquellas que gozan de certificados de incapacidad expedidos con posterioridad.

Esa situación de desigualdad tiene un fundamento legal que es entendible desde el punto de vista de las reglas de vigencia y aplicación de las leyes. Sin embargo, genera una tensión constitucional que no puede ser omitida por la Corte, pues a la luz del principio de igualdad material, no hay razón para diferenciar y beneficiar sólo a un grupo de personas, en virtud de una consideración temporal, a sabiendas de que la situación se evidenciaba con anterioridad. Es decir, no hay una justificación constitucionalmente válida para fijar tal diferencia en la posibilidad de protección legal.

40. Aunado a lo anterior, ha de resaltarse que las personas, como la aquí accionante, que reclaman el pago de las incapacidades superiores a los 540 días son aquellas que han intentado reintegrarse a la vida laboral, a pesar de la disminución de su fuerza de trabajo, pese a lo cual no ha logrado estabilizar su vida laboral, con lo cual se evidencia su situación de vulnerabilidad.

En el caso concreto es evidente que el estado de salud de la actora ha impedido el éxito total de los pretendidos reintegros, pues a favor de ella se siguen expidiendo certificados de incapacidad laboral. Así mismo, es una persona que no goza de una pensión de invalidez; es decir, está incapacitada medicamente para trabajar, pero no es beneficiaria de ninguna fuente de auxilio dinerario para subsistir dignamente. Ello evidentemente indica que se encuentra en situación de debilidad manifiesta, y que se vulnera su derecho al mínimo vital y se amenazan otros derechos fundamentales, tales como la vida digna y la salud.

41. Como fundamento adicional, ha de resaltarse que la aplicación

retroactiva de la Ley, si bien impone una carga administrativa en cabeza de las EPS, no son ellas quienes al final van a asumir la obligación, pues es en últimas el Estado, en cabeza de *la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud*⁶⁷, quien les pagará a éstas los dineros cancelados por dicho concepto.

Por tal razón, y respecto a los periodos restantes, esto es los comprendidos entre: El 7 y el 15 de julio de 2014 (8 días), El 30 de septiembre de 2014 y el 18 de enero de 2015 (112 días), y el 27 de mayo y el 25 de junio de 2015 (30 días) serán pagados por la EPS Salud Total, sin perjuicio de las acciones que esa entidad puede emprender para el reembolso de los dineros cancelados, en virtud del referido artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, según las razones expuestas.

El pago de las incapacidades que se sigan causando en favor de la accionante, también serán asumidas por Salud Total EPS, en los términos expuestos en precedencia, hasta tanto se revise y recalifique su pérdida de la capacidad laboral.

42. Teniendo en cuenta lo expuesto, solo resta a esta Sala, antes de proferir las órdenes correspondientes, indicar que es necesario entonces revocar la sentencia de segunda instancia dictada el 28 de agosto de 2015, por el Juzgado 4° Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, que en su momento revocó la decisión de primera instancia, proferida por el Juzgado 6° Penal Municipal de Bucaramanga, el 10 de julio de 2015. En su lugar, dispondrá tutelar los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la salud y a la vida digna de la señora Maritza Cartagena Oviedo.

IV. DECISIÓN

⁶⁷ Creada por el artículo 66 de la misma Ley, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 66. DEL MANEJO UNIFICADO DE LOS RECURSOS DESTINADOS A LA FINANCIACIÓN DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSSS). Con el fin de garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, **créase una entidad de naturaleza especial del nivel descentralizado del orden nacional asimilada a una empresa industrial y comercial del Estado que se denominará Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS).** La Entidad hará parte del SGSSS y estará adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente.

En materia laboral los servidores de la Entidad se registrarán por las normas generales aplicables a los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional; en materia de nomenclatura se registrará por el sistema especial que establezca el Gobierno Nacional. En materia de contratación se registrará por el régimen público.

La Entidad tendrá como objeto administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga), los del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (Fonsaet), los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP); los cuales confluirán en la Entidad. En ningún caso la Entidad asumirá las funciones asignadas a las Entidades Promotoras de Salud.

(...)

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

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR la carencia actual de objeto, por hecho superado frente a las reclamaciones de los 14 certificados de incapacidad efectivamente pagados, bien por Porvenir AFP, bien por la empresa DELTHAC1 SEGURIDAD LTDA, identificados en los fundamentos 9 y 10 de la presente sentencia.

SEGUNDO. REVOCAR la sentencia de segunda instancia dictada el 20 de agosto de 2015, por el Juzgado 4° Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, que en su momento revocó la decisión de primera instancia, proferida por el Juzgado 6° Penal Municipal de Bucaramanga, el 10 de julio de 2015. En su lugar, **TUTELAR** los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la salud y a la vida digna de la señora Maritza Cartagena Oviedo.

TERCERO. ORDENAR a la **Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir SA**, por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha efectuado, pague dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia, a la señora Maritza Cartagena Oviedo identificada con cédula de ciudadanía 1.098.620.903 de Bucaramanga, el subsidio por incapacidad correspondiente al periodo comprendido entre el 1° y el 11 de junio de 2013 (11 días), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. ORDENAR a **Salud Total EPS**, por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha efectuado, pague dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia, a la señora Maritza Cartagena Oviedo identificada con cédula de ciudadanía 1.098.620.903 de Bucaramanga, el subsidio por incapacidad correspondiente a los periodos comprendidos entre el 7 y el 15 de julio de 2014 (8 días), el 30 de septiembre de 2014 y el 18 de enero de 2015 (112 días), y el 27 de mayo y el 25 de junio de 2015 (30 días), según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Salud Total EPS podrá emprender todas las acciones pertinentes con el fin de obtener el reembolso de los dineros pagados por dicho concepto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, según las razones expuestas en esta providencia.

El pago de las incapacidades que se sigan causando en favor de la accionante, también será asumido por Salud Total EPS, en los términos expuestos en precedencia, hasta tanto se revise y recalifique su pérdida de la capacidad de laboral.

QUINTO. INSTAR a Porvenir AFP SA y a Salud Total EPS, por intermedio de sus representantes legales o quienes hagan sus veces, para que dentro del término de quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia, tramiten una nueva calificación del estado de salud de la accionante a fin de determinar su real capacidad laboral, de acuerdo con los términos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO. Por secretaría General **LIBRAR** la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General