



**Defensoría  
del Pueblo**  
COLOMBIA

**Informe Defensorial**

# **Personas con discapacidad como consecuencia de accidentes de trabajo**

## **INFORME DEFENSORIAL**

### ***SITUACIÓN DE INDEFENSIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO CONSECUENCIA DE ACCIDENTES DE TRABAJO.***

Bogotá DC, octubre de 2010.

#### **VISTOS:**

1.- La Defensoría del Pueblo, en reunión llevada a cabo el día 19 de mayo de 2010 en las instalaciones del nivel central de Bogotá DC, conoció varias quejas expuestas por un grupo de ciudadanos que -según manifiestan- representan a más de seiscientos personas en situación de discapacidad, quejas referidas básicamente a la existencia de problemas por la falta de atención en salud y al incumplimiento de obligaciones asistenciales y económicas por parte de las administradoras del Sistema General de Riesgos Profesionales.

2.- Una vez elaborada el acta en donde constan los acuerdos a los que se llegó con los ciudadanos afectados junto a representantes del Ministerio de la Protección Social y las administradoras de riesgos profesionales; se procedió a gestionar, con la mediación del señor Defensor del Pueblo, doctor Volmar Pérez Ortiz, la celebración de una nueva reunión para evaluar la problemática presentada, la cual se adelantó el día 6 de septiembre de 2010. En la mencionada reunión se evaluaron las reclamaciones planteadas y se proporcionó la asesoría que correspondía, de acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y en la Ley 24 de 1992<sup>1</sup>. Para efectos del desarrollo de la sesión, se contó con la asistencia de los principales actores que tienen a su cargo la prestación de servicios de salud y las autoridades públicas que ejercen las funciones de inspección, vigilancia y control.

3.- En razón de lo anterior y como consecuencia del compromiso adquirido por la Defensoría del Pueblo, se presenta a continuación un estudio general acerca de la problemática que aqueja a la población en mención, dada la imposibilidad de asumir, en tan breve tiempo, el examen particular de todos y cada uno de los casos planteados. El estudio lo elaboró la Defensoría Delegada para la Dirección del Seguimiento, Evaluación y Monitoreo de las Políticas Públicas para la Realización de los Derechos Humanos<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> De conformidad con los reportes existentes en la Defensoría del Pueblo, los ciudadanos que han presentado reclamaciones ascienden aproximadamente a 40 personas.

<sup>2</sup> La Defensoría Delegada de Políticas Públicas agradece los comentarios y sugerencias formuladas por el Programa de Salud y la Defensoría Delegada para los Asuntos Constitucionales y Legales.

4.- Este estudio responde a un análisis casuístico de la Defensoría del Pueblo, el cual pretende establecer insumos que sirvan para la protección y defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos afectados, así como de todos aquellos otros que, por diversas razones, se encuentran en la misma situación fáctica.

Con fundamento en lo expuesto, se resumen los siguientes

### **HECHOS:**

Las circunstancias fácticas expuestas de manera general por los ciudadanos afectados se resumen en los siguientes términos:

1.- La mayoría de los reclamantes sufrieron algún tipo de discapacidad en la prestación de servicios laborales subordinados, primordialmente en la explotación de la actividad minera.

2.- Como resultado de dichos accidentes de trabajo, los ciudadanos en cuestión fueron atendidos por las administradoras de riesgos profesionales, quienes inicialmente asumieron la cancelación del subsidio por incapacidad temporal y, además, procedieron a pagar las cotizaciones en pensión y salud, de acuerdo con los criterios expuestos en los parágrafos 2° y 3° de la Ley 776 de 2002.

3.- Durante el tiempo en que se asumió el pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, tanto los afiliados como sus beneficiarios tuvieron acceso a las prestaciones consagradas en dicho régimen de protección social.

4.- Ante la imposibilidad de lograr una recuperación integral en poco tiempo y dadas las continuas recaídas por las lesiones sufridas como efecto de los accidentes de trabajo, la mayoría de los reclamantes fueron despedidos por sus empleadores.

5.- Una vez se formalizó el despido y se notificó dicha novedad a las empresas que integran el Sistema de Seguridad Social, se suspendió la atención en salud que bajo el régimen común recibían los afiliados como sus beneficiarios, especialmente, cónyuges e hijos menores de edad.

6.- Por otra parte, y ante la terminación de la relación laboral existente, las administradoras de riesgos profesionales suspendieron el pago de los subsidios por incapacidad temporal, así como de las cotizaciones en pensión y salud.

7.- En este sentido, si bien se mantiene la atención frente a las patologías vinculadas a los accidentes de trabajo, aquellas otras que son consideradas de origen común no tienen ningún tipo de asistencia por parte del Sistema de Seguridad Social.

**8.-** Igualmente, se señala que tanto el procedimiento para la determinación del origen del accidente como el trámite previsto para la calificación de la pérdida de capacidad laboral (PCL) no están siendo satisfechos a cabalidad; por una parte, por las demoras a las que son sometidos los ciudadanos, y por la otra, por la conformación de los distintos grupos médicos interdisciplinarios. Al respecto, se sostiene que las ARP se han tomado de uno a cuatro años para finiquitar los procedimientos de origen y calificación de la PCL.

**9.-** De igual manera, se afirma que existen inconvenientes en la definición del tiempo para acceder a las prestaciones asistenciales de salud; entre ellas, las cirugías.

**10.-** Además, se pone de presente la dificultad que existe en lograr el cumplimiento de varias órdenes de tutela que amparan sus derechos fundamentales, sobre todo en la prestación de servicios asistenciales, frente a los cuales, en algunos casos, se han tramitado hasta tres (3) incidentes de desacato.

**11.-** Finalmente, los reclamantes denuncian la posible existencia de listas negras para negar los servicios de salud a los ciudadanos que han demandado la protección de sus derechos por vía judicial.

### **RECLAMACIONES:**

**1.-** Los interesados manifiestan que la ARP dejó de pagar el subsidio por incapacidad temporal establecido en el régimen de riesgos profesionales, al considerar que su cancelación está sujeto a la existencia de un vínculo laboral.

**2.-** En virtud de la misma razón previamente expuesta, señalan que la ARP no continuó efectuando los aportes en salud y pensión.

**3.-** En cuanto al reconocimiento del subsidio por incapacidad temporal, se formulan inquietudes sobre la posibilidad de obtener su desembolso de forma retroactiva, esto es, frente a los períodos en que la ARP se ha abstenido de realizar su pago.

**4.-** De igual manera, advierten que reciben una atención en salud fragmentada, ya que solamente les dan tratamiento a las patologías vinculadas con el accidente de trabajo pues para las lesiones consideradas de origen común o sobrevinientes de la patología de origen, no existe ningún tipo de atención, en razón de la desafiliación por falta de cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud.

5.- Señalan que fueron despedidos de sus puestos de trabajo por razón de su discapacidad, y que en la actualidad no cuentan con ningún tipo de asistencia o protección legal.

6.- Como consecuencia del despido y la falta de pago de los respectivos aportes, el núcleo familiar se encuentra igualmente desvinculado del régimen de Seguridad Social en Salud.

7.- Se formulan quejas sobre la demora en el desarrollo del proceso de definición de la pérdida de capacidad laboral (PCL) por parte de las juntas médicas.

8.- Se expresan inconformidades en relación con los plazos establecidos para expedir órdenes de atención médica o para realizar cirugías y, en general, para adelantar cualquier tipo de procedimiento clínico.

9.- Se formulan interrogantes en cuanto a la posibilidad de realizar una valoración integral de la discapacidad, con el fin de obtener el derecho al reconocimiento de una pensión.

10.- Finalmente, se señalan dificultades para lograr el cumplimiento de órdenes de tutela y se llama la atención acerca de la posible existencia de “listas negras” para negar servicios de salud a ciudadanos que han reclamado sus derechos mediante el sistema judicial.

## **ESTUDIO DEFENSORIAL.**

### **1.- *El Derecho a la continuidad en la prestación de los servicios de salud.***

La Corte Constitucional en reiteradas oportunidades ha señalado que la salud no sólo es un derecho fundamental, sino también un servicio público a cargo del Estado (C.P. arts. 49 y 365)<sup>3</sup>. En cuanto servicio público, su prestación debe asegurarse de manera interrumpida, de manera que su omisión no se traduzca en un riesgo inminente para la existencia misma del ser humano<sup>4</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el derecho a la continuidad en la prestación de los servicios de salud se ve comprometido, en primer lugar, cuando se presentan conductas de negligencia administrativa y, en segundo término, en los casos en que se suspende abruptamente el acceso a las

---

<sup>3</sup> Recuérdese que, en sentencia C-075 de 2007, el citado tribunal precisó que: “*el derecho a la salud es, autónomamente, un derecho fundamental y (...), en esa medida, la garantía de protección debe partir de las políticas estatales, de conformidad con la disponibilidad de los recursos destinados a su cobertura*”.

<sup>4</sup> Sentencia T-406 de 1993.

prestaciones asistenciales consagradas en la ley, por parte de las entidades públicas o privadas a cargo de quienes se establece la obligación de brindar atención oportuna, integral y eficiente en salud<sup>5</sup>.

Para la Corte Constitucional, los pacientes tienen derecho a no soportar la suspensión en la prestación de los servicios de salud, “en razón que, tanto la jurisprudencia constitucional como el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, dan cuenta del derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud y el mismo sería inocuo si, en cualquier fase, las entidades prestadoras (...) pudiesen interrumpirlo a voluntad”<sup>6</sup>.

Entre los argumentos que desde el punto de vista constitucional justifican la continuidad en la prestación de este servicio, se encuentra el respeto al principio de la buena fe. Sobre el particular, la Corte ha dicho que: “La continuidad del servicio se protege (...) también por el principio consagrado en el artículo 83 de la C.P, [de acuerdo con el cual:] “las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe”. Esa buena fe sirve de fundamento a la confianza legítima que tiene una persona para que no se le suspenda un tratamiento luego de haberse iniciado.”<sup>7</sup>

Desde esta perspectiva, en una progresiva concreción jurisprudencial, la Corte Constitucional ha establecido que el contenido esencial del derecho a la salud lo constituye **la garantía de acceso** a las prestaciones que de él se derivan, de manera oportuna, integral, eficaz y con calidad<sup>8</sup>. Con este propósito surge el principio de continuidad, el cual se despliega como un auténtico derecho constitucional, cuya salvaguarda refuerza la satisfacción en el acceso a los servicios de salud, en los términos anteriormente expuestos. Precisamente, en sentencia T-760 de 2008 la Corte indicó que:

“Desde el inicio de su jurisprudencia la Corte Constitucional ha defendido el derecho que a toda persona se le garantice la continuidad del servicio de salud, una vez éste haya sido iniciado.”<sup>9</sup> Se garantiza pues, que el servicio de

---

<sup>5</sup> Sentencia T-262 de 2000.

<sup>6</sup> Sentencia T-1198 de 2003. Al respecto, el artículo 12 del PIDESC establece que: “1.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (...)”.

<sup>7</sup> Sentencia T- 993 de 2002.

<sup>8</sup> Expresamente, en sentencia T-760 de 2008, la Corte resaltó que: “el derecho fundamental a la salud, comprende, entre otros, el derecho a acceder a servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad”.

<sup>9</sup> En sentencia T-597 de 1993, la Corte tuteló el derecho de un menor a que el hospital acusado lo siguiera atendiendo, pues consideró que “[la] interrupción inconveniente, abrupta o inopinada de las relaciones jurídico-materiales de prestación no se concilia con el Estado Social de Derecho y con el trato que este dispensa al ser humano”.

salud no sea interrumpido, súbitamente, antes de la recuperación o estabilización del paciente. (...)

El derecho constitucional de toda persona a acceder, con continuidad, a los servicios de salud que una persona requiere, no sólo protege el derecho a mantener el servicio, también garantiza las condiciones de calidad en las que se acced[e] al mismo”. (Subrayado añadido).

En síntesis, el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo cuyo contenido constitucionalmente protegido apunta a asegurar el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, integral, eficaz y con calidad. En desarrollo de lo anterior, surge el derecho a la continuidad en la prestación de los servicios de salud, cuyo objetivo apunta a la satisfacción de los citados elementos o características esenciales, al punto de impedir que a las personas a quienes ya se les ha iniciado un tratamiento médico les sea súbitamente suspendido.

En desarrollo de lo anterior, en sentencia C-800 de 2003, la Corte consideró que una EPS pública o privada, no puede suspender un tratamiento necesario para salvaguardar la vida o la integridad de un paciente cuando se invoquen, entre otras, las siguientes razones:

“(i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos; (ii) **porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo;**<sup>10</sup> (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario<sup>11</sup>; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado;<sup>12</sup> (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad;<sup>13</sup> o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando<sup>14</sup>.”

---

<sup>10</sup> En sentencia T-281 de 1996, se ordenó al ISS practicar una operación a una persona, a pesar de que ya no estaba afiliado, pues mientras se terminaban los trámites administrativos para llevar a cabo la intervención quirúrgica, había sido desvinculado unilateralmente de su trabajo.

<sup>11</sup> En sentencia T-396 de 1999, se ordenó al ISS culminar un tratamiento quirúrgico en el sistema óseo, a pesar de que la persona había alcanzado su mayoría de edad y, en consecuencia, había perdido el derecho a la pensión de sobreviviente por la muerte de su padre, razón por la que era atendida por el ISS

<sup>12</sup> En sentencia T-730 de 1999, se ordenó a una EPS continuar prestándole el servicio médico que se le venía dando a una mujer embarazada, a quien se le había suspendido el servicio en razón de que una norma reglamentaria (D.824 de 1988) disponía que, por su condición laboral y su relación familiar con su patrón, ella no podía haber sido afiliada por él.

<sup>13</sup> En la sentencia T-1029 de 2000 se decidió que, en virtud del principio de continuidad que rige el servicio de salud, una EPS está obligada a atender a un afiliado nuevo desde el primer día del traslado, incluso cuando el empleador no ha cancelado aún los aportes a la nueva entidad.

<sup>14</sup> En sentencia T-636 de 2001, se decidió que era necesario suministrar bolsas de colostomía a una persona (bolsas externas al cuerpo para recoger materias fecales), en el intervalo entre dos

Con base en la jurisprudencia reseñada, la Corte Constitucional ha considerado que las entidades prestadoras de salud que se encuentren proporcionando un determinado tratamiento médico a un paciente deben garantizar su culminación<sup>15</sup>. Así las cosas, dichas entidades únicamente pueden sustraerse al cumplimiento de la aludida obligación, cuando: (i) el servicio médico que se viene suministrando haya sido asumido y prestado de manera efectiva por una nueva entidad o; (ii) la persona recupere el estado de salud respecto de la enfermedad por la cual se le venía tratando<sup>16</sup>.

Precisamente, en la sentencia C-800 de 2003 el mencionado tribunal declaró exequible, de forma condicionada, el artículo 43 de la Ley 789 de 2002, conforme al cual: *“Estando vigente la relación laboral no se podrá desafiliar al trabajador ni a sus beneficiarios de los servicios de salud, cuando hubiera mediado la correspondiente retención de los recursos por parte del empleador y no hubiera procedido a su giro a la entidad promotora de salud. Los servicios continuarán siendo prestados por la entidad promotora de salud a la que el trabajador esté afiliado (...), sin perjuicio de la responsabilidad del empleador, conforme a las disposiciones legales”*; en el entendido de que: *“en ningún caso se podrá interrumpir el servicio de salud específico que se venía prestando, cuando de él depende la vida o la integridad de la persona, hasta tanto la amenaza cese u otra entidad asuma el servicio”*<sup>17</sup>.

En este contexto y en aplicación de los criterios jurisprudenciales previamente trazados, la sentencia T-568 de 2005 señaló lo siguiente:

“En consecuencia si a causa de la terminación del contrato de trabajo el actor dejó de aportar al régimen contributivo y por ello quedó sin el servicio médico y no está afiliado a otro régimen, la EPS debe continuar suministrando la atención médica reclamada, hasta que el [peticionario] sea afiliado nuevamente a una EPS, se vincule como independiente al Régimen Contributivo, se beneficie del Régimen Subsidiado, o hasta tanto la amenaza cese u otra entidad encargada de prestar el servicio en cuestión asuma sus obligaciones legales y las continúe efectivamente prestando”<sup>18</sup>.

---

operaciones, por considerar que hacían parte del tratamiento y que, en esa medida, no darlas implicaba suspender la continuidad del mismo.

<sup>15</sup> Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-785 de 2006, T-672 de 2006, T-185 de 2006, T-721 de 2005, T-305 de 2005, T-875 de 2004, T-1079 de 2003 y T-993 de 2002.

<sup>16</sup> Sentencia T-194 de 2010.

<sup>17</sup> Sobre el mismo tópico, se pueden consultar también las sentencias T-263 de 2009, T-059 de 2007 y T-127 de 2007.

<sup>18</sup> Similar criterio ha sido acogido en sentencias: T-359 de 2008, T-344 de 2008, T-278 de 2008, T-1083 de 2007, T-064 de 2006 y T-1079 de 2003.



En todo caso, la jurisprudencia ha considerado que la aplicación del derecho a la continuidad en la prestación del servicio de salud se encuentra limitado al cumplimiento de los siguientes requisitos: “1. Debe ser un médico tratante de la EPS quien haya determinado el tratamiento u ordenado los medicamentos; 2. El tratamiento ya se debió haber iniciado, o los medicamentos suministrados (...). Esto significa que debe haber un tratamiento médico en curso. 3. El mismo médico tratante debe indicar que el tratamiento debe continuar o los medicamentos deben seguir siendo suministrados”<sup>19</sup>.

No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional en la sentencia C-800 de 2003, previamente citada, estableció que “en los casos en que las EPS deban seguir atendiendo a una persona, a pesar de que ésta ya no cotiza para el régimen contributivo, se generarán unos costos que no encuentran respaldo financiero en [dicho] régimen. La jurisprudencia de [la] Corte ya ha reiterado que es el Estado, por intermedio del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) del Ministerio de la Protección Social, quien debe responder oportunamente a las peticiones mediante las cuales una EPS repita para asegurar la sostenibilidad del sistema”.

En conclusión, las entidades responsables de garantizar el servicio público de salud no pueden suspender válidamente el suministro de tratamientos médicos ya iniciados, salvo cuando: (i) el servicio médico requerido haya sido asumido y prestado de manera efectiva por otra entidad o; (ii) el paciente afectado en su salud hubiese superado el estado de enfermedad que se le venía tratando. Igualmente, no es constitucionalmente admisible suspender la atención en salud a un paciente argumentando, entre otras razones, que el usuario fue desvinculado laboralmente y por ello cesó el pago de los aportes al sistema de salud. En todo caso, es claro que en aquellas circunstancias en que se presente esta última hipótesis, la EPS que asuma el tratamiento médico de acuerdo con el derecho a la continuidad en la prestación de los servicios de salud, tendrá derecho a repetir contra el FOSYGA, pero única y exclusivamente frente a los servicios prestados para atender las enfermedades que se adquirieron en vigencia de su relación con la EPS y respecto de los períodos en que preste la atención médica sin recibir el monto correspondiente a la UPC.

En el asunto propuesto se observa que, a raíz de la falta de cotización al régimen de salud por parte de los ciudadanos reclamantes, se suspendió la atención requerida frente a las lesiones consideradas de origen común y, así mismo, frente a la asistencia prestada a sus cónyuges e hijos, en desarrollo del artículo 163 de la Ley 100 de 1993 que consagra la institución de la cobertura familiar<sup>20</sup>. El origen de

---

<sup>19</sup> Sentencia T-138 de 2003.

<sup>20</sup> La norma citada dispone que: “**Artículo 163. La cobertura familiar.** El Plan de Salud Obligatorio de Salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del Sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado; los hijos menores de 18 años

esta suspensión se remonta al hecho de haber sido despedidos de sus puestos de trabajo, sumado a la circunstancia de que las ARP interrumpieron la cancelación de las cotizaciones al Régimen de Seguridad Social en pensiones y salud, debido a la inexistencia de un vínculo laboral, de acuerdo con la interpretación realizada a los parágrafos 2° y 3° del artículo 3° de la Ley 776 de 2002.

Como primera respuesta a las reclamaciones formuladas, la Defensoría encuentra que tanto los trabajadores en situación de discapacidad como su núcleo familiar **deben seguir siendo atendidos por las EPS a las cuales estaban afiliados, en relación con los tratamientos o medicamentos vinculados con patologías de origen común**, siempre que: (i) dicha prescripción médica haya sido ordenada por un médico tratante de las EPS; (ii) el respectivo tratamiento o medicamento fuese prescrito con anterioridad a la fecha en que se dejaron de realizar los aportes, esto es, debe tratarse de un tratamiento médico en curso; y finalmente; (iii) el mismo médico tratante indique que el procedimiento clínico debe continuar o los medicamentos deben seguir siendo suministrados.

Esta obligación de origen constitucional subyace en el contenido esencial del derecho a la continuidad en la prestación de los servicios de salud, en los términos expuestos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. No sobra advertir que, en todo caso, las EPS tienen derecho a repetir contra el FOSYGA, pero única y exclusivamente por los servicios prestados para atender las enfermedades que se adquirieron en vigencia de la relación del afiliado con dicha entidad promotora de salud y respecto de los períodos en que preste la atención médica sin recibir el monto correspondiente a la UPC. Por lo demás, la obligación expuesta perdurará hasta que se presente una de las siguientes hipótesis, a saber: (i) el servicio médico requerido sea asumido y prestado de manera efectiva por otra entidad o; (ii) el paciente afectado en su salud supere el estado de enfermedad que se le venía tratando.

Ahora bien, frente a las enfermedades de origen común cuyo tratamiento no se haya iniciado con anterioridad a la fecha en que se dejaron de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, no es aplicable el derecho de

---

*de cualquiera de los cónyuges, que hagan parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste. // **Parágrafo 1o.** El Gobierno Nacional reglamentará la inclusión de los hijos que, por su incapacidad permanente, hagan parte de la cobertura familiar. **Parágrafo 2o.** Todo niño que nazca después de la vigencia de la presente Ley quedará automáticamente como beneficiario de la Entidad Promotora de Salud a la cual esté afiliada su madre. El Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a la Entidad Promotora de Salud la Unidad de Pago por Capitación correspondiente, de conformidad con lo previsto en el artículo 161 de la presente ley”.*

continuidad anteriormente descrito, por lo que es indispensable proponer una solución distinta.

## **2.- De la suspensión del pago de las cotizaciones en salud por parte de las administradoras de riesgos profesionales.**

Una de las reclamaciones formuladas por los ciudadanos fue el incumplimiento de las ARP en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, con los inconvenientes que ello genera desde el punto de vista de la eventual suspensión del acceso al citado servicio.

Esta materia se encuentra regulada en los párrafos 2° y 3° del artículo 3° de la Ley 776 de 2002, los cuales disponen:

*“**PARÁGRAFO 2o.** Las entidades administradoras de riesgos profesionales deberán asumir el pago de la cotización para los Sistemas Generales de Pensiones y de Seguridad Social en Salud, **correspondiente a los empleadores**, durante los períodos de incapacidad temporal y hasta por un ingreso base de la cotización, equivalente al valor de la incapacidad. La proporción será la misma establecida para estos sistemas en la Ley 100 de 1993.*

***PARÁGRAFO 3o.** La Administradora de Riesgos Profesionales podrá pagar el monto de la incapacidad directamente o a través del empleador. Cuando el pago se realice en forma directa la Administradora deducirá del valor del subsidio por incapacidad temporal el porcentaje que debe cotizar el trabajador a los otros subsistemas de Seguridad Social, valor que deberá trasladar con el aporte correspondiente del empleador señalado en el párrafo anterior, a la EPS o Administradora de Pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador en los plazos previstos en la ley.”* (Subrayado por fuera del texto original).

La regulación previamente transcrita parte de la idea esencial de considerar que, mientras la persona que sufre de una incapacidad temporal tiene la condición de trabajador, el acceso al sistema de salud se realiza de manera forzosa a través del régimen contributivo.

Precisamente, este último ha sido definido como el conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual o familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador. En este sentido, se entiende que son afiliadas obligatorias al régimen contributivo todas aquellas personas, residentes en Colombia, vinculadas mediante **contrato de trabajo** que se rija por las leyes colombianas.

La razón que soporta la obligación de las ARP de cancelar los aportes en salud es la de que mientras un trabajador sufre una incapacidad temporal, **y su vínculo laboral persiste**, es indispensable cotizar al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo, pues la ley establece el cumplimiento de dicha obligación con carácter forzoso (Ley 100 de 1993, art. 157). Ahora bien, es claro que dicha obligación se radica en cabeza de las ARP, por la sencilla razón de que empleador ya no es beneficiario de la prestación del servicio, y el riesgo se traslada a las administradoras del Sistema de General de Riesgos Profesionales. En este sentido, el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 776 de 2002 dispone que: *“Las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, serán reconocidas y pagadas por la administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador (...)”*.

Conforme a esta argumentación, obsérvese cómo en el caso de que se ponga fin a la relación laboral por parte del empleador, la situación jurídica del afiliado cambia frente al Sistema de Seguridad Social en Salud. En efecto, la inexistencia de un vínculo laboral supone, a menos que la persona cotice como trabajador independiente o tenga suficiente capacidad socioeconómica, que la misma ya no es un afiliado obligatorio al régimen contributivo y, por ende, su asistencia en salud debe lograrse a través del régimen subsidiado.

En este sentido, en términos estrictamente jurídicos, lo que ordena la ley es una sustitución del obligado al pago de las cotizaciones en salud, bajo la condición resolutoria de que exista el vínculo laboral, el cual mantiene a la persona que sufre una incapacidad temporal como afiliado obligatorio al régimen contributivo. De suerte que, una vez el citado vínculo laboral es roto por el empleador, cesa la obligación de cotizar al citado régimen por parte de las ARP pues, como se ha explicado, el alcance de dicha prestación es eminentemente condicional.

Sobre este tema, el Ministerio de la Protección Social, en la circular Informativa 230042 del pasado 8 de agosto de 2008, manifestó que:

“En los casos de accidente de trabajo y enfermedad profesional cuando el trabajador se encuentre incapacitado y el **vínculo laboral continua vigente**, el aporte que debe asumir el empleador a los sistemas de salud y pensiones lo asume la Entidad Administradora de Riesgos Profesionales, conforme a los parágrafos 2 y 3 del artículo 3 de la Ley 776 de 2002 (...) Las entidades Administradoras de Riesgos Profesionales deben asumir el pago y traslado de las cotizaciones para pensiones y salud que le corresponde al empleador durante la incapacidad temporal por accidente de trabajo y enfermedad profesional”.

Lo anterior en nada limita el reconocimiento de las prestaciones asistenciales y económicas que se originan por la ocurrencia de un accidente de trabajo, sin importar si el trabajador se encuentra o no afiliado a la ARP, como lo establece

expresamente la ley. Textualmente, el párrafo 2° del artículo 1° de la Ley 776 de 2002 dispone que: *“La Administradora de Riesgos Profesionales en la cual se hubiere presentado un accidente de trabajo, deberá responder íntegramente por las prestaciones derivadas de este evento, tanto en el momento inicial como frente a sus secuelas, independientemente de que el trabajador se encuentre o no afiliado a esa administradora”*.

No sobra recordar que todo trabajador afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales, que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad de origen profesional, tiene derecho a que dicho sistema le preste los servicios asistenciales señalados en el artículo 5° del Decreto 1295 de 1994, a saber: (a) asistencia médica, quirúrgica, terapéutica y farmacéutica; (b) servicios de hospitalización; (c) servicio odontológico; (d) suministro de medicamentos; (e) servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento; (f) prótesis y órtesis, su reparación, y su reposición sólo en casos de deterioro o desadaptación; (g) rehabilitaciones físicas y profesionales y; (h) gastos de traslado, en condiciones normales, que sean necesarios para la presentación de estos servicios. Además de las correspondientes prestaciones económicas, que se concretan en: (i) el subsidio por incapacidad temporal; (ii) la incapacidad permanente parcial; (iii) la pensión de invalidez y de sobrevivientes; y (iv) el auxilio funerario.

Una vez concluido el vínculo laboral cesan las obligaciones de cotización en salud y pensión a cargo de las ARP. No obstante, lo anterior no significa que los ciudadanos reclamantes queden desprotegidos en salud; por una parte, porque frente a patologías comunes cuyo tratamiento se haya iniciado con anterioridad a la fecha en que se dejaron de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, es aplicable el principio o derecho de continuidad en los términos anteriormente descritos; y por la otra, porque frente a las lesiones vinculadas con el accidente de trabajo, la atención a cargo de las ARP debe ser integral, esto es, debe prolongarse hasta que se logre la curación o rehabilitación o se reconozca el estado de pérdida definitiva en la capacidad laboral.

Por último, con el fin de asegurar la asistencia en salud frente a las patologías de origen común que puedan existir en el futuro, se presentan dos alternativas posibles en relación con los ciudadanos reclamantes: en primer lugar, solicitar el reintegro a los puestos de trabajo de las personas que fueron ilegalmente despedidas, lo cual garantiza su reincorporación al régimen contributivo de salud, o en segundo término, vincularlos al régimen subsidiado mediante (i) la focalización prevista en la ley, en aplicación del Sistema de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN), o (ii) a través de los recientes mecanismos para consolidar la universalización de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud consagrados en la Resolución No. 2042 del 1° de junio de 2010.

### **3.- De la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores en situación de discapacidad.**

El derecho a la estabilidad laboral aparece expresamente consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política. De acuerdo con la Corte Constitucional, esta garantía no significa que exista un mandato de conservación absoluto del empleo o de permanecer en un trabajo de manera indefinida en el tiempo. Por esta razón, se ha dicho que el derecho a la estabilidad laboral no puede llegar al extremo de convertirse en un instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas que sean retiradas de un cargo, pues ello se traduciría en un sacrificio desproporcionado frente a otras garantías constitucionales, como son la libertad económica y la libertad de empresa.

Ha dicho la jurisprudencia constitucional que el derecho a la estabilidad laboral se manifiesta a través de las siguientes categorías de protección jurídica: (i) la **estabilidad impropia**, la cual implica que toda persona debe ser retirada de su puesto de trabajo de común acuerdo o conforme a una justa causa, so pena de tener que asumir la obligación de pagar una indemnización de perjuicios; (ii) la **estabilidad precaria**, la cual se presenta en aquellos casos en que por mandato legal se otorga al empleador la potestad de poner fin a la relación laboral, con un alto grado de discrecionalidad y sin tener que pagar una indemnización, cuando dicha decisión se sujeta a estrictas razones de orden e interés públicos, tal y como ocurre, por ejemplo, con los empleados de libre nombramiento y remoción; y finalmente (iii) la **estabilidad absoluta o reforzada**, que tiene ocurrencia en aquellos casos en los cuales la posibilidad de poner fin a una relación laboral se somete a varias exigencias legales, esencialmente de tipo formal, cuyo incumplimiento se traduce en el derecho al reintegro del trabajador derivado del hecho de considerar nulo o ineficaz el acto de despido<sup>21</sup>.

En el ordenamiento jurídico colombiano se consagran varios casos de **estabilidad absoluta o reforzada**, como ocurre con algunos trabajadores sindicalizados, con las mujeres en estado de embarazo o en período de lactancia, con los trabajadores beneficiarios del reten social y con los trabajadores en situación de discapacidad<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Véase, entre otras, la sentencia T-576 de 1998.

<sup>22</sup> El Decreto 917 de 1999 (Manual Único para la Calificación de Invalidez), define a la discapacidad como: “toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producida por una deficiencia, y se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño y comportamiento en una actividad normal o rutinaria, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, y progresivos o regresivos. Representa la objetivación de la deficiencia y por tanto, refleja alteraciones a nivel de la persona”.

Precisamente, en relación con estos últimos, en la sentencia T-351 de 2003, la Corte Constitucional señaló que:

“En la actualidad el ordenamiento jurídico colombiano distingue entre trabajadores *discapacitados calificados* como tales por las normas legales, frente a los trabajadores que sufren una disminución en su condición física durante la ejecución del contrato de trabajo, quienes a partir de lo dispuesto en el artículo 13 Superior, exigen una protección especial por parte del Estado dada su situación de *debilidad manifiesta*.”

El alcance y los mecanismos legales de protección -en cada caso- son distintos, en primer lugar, porque la Ley 361 de 1997, en su artículo 26, consagra un sistema de estabilidad laboral reforzada y, en segundo término, porque la protección de los trabajadores en situación de *debilidad manifiesta* se deriva de la aplicación inmediata de la Constitución junto con algunas normas de rango legal que constituyen el denominado *sistema normativo integrado*”.

De suerte que quienes sufren algún tipo de discapacidad en el ejercicio de su actividad laboral son beneficiarios de la estabilidad laboral reforzada, ya sea a través de la calificación previa establecida en Ley 361 de 1997<sup>23</sup> o, en su lugar, por medio de la aplicación del concepto de personas puestas en circunstancias de debilidad manifiesta, el cual se origina de la interpretación armónica de los artículos 13 y 47 de la Constitución Política, como puede examinarse en las sentencias T-1040 de 2001 y T-519 de 2003.

En este contexto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha invocado el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 “*por medio la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitaciones*”, con el fin de otorgar la especial protección que en términos de estabilidad reforzada consagra el ordenamiento constitucional, sin importar si se trata de trabajadores en situación de discapacidad, calificados o no. La norma citada dispone lo siguiente:

---

<sup>23</sup> Expresamente, el artículo 5° de la ley en mención establece que: “*Las personas con limitación deberán aparecer **calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud**, ya sea el régimen contributivo o subsidiado. Para tal efecto las empresas promotoras de salud deberán consignar la existencia de la respectiva limitación en el carné de afiliado, para lo cual solicitarán en el formulario de afiliación la información respectiva y la verificarán a través de diagnóstico médico en caso de que dicha limitación no sea evidente. // Dicho carné especificará el carácter de persona con limitación y el grado de limitación moderada, severa o profunda de la persona. **Servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley.** // El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud realizará las modificaciones necesarias al formulario de afiliación y al carné de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud con el objeto de incorporar las modificaciones aquí señaladas.// Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las políticas que con relación a las personas con limitación establezca el "Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación" a que se refiere el artículo siguiente*”. (Subrayado por fuera del texto original).

**“Artículo 26.** En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”<sup>24</sup>.

La Corte Constitucional se pronunció acerca de la exequibilidad de la expresión: *“salvo que medie autorización de la oficina de trabajo”* prevista en el inciso primero y frente a la totalidad del inciso segundo de la norma recién transcrita, en sentencia C-531 de 2000.

En cuanto a la expresión: *“salvo que medie autorización de la oficina de trabajo”* consagrada en el inciso primero, la Corte concluyó que la exigencia de requerir la autorización de la oficina de trabajo para proceder al despido de un trabajador en situación de discapacidad se ajusta a la Carta Fundamental. Esta decisión se fundamentó en la especial protección que demandan las personas que sufren de una disminución física, sensorial o síquica, conforme se consagra en los artículos 13 y 47 de la Constitución Política. En el primero de los mencionados artículos, al establecer que *“El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se comentan”*, y en el segundo, al disponer que: *“El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”*.

---

<sup>24</sup> En sentencia T-198 de 2006, la Corte señaló que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 consagra lo que puede denominarse protección laboral reforzada positiva y negativa, a favor de las personas con discapacidad. En el ámbito de la protección laboral *positiva*, establece que la limitación de una persona no podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Por otro parte, en relación con la protección laboral *negativa*, la ley en mención ordena que ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.



En lo referente al inciso segundo, el máximo tribunal de la justicia constitucional estimó que la norma era parcialmente inconstitucional, pues se incurrió en una omisión legislativa relativa al no consagrar una protección suficiente para la situación de discapacidad, acorde con lo previsto en el artículo 54 de la Carta Política, conforme al cual: *“El Estado debe (...) garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”*. Por esta razón, se condicionó la exequibilidad de la disposición demandada al hecho de entender que, además de las indemnizaciones allí previstas, en caso del despido ilegal de un trabajador en situación de discapacidad, es también procedente ordenar su reintegro a partir de la carencia de efectos jurídicos del acto que pone fin a su relación laboral.

En sus propias palabras, en la sentencia C-531 de 2000 la Honorable Corte Constitucional manifestó que:

“En esos términos, tal y como se encuentra redactada la norma, la Corte estima que la posibilidad de despedir a un discapacitado, sin autorización de la oficina de trabajo, debiendo el patrono asumir el pago de una indemnización por la suma de *“ciento ochenta días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”*, **no configura una salvaguarda de sus derechos y un desarrollo del principio de protección especial de la cual son destinatarios, por razón de su debilidad manifiesta dada su condición física, sensorial o mental especial, en la medida en que la protección de esta forma establecida es insuficiente respecto del principio de estabilidad laboral reforzada que se impone para la garantía de su derecho al trabajo e igualdad y respeto a su dignidad humana.** (...)

[Por lo anterior, es claro que] existe en la regulación controvertida una omisión relativa del legislador **por la falta de señalamiento de una protección suficiente a la discapacidad para que de esta manera armonice con los mandatos superiores**, la cual deberá ser subsanada mediante la aplicación directa de los principios y mandatos constitucionales mediante la expedición de una sentencia integradora, tal y como se hizo en la Sentencia C-479 de 1997, en la forma ya vista.

En consecuencia, la Corte procederá a integrar al ordenamiento legal referido los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como los mandatos constitucionales que establecen una protección especial para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), de manera que, se procederá a declarar la exequibilidad del inciso 2o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, **bajo el entendido de que el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva**

**autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria.**

Cabe destacar que la indemnización contenida en este inciso es adicional a todas las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar según la normatividad sustantiva laboral (Ley 50 de 1990), como bien se indica en el texto del inciso 2o. del artículo 26 en estudio<sup>25</sup>.

En este sentido, se puede concluir que a favor de los trabajadores en situación de discapacidad existen diversos mecanismos para garantizar su derecho a la estabilidad laboral reforzada, como expresión del mandato constitucional que ordena introducir políticas de integración social a favor de dicho sector de la población (C.P. art. 47). Estos mecanismos de protección son:

**a.-** Todo despido o terminación del contrato de trabajo de una persona en situación de discapacidad debe ser previamente autorizado por las oficinas de trabajo, sin importar la causal que se invoque.

**b.-** Quienes sean despedidos o su contrato terminado sin cumplir el requisito previamente mencionado, tendrán derecho a **(i)** una indemnización equivalente a ciento ochenta días de salario; **(ii)** al reconocimiento de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar según la normatividad sustantiva laboral; y **(iii)** al reintegro a su trabajo, dada la carencia de efectos jurídicos del acto que pone fin a la relación laboral.

Con fundamento en lo expuesto, la Corte Constitucional ha considerado que la estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad constituye un verdadero derecho fundamental<sup>26</sup>. Al respecto, en sentencia T-263 de 2009, se consideró que el contenido esencial de este derecho está integrado por: “(i) el derecho a conservar el empleo, (ii) a no ser despedido en razón de su situación de vulnerabilidad, (iii) a permanecer en él hasta que se configure una causal objetiva que amerite la desvinculación laboral y (iv) a que el inspector de trabajo o la autoridad que haga sus veces, autorice el despido con base en la verificación previa de dicha causal, a fin de que el mismo pueda ser considerado eficaz”<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Subrayado por fuera del texto original.

<sup>26</sup> Al respecto, ver sentencias T-962 de 2008 y T-263 de 2009.

<sup>27</sup> En armonía con lo aquí señalado, en la sentencia T-962 de 2008 la Corte indicó: “Al respecto, la Corporación ha precisado que a la luz de la Constitución Política y las normas que regulan la materia, en el marco del derecho fundamental al trabajo, a los disminuidos físicos les asisten tres derechos esenciales: (i) tener las mismas oportunidades para acceder a un empleo y gozar de todos los beneficios que se desprenden de la ejecución del contrato de trabajo; (ii) permanecer en él mientras no se configure una causal objetiva que justifique su desvinculación;

Esta protección, como se ha dicho, se extiende no sólo a los trabajadores en situación de discapacidad calificados o certificados conforme a lo previsto en el artículo 5° de la Ley 361 de 1997, sino también a aquellos trabajadores que debido a deterioros en su estado de salud se encuentran en una situación de debilidad manifiesta. Así, en la sentencia T-198 de 2006, la Corte indicó:

“En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, **sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez.**”<sup>28</sup>

En idéntico sentido, en sentencia T-819 de 2008 se dijo que:

“De igual forma, ha considerado el intérprete constitucional, que no solamente los trabajadores que han sido calificados como discapacitados, son titulares de las medidas afirmativas previstas en la Ley 361 de 1997, sino que también deben aplicarse para los empleados que han tenido algún tipo de disminución en su salud, que afecta o dificulta ostensiblemente el desempeño laboral, razón por la cual el empleador, antes de prescindir de los servicios de aquél, *“está obligado a reubicar al empleado en un cargo cuyas funciones estén acordes con el estado de su salud.”* (...)

Significa lo anterior, que el principio de estabilidad laboral reforzada, tiene aplicabilidad no solo para los trabajadores que han sido calificados con algún grado de discapacidad, sino también para aquellos *“que sufren una disminución en su estado de salud durante el transcurso del contrato laboral, deben ser consideradas como personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta.*

Con todo, “[p]uede concluirse entonces, que la jurisprudencia ha extendido el beneficio de la protección laboral reforzada establecida en la Ley 361 de 1997, a favor, no sólo de los trabajadores discapacitados calificados como tales, sino aquellos que sufren deterioros de salud en el desarrollo de sus funciones. En efecto, en virtud de la aplicación directa de la Constitución, constituye un trato discriminatorio el despido de un empleado en razón de la enfermedad por él padecida, frente a la cual procede la tutela como mecanismo de protección.”

La jurisprudencia constitucional ha determinado que en las relaciones de tipo laboral la estabilidad reforzada de la población en situación de discapacidad opera independientemente de la modalidad contractual convenida por las partes. En

---

y (iii) desempeñar trabajos y funciones acordes con sus condiciones de salud que le permitan acceder a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia”.

<sup>28</sup> Sombreado por fuera el texto original.

particular, lo hace en la sentencia T-449 de 2008, al referirse a los contratos a término fijo:

"[E]n los contratos laborales celebrados a término definido en los que esté inmerso un sujeto de especial protección y en los que el objeto jurídico no haya desaparecido, no basta con el vencimiento del plazo ó de la prórroga para dotar de eficacia la terminación unilateral del contrato, sino que, es obligación del patrono acudir ante Inspector del Trabajo para que sea éste quien, en aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, determine si la decisión del empleador se funda en razones del servicio, como por ejemplo el incumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones que le eran exigibles, y no en motivos discriminatorios, sin atender a la calificación que formalmente se le haya dado al vínculo laboral."

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional consideró en la sentencia T-263 de 2009 que: "el vencimiento del término de [un] contrato o la culminación de la obra, no significan necesariamente una justa causa para su terminación. De este modo, en todos aquellos casos en que (i) subsistan las causas que dieron origen a la relación laboral y (ii) se tenga que el trabajador ha cumplido de manera adecuada sus funciones, el trabajador tiene el derecho de conservar su trabajo aunque el término del contrato haya expirado o la labor haya finiquitado".

En conclusión, los trabajadores en situación de discapacidad tienen derecho al reconocimiento de una estabilidad laboral reforzada, independientemente de (i) la modalidad contractual adoptada por las partes y (ii) que su condición haya sido certificada o calificada como de discapacidad por el organismo competente. **En virtud de lo anterior, esta población detenta, entre otros, el derecho a permanecer en su lugar de trabajo hasta tanto se configure una causal objetiva que extinga la relación laboral, previa verificación de la misma por el inspector del trabajo o la autoridad que haga sus veces, sin importar la circunstancia que se invoque.** En consecuencia, si se logra establecer que el despido o la terminación del contrato de trabajo de una persona en situación de discapacidad se produjo sin la previa autorización requerida de las autoridades del trabajo, **se deberá presumir** que la causa de ésta es la circunstancia de discapacidad que aquél padece y que bien puede haber sobrevenido como consecuencia de la labor desempeñada en desarrollo de la relación laboral<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Sobre la materia, en la sentencia T-125 de 2009 se dijo que: *"La necesidad de esta presunción salta a la vista, por cuanto, exigir la prueba de la relación causal existente entre la condición física, sensorial o psicológica del trabajador y la decisión del empleador constituye una carga desproporcionada para una persona que se encuentra en una situación de vulnerabilidad evidente. Es más, exigir tal prueba al sujeto de especial protección equivale a hacer nugatorio el amparo de los derechos que pretende garantizar la estabilidad laboral reforzada, pues se trata de demostrar un aspecto ligado al fuero interno del empleador. La complejidad de dicha prueba aumenta, si tiene en cuenta que, las más de las veces, los motivos que se exponen en las*

Esta protección se aplica igualmente a todo trabajador en situación de discapacidad, sin importar el grado de incapacidad que padezca y sin que sea necesario el agotamiento previo del proceso para determinar la pérdida de la capacidad laboral<sup>30</sup>. En todo caso, y por obvias razones, únicamente quedan excluidos de esta protección los trabajadores a los cuales se les reconozca el estado de invalidez que origina el otorgamiento de una pensión vitalicia<sup>31</sup>.

Es preciso señalar que el término de prescripción de la acción de reintegro para los trabajadores en situación de discapacidad que han sido despedidos o su contrato terminado sin acreditar una causal objetiva y sin tener la autorización de las autoridades del trabajo, no se encuentra previsto en la Ley 361 de 1997. Esto podría significar que para los empleados que se rigen por la normatividad laboral ordinaria prevista en el Código Sustantivo del Trabajo, como lo son los ciudadanos reclamantes, es posible acudir a los plazos consagrados en el artículo 488 de dicha codificación, el cual dispone que: *“Las acciones correspondientes a los*

---

*comunicaciones de despido son aparentemente ajustados a derecho.”* En este mismo sentido, se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia T-449 de 2008.

<sup>30</sup> Al respecto, se puede consultar la sentencia T-738 de 2009.

<sup>31</sup> Sobre la materia se puede consultar la sentencia T-062 de 2007, en la que se manifestó que: *“la incapacidad permanente parcial es una merma definitiva de la capacidad de trabajo que oscila entre el 5% y el 49%. Al tenor del artículo 7° de la Ley 776 de 2002, el trabajador que sufra una incapacidad permanente parcial tiene derecho a recibir una indemnización a cargo de la Entidad administradora de riesgos profesionales que varía entre 2 y 24 salarios base de liquidación. Esta indemnización ha sido establecida con el objetivo de resarcir la mengua de la capacidad laboral sufrida por el trabajador, teniendo presente que éste conserva intacta al menos la mitad de su fuerza de trabajo por lo que, en principio, cuenta con las aptitudes requeridas para reincorporarse al mercado laboral. // Ahora bien, en aras de asegurar la inclusión laboral del trabajador que padece tal incapacidad y, particularmente, con la intención de alcanzar el objetivo idéntico que inspira la obligación de reubicación en el caso de la incapacidad temporal, el trabajador que presente una incapacidad permanente parcial, tiene derecho a ser ubicado en el cargo que desempeñaba y en caso de no ser posible debido a la limitación física, el empleador deberá proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, en cuyo caso deberá realizar los movimientos de personal que sean requeridos.”* En esta sentencia, la Corte se pronunció igualmente sobre la causal de despido por incapacidad laboral continua de 180 días, (i) por enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional; (ii) *“así como por cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo”*, prevista en el numeral 15 del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965. En relación con la primera hipótesis de la norma señalada, el máximo tribunal de la justicia constitucional se limitó a manifestar que su validez constitucional se somete a la declaratoria de exequibilidad realizada en la sentencia C-079 de 1996; mientras que, frente a la segunda hipótesis normativa, *“el empleador sólo puede recurrir válidamente a esta causal de despido cuando, una vez ha sido agotado el término de recuperación de 180 días, el cual, como ya fue señalado, puede ser prorrogado por períodos que en suma no deben superar el término inicial; la pérdida de capacidad laboral del trabajador supera el 50%, en cuyo caso tiene derecho a recibir del Sistema de riesgos profesionales una pensión de invalidez mientras continúe en dicho estado. Sólo en esta hipótesis puede el empleador dar por terminada la relación laboral, dado que si la incapacidad no alcanza el mencionado porcentaje, éste tiene la obligación de reubicar al trabajador”*.

*derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto”.*

De acuerdo con lo expuesto, en la medida en que los ciudadanos reclamantes en su condición de trabajadores del sector minero sufrieron algún tipo de incapacidad en el ejercicio de sus labores y, como consecuencia de ello, quedaron en situación de discapacidad, es posible inferir que a su favor existe un derecho a la estabilidad reforzada; por lo cual, si el despido o la terminación de sus contratos se produjo sin la autorización de la autoridad del trabajo, como se consagra en la normatividad vigente (Ley 361 de 1997, art. 26), es viable acudir ante las instancias judiciales con el fin de obtener el reintegro junto a las demás prestaciones y derechos previstos en la Ley.

Como consecuencia del reintegro, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el trabajador en situación de discapacidad, si las circunstancias así lo ameritan, debe ser reubicado en una labor distinta que le permita desempeñar oficios acordes con su limitación. En este sentido se pronunció en sentencia T-1040 de 2001, al resolver el caso de una trabajadora que fue despedida luego de reclamar su derecho a la reubicación y de no haber obtenido la capacitación necesaria para asegurar su correcto desenvolvimiento<sup>32</sup>.

Esto significa que existe un vínculo de conexidad inescindible entre el derecho al reintegro y el derecho a la reubicación del trabajador, en aquellos casos en que la disminución de la capacidad laboral, implica la obligación de modificar las labores u oficios asignados. Sobre el particular, vale la pena traer a colación la sentencia T-283 de 2005, en la que se fija el alcance y contenido del derecho a la reubicación, en los términos que a continuación se exponen:

“(…) es claro que para preservar los derechos fundamentales del trabajador y, especialmente, su derecho a la dignidad humana, los empleadores deben *abstenerse* de impartir órdenes que afecten la salud, la integridad física y/o la vida digna de sus empleados. El respeto por esta dignidad implica, además, en ciertas ocasiones, el *deber de reubicar* a los trabajadores que, durante el transcurso del contrato de trabajo sufren disminuciones en su capacidad laboral.

Dicha obligación ha sido reconocida por el legislador, entre otras, en la Ley 776 de 2002. Así, en el artículo 4° de la citada ley, se dispuso que: “*Al terminar el*

---

<sup>32</sup> En la parte resolutive de la citada providencia se dispuso: “*ORDENAR a la empresa (...) que reintegre, sin solución de continuidad, a la demandante a un cargo con funciones compatibles con su estado de salud (...) Así mismo, la empresa demandada deberá capacitarla para cumplir tales funciones de la misma forma como se realiza la capacitación a los demás empleados de la empresa*”.

*período de incapacidad temporal, los empleadores están obligados, si el trabajador recupera su capacidad de trabajo, a ubicarlo en el cargo que desempeñaba, o a reubicarlo en cualquier otro para el cual esté capacitado, de la misma categoría”. Y en el mismo sentido, el artículo 8° de la misma ley, ordena: “los empleadores están obligados a ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios”.*

[El] derecho a la reubicación no se limita al simple cambio de funciones. La salvaguarda de este derecho exige: (i) La proporcionalidad entre las labores y los cargos previamente desempeñados y los nuevos asignados; y (ii) El acompañamiento de la capacitación necesaria para que el trabajador se desempeñe adecuadamente en su nueva labor”.

En este sentido, obsérvese cómo el empleador tiene la obligación de reintegrar al trabajador en el mismo cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, como expresión del derecho a la reubicación, para lo cual deberá efectuar los movimientos de personal que sean necesarios. En todo caso, es deber del empleador garantizar la capacitación que requiera el trabajador, con el fin de que este pueda desarrollar cabalmente las nuevas labores asignadas.

En cuanto a la vía judicial para obtener el derecho al reintegro, se ha reconocido en la jurisprudencia constitucional que, por regla general, las acciones ordinarias son idóneas y suficientes para otorgar un amparo integral, salvo que sea necesario evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable frente a los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y/o a la salud, en armonía con el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas puestas en situación de debilidad manifiesta, como lo son los trabajadores con discapacidad, caso en el cual es procedente la acción de tutela con carácter eminentemente transitorio<sup>33</sup>. Esto significa que los jueces de la jurisdicción constitucional pueden decretar el derecho al reintegro, mientras la justicia ordinaria se pronuncia, siempre que el beneficiado con la orden ejerza la acción correspondiente en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela (Decreto 2591 de 1991, art. 8)<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Entiéndase por “perjuicio irremediable” todo daño grave e inminente, el cual exige medidas urgentes e impostergables para corregirlo. Corte Constitucional. Sentencia T-225 de 1993.

<sup>34</sup> Como excepción se ha reconocido la procedencia del amparo constitucional de manera **definitiva** cuando, dada la situación precaria del demandante que propone la tutela, la obligación de acudir al juez ordinario se torna ineficiente e ineficaz, al tenor de lo previsto en el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991. Un ejemplo se encuentra en la sentencia T-641 de 2008 en la que, además, se ordenó el reconocimiento de las prestaciones, indemnizaciones y derechos originados como consecuencia del despido ilegal, de acuerdo con las directrices expuestas por la Corte Constitucional en sentencia C-531 de 2000. Al respecto,

Al respecto, en sentencia T-125 de 2009, siguiendo precedentes existentes desde la providencia T-291 de 2005, se manifestó que:

“Esta Corporación ha señalado en su reiterada jurisprudencia que, en principio, la acción de tutela no es el instrumento procesal idóneo para solicitar de una autoridad judicial la orden de reintegro a determinado empleo, pues el ordenamiento jurídico ofrece a los trabajadores acciones judiciales específicas cuya competencia ha sido atribuida a la jurisdicción laboral y a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La Corte ha indicado con precisión, que esta regla general, la cual se sigue del principio de subsidiariedad que condiciona la procedibilidad de la acción de tutela, debe ser matizada en aquellos eventos en los que el solicitante se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta y, adicionalmente, en los supuestos en los cuales el ordenamiento jurídico confiera al sujeto estabilidad laboral reforzada.

Se arribó a esta conclusión debido a que, si bien no existe un derecho fundamental que asegure a los empleados la conservación del trabajo o un término mínimo de permanencia en él, gracias a la acentuada protección que el texto constitucional ofrece a algunos sujetos en atención a las circunstancias

---

en la parte motiva de la sentencia en cita se manifestó que: *“es evidente la precaria situación económica que afronta la señora Urrego Castaño, quien argumenta que debe responder por el sostenimiento de su hija madre soltera y su nieto de 15 meses de edad, con los escasos ingresos, que equivalen a un salario mínimo, provenientes de la pensión de su padre, a quien debe cuidar por tratarse de un anciano de 80 años. // Así mismo, advierte la Sala de Revisión que en el expediente no existe un elemento probatorio que demuestre que la empresa Tempotrabajamos S.A., no obstante tener conocimiento que la actora presentaba una disminución de su capacidad física asociada al accidente de trabajo sufrido cuatro meses antes, haya solicitado la autorización al Ministerio de la Protección Social en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, con lo cual se desconoció, como se señaló en los pronunciamientos de esta Corporación citados en precedencia, que se trataba de un sujeto de especial protección constitucional, respecto de quien se predica una estabilidad laboral reforzada, extensiva a los contratos por obra o labor contratada o los celebrados para un plazo determinado. (...) En consecuencia, esta Sala de Revisión revocará el fallo proferido en octubre 30 de 2007 por el Juzgado Veintiocho Penal del Circuito de Medellín [y]; en su lugar, concederá la tutela para proteger los derechos a la igualdad y al trabajo de la demandante (...). // Por tanto, se ordenará al representante legal de la empresa Tempotrabajamos S.A., o quien haga sus veces, que, si no lo ha efectuado, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, proceda a reintegrar, sin solución de continuidad y en iguales o superiores condiciones, con el pago retroactivo de los salarios y todas sus prestaciones sociales dejadas de percibir, a la señora Urrego Castaño, a la labor que venía desempeñando al momento de darse unilateralmente por terminado el contrato tantas veces referido, o a otra similar, donde pueda desarrollar funciones compatibles con las actuales limitaciones física que padece, si aún subsisten. // A su vez, según lo estipulado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la empresa accionada deberá pagarle a la señora Urrego Castaño, en un término máximo de diez días, contados a partir de la notificación y si no lo ha realizado, el equivalente de 180 días de su salario al tiempo de la terminación del contrato de trabajo, traído a valor presente, por el hecho de haberla despedido sin la autorización del Ministerio de la Protección Social”.*



particulares en que se encuentran, las cuales dificultan el pleno goce de los derechos fundamentales, se impone el reconocimiento del “*derecho a una estabilidad laboral reforzada*”. Es éste el caso de las mujeres en estado de embarazo, los trabajadores aforados y las personas con limitaciones, entre otros, cuyo despido debe ser previamente autorizado por la oficina del trabajo o el juez. En este caso, por ser sujetos de especial protección, como ya ha sido señalado, la Corte considera procedente su solicitud de reintegro en sede de tutela.

Ahora bien, como ya fue indicado, la acción de tutela resulta procedente en un evento adicional, en el cual el sujeto que solicita el amparo de sus derechos fundamentales se encuentra en una situación de debilidad manifiesta cuya seriedad impone al juez de tutela conceder la petición de tutela como mecanismo transitorio hasta tanto la autoridad judicial competente tome las decisiones respectivas.

La Sala reitera que en esta última hipótesis existe un mecanismo judicial diferente a la acción de tutela al cual debe acudir el trabajador, pues la procedencia excepcional de la acción no lo dispensa de la carga de acudir al juez competente para que éste decida, de forma definitiva y en su escenario natural, la petición de reintegro. No obstante, debido a la urgencia de conjurar una vulneración irreversible de los derechos fundamentales del empleado, es posible conceder el amparo como mecanismo transitorio”<sup>35</sup>.

Para los efectos de lograr el amparo por vía de tutela es igualmente exigible acreditar el cumplimiento del principio de inmediatez, de acuerdo con el cual el ejercicio de la acción de amparo constitucional debe realizarse en un término razonable frente al hecho que vulnera o amenaza el derecho fundamental invocado.

De acuerdo con lo expuesto en sentencia T-1054 de 2006, la razonabilidad del plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, la cual debe ser ponderada en cada caso concreto. Así sostuvo que: “Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción”.

Desde esta perspectiva, la Corte Constitucional ha establecido tres (3) factores que deben ser tenidos en cuenta para determinar la razonabilidad del plazo entre el momento en que se vulneran los derechos fundamentales y la interposición de la tutela, a saber: (i) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los

---

<sup>35</sup> En idéntico sentido se pueden consultar las sentencias T-307 de 2008 y T-603 de 2009.

derechos de terceros afectados con la decisión y (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado.

La jurisprudencia constitucional ha establecido algunos criterios que sirven para determinar si se cumplió o no con el requisito del principio de inmediatez, recogidos en la sentencia T-690A de 2009 en los siguientes términos:

“En primer lugar, la Corte ha señalado que el tiempo que tardó una persona para instaurar la acción de tutela es razonable y proporcional cuando no desnaturaliza ni impide el cumplimiento de los fines para los cuales fue creado el amparo constitucional. En este sentido, el término en el que una persona promueve una tutela es razonable siempre que:

(i) No desconozca la naturaleza de la acción de tutela como mecanismo de protección *inmediata, urgente y efectiva* de los derechos fundamentales, lo cual ocurre, por ejemplo, cuando el tiempo que tarda la persona en instaurar la acción tiene como consecuencia la consumación de la vulneración del derecho.

(ii) No pretenda ni tenga como efecto vulnerar los derechos de terceros ni afectar gravemente la seguridad jurídica. La Corte ha indicado que tanto los derechos de los terceros como la seguridad jurídica frente a las providencias y los actos de la administración se consolidan con el paso del tiempo. Exponerlas indefinidamente a la posibilidad de ser atacadas mediante la acción de tutela, convierte a este mecanismo en un factor de inseguridad.

(iii) No pretenda ni tenga como efecto convertir a la acción de tutela en el último recurso judicial, o en tabla de salvación frente a la negligencia del accionante, a los errores del litigio, o simplemente frente a determinaciones contrarias a los intereses del actor.

En segundo lugar, la Corte ha determinado que no puede alegarse la falta de razonabilidad o proporcionalidad en el tiempo de presentación de una tutela, cuando ello conlleve una restricción injustificada del derecho al acceso a la justicia. Esto ocurre en situaciones en las que:

(i) La persona se encuentra en un estado de indefensión o de debilidad manifiesta que le impedía acercarse previamente a la jurisdicción constitucional.

(ii) Existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado, o

(iii) El fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición.

(iv) En último lugar pero, como se verá no menos importante, ha dicho la Corte que el amparo resulta oportuno si se constata que la vulneración de los derechos fundamentales del actor en tutela es continua. Para la Corporación *“esto significa que no es procedente alegar inmediatez cuando el desconocimiento de un derecho constitucional se ha prolongado en el tiempo y no se ha dado el cumplimiento de tal derecho”*. Por ejemplo, cuando se deja de dar respuesta de un derecho de petición, o cuando se omite actualizar el valor de la primera mesada pensional, en los casos en los que hay lugar a ello.

En ambos eventos, la afectación de los derechos fundamentales no acaece de manera instantánea sino que se prolonga en el tiempo a partir del momento en que ocurre el hecho o la omisión que afecta el derecho fundamental. Dado que el impacto negativo de dicha omisión no cesa hasta tanto no se produzca el hecho esperado por el sujeto titular del derecho, la acción de tutela mantiene su actualidad durante un tiempo mucho mayor al que usualmente se estimaría como un plazo razonable y proporcional, al tiempo que es posible verificar que no se ha consumado el daño frente al derecho”.

Por último, en la sentencia T-383 de 2009, se consideró que el requisito del principio de inmediatez no es exigible de manera estricta, cuando: “(i) se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual. Y cuando (ii) la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo, [frente a personas en] estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros.”

En el caso sometido a conocimiento de la Defensoría no se sabe a ciencia cierta el momento cuando se produjo el despido o la terminación de los contratos de trabajo de los ciudadanos reclamantes. No obstante, dada su condición de personas en situación de discapacidad, son beneficiarios del derecho a la estabilidad laboral reforzada, por virtud de la cual podrían -eventualmente- acceder a un amparo transitorio de tutela, con el fin de obtener el reintegro a sus puestos de trabajo, sobre todo en el entendido de que la protección solicitada salvaguarda otras garantías *iusfundamentales*, tales como los derechos al mínimo vital, a la vida digna y a la salud. En este contexto, con el propósito de verificar el cumplimiento del principio de inmediatez, es preciso tener en cuenta la subregla expuesta por la Corte Constitucional, previamente mencionada, conforme a la cual la verificación del mismo es menos rigurosa frente a sujetos de especial protección constitucional, como son, precisamente, las personas con algún grado de discapacidad. Lo anterior, siempre que la acción de tutela no se convierta en un medio para revivir las acciones que han prescrito o en una tabla de salvación para corregir la negligencia de los ciudadanos.

En conclusión, una de las vías posibles con las que cuentan los ciudadanos reclamantes para obtener la satisfacción de su derecho fundamental a la salud, incluyendo la protección a su núcleo familiar, es la salvaguarda del derecho a la estabilidad laboral reforzada, con el objeto de obtener el reintegro a sus puestos de trabajo y, como efecto de ello, exigir los aportes obligatorios al Sistema Integral de Seguridad Social. Con este propósito, es posible acudir a la acción de tutela para conseguir un amparo transitorio, siempre que se acrediten los requisitos previamente expuestos, especialmente en lo relativo al principio de inmediatez.

#### **4.- De la afiliación al régimen subsidiado en salud**

En caso de no ser posible el reconocimiento del derecho al reintegro y, por ende, de nuevo, la vinculación de los ciudadanos reclamantes al régimen contributivo en salud, es necesario garantizar su acceso a través del proceso de identificación o focalización del régimen subsidiado.

Este proceso se puede realizar mediante (i) la aplicación del Sistema de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN) o a través de (ii) los recientes mecanismos para consolidar la universalización de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud consagrados en la Resolución No. 2042 del 1° de junio de 2010.

**4.1.-** En cuanto al Sistema de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN), es preciso resaltar que constituye el principal instrumento a disposición de las autoridades territoriales para focalizar el gasto social descentralizado. Este instrumento sirve para seleccionar a los beneficiarios de los programas sociales dirigidos a los sectores más pobres y vulnerables de la población, financiados, básicamente, con los recursos provenientes del sistema general de participaciones (C.P. arts. 356 y 357). A este respecto, el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 dispone que:

“ARTÍCULO 157. TIPOS DE PARTICIPANTES EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados. (...)

**2.** Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el artículo 211 de la presente ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período

de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, **los discapacitados**, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.” (Subrayado por fuera del texto original).

Ciertamente, algunos programas de política social y, en especial, aquellos que operan con base en la entrega de subsidios a la demanda, requieren, en una primera fase, que sus potenciales beneficiarios sean individualmente seleccionados de manera justa y equitativa con el fin de garantizar que los dineros públicos que constituyen tales subsidios lleguen a los sectores sociales que más requieren de ellos. En este sentido, el sistema de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN) constituye un programa de focalización del gasto social, el cual se encuentra sometido por regla general al diseño del Departamento Nacional de Planeación<sup>36</sup>, operado e implementado a través de los distritos y municipios<sup>37</sup>. En términos generales, el sistema funciona mediante la recolección de información, que se realiza a través de una ficha de clasificación socioeconómica la cual, una vez procesada y sistematizada, arroja un puntaje que permite ubicar al encuestado o a su familia en alguno de los seis (6) niveles de pobreza preestablecidos.

Sobre esta materia, el artículo 48 de la Ley 715 de 2001 dispone que:

“ARTÍCULO 48. *FINANCIACIÓN A LA POBLACIÓN POBRE MEDIANTE SUBSIDIOS A LA DEMANDA.* Los recursos del Sistema General de Participaciones destinados para la financiación de la población pobre mediante subsidios a la demanda, serán los asignados con ese propósito en la vigencia inmediatamente anterior, incrementados en la inflación causada y en el crecimiento real de los recursos del Sistema General de Participaciones para Salud. (...)

PARÁGRAFO 5o. Las autoridades territoriales están obligadas a hacer uso de la información que se derive de la actualización del instrumento de focalización que defina el Conpes. De no hacerlo, serán objeto de las sanciones disciplinarias, fiscales y penales a que haya lugar”.

Por su parte, el artículo 94 de la citada ley, de acuerdo con las modificaciones realizadas por el artículo 24 de la Ley 1176 de 2007, señala que:

---

<sup>36</sup> El artículo 6º del Acuerdo 415 de 2009 establece un sistema de identificación de beneficiarios mediante instrumentos diferentes de la encuesta Sisben.

<sup>37</sup> Dispone el artículo 5º del Acuerdo 415 de 2009: “La identificación de los beneficiarios se llevará a cabo con base en la información de la última encuesta Sisben validada y certificada por el Departamento Nacional de Planeación”.

“ARTÍCULO 94. *FOCALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES*. <Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 1176 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Focalización es el proceso mediante el cual, se garantiza que el gasto social se asigne a los grupos de población más pobre y vulnerable.

El Conpes Social, definirá cada tres años los criterios e instrumentos para la determinación, identificación y selección de beneficiarios, así como, los criterios para la aplicación del gasto social por parte de las entidades territoriales.

El Gobierno Nacional, **a través del Departamento Nacional de Planeación, definirá las condiciones de ingreso, suspensión y exclusión de las personas a las bases de datos que hacen parte de los mencionados instrumentos, los cruces de información necesarios para su depuración y actualización, así como los lineamientos para su implementación y operación, el diseño de las metodologías**, la consolidación de la información a nivel nacional, los controles de calidad pertinentes; y coordinará y supervisará su implementación, mantenimiento y actualización. En desarrollo de esta atribución, el Gobierno Nacional, en situaciones especiales y con el objetivo de garantizar la efectividad de los instrumentos de focalización, de manera preventiva podrá suspender temporalmente su actualización en el país, con las excepciones a que hubiere lugar.

Para la definición de los criterios de egreso, suspensión o exclusión de las personas de las bases de datos, se tendrán en cuenta la aplicación de los principios de transparencia, igualdad y publicidad de la información, que no goce de protección constitucional o reserva legal, así como los principios constitucionales que rigen la administración de datos personales, de conformidad con las normas vigentes.

Las entidades territoriales tendrán a cargo su implementación, actualización, administración y operación de la base de datos, conforme a los lineamientos y metodologías que establezca el Gobierno Nacional.

En todo caso, las entidades territoriales al realizar inversión social, especialmente mediante la asignación de subsidios, deben aplicar los criterios e instrumentos de focalización, definidos por el Conpes Social. Los diferentes programas sociales del orden nacional o territorial, deben definir la forma en que aplicarán los criterios e instrumentos para la focalización, contemplando además los criterios de egreso o cesación de la condición de beneficiarios que resulten pertinentes, en función de los objetivos e impactos perseguidos.

Los gobernadores y alcaldes deben tomar las medidas pertinentes para garantizar que los grupos de población pobre y vulnerable tengan acceso a los servicios básicos<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Estas materias se encuentran desarrolladas en los Decretos 4816 de 2008 y 1992 de 2010.

En términos generales, las normas que crean los programas sociales que funcionan con base en la asignación de subsidios a la demanda, como es el régimen subsidiado de seguridad social en salud, han establecido que los beneficiarios de los mismos están constituidos por las personas o familias localizadas en los niveles I y II y, excepcionalmente, en el nivel III del SISBEN. Se considera que esta focalización protege a la población más pobre y vulnerable de Colombia.

En este sentido, el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 determina que:

“ARTÍCULO 14. *ORGANIZACIÓN DEL ASEGURAMIENTO.* Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.

Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento.

A partir de la vigencia de la presente ley el Sistema tendrá las siguientes reglas adicionales para su operación:

**a)** Se beneficiarán con subsidio total o pleno en el Régimen Subsidiado, las personas pobres y vulnerables clasificadas en los niveles I y II del Sisbén o del instrumento que lo remplace, siempre y cuando no estén en el régimen contributivo o deban estar en él o en otros regímenes especiales y de excepción.

Conservarán los subsidios quienes a la vigencia de la presente ley cuenten con subsidios parciales y estén clasificados en los niveles I y II del Sisbén y las poblaciones especiales que el Gobierno Nacional defina como prioritarias.

Se promoverá la afiliación de las personas que pierdan la calidad de cotizantes o beneficiarios del régimen contributivo y que pertenezcan a los niveles I y II del Sisbén”.

**b)** La ampliación de cobertura con subsidios parciales a nivel municipal se hará una vez se haya logrado una cobertura del 90% al régimen subsidiado de los niveles I y II del Sisbén y aplicará únicamente para personas clasificadas en el nivel III del Sisbén. Tendrán prioridad quienes hayan perdido su afiliación al régimen contributivo, de acuerdo con la reglamentación que establezca el Ministerio de la Protección Social. (...)”

De igual forma, el artículo 2° del Acuerdo 415 de 2009 dispone que:

**“Población beneficiaria:** De acuerdo con la ley son beneficiarios del Régimen Subsidiado, toda la población pobre y vulnerable, clasificada en los niveles I y II del Sisbén o del instrumento que lo sustituya, siempre y cuando no estén afiliados en el Régimen Contributivo o deban estar en él o en otros regímenes especiales y de excepción. También lo son la población clasificada en el nivel III del Sisbén, en los términos de la ley. Así como, las poblaciones especiales registradas en los listados censales y las prioritarias que defina el Gobierno Nacional, según lo establece el literal a) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007”.

De lo anterior se desprende la importancia constitucional del SISBEN como instrumento que contribuye, de manera decisiva, a garantizar la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en la Constitución Política. Su uso permite a las autoridades públicas hacer efectivo el mandato de especial protección a los grupos discriminados o marginados previsto en el artículo 13 del Texto Superior. Por esta razón, la Corte Constitucional ha establecido que todos los ciudadanos en condiciones de pobreza y vulnerabilidad tienen derecho a acceder de manera igualitaria al SISBEN, a la vez que las autoridades tienen el deber correlativo de adoptar todas aquellas medidas dirigidas a cumplir con dicho derecho constitucional.

La forma como opera el régimen subsidiado se encuentra previsto en el Acuerdo No. 415 de 2009 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. En el citado Acuerdo se establece el procedimiento para la identificación de beneficiarios y la forma como se integra el listado nacional de población elegible, el cual *“servirá de instrumento para la asignación de subsidios para la población no asegurada”*<sup>39</sup>. Finalmente, se consagra el trámite que deben adelantar las entidades territoriales para la definición de la población elegible.

Para la Corte Constitucional pueden presentarse dos tipos de controversias entre las autoridades públicas que administran y operan el SISBEN y los potenciales usuarios. La primera surge cuando, en razón de acciones u omisiones de funcionarios encargados de la administración del SISBEN, los eventuales beneficiarios de subsidios no pueden acceder o se les dificulta el acceso a ese instrumento de focalización; la segunda se presenta cuando las personas que no resultaron beneficiadas con la asignación de un determinado subsidio estiman que su exclusión se produjo como consecuencia de una inequidad en el diseño del SISBEN, cuyas variables no contemplan sus específicas condiciones de vulnerabilidad social.

---

<sup>39</sup> Acuerdo No. 415 de 2009, artículo 11.



En relación con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha dicho que:

“la controversia constitucional surge en el momento en el que un potencial beneficiario queda en situación de desigualdad frente a alguno de sus competidores, por omisiones o actuaciones ilegítimas imputables a las autoridades encargadas de implementar los programas de política social. Esta clase de eventualidades puede ocurrir cuando, por ejemplo, el municipio o distrito no practica las encuestas a los sectores pobres y vulnerables de la población; no atiende solicitudes particulares de encuesta; la encuesta es practicada en forma incompleta; la información pertinente no es debidamente procesada, etc. En todos estos casos, si la familia o persona afectada por la acción o la omisión de la autoridad pública recurre, por vía de la acción de tutela, al juez constitucional, éste podrá intervenir - siempre que no existan expeditos mecanismos ordinarios de defensa - con la finalidad de hacer cesar la amenaza que las conductas antes anotadas implican para la integridad del derecho fundamental a la igualdad (C.P., artículo 13). Así, el funcionario judicial competente para dar trámite al amparo constitucional, podrá emitir las órdenes necesarias para que las autoridades demandadas asuman sus deberes y los cumplan adecuadamente”<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Sentencia T-307 de 1999. Sobre la materia en sentencia T-430 de 2008, se manifestó que *“Ejemplos paradigmáticos del primer grupo de problemas constituyen las sentencias T-307 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-1330 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En la primera decisión, la Corte se ocupó del caso de una mujer pobre y madre cabeza de familia, a cargo de tres menores de edad, uno de ellos con graves problemas de salud, quien no había sido incluida en la encuesta Sisben, a pesar de haber efectuado varios requerimientos a la administración municipal para el efecto. (...) Ante estos inconvenientes, la sentencia sostuvo que tanto el diseño de la encuesta Sisben como la actuación de las autoridades encargadas de la implementación de esa política pública debían responder a las específicas necesidades de la población que por su pobreza y marginalidad se encuentra en condiciones de debilidad manifiesta, como condición inescindible a la eficacia del derecho a la igualdad material. // En la segunda sentencia, la Sala Tercera de Revisión se ocupó del caso de un adulto mayor abandonado, en situación de indigencia y con graves problemas de salud, quien fue clasificado en el nivel 3 del Sisben y, por lo tanto, excluido de la posibilidad de ser afiliado al régimen subsidiado de salud. En esta decisión, la Corte enfatizó, como ya lo había hecho en sentencia anterior, que la encuesta Sisben se mostraba para casos concretos ineficiente para identificar la población en circunstancias de debilidad manifiesta, pues no podía dar cuenta, por ejemplo, del padecimiento de enfermedades catastróficas que, por sí mismas, hacían del afectado un sujeto de especial protección constitucional. Con base en estas consideraciones, la Corte concluyó que “la adecuada protección del derecho a la salud exige que cuando una persona pueda pertenecer a una o más categorías del Sisben, se preferirá, en virtud de la regla de selección de criterios yuxtapuestos del Sisben, aquella cuya puntuación sea más baja con el propósito de garantizar el efectivo acceso al régimen subsidiado, siempre y cuando la situación económica de la persona así lo aconseje, es decir, siempre y cuando se demuestre que se trata de una persona que requiere del subsidio en razón a su situación de pobreza. // Igualmente, esta Corporación entiende que la protección de los derechos constitucionales fundamentales -y en especial, cuando se trata de los derechos constitucionales fundamentales de personas que, como el señor Molina, se encuentran en una circunstancia evidente de debilidad manifiesta- exige de parte de las autoridades un comportamiento orientado a garantizar su efectividad real. Ello se manifiesta, entre otras, en la obligación que recae sobre las instituciones públicas de ofrecer una solución satisfactoria, es decir adecuada, completa y oportuna, respecto de las pretensiones que*

A los citadas controversias puede añadirse una circunstancia adicional, referente a la protección de los derechos de petición, *habeas data* e igualdad material, de quien solicita ser incluido como afiliado al régimen subsidiado, previo agotamiento del respectivo proceso de selección. A este respecto, la Corte Constitucional ha señalado que:

“Se trata de los casos en los que, por ejemplo, los ciudadanos solicitan por primera vez a las administraciones locales la práctica de la encuesta del Sisben para poder ingresar al régimen subsidiado, (...), pero a quienes después de un largo período no se les ha informado los resultados de la misma y si pueden o no acceder al régimen subsidiado.

En estos eventos, la Corte ha precisado **(i) que la práctica de la encuesta Sisben es un derecho de toda la población pobre y vulnerable del país, ya que, por regla general, es el instrumento que permite el ingreso al régimen subsidiado de salud; (ii) que es obligación de las autoridades dar respuesta oportuna a las peticiones de los ciudadanos relacionadas con el instrumento de focalización bajo estudio, y (iii) que las personas tienen derecho a la actualización de sus datos en el sistema.**

En resumen, [la] jurisprudencia ha reconocido la relevancia constitucional y la eficacia *prima facie* del Sisben como mecanismo de focalización del gasto social y de implementación de una política de redistribución del ingreso que favorezca en primer término a la población más pobre y vulnerable del país. En este orden de ideas, ha manifestado que el juez constitucional no puede intervenir en la forma como se aplica el sistema para efectos de calificar el nivel de pobreza de las personas encuestadas.

No obstante, ha advertido en numerosos pronunciamientos que el sistema presenta varias deficiencias, principalmente relacionadas con el diseño del instrumento de medición y con la garantía de derechos como el debido proceso administrativo, de petición y al *habeas data* administrativo de los ciudadanos, las cuales ameritan la intervención del juez constitucional<sup>41</sup>.

Adicionalmente, en la sentencia T-307 de 1999 se dijo:

“(...) la vigencia del principio de igualdad en los procesos de distribución de bienes escasos, consiste en garantizar a los eventuales beneficiarios de tales

---

*formulen los ciudadanos en aras de procurar para sí la protección de tales derechos. || Para tal propósito es necesario que la respuesta que proporcionen las instituciones públicas frente a las solicitudes de los ciudadanos con miras a propender la efectividad de sus derechos constitucionales fundamentales, debe ser proveída bajo un criterio unitario de Estado, destinado a proporcionar tal protección, y no dentro de una visión limitada y restringida de sus competencias.”*

<sup>41</sup> Sentencia T-949 de 2006. Sombreado por fuera del texto original.

recursos un acceso igualitario a todas las etapas del procedimiento por medio del cual aquéllos son asignados. En consecuencia, la exclusión arbitraria de algún eventual beneficiario, amenaza seriamente su derecho a la igualdad y pone en peligro la realización efectiva de los fines del Estado social de Derecho.

Por ello, se ordenará a las autoridades encargadas de la administración y operación del SISBEN del municipio de Ibagué que encuesten a la actora, procesen sus datos y verifiquen si, según la información recolectada, debe ser afiliada al régimen subsidiado de seguridad social en salud”.

De acuerdo con lo anterior, se concluye que en la medida en que los ciudadanos reclamantes se encuentren en el rango de población beneficiaria del régimen subsidiado en salud (niveles I y II y, excepcionalmente, nivel III del SISBEN) es obligación de las autoridades municipales proceder a su selección como población elegible, con el fin garantizar su afiliación.

De conformidad con la normatividad vigente, dicha afiliación puede realizarse en cualquier momento, como se infiere de los considerandos mismos del Acuerdo No. 415 de 2009, el cual señala: *“Que el procedimiento de afiliación prevé un único periodo en el año en el que la población potencial beneficiaria priorizada puede elegir una EPS-S y afiliarse, y que en caso de que las personas no hayan hecho uso de su derecho deberán esperar hasta el nuevo periodo de afiliación en el próximo año; dificultando que la población sea asegurada, **por lo que es necesario modificar el procedimiento con miras al logro de la cobertura universal**”<sup>42</sup>.*

Dicha obligación de afiliación al régimen subsidiado, en el caso de los ciudadanos reclamantes, goza de un amplio respaldo legal por las siguientes razones: en primer lugar, por cuanto la normatividad del régimen subsidiado privilegia la afiliación de las personas que estaban en el régimen contributivo, con el objeto de garantizar el principio de continuidad en la prestación de los servicios de salud<sup>43</sup>; y en segundo término, porque la Ley 100 de 1993 y la Ley 361 de 1997 establecen

---

<sup>42</sup> En este sentido, el artículo 15 del mismo Acuerdo en cita, dispone que: *“Para la garantía de la prestación de servicios al afiliado y para todos los efectos legales, la afiliación adquiere vigencia a partir del primer día calendario del nuevo período de contratación, cuando la suscripción de la afiliación se haya efectuado durante los dos (2) meses anteriores a la suscripción del nuevo contrato.// En los demás casos, se aplicará la siguiente regla: si el formulario fue suscrito durante los primeros quince (15) días del mes, la vigencia de la afiliación se hará efectiva a partir del primer día calendario del mes siguiente. Si el formulario fue suscrito en fecha posterior al día dieciséis (16) del respectivo mes, la afiliación tendrá vigencia a partir del primer día calendario del mes subsiguiente”.*

<sup>43</sup> Al respecto, el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 señala que: *“Se promoverá la afiliación de las personas que pierdan la calidad de cotizantes o beneficiarios del régimen contributivo y que pertenezcan a los niveles I y II del Sisben.”*

que las personas en situación de discapacidad son población privilegiada en cuanto a su afiliación al régimen subsidiado.

En este sentido, el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 dispone que:

“2. Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el Artículo 211 de la presente ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Será subsidiada en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. **Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como** las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, **los discapacitados**, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago”<sup>44</sup>.

En armonía con lo expuesto, el artículo 19 de la Ley 361 de 1997 establece que:

“**ARTÍCULO 19.** Los limitados de escasos recursos serán beneficiarios del Régimen Subsidiado de Seguridad Social establecido en la Ley 100 de 1993.

Para los efectos de este artículo y con el fin de ampliar la oferta de servicios a la población, con limitación beneficiaria de dicho régimen, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud establecido en la Ley 100 de 1993, deberá incluir en el Plan Obligatorio de Salud. Subsidiado, los servicios de tratamiento y rehabilitación de la población con limitación, lo cual deberá ser plasmado en un decreto expedido por el Ministerio de Salud”.

En desarrollo de lo expuesto, es preciso señalar que la protección del derecho de los ciudadanos en condiciones de pobreza y vulnerabilidad para acceder de manera igualitaria al SISBEN ha sido objeto de amparo a través de la **acción de tutela**.

Así, por ejemplo, en la sentencia T-840 de 1999 se ordenó al Alcalde de Bogotá realizar la encuesta al núcleo familiar de una persona diabética insulino-dependiente y epiléptica, con el fin de determinar si tenía derecho a ser afiliada al régimen subsidiado en salud. A juicio de la Corte, la negativa a realizar la encuesta, por problemas administrativos y de regulación, vulneraba sus derechos fundamentales a la igualdad y al *habeas data*. En concreto, se manifestó que:

---

<sup>44</sup> Subrayado por fuera del texto original.

“[Se] aprecia que, so pretexto de la inexistencia de una decisión local, se ha retrasado de manera injustificada la realización de los programas de focalización del gasto social en la Capital de la República, violándose el derecho fundamental a que tales programas, existiendo normas generales, sean una realidad. Por otra parte, se ha recopilado información personal de la demandante, sin que ella, en tanto que solicitante ante la administración, por la mora anotada, pueda controlar, corregir, enmendar o lograr el efecto jurídico perseguido con la recopilación de información, desconociéndose su derecho al habeas data aditivo.

Por las razones expuestas, se revocará la decisión de instancia y se concederá la tutela interpuesta por la demandante. Así mismo, se oficiará a la Personería Distrital a fin de que conozca de estos hechos y determine si hay lugar a la iniciación de las respectivas investigaciones”.

En el mismo sentido se pronunció en sentencia T-862 de 2002, al amparar a una persona que padecía VIH/SIDA y cuya demora en la inclusión en la lista de beneficiarios del SISBEN, le impedía acceder al régimen subsidiado en salud, con la finalidad de lograr una atención integral a su enfermedad. Textualmente, en esta providencia se señaló que:

“[En] aras de proteger los derechos del actor, persona de escasos recursos económicos, que padece de vih/sida, se prevendrá a la entidad demandada, para que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, requiera a la Dirección Local de Salud del municipio de Medellín, a efectos de que proceda a través de la Dirección de Planeación Municipal, a realizar la encuesta necesaria para que el señor Edwin Andrés Hoyos Daza pueda ser inscrito en el Sisben, y de conformidad con el resultado de la encuesta, otorgue la atención médica que llegue a necesitar para el tratamiento de su enfermedad”.

Este tipo de decisiones también se encuentran en casos relativos a población en situación de discapacidad. Al respecto, en la sentencia T-220 de 2008, la Corte Constitucional amparó a una persona con discapacidad física y mental que además sufría frecuentes episodios de epilepsia, la cual -al parecer- fue erróneamente reclasificada del nivel II al nivel IV del SISBEN. En el acápite pertinente de la dicha providencia se dispuso que:

“En suma, la metodología empleada por el SISBEN para la identificación de los beneficiarios del Régimen Subsidiado, puede resultar ineficiente para hacer efectivo el derecho a la igualdad de quienes, debido a su discapacidad física o mental, se encuentran en una situación de debilidad manifiesta. Por ello, en estos casos, (...) el juez de tutela ordenará que la entidad correspondiente en el orden municipal adelante las gestiones necesarias para la clasificación del actor (...), advirtiendo en todo caso que mientras se decide su afiliación a una EPS del Régimen Subsidiado, la entidad debe asegurarse de que no exista ruptura en la prestación de la atención médica requerida”.

Por consiguiente, los ciudadanos reclamantes que por su condición socioeconómica pertenezcan a los niveles I y II y, excepcionalmente, al nivel III del SISBEN, tienen derecho a ser seleccionados como población elegible por la respectiva autoridad municipal, con el fin de ser afiliados al régimen subsidiario en salud. Dicha selección resulta también exigible debido a su situación de personas con discapacidad y por el hecho de haber sido previamente afiliadas al régimen contributivo. En todo caso, el proceso de selección y la correspondiente afiliación al régimen subsidiado en salud puede realizarse en cualquier tiempo, pues de su operatividad depende la protección de los derechos fundamentales de petición, igualdad, *habeas data*, salud, integridad física y vida digna. Por último, para llevar a efecto las citadas garantías constitucionales es procedente la acción de tutela, a través de la cual se puede ordenar la inscripción en el SISBEN y, por ende, la afiliación en salud.

**4.2.-** En cuanto a los recientes mecanismos para consolidar la universalización de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, consagrados en la Resolución No. 2042 del 1° de junio de 2010, se encuentra que se trata de un instrumento que desde el Ministerio de la Protección Social permite la afiliación transitoria al régimen subsidiado de población perteneciente a los niveles I, II y III del SISBEN, mientras el usuario ejerce su derecho a la libre elección de EPS-S. Esta población se financiará durante el año 2010 con recursos de la subcuenta de solidaridad del FOSYGA. El procedimiento y los requisitos para ser beneficiarios de este mecanismo de universalización se encuentran claramente descritos en la Resolución anteriormente mencionada.

En conclusión, en el caso de no ser posible el reconocimiento del derecho al reintegro de los ciudadanos reclamantes y, por ende, su acceso al régimen contributivo en salud, la protección de este derecho fundamental debe realizarse a través del proceso de focalización del régimen subsidiado. Este proceso se puede adelantar por dos vías: en primer lugar, mediante la aplicación del Sistema de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN), y en segundo término, a través de los mecanismos para consolidar la universalización de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud consagrados en la Resolución No. 2042 del 1° de junio de 2010.

#### ***5.- Del pago del subsidio por incapacidad temporal.***

Una de las principales quejas formuladas por los ciudadanos reclamantes consiste en señalar que las ARP dejaron de cancelar el subsidio por incapacidad temporal con el pretexto de la finalización de los contratos de trabajo.

La institución del subsidio por incapacidad temporal se encuentra regulada en los siguientes términos en el artículo 3° de la Ley 776 de 2002:

**“ARTÍCULO 3o. MONTO DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS POR INCAPACIDAD TEMPORAL.** Todo afiliado a quien se le defina una incapacidad temporal, recibirá un subsidio equivalente al cien (100%) de su salario base de cotización, calculado desde el día siguiente el que ocurrió el accidente de trabajo **y hasta el momento de su rehabilitación, readaptación o curación, o de la declaración de su incapacidad permanente parcial, invalidez o su muerte.** El pago se efectuará en los períodos en que el trabajador reciba regularmente su salario.

Para la enfermedad profesional será el mismo subsidio calculado desde el día siguiente de iniciada la incapacidad correspondiente a una enfermedad diagnosticada como profesional.

El período durante el cual se reconoce la prestación de que trata el presente artículo será hasta por ciento ochenta (180) días, que podrán ser prorrogados hasta por períodos que no superen otros ciento ochenta (180) días continuos adicionales, cuando esta prórroga se determine como necesaria para el tratamiento del afiliado, o para culminar su rehabilitación.

Cumplido el período previsto en el inciso anterior y no se hubiese logrado la curación o rehabilitación del afiliado, se debe iniciar el procedimiento para determinar el estado de incapacidad permanente parcial o de invalidez. Hasta tanto no se establezca el grado de incapacidad o invalidez la ARP continuará cancelando el subsidio por incapacidad temporal<sup>45</sup>.

En lo pertinente, el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 dispone que:

**“ARTICULO 23.-Rehabilitación previa para solicitar el trámite ante la junta de calificación de invalidez.** La solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral sólo podrá tramitarse cuando las entidades del sistema de seguridad social integral, el Fondo de Solidaridad y Garantía, los regímenes de excepción o el empleador, según sea el caso, hayan adelantado el tratamiento y rehabilitación integral o se compruebe la imposibilidad para su realización. (...)

Las administradoras de fondos de pensiones y administradoras de riesgos profesionales deberán remitir los casos a las juntas de calificación de invalidez antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150) de incapacidad temporal, previo concepto del servicio de rehabilitación integral emitido por la entidad promotora de salud.

---

<sup>45</sup> Subrayado por fuera del texto original.

Expirado el tiempo de incapacidad temporal establecido por el Decreto-Ley 1295 de 1994<sup>46</sup>, las entidades administradoras de riesgos profesionales podrán postergar el trámite ante las juntas de calificación de invalidez y hasta por trescientos sesenta (360) días calendario adicionales, **siempre que otorguen una prestación económica equivalente a la incapacidad que venía disfrutando y exista concepto médico favorable de rehabilitación.** (...)

De conformidad con lo señalado en la ley, la administradora del sistema de seguridad social integral o la entidad de previsión social correspondiente que incumpla con el pago de los subsidios por incapacidad temporal, será sancionada por la autoridad competente”<sup>47</sup>.

En desarrollo de la normatividad previamente transcrita, la Corte Constitucional ha señalado de manera uniforme y reiterada que las administradoras de riesgos profesionales tienen la obligación de cancelar el subsidio por incapacidad temporal, **sin importar si existe o no vínculo laboral,** hasta el momento de la rehabilitación, readaptación o curación del trabajador, o hasta la declaración de su incapacidad permanente parcial, invalidez o muerte<sup>48</sup>.

En la sentencia T-1043 de 2004, al resolver el caso de un trabajador que fue despedido en noviembre de 2003 luego de sufrir una importante lesión en su hombro derecho, se dispuso que:

“El problema jurídico que se debe resolver es el siguiente:

¿Viola una ARP el derecho a la integridad física, en conexidad con el derecho a la salud y a la seguridad social, de uno de sus afiliados, **al no pagarle las incapacidades laborales** y no prestarle los servicios médicos que requiere para recuperar su salud y su capacidad laboral, si se tiene en cuenta que el accidente ocurrido ocasionó un retroceso en el proceso de recuperación de un accidente de trabajo, por el que venía siendo atendido por esta ARP y cuyo tratamiento de rehabilitación médica no había culminado?

---

<sup>46</sup> El artículo 37 del Decreto-Ley 1295 de 1994 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-452 de 2002. En su reemplazo se expidió el artículo 3° de la Ley 776 de 2002, previamente citado.

<sup>47</sup> Subrayado por fuera del texto original.

<sup>48</sup> En relación con el término de incapacidad temporal, el Ministerio de la Protección ha dicho que: *“En accidente de trabajo y/o enfermedad profesional el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 consagra que expirado el tiempo de incapacidad temporal establecido por el Decreto-Ley 1295 de 1994 (360 días), las Entidades Administradoras de Riesgos Profesionales podrán postergar el trámite ante las Juntas de Calificación de Invalidez y hasta por trescientos sesenta (360) días calendario adicionales, siempre que otorguen una prestación económica equivalente a la incapacidad que venía disfrutando y exista concepto médico favorable de rehabilitación. // Luego, en caso de accidente de trabajo y/o enfermedad profesional la incapacidad temporal es de trescientos sesenta (360) días, prorrogables por otros trescientos sesenta (360) días, llegando a los setecientos veinte (720) días”.* Circular Informativa No. 230042 del 8 de agosto de 2008.



(...) En el caso objeto de revisión, los derechos fundamentales del accionante a la integridad física, en conexidad con el derecho a la salud y a la seguridad social, y derivados de estos, a tener la capacidad de proveerse a sí mismo los medios económicos suficientes para brindarse a sí mismo, y a su familia, condiciones mínimas de subsistencia, están siendo gravemente afectados por el actuar de Colmena ARP.

La gravedad de la vulneración de los derechos fundamentales del accionante es evidente al tener en cuenta que la lesión sufrida afecta un miembro de su cuerpo indispensable para desarrollar el tipo de trabajo que sabe hacer, al que se ha dedicado desde hace tiempo y del que devenga el sustento suyo y el de su familia.

En el caso objeto de revisión, se tiene para el momento en el que el señor Jiménez sufrió accidentalmente un segundo golpe en su hombro derecho (7 de enero de 2004), no había terminado el tratamiento ordenado por su médico para la completa recuperación de la lesión sufrida en este hombro en el mes de septiembre del año anterior, y por la que había sido intervenido quirúrgicamente.

Esto quiere decir que para el 7 de enero de 2004, la lesión del señor Jiménez no había sido completamente *recuperada* o *rehabilitada*, y por tanto, para esa fecha no habían cesado las obligaciones de Colmena ARP frente a este afiliado, de continuar suministrándole todos los servicios médicos (incluidos los medicamentos) que fueran necesarios para su completa recuperación y de seguir pagándole el subsidio por incapacidad temporal.

El golpe que sufrió accidentalmente en su hombro derecho el día 7 de enero de 2004 ocasionó un retroceso en el proceso de recuperación, aún no culminado, de la lesión del 13 de septiembre de 2003. Por tal razón, de acuerdo con la normatividad vigente, es obligación de Colmena ARP culminar con el proceso de recuperación y rehabilitación de la lesión ocurrida el 13 de septiembre de 2003, y hacerse cargo de las prestaciones asistenciales y económicas que le corresponden (Art. 1, Parágrafo 2, inciso 4 y Art. 3 de la Ley 776 de 2002 y Arts. 5 y 7 del Decreto Ley 11295 de 1994).

Teniendo en cuenta que no existe otro mecanismo judicial disponible que garantice pronta y efectivamente el cumplimiento de las obligaciones de Colmena ARP antes señaladas y que proteja los derechos fundamentales del accionante a la integridad física, en conexidad con el derecho a la salud y a la seguridad social, esta acción de tutela es procedente.

La Sala Tercera de Revisión ordenará a Colmena ARP que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, disponga lo necesario para que el médico tratante del señor Humberto Antonio Jiménez Zuleta revise el estado actual de su lesión, se le practiquen los exámenes requeridos y en un término no superior al señalado por dicho médico, se inicie el servicio médicamente

ordenado, necesario para la completa recuperación de la lesión de su hombro derecho, el cual podrá comprender la realización de una cirugía.

**De igual manera, se le ordenará a Colmena ARP que dentro las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, reanude el pago del subsidio por incapacidad temporal al accionante. Este pago deberá hacerlo hasta que el señor Jiménez logre la completa recuperación de la lesión de su hombro derecho, teniendo en cuenta los límites temporales establecidos en el inciso 3 del artículo 3 de la Ley 776 de 2002.**

**En el evento que el proceso de rehabilitación de la lesión exceda el tiempo establecido en el inciso 3 del artículo 3 de la Ley 776 de 2002, Colmena ARP deberá prolongar el pago del subsidio por incapacidad temporal hasta por un periodo de tiempo igual al comprendido entre el 25 de enero de 2004<sup>49</sup> y la fecha en la que se reanude efectivamente el pago del subsidio.**

**La eventual prolongación del periodo máximo de pago del subsidio se ordena teniendo en cuenta que la lentitud en la recuperación de la salud del accionante ha obedecido en gran medida a la tardanza de Colmena ARP en realizarle la cirugía, que fue ordenada por su médico tratante hace ocho meses, y que esta entidad estaba obligada a cubrir.**

De igual manera, se le ordenará a Colmena ARP que dentro los 15 días calendario siguientes a la notificación del fallo, le pague al señor Humberto Antonio Jiménez Zuleta el subsidio por incapacidad temporal correspondiente al periodo comprendido entre el 25 de enero de 2004 y la fecha en la que efectivamente se reanude el pago del subsidio, según lo establecido en esta sentencia.

Esta orden se da teniendo en cuenta que, de acuerdo con las circunstancias específicas de este caso, durante los casi nueve meses que han transcurrido desde que Colmena ARP dejó de pagarle al señor Jiménez el subsidio por incapacidad temporal, era imposible que el accionante obtuviera por sí mismo, ingresos suficientes para sostenerse a él y a sus tres hijos, si se tiene en cuenta que con su hombro lesionado, era imposible que desempeñara el trabajo como obrero, que conoce y al que se ha dedicado<sup>50</sup>.

Nótese cómo, en el caso expuesto, el trabajador obtuvo, mediante sentencia de tutela proferida el 22 de octubre de 2004, el reconocimiento al pago del subsidio por incapacidad temporal a cargo de la ARP demandada, desde la fecha en que suspendió su cancelación, esto es, el 25 de enero de 2004, hasta tanto se definiera el proceso de rehabilitación o se declarara su incapacidad permanente parcial o invalidez. Esta protección involucró el pago retroactivo de todas las

---

<sup>49</sup> A partir del 25 de enero de 2004, Colmena ARP dejó de pagarle al accionante el subsidio por incapacidad temporal.

<sup>50</sup> Sombreado por fuera del texto original.

sumas adeudadas, a pesar de que su contrato de trabajo había terminado en noviembre de 2003<sup>51</sup>.

En este sentido, no cabe duda de que la protección que se origina del pago del subsidio de incapacidad temporal no se sujeta a la existencia de una relación laboral, sino a la culminación del proceso de rehabilitación o de definición del estado de incapacidad permanente parcial o invalidez.

Este mismo precedente se reiteró en la sentencia T-567 de 2008, al sostener que:

“[La] norma es clara en indicar que cumplido el período de la incapacidad temporal [se refiere al artículo 3° de la Ley 776 de 2002], **en el caso en que no se hubiese logrado la curación o rehabilitación del trabajador, la administradora de riesgos profesionales respectiva debe iniciar el procedimiento para determinar el estado de incapacidad permanente parcial o de invalidez. En todo caso, hasta tanto se establezca el grado de incapacidad o invalidez, la entidad debe continuar cancelando el subsidio por incapacidad temporal que, como se subrayó anteriormente, corresponde al 100% del salario devengado.** (...)”

Entonces, si se tiene que en concordancia con los fundamentos normativos de esta sentencia, (i) el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a que tiene derecho el trabajador como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, son responsabilidad de la aseguradora de riesgos profesionales a la cual se encuentre afiliado en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación; (ii) que cumplido el período de la incapacidad temporal, en el caso en que no se hubiese logrado la curación o rehabilitación del trabajador, la administradora de riesgos profesionales respectiva debe iniciar el procedimiento para determinar el estado de incapacidad permanente parcial o de invalidez; (iii) que hasta el momento de su rehabilitación, readaptación o curación, o hasta tanto se establezca el grado de incapacidad permanente parcial o invalidez, la entidad debe continuar cancelando el subsidio por incapacidad temporal que corresponde al 100% del salario devengado, calculado desde el día siguiente al que ocurrió el accidente de trabajo; esta Sala concluye que la Aseguradora de Riesgos Profesionales del Instituto de Seguros Sociales vulneró los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida digna y al mínimo vital del Sr. Jhonson Emilio Sánchez García.

---

<sup>51</sup> En el acápite de hechos de la sentencia de la referencia, se manifestó que: *“El accionante no está afiliado a ninguna EPS y por tal razón, se encuentra excluido del régimen contributivo de salud. **El contrato laboral que tenía como oficial de obra, tenía una duración de tan sólo tres meses, que vencieron en noviembre de 2003.** Con posterioridad a esta fecha, la lesión en su hombro le ha impedido conseguir un nuevo trabajo. //De igual manera, se encuentra excluido del régimen subsidiado de salud, porque si bien ya fue encuestado para efectos de identificar su nivel de Sisben, no le ha sido asignada una ARS.”* (Subrayado por fuera del texto original).

Esto por cuanto, como se indicó anteriormente, quedó probado que el Sr. Sánchez García, en el momento de ocurrir el accidente del 4 de diciembre de 2006, se encontraba afiliado a la Aseguradora de Riesgos Profesionales del Instituto de Seguros Sociales. Así mismo, se encuentra demostrado que a pesar de las incapacidades temporales ordenadas por su médico tratante, aún no se ha logrado el restablecimiento de su estado de salud, pues en la actualidad el Sr. Sánchez requiere atención médica dado el accidente en comento. Adicionalmente, de conformidad con lo indicado en el escrito de la acción, a la fecha de interposición de la acción de tutela el día 24 de octubre de 2007, la ARP del Instituto de Seguros Sociales no había concluido los trámites necesarios para valorar su pérdida de capacidad laboral, o su estado de invalidez, así como su origen, a fin de determinar si tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones económicas que legalmente se derivan de sus resultados. Por último, según lo indicado por el actor, debido al deterioro de su estado de su salud, y por tanto, su limitada capacidad para realizar una actividad laboral que le permita obtener su sustento económico y el de su núcleo familiar, no cuenta con los recursos suficientes para garantizar su mínimo vital. (...)

En virtud de lo expuesto, esta Corporación revocará la decisión adoptada el 7 de diciembre de 2007 por el Juzgado Primero Civil Municipal de Pereira, y en su lugar, concederá la tutela de los derechos fundamentales invocados. Igualmente, denegará la presente acción contra el Consorcio CINSA porque, tal y como se indicó a lo largo de la presente sentencia, Salud Total EPS y la ARP del Instituto de Seguros Sociales son las entidades responsables de garantizar la prestación de los servicios médicos que el actor requiere y el trámite de valoración de la pérdida de su capacidad laboral, **así como el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas que la ley y los reglamentos establecen para el efecto.**”

En consecuencia, los ciudadanos reclamantes tienen derecho sin importar o no la existencia de un vínculo laboral, a recibir el pago que les corresponde de subsidio por incapacidad temporal, hasta tanto se cumpla el proceso de rehabilitación o se defina su incapacidad permanente parcial o su invalidez. Este derecho subyace, en términos constitucionales, en la protección al mínimo vital, razón por la cual su pago puede obtenerse de manera retroactiva a través de la acción de tutela, como ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional, siempre que la persona carezca de recursos para asegurar su derecho, y el de su núcleo familiar, a la vida digna.

No sobra recordar que conforme al artículo 38 del Decreto-Ley 1295 de 1994, *“la declaración de la incapacidad temporal continuará siendo determinada por el **médico tratante**, el cual deberá estar **adscrito** a la Entidad Promotora de Salud a través de la cual se preste el servicio (...)”*. Por otra parte, una vez se ha determinado inicialmente el origen de la contingencia como accidente de trabajo por parte de la Institución Prestadora de Salud, no existe razón alguna que

justifique la falta de pago del subsidio por incapacidad temporal, como lo establece el parágrafo 4 del artículo 6º del Decreto 2463 de 2001, conforme al cual: *“Cuando se haya determinado en primera instancia el origen de una contingencia, el pago de la incapacidad temporal deberá ser asumido por la entidad promotora de salud o administradora de riesgos profesionales respectiva, procediéndose a efectuar los reembolsos en la forma prevista por la normatividad vigente. // El incumplimiento de la obligación de que trata el presente artículo dará lugar a imposición de sanciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 91 del Decreto-Ley 1295 de 1994”*<sup>52</sup>.

Adicionalmente, la ley establece que el pago de las prestaciones económicas por incapacidad temporal, deberá efectuarse en los períodos en que el trabajador reciba regularmente su salario, entre otras, para salvaguardar sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna. Lo anterior, sin desconocer que una vez vencido el término de dos (2) meses siguientes a partir de la fecha en la cual se alleguen o acrediten los requisitos exigidos para su reconocimiento, *“la administradora de riesgos profesionales deberá reconocer y pagar, en adición a la prestación económica, un interés moratorio igual al que rige para el impuesto de renta y complementarios en proporción a la duración de la mora”*<sup>53</sup>.

Por último, las infracciones en que se incurran por dilatar el pago del subsidio por incapacidad temporal son objeto de investigación y sanción por parte de la Superintendencia Financiera, como lo establece el literal c) del artículo 91 del Decreto-Ley 1295 de 1994<sup>54</sup>.

## **6.- De los procedimientos para la determinación del origen del accidente y de la pérdida de capacidad laboral.**

---

<sup>52</sup> Sobre la materia se puede consultar la Circular No. 230042 del 8 de agosto de 2008 del Ministerio de la Protección Social.

<sup>53</sup> Ley 776 de 2002, artículo 1º. Es preciso mencionar que, de acuerdo con lo expuesto por la honorable Corte Constitucional en la sentencia C-543 de 2007 el valor de las incapacidades temporales (del régimen común o del régimen profesional) no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, como lo recordó el Ministerio de la Protección Social en la Circular 230042 de 2008. Por otra parte, en algunos fallos de tutela se ha reconocido su ajuste anual por el IPC, para efectos de proceder a su cancelación, como ocurrió en una providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, Sala Penal de Decisión, en sentencia del 17 de junio de 2008, M.P. Juan Carlos Conde Serrano.

<sup>54</sup> Al respecto, dispone la norma en cita: *“(…) Las entidades administradoras de riesgos profesionales que incurran en conductas tendientes a dilatar injustificadamente el pago de las prestaciones de que trata el presente Decreto, o impidan o dilaten la libre escogencia de entidad administradora, o rechacen a un afiliado, o no acaten las instrucciones u órdenes de la Dirección Técnica de Riesgos Profesionales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, serán sancionadas por la superintendencia bancaria, en el primer caso, o por la Dirección Técnica de Riesgos Profesionales, en los demás, con multas sucesivas hasta de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de las demás previstas en la ley o en este Decreto.”*

Una de las reclamaciones recurrentes es la demora con la que se han surtido los procesos para determinar el origen del accidente y la pérdida de capacidad laboral. Al respecto, las reglas que rigen estos trámites se encuentran previstas en el Decreto 1295 de 1994, en el Decreto 2463 de 2001, en la Ley 776 de 2002 y en la Ley 962 de 2005. Dichas reglas han sido recogidas por varios instructivos del Ministerio de la Protección social, los cuales pueden ser consultados en su página Web<sup>55</sup>.

En este sentido, en primer lugar, la Defensoría del Pueblo se limitará a precisar las normas que existen sobre la materia y, adicionalmente, expondrá la forma como se han articulado dichas disposiciones; y en segundo término, evaluará la jurisprudencia constitucional sobre la materia, conforme a la cual el cumplimiento de los procedimientos para determinar el origen del accidente y la pérdida de capacidad laboral están vinculados a la protección de los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud, al debido proceso y al mínimo vital.

Se demostrará cómo el desarrollo de los citados procesos constituye una herramienta esencial para garantizar la primacía de los derechos inalienables de las personas, como lo exige el artículo 5° del Texto Superior.

**6.1.-** El procedimiento o trámite que se debe seguir para determinar el origen del accidente, enfermedad o muerte se encuentra en el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, el cual dispone:

**“ARTÍCULO 52. DETERMINACIÓN DE LA PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL Y GRADO DE INVALIDEZ.** El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, quedará así:

**"Artículo 41.** El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, vigente a la fecha de calificación, que deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, a las Administradoras de Riesgos Profesionales, ARP, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y a las Entidades Promotoras de Salud, EPS, determinar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y **el origen de las contingencias.** En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación, dentro de los cinco (5) días siguientes a la manifestación que hiciere sobre su inconformidad, se acudirá a las Juntas de

---

<sup>55</sup> <http://www.minproteccion-social.gov.co/VBeContent/NewsDetail.asp?ID=15284&IDCompany=3>

Calificación de Invalidez del orden regional, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de aquellas entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.

Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, ARP o aseguradora) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudir en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la entidad. Estas juntas son organismos de carácter interdisciplinario cuya conformación podrá ser regionalizada y el manejo de sus recursos reglamentado por el Gobierno Nacional de manera equitativa. (...)"

En cuanto al procedimiento para la **calificación del origen**, el artículo 6° del Decreto 2463 de 2001 determina lo siguiente:

***“ARTICULO 6º-Calificación del origen del accidente, la enfermedad o la muerte.*** El origen del accidente o de la enfermedad, causantes o no de pérdida de la capacidad laboral o de la muerte, será calificado por la institución prestadora de servicios de salud que atendió a la persona por motivo de la contingencia en primera instancia y por la entidad administradora de riesgos profesionales en segunda. Cuando se presenten discrepancias por el origen, éstas serán resueltas por la junta integrada por representantes de las entidades administradoras de salud y riesgos profesionales.

Las instituciones prestadoras de servicios de salud y entidades promotoras de salud, deberán conformar una dependencia técnica o grupo interdisciplinario que adelante el procedimiento de determinación del origen y registrarla ante las secretarías de salud. Las administradoras de riesgos profesionales adelantarán el procedimiento por intermedio del grupo interdisciplinario previsto en el artículo 5º del presente decreto<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> Dispone la norma en cita: “Cada una de las entidades administradoras de riesgos profesionales, de las entidades promotoras de salud y de las administradoras del régimen subsidiado, deberán disponer de un equipo interdisciplinario para realizar la calificación por pérdida de la capacidad laboral, el cual deberá contar con un médico con experiencia mínima específica en medicina laboral de un (1) año, un médico especialista en medicina física y rehabilitación con experiencia mínima específica de dos (2) años y un profesional diferente a las áreas de la medicina con formación en áreas afines a la salud ocupacional, con una experiencia relacionada de dos (2) años. (...)El equipo interdisciplinario de las entidades administradoras de riesgos profesionales deberá ser registrado en las direcciones territoriales de trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, anexando las respectivas hojas de vida de sus integrantes e informando las modificaciones que sucedan al respecto”.

Cada una de las citadas entidades, así como la junta integrada por las entidades promotoras de salud y administradoras de riesgos profesionales, contarán con un plazo máximo de treinta (30) días calendario para cumplir el procedimiento descrito y comunicar su decisión sobre el origen de la contingencia al empleador, al trabajador y a los demás interesados.

**PARAGRAFO 1º-** Las controversias que surjan con ocasión de los conceptos o dictámenes emitidos sobre el origen o fecha de estructuración, serán resueltas por las juntas regionales de calificación de invalidez.

**PARAGRAFO 2º-** El costo de los honorarios que se debe sufragar a las juntas de calificación de invalidez, será asumido por la última entidad administradora de riesgos profesionales o fondo de pensiones al cual se encuentre o se encontraba afiliado el trabajador y podrá repetir el costo de los mismos contra la persona o entidad que resulte responsable del pago de la prestación correspondiente, de conformidad con el concepto emitido por las juntas de calificación de invalidez.

**PARAGRAFO 3º-** Cuando las instituciones prestadoras de servicios de salud no emitan el concepto sobre determinación de origen y la persona sujeto de la calificación estima que se trata de un evento de origen profesional, podrá dirigir su solicitud directamente a la entidad administradora de riesgos profesionales o a la empresa promotora de salud. Si dichas entidades no inician el trámite correspondiente podrá acudir directamente a la junta regional de calificación de invalidez, según el procedimiento previsto por el presente decreto”.

Como se infiere de lo expuesto, las administradoras de riesgos profesionales y las EPS tienen un término máximo de treinta (30) días calendario para cumplir el procedimiento y notificar la calificación del origen de la enfermedad o accidente al trabajador. Este trámite incluye la primera instancia ante la EPS, la segunda instancia ante la ARP y, eventualmente, la reunión del grupo interdisciplinario descrito en la ley<sup>57</sup>.

Una vez notificado el trabajador, si no está conforme con la decisión adoptada puede reclamar su derecho a ser calificado ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez (JDCI). No existe un término para que el trabajador notifique su inconformidad y reclame la calificación del origen. En todo caso, el artículo 28 del Decreto 2463 de 2001 establece que, una vez radicados los documentos para la calificación, para lo cual se otorgan dos (2) días, la citada junta tiene un plazo máximo de seis (6) días para estudiar las pruebas y radicar el proyecto de dictamen.

---

<sup>57</sup> Sobre esta materia, el inciso 4º del artículo 6º del Decreto-Ley 1295 de 1994 dispone que: “La institución prestadora de servicios de salud que atienda a un afiliado al sistema general de riesgos profesionales, deberá informar dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la ocurrencia del accidente de trabajo o al diagnóstico de la enfermedad profesional, a la entidad promotora de salud y a la entidad administradora de riesgos profesionales a las cuales aquel se encuentre afiliado”.



El artículo 32 del citado Decreto establece el procedimiento que se debe seguir para la notificación del mencionado dictamen, frente al cual se otorga el término de diez (10) días para ejercer los recursos de reposición y apelación.

La apelación será resuelta por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (JNCI), quien tiene dos (2) días para hacer el reparto y seis (6) días para registrar el proyecto de dictamen. En relación con este último dictamen no cabe recurso alguno, y contra él *“sólo proceden las acciones ante la jurisdicción laboral ordinaria”*<sup>58</sup>.

Por último, es preciso destacar los siguientes aspectos: en primer lugar, los costos de los honorarios de las juntas deben ser asumidos por la entidad aseguradora y no por el trabajador<sup>59</sup>; y en segundo término, en el caso de que las instituciones prestadoras de servicios de salud no emitan el concepto sobre determinación de origen en los plazos establecidos y la persona sujeto de la calificación estima que se trata de un evento de origen profesional, podrá dirigir su solicitud directamente a la entidad administradora de riesgos profesionales o a la empresa promotora de salud. Si dichas entidades no inician el trámite correspondiente podrá acudir directamente a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, según el procedimiento previamente descrito.

De forma gráfica, el procedimiento es el siguiente<sup>60</sup>:

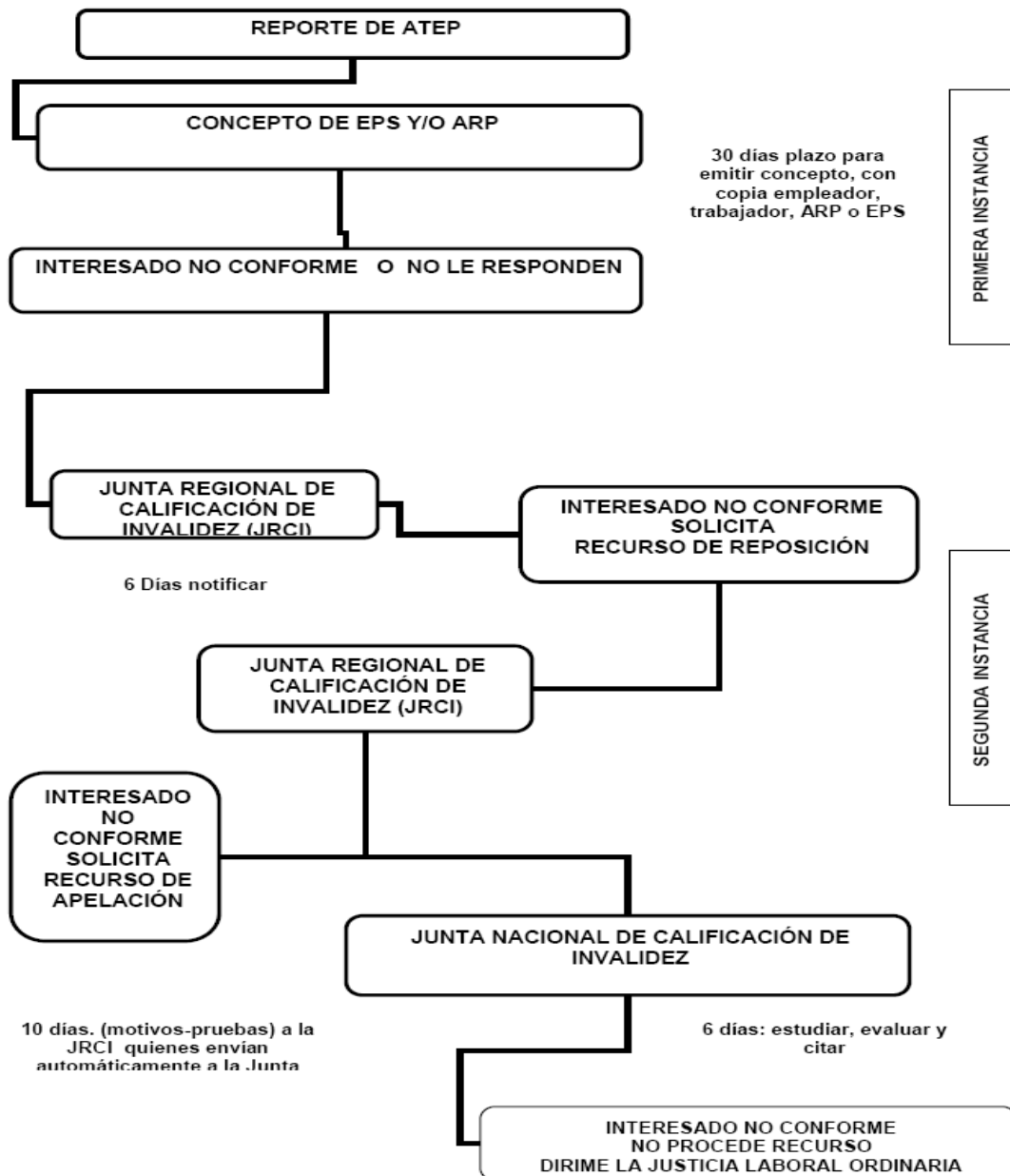
---

<sup>58</sup> Decreto 2463 de 2001, artículo 35.

<sup>59</sup> Sentencia C-164 de 2000.

<sup>60</sup> No sobra recordar que el artículo 62 del Decreto 1295 de 1994 dispone que: “Los empleadores están obligados a informar a sus trabajadores los riesgos a que pueden verse expuestos en la ejecución de la labor encomendada o contratada. // Todo accidente de trabajo o enfermedad profesional que ocurra en una empresa o actividad económica, deberá ser informado por el respectivo empleador a la entidad administradora de riesgos profesionales y a la entidad promotora de salud, de forma simultánea, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes de ocurrido el accidente o diagnosticada la enfermedad”. Fuente: <http://www.minproteccion-social.gov.co/VBeC/ontent/library/documents/DocNewsNo15284DocumentNo3017.PDF>

## TRÁMITE O PROCEDIMIENTO DE CALIFICACIÓN DE ORIGEN



**6.2.-** En cuanto al procedimiento o trámite para determinar la pérdida de capacidad laboral se siguen los mismos parámetros, previstos en el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, con los detalles y aspectos puntuales consagrados en los artículos 5 y 23 del Decreto 2463 de 2001. Al respecto, el artículo 5° del mencionado decreto dispone que:

**“ARTICULO 5º-Condicion es que deben reunir las entidades que califican la pérdida de la capacidad laboral.** Cada una de las entidades administradoras de riesgos profesionales, de las entidades promotoras de salud y de las administradoras del régimen subsidiado, deberán disponer de un equipo interdisciplinario para realizar la calificación por pérdida de la capacidad laboral, el cual deberá contar con un médico con experiencia mínima específica en medicina laboral de un (1) año, un médico especialista en medicina física y rehabilitación con experiencia mínima específica de dos (2) años y un profesional diferente a las áreas de la medicina con formación en áreas afines a la salud ocupacional, con una experiencia relacionada de dos (2) años. Este equipo deberá efectuar el estudio y seguimiento de los afiliados y posibles beneficiarios, recopilar pruebas, valoraciones, emitir conceptos de rehabilitación en cada caso y definir el origen y grado de pérdida de la capacidad laboral. Así mismo, deberá diligenciar el formulario autorizado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para notificar el dictamen correspondiente, en el cual se deberá señalar al notificado la oportunidad de acudir ante la junta regional de calificación de invalidez, término para presentar la reclamación, e informar que es la entidad administradora la que asume el costo de dicho trámite.

El equipo interdisciplinario de las entidades administradoras de riesgos profesionales deberá ser registrado en las direcciones territoriales de trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, anexando las respectivas hojas de vida de sus integrantes e informando las modificaciones que sucedan al respecto.

Las entidades administradoras de riesgos profesionales llevarán a cabo el trámite de determinación de la incapacidad permanente parcial y comunicarán su decisión, en un término máximo de treinta (30) días, siempre y cuando se haya terminado el proceso de rehabilitación integral o posterior al tiempo de incapacidad temporal, según lo establecido en las normas vigentes. Los interesados a quienes se les haya notificado la decisión de la entidad administradora calificadora, podrán presentar su reclamación o inconformidad dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación, debiéndose proceder al envío del caso a la junta regional de calificación de invalidez, para lo de su competencia.

Cuando exista controversia por los dictámenes emitidos por las entidades administradoras legalmente competentes, todos los documentos serán remitidos directamente a la junta regional de calificación de invalidez, dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción de la reclamación.

La entidad calificadora no podrá adelantar trámite diferente al que está obligado para la remisión del caso ante la junta de calificación de invalidez”.

Por su parte, el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 señala:

**“ARTICULO 23.-Rehabilitación previa para solicitar el trámite ante la junta de calificación de invalidez.** La solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral sólo podrá tramitarse cuando las entidades del sistema de seguridad social

integral, el Fondo de Solidaridad y Garantía, los regímenes de excepción o el empleador, según sea el caso, hayan adelantado el tratamiento y rehabilitación integral o se compruebe la imposibilidad para su realización.

Cuando se requiera la calificación de pérdida de la capacidad laboral para acceder a los beneficios otorgados por las cajas de compensación familiar, entidades promotoras de salud, administradoras del régimen subsidiado o para acceder al subsidio del Fondo de Solidaridad Pensional y a los beneficios a que se refiere la Ley 361 de 1997, no será necesaria la terminación previa de los procesos de tratamiento y rehabilitación para la formulación de la solicitud ante las juntas de calificación de invalidez.

Las administradoras de fondos de pensiones y administradoras de riesgos profesionales deberán remitir los casos a las juntas de calificación de invalidez antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150) de incapacidad temporal, previo concepto del servicio de rehabilitación integral emitido por la entidad promotora de salud.

Expirado el tiempo de incapacidad temporal establecido por el Decreto-Ley 1295 de 1994, las entidades administradoras de riesgos profesionales podrán postergar el trámite ante las juntas de calificación de invalidez y hasta por trescientos sesenta (360) días calendario adicionales, siempre que otorguen una prestación económica equivalente a la incapacidad que venía disfrutando y exista concepto médico favorable de rehabilitación.

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

Cuando el trabajador no se encuentre afiliado a una entidad promotora de salud o se encuentre desvinculado laboralmente, el concepto de rehabilitación lo otorgará la administradora de fondos de pensiones o administradora de riesgos profesionales que tenga a cargo el trámite de calificación correspondiente. En dichos casos, cuando se trate de una contingencia de origen profesional, el tratamiento y la rehabilitación integral estará a cargo de la administradora de riesgos profesionales, con personal especializado propio o contratado para tales fines.

Cuando la junta de calificación de invalidez encuentre incompleto el proceso de tratamiento y rehabilitación, existiendo una administradora de riesgos profesionales o empresa promotora de salud obligada a continuar dicho tratamiento, se abstendrá de calificar y devolverá el caso a la entidad respectiva.

De conformidad con lo señalado en la ley, la administradora del sistema de seguridad social integral o la entidad de previsión social correspondiente que incumpla con el pago de los subsidios por incapacidad temporal, será sancionada por la autoridad competente”.

Como se infiere de lo expuesto, las administradoras de riesgos profesionales tienen la obligación de determinar la pérdida de capacidad laboral en un término máximo de treinta (30) días, siempre y cuando se haya terminado el proceso de rehabilitación, conforme a las directrices expuestas en la normatividad vigente. Por esta razón, el desarrollo de este proceso se somete a la expedición de una certificación por parte de la EPS referente a la terminación del mencionado proceso de rehabilitación.

Si el trabajador no está de acuerdo con la calificación que realiza la ARP puede controvertirla dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación, de suerte que será calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez (JDCl). Contra esta decisión caben los recursos de reposición y/o apelación, los cuales se tramitarán de acuerdo con el procedimiento de calificación del origen ya mencionado.

En cuanto al procedimiento de rehabilitación, es preciso recordar -como previamente se expuso- que el Ministerio de la Protección Social, de acuerdo con lo señalado en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, ha establecido que: *“En accidente de trabajo y/o enfermedad profesional [se] consagra que expirado el tiempo de incapacidad temporal establecido por el Decreto-Ley 1295 de 1994 (360 días)<sup>61</sup>, las Entidades Administradoras de Riesgos Profesionales podrán postergar el trámite ante las Juntas de Calificación de Invalidez y hasta por trescientos sesenta (360) días calendario adicionales (...) // Luego, en caso de accidente de trabajo y/o enfermedad profesional la incapacidad temporal es de trescientos sesenta (360) días, prorrogables por otros trescientos sesenta (360) días, llegando a los setecientos veinte (720) días”<sup>62</sup>.*

De forma gráfica, el procedimiento descrito es el siguiente<sup>63</sup>:

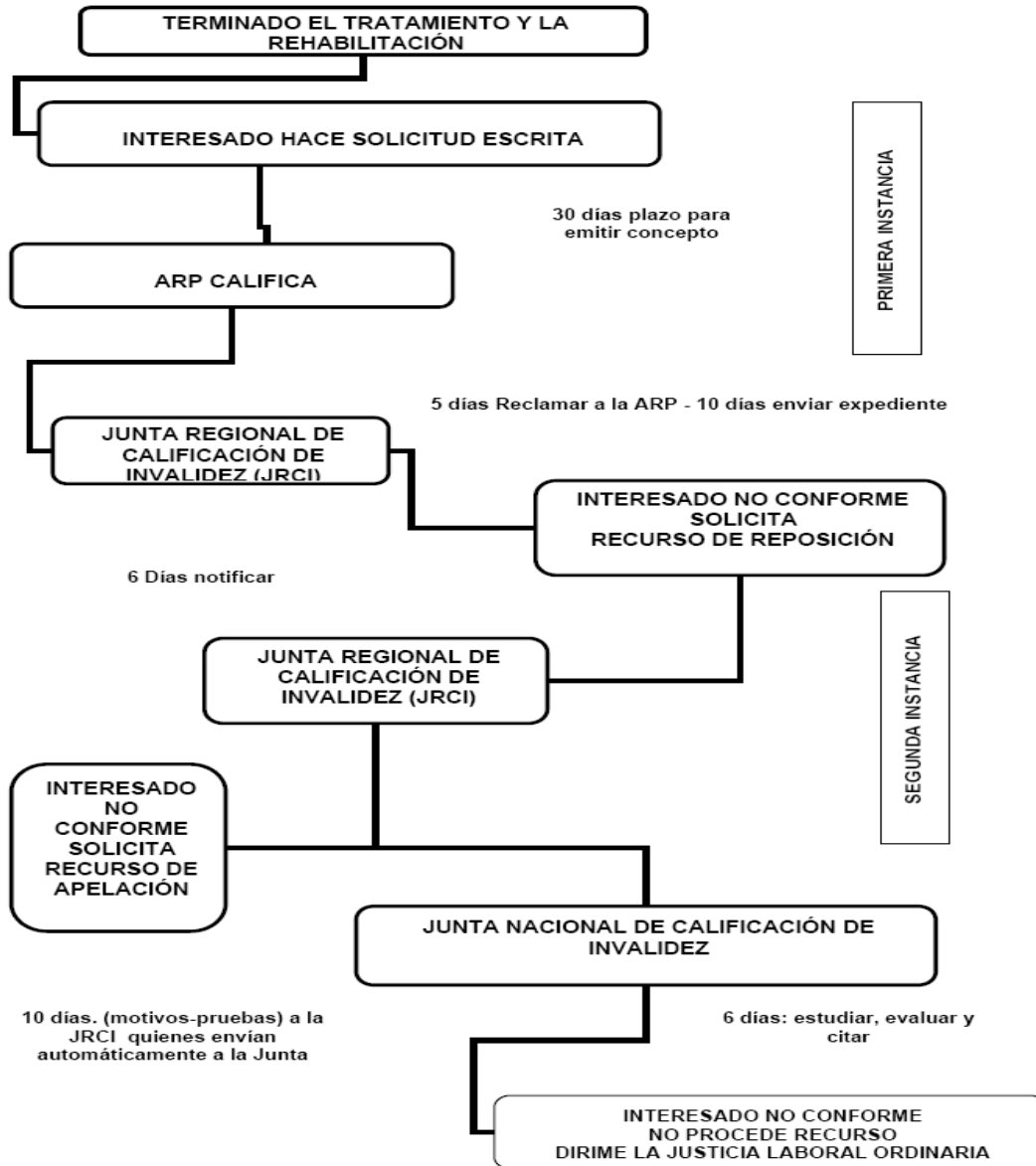
---

<sup>61</sup> Dada la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 37 del Decreto-Ley 1295 de 1994 (Sentencia C-452 de 2002); el plazo aquí previsto se consagró de nuevo en el artículo 3° de la Ley 776 de 2002.

<sup>62</sup> Circular Informativa No. 230042 del 8 de agosto de 2008.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

**PROCEDIMIENTO O TRÁMITE PARA LA CALIFICACIÓN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL**



En términos jurisprudenciales, la Corte Constitucional ha establecido que el agotamiento de estos procesos, de acuerdo con los plazos previstos en la ley, constituye un importante medio para garantizar los derechos fundamentales al debido proceso, a la vida digna y al mínimo vital del trabajador que sufre un accidente o enfermedad durante la relación laboral. Lo anterior, por cuanto: “tales medios permiten determinar si el trabajador tiene derecho a recibir las prestaciones asistenciales y económicas que, dado el deterioro de su estado de

salud y, por tanto, su limitada capacidad para realizar una actividad laboral que le permita garantizar su sustento económico y el de su núcleo familiar, garantizarán su mínimo vital durante el período en el que se encuentre cesante laboralmente”.

Precisamente, en la sentencia T-721 de 2005 la Corte protegió los citados derechos fundamentales en relación con un ciudadano a quien se le suspendió abruptamente el procedimiento para la calificación del origen de la enfermedad.

En términos categóricos, el citado tribunal señaló que:

“Previamente, esta Corporación había establecido que la interrupción abrupta y arbitraria de la calificación del origen de la enfermedad que padece el afiliado, por parte de la Administradora de Riesgos Profesionales, impide obtener el servicio de salud y para ello no puede excusarse en el argumento del desconocimiento del origen de la enfermedad, pues es precisamente para establecer a quién corresponde asumir la autorización y el cubrimiento del tratamiento requerido, que se hace indispensable llevar a término el procedimiento de calificación del origen de una patología. Además de lo anterior, la Sala Tercera indicó que dicha interrupción implica la vulneración del derecho fundamental del debido proceso del afiliado.

De esta manera, resulta evidente que las Administradoras de Riesgos Profesionales, al igual que las Entidades Promotoras de Salud, no pueden suspender abruptamente la prestación de sus servicios, ya sea por mora del empleador o por negligencia administrativa, pues, de conformidad con la jurisprudencia antes referida, esto conlleva una grave afectación de los derechos fundamentales de los afiliados, quienes, amparados en el principio de la buena fe, tienen la convicción de encontrarse protegidos por los servicios del sistema de seguridad social integral. Además, por cuanto en caso de conflicto entre el empleador y la entidad prestadora de los servicios, o en caso de conflicto entre la E.P.S. y la A.R.P. no es, de ninguna manera, el paciente quien tiene el deber de soportar las consecuencias negativas para su salud y su dignidad humana”.

En este mismo sentido -en la sentencia T-1018 de 2006- se pronunció la Corte Constitucional, al vincular el desarrollo del proceso de determinación de la pérdida de capacidad laboral con la posibilidad de obtener una pensión que garantice el mínimo vital y el acceso al régimen contributivo de salud de los ciudadanos. Así manifestó que:

“[La dilación en la práctica de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral de una persona], puede ocasionar la violación del mínimo vital (...) y de los derechos a la salud, puesto que el derecho a la pensión se constituye en una condición indispensable para el ejercicio de otros derechos, más aún si se tiene en cuenta el estado de debilidad en el que se encuentra un ciudadano que sufre de cierto grado de invalidez. En efecto, no pueden argüirse razones presupuestales o administrativas para justificar la mora en tales obligaciones”.

Como se infiere de lo expuesto, es posible que las demoras injustificadas en que se ha incurrido para determinar el origen del accidente y/o definir la pérdida de capacidad laboral de los ciudadanos reclamantes, se traduzcan en una violación de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la vida digna y al mínimo vital, por lo que resulta necesario ajustar el desarrollo de dichos procedimientos a los términos previstos en la ley.

En esta materia, valga señalar que el Ministerio de la Protección Social, a través de las direcciones territoriales, ejerce la vigilancia y el control sobre la administración, prevención y atención de los riesgos profesionales que adelantan las ARP. Como consecuencia de lo anterior, se han impuesto sanciones a dichas administradoras de riesgos profesionales con fundamento en los artículos 80 y 91 del Decreto-Ley 1295 de 1994, entre otras normas, por las siguientes conductas: (i) no remitir en término los procesos a la Junta Regional de Calificación de Invalidez (JDCI); (ii) negarse a adelantar los procedimientos y tratamientos de rehabilitación al trabajador; (iii) no calificar el origen del accidente o la enfermedad; y (iv) demorar el desarrollo o agotamiento de los procedimientos previamente descritos<sup>64</sup>.

Finalmente, el artículo 44 del Decreto 2463 de 2001 establece que: *“Las direcciones territoriales de trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, tendrán competencia para supervisar el cumplimiento de las funciones de juntas de calificación de invalidez y darán aviso a la Unidad Especial de Inspección, Vigilancia y Control del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la cual iniciará el trámite pertinente para establecer las sanciones correspondientes”*.

### **7.- El principio de eficiencia en la prestación del servicio de salud.**

Una de las reclamaciones aquí referidas consiste en la demora tanto en la atención como en el señalamiento de las fechas para adelantar cualquier tipo de procedimiento clínico. Frente a esta materia, basta con recordar que la Corte Constitucional ha dicho que el principio de eficiencia en la prestación de los servicios de la seguridad social implica que los recursos administrativos, técnicos y financieros, disponibles por parte de las EPS, deben ser utilizados de tal forma que garanticen el acceso a las prestaciones en salud de forma *adecuada, oportuna y suficiente*<sup>65</sup>.

En varias oportunidades, la Corte Constitucional ha llamado la atención acerca de brindar atención en salud con **carácter inminente**, es decir, atendiendo a criterios

---

<sup>64</sup> Sobre la materia se puede consultar: Ministerio de la Protección Social, Dirección Territorial Norte de Santander, Resolución No. 0112 del 30 de abril de 2010.

<sup>65</sup> Sentencias C-800 de 2003 y T-817 de 2009.



de evaluación del estado de gravedad o de debilidad de los pacientes y teniendo presente la posibilidad de agravación.

Bajo la anterior regla constitucional, a manera de ejemplo, llamó la atención debido a la demora en el señalamiento de citas por más de cuatro (4) meses en la ciudad de Cali, con fundamento en la supuesta falta de especialistas. Así, expresamente, en la sentencia T-347 de 1996 manifestó que:

“Las entidades públicas y privadas prestadoras de servicios asistenciales de salud y de seguridad social en salud, deben, directamente o mediante un tercero, suministrar la atención médica, quirúrgica, hospitalaria y demás servicios indispensables en los lugares y condiciones que exija el caso concreto de cada paciente, teniendo muy en cuenta su estado de gravedad; en pocas palabras, el Estado es responsable de garantizar que las entidades de previsión social estén dispuestas en todo momento a brindar atención oportuna y eficaz a sus usuarios. (...) [Resulta] inaudito y abusivo que la entidad estatal encargada de recaudar la mayor cantidad de aportes patronales y personales, que conforma el mayor fondo financiero y de recursos del país, se excuse de atender a una persona débil y enferma, alegando falta de médicos especialistas en el área, y fije una cita para médico especialista después de cuatro meses de solicitada, en una ciudad como Cali, en la que es notoria la presencia abundante y calificada de estos profesionales de la salud.”

En idéntico sentido, en la sentencia T-1188 de 2001, se dijo que:

“[Es] claro que no es la Corte la llamada a realizar valoraciones médicas, cuya competencia corresponde única y exclusivamente a los galenos especializados (...), sin embargo, el juez en el Estado Social de Derecho debe advertir los tipos de violaciones que pueden presentarse en las abstenciones y omisiones de obligaciones como las que le asisten a las entidades de salud, para de allí derivar la violación constitucional a que haya lugar. Por ello, es de enfatizar que las instituciones de salud no están autorizadas, para **evadir y mantener indefinidamente en suspenso e incertidumbre** al paciente, (...), pues como se ha dicho, las demoras en los diagnósticos, decisiones nada efectivas ni eficientes y dilaciones que se tornan injustificadas obstaculizando el éxito de un tratamiento, pueden agravar un padecimiento en la salud, y eventualmente llevar la enfermedad a límites inmanejables donde la recuperación podría resultar más gravosa e incierta.”

Por último, en la sentencia T-849 de 2003 se expuso lo siguiente:

“La Corte ha indicado (...) que la prolongación en el tiempo de un padecimiento en la salud, que puede verificarse o atenderse con la práctica de un tratamiento ordenado, vulnera el derecho constitucional fundamental a la vida en condiciones de dignidad, además de carecer de justificación a partir de argumentos presupuestales. // Igualmente, en fallos más recientes la Corte destacó que

cuando una entidad de salud, en razón a trámites burocráticos y administrativos tales como el vencimiento de un contrato con una I.P.S. o con un médico especialista (...), demora la prestación del servicio de salud requerido, vulnera el derecho a la vida del paciente, pues solamente razones estrictamente médicas justifican que se retrase la prestación del servicio de salud. (T-635 de 2001)".

Obsérvese cómo la demora en otorgar una cita, realizar una cirugía o autorizar un procedimiento clínico no sólo se traduce en una violación del principio constitucional de eficiencia, sino también en el desconocimiento de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de los ciudadanos, pues somete a las personas a una prolongación indebida de sus dolencias, afecciones o enfermedades. Cualquier prórroga, tardanza o dilación en la prestación de los servicios de salud se presume inconstitucional, en principio, a menos que se justifique dicho comportamiento con razones estrictamente médicas, sin perjuicio de la reglamentación existente en materia de turnos y atendiendo a criterios de evaluación del estado de gravedad o debilidad de los pacientes y teniendo presente la posibilidad de agravación. En conclusión, es preciso que -frente a los ciudadanos reclamantes- cualquier demora en la atención médica se justifique en los términos expuestos, so pena de vulnerar sus derechos fundamentales.

#### ***8.- Del régimen de valoración integral para efectos de reconocer una pensión de invalidez.***

Una de las preguntas recurrentes se refiere a la posibilidad de los ciudadanos reclamantes de obtener una calificación integral de la pérdida de capacidad laboral para tener derecho al reconocimiento de una pensión de invalidez.

El origen de la calificación integral se remonta a la declaratoria de inexequibilidad el parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 776 de 2002, conforme al cual *“La existencia de patologías anteriores no es causa para aumentar el grado de incapacidad, ni las prestaciones que correspondan al trabajador”.*

A juicio de la Corte Constitucional, en sentencia C-425 de 2005, no es posible jurídicamente dividir a un trabajador para efectos de determinar su incapacidad, pues en el caso de hacerlo se estaría desconociendo su derecho a la dignidad humana. En este sentido, la protección especial que la Constitución Política reconoce a las personas en situación de discapacidad, exige que para efectos de determinar su pérdida de capacidad laboral, se sumen patologías que sin importar su origen demuestren su verdadero grado de disminución laboral. La asignación del sistema que asume el pago de la pensión, como lo ha reconocido el Ministerio de la Protección Social, dependerá del origen de la causa que en definitiva determine la existencia de la incapacidad permanente por encima del cincuenta por ciento (50%) o más.

A continuación se transcribirán los aportes más representativos de la sentencia de constitucionalidad arriba mencionada:

**“iii. La invalidez en el Sistema de riesgos profesionales. Individuo Materialmente Inválido.**

Situación diferente se presenta en materia de invalidez. Del contenido normativo expuesto por la disposición acusada, se constata que no es posible aumentar el grado de incapacidad de un trabajador ante la existencia de una patología anterior.

La Corte Constitucional constata que la norma permite que exista al interior del Sistema Integral de Seguridad Social, un individuo trabajador materialmente inválido aunque formalmente no lo esté para el sistema. Un individuo es materialmente inválido si su porcentaje de invalidez es igual o superior al cincuenta (50%) por ciento.

En efecto, al prohibir la norma que se aumente el grado de incapacidad con base en patologías anteriores, está desconociendo la realidad física del trabajador a proteger, para darle prioridad al formalismo de asunción del riesgo creado. (...)

En otras palabras, y utilizando la hipótesis contraria a la manifestada por la norma, un trabajador puede estar materialmente inválido por la suma de sus grados de incapacidad, pero a raíz de la disposición enunciada en la ley 776 de 2002, no estará formalmente inválido, debido a la prohibición de aumentar la incapacidad por patologías anteriores; desconociendo la realidad material de su invalidez, **lo que trae consigo la pérdida de su derecho de pensión por esta situación.**

En múltiples ocasiones esta Corporación ha hecho valer el Principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, en las relaciones laborales. En el presente caso se hará operar igualmente éste principio. (...)

Así entonces, en primer lugar, evidencia la Corte Constitucional que de la norma acusada se desprende la posible existencia al interior del Sistema General de Seguridad Social, de un individuo que puede estar materialmente inválido sin la protección adecuada a su incapacidad, **que no es otra que la pensión de invalidez.**

En segundo lugar, los postulados del Estado Social de Derecho como principio fundante del Estado Colombiano, denotan la protección especial al trabajo (en tanto valor axiológico, principio constitucional y derecho fundamenta) y al derecho a la Seguridad Social como servicio público en cabeza del Estado. En este orden de ideas, tanto el primero como el segundo, deben estar en concordancia con la salvaguarda reforzada que la misma Constitución ha indicado en cabeza de los discapacitados y disminuidos físicos. Lo anterior, con el propósito de hacer valer su dignidad humana.

En tercer lugar, el sistema general de riesgos profesionales, es uno de los sistemas esenciales del Sistema General de Seguridad Social. Dicho sistema esta básicamente sustentado en la relación laboral que existe entre el trabajador y el empleador.

Este especial sistema de seguro funciona bajo el supuesto que todos los trabajadores deben ser afiliados, pero no todos sufren siniestros. En consecuencia, puede presentarse que ninguno quede inválido o que pocos queden inválidos. Por eso, en últimas y para el tema del que se hace referencia, el sistema general de riesgos profesionales pretende asegurar la invalidez.

En consecuencia, de un lado debe afirmarse que, cuando el patrono cotiza el riesgo, lo hace independientemente que éste se produzca o no, para él es indiferente la ocurrencia del riesgo y paga el seguro aún cuando este no exista.

De otro lado, y respecto del trabajador, no se le cobra a éste un porcentaje menor de cotización por poseer preexistencias. Por tal razón la Corte comparte los argumentos del ciudadano que actúa a nombre de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, quien señala *“La empresa y el trabajador cotizan en forma total al sistema general de seguridad social en salud, en atención al salario del trabajador, sin que para sus aportes existan disminución o incremento motivado en limitaciones físicas, orgánicas o sensoriales, del hombre que trabaja, que es idóneo y que cumple a cabalidad con la gestión productiva encomendada.”*

Ahora bien, el sistema de riesgos profesionales, al igual que cualquier otro sistema normativo en nuestro Estado, debe verificar el principio según el cual prima la realidad sobre los formalismos.

En cuarto lugar, ante la posible existencia al interior del sistema de un individuo materialmente inválido, el cual goza de una protección no solo especial sino igualmente reforzada a la luz de la Constitución Nacional, al cual debe respetársele su dignidad humana y al cual debe hacérsele efectivo su derecho de seguridad social; haciendo uso del principio según el cual las relaciones laborales deben guiarse por la Realidad más que por los Formalismos; constata esta Corporación que existe una contradicción entre la norma demandada y los postulados Constitucionales.

En efecto, el sistema de seguridad social fundado en la Constitución y desarrollado en la ley, tiene como fin primordial el respeto de la dignidad humana y de la calidad de vida de los individuos, con base en que el trabajo es un valor esencial y un principio fundante del Estado Colombiano, además de ser un derecho fundamental de los trabajadores, elementos esencial del Estado Social de Derecho. Así las cosas, el sistema de seguridad social concerniente en la protección de riesgos profesionales, es un sistema de seguro en el cual se establece una discriminación entre los trabajadores asegurados al sistema de riesgos profesionales, pues a pesar de que la empresa y el trabajador cotizan en forma total al sistema, como lo hacen todos los asegurados, al trabajador que

sufre un accidente de trabajo o disminuye sensiblemente su capacidad laboral, no le tienen en cuenta para calificar el grado de invalidez condiciones de salud anteriores, lo cual viola el derecho a la igualdad y los principios de irrenunciabilidad, universalidad, solidaridad y obligatoriedad de la seguridad social consagrados en el artículo 48 Constitucional.

Así las cosas, el párrafo acusado, al prohibir que se aumente el grado de incapacidad con base en patologías anteriores, está desconociendo la realidad física del trabajador a proteger, que materialmente es inválido, pero carecería de la protección adecuada a su incapacidad, conforme los consagran los artículos 13, 47, 48 y 53 de la Constitución Política. Por consiguiente, la Corte declarará la inexecutable del párrafo 1° del artículo 1 de la ley 776 de 2002”.

En conclusión, a juicio de lo expuesto por la Corte Constitucional, es posible que frente a los ciudadanos reclamantes se sumen las patologías anteriores a las que existen en razón de los accidentes de trabajo, para efectos de determinar la verdadera pérdida de capacidad laboral y, por ende, reconocer su derecho a una pensión de invalidez.

#### **9.- De la inconstitucionalidad de las “listas negras” en salud**

De acuerdo con los ciudadanos reclamantes, las empresas promotoras de salud posiblemente están elaborando “listas negras”, a través de las cuales niegan los servicios a las personas que han reclamado judicialmente sus derechos.

Inicialmente, es preciso destacar que la elaboración de dicho tipo de listas se encuentran sometidas a los principios que rigen el derecho a la libre autodeterminación informática o derecho de *habeas data*, previsto en el artículo 15 de la Constitución Política, pues constituyen la consolidación de una **base de datos**, a través de la cual se define el acceso a los servicios de salud.

Sobre la materia, la norma constitucional en cita dispone que:

*“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.*

*En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.”*

Por lo anterior, es claro que el manejo de información referente a una persona con la finalidad de constituir una base de datos que permita determinar el acceso o no a un servicio y, por ende, al goce efectivo de un derecho, implica el sometimiento no sólo a las reglas de constitución propias de una base de datos, sino también a las garantías constitucionales que rigen el manejo de dichas bases, ya sea que incluyan datos públicos, privados o semiprivados. Una base de datos que no cumpla con los requisitos exigidos en la ley, constituye una base de datos ilegal<sup>66</sup>.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha dicho que la validez de una base de datos se somete al cumplimiento del principio de finalidad, de acuerdo con el cual: “tanto el acopio, el procesamiento y la divulgación de los datos personales, debe obedecer a una finalidad constitucionalmente legítima, definida de manera clara, suficiente y previa; de tal forma que queda prohibida la recopilación de datos sin la clara especificación acerca de la finalidad de los mismos, así como el uso o divulgación de datos para una finalidad diferente a la inicialmente prevista”<sup>67</sup>.

En desarrollo de lo anterior, no cabe duda de que solamente las bases de datos que cumplan con un fin constitucionalmente legítimo, pueden recopilar información personal. Por lo anterior, la Defensoría considera que el simple hecho de que las personas acudan judicialmente a reclamar sus derechos no constituye un fin legítimo para construir bases de datos que permitan negar el acceso a los servicios de salud. En este sentido, en un caso similar al expuesto, la Corte Constitucional negó la publicación de fotos de personas desplazadas, como un mecanismo para controlar el acceso a los servicios asistenciales otorgados por parte del Estado a favor de esa población<sup>68</sup>.

En conclusión, la elaboración de “listas negras” para restringir el acceso a los servicios de salud, constituye una manifiesta violación del principio de finalidad, que determina el contenido esencial del derecho de *habeas data*. Así las cosas, en caso de que se demuestre la existencia de una de tales listas, los ciudadanos afectados pueden hacer uso de la acción de tutela para proteger su derecho fundamental a la libre autodeterminación informática, sin perjuicio de las demás acciones penales, civiles y administrativas que correspondan.

---

<sup>66</sup> Al respecto, el artículo 1° de la Ley 1273 de 2009 dispone que: “**ARTÍCULO 1o.** Adiciónase el Código Penal con un Título VII BIS denominado “De la Protección de la información y de los datos”, del siguiente tenor: (...) **Artículo 269 f: Violación de datos personales.** El que, sin estar facultado para ello, con provecho propio o de un tercero, obtenga, compile, sustraiga, ofrezca, venda, intercambie, envíe, compre, intercepte, divulgue, modifique o emplee códigos personales, datos personales contenidos en ficheros, archivos, bases de datos o medios semejantes, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

<sup>67</sup> Sentencia T-729 de 2002.

<sup>68</sup> Sentencia T-705 de 2007.

## **10.- De los instrumentos para hacer efectivos los fallos de tutela.**

Una de las reclamaciones formuladas en este caso, se refiere a la existencia de órdenes de tutela, las cuales no sólo han sido incumplidas por los demandados, sino también por las propias autoridades judiciales que reconocieron el derecho al amparo.

El Decreto 2591 de 1991 consagra tres (3) instrumentos para obtener el cumplimiento de las órdenes proferidas por los jueces de tutela. Los mismos se encuentran previstos en los artículos 27, 52 y 53 del citado Decreto. Textualmente, las normas en cita disponen que:

**“ARTICULO 27.-**Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenara abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que este completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.”

**“ARTICULO 52.-**Desacato. La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción. La consulta se hará en el efecto devolutivo.”

**“ARTICULO 53.-**Sanciones penales. El que incumpla el fallo de tutela o el juez que incumpla las funciones que le son propias de conformidad con este decreto incurrirá, según el caso, en fraude a resolución judicial, prevaricato por omisión o en las sanciones penales a que hubiere lugar.

También incurrirá en la responsabilidad penal a que hubiere lugar quien repita la acción o la omisión que motivo la tutela concedida mediante fallo ejecutoriado en proceso en el cual hubiera sido parte.”

Como se infiere de lo expuesto, la efectividad de un fallo de tutela no sólo se sujeta a la posibilidad de imponer sanciones, sino que permite al juez constitucional preservar su competencia, con el fin de adoptar cualquier medida *“hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.”*

No sobra recordar que en el derecho internacional de los derechos humanos, el incumplimiento de los fallos judiciales ha sido considerado una vulneración al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. En efecto, para la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el mencionado derecho encuentra fundamento normativo en una interpretación sistemática de los artículos 1.1 (deberes generales de protección y garantía); 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) del Pacto de San José de Costa Rica.

De tal suerte que el derecho de acceso a la administración de justicia abarca tres grandes etapas, a saber: (i) el acceso efectivo de la persona al sistema judicial; (ii) el desarrollo de un proceso rodeado de todas las garantías judiciales en un plazo razonable, y (iii) la ejecución material del fallo.

En este orden de ideas, el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia se vulnera cuando una autoridad pública o un particular se sustraen al cumplimiento de una decisión judicial, **o cuando la propia autoridad judicial que tiene a su cargo la efectividad del fallo, omite la adopción de las medidas necesarias para asegurar su cumplimiento.**

De donde se desprende que el incumplimiento de un fallo de tutela no sólo constituye una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, sino que también configura una prolongación de la violación de los derechos fundamentales cuya reparación se pretende precisamente mediante las órdenes impartidas en sede judicial.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el juez de primera instancia es el encargado de la ejecución del fallo y, por ende, es el competente para adoptar las medidas necesarias que permitan asegurar el restablecimiento de los derechos comprometidos. Al respecto se ha dicho que:

“(…) el peso del cumplimiento de la orden de tutela recae en el Juzgado o Tribunal que se pronunció en primera instancia, el cual, se repite, mantendrá competencia hasta que se restablezca el derecho vulnerado porque la protección de los derechos fundamentales es la esencia de la tutela, luego el cumplimiento



de la orden de protección es una obligación de hacer por parte del juez de tutela de primera instancia.”<sup>69</sup>

En idéntico sentido, en Auto 220A de 2002, se expuso que:

“(…) La colisión que se presenta en esta oportunidad tiene como origen la discusión de dos despachos judiciales tendiente a establecer, en cuál de ellos radica la competencia para tramitar y decidir las solicitudes de cumplimiento de las sentencias y los incidentes de desacato en materia de tutela.

Sobre el particular, existe jurisprudencia consolidada de esta Corporación la cual habrá de reiterarse en el presente caso.

En efecto, si bien en las sentencias C-243 de 1996 y T-078 de 1998 se sostuvo que “el juez de instancia que profiere una orden en un fallo de tutela, es el competente para conocer del incidente de desacato, frente al incumplimiento de lo ordenado por él mismo.” providencias posteriores precisaron, que la ratio decidendi de esos pronunciamientos debía entenderse en el sentido que **la competencia para decidir sobre el cumplimiento de una sentencia de tutela y el incidente de desacato, corresponde al juez que conoció del proceso en primera instancia**, subregla, que ha sido reiterada en múltiples pronunciamientos de esta Corporación.

Las órdenes que se den en una sentencia de tutela son para obedecerlas y si ello no ocurre el actor puede solicitar al juez de primera instancia, con fundamento en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, que haga cumplir el fallo y adicionalmente el juez podrá sancionar por desacato a la autoridad pública o al particular renuente a acatarlo (art. 52 ídem), en el primer evento bastará demostrar objetivamente el incumplimiento de la providencia, mientras que en el segundo, es necesario probar la responsabilidad subjetiva del incumplido.

Conforme lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional si bien puede coexistir al mismo tiempo el cumplimiento de la orden y el trámite del desacato, éstas son solicitudes con finalidades y presupuestos distintos que no se pueden confundir el uno (cumplimiento del fallo) con el otro (el trámite de desacato).

Por lo anterior, el juez de primera instancia mantiene su competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza a la garantía constitucional fundamental amparada (art. 27 ídem) por vía de tutela (…)

Por consiguiente, el juez de primera instancia que se niegue a adoptar las medidas que permitan restablecer los derechos de los ciudadanos reclamantes no sólo desconoce el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia,

---

<sup>69</sup> Sentencia T-763 de 1998.

sino que también se haría acreedor a las sanciones disciplinarias y penales que se consagran en el ordenamiento jurídico.

De acuerdo con lo expuesto, la Defensoría presenta las siguientes:

### **CONCLUSIONES:**

**Primero.-** Siempre que se cumplan con los requisitos anteriormente descritos, los ciudadanos tienen derecho a exigir de las EPS, el suministro de los tratamientos y medicamentos vinculados con las patologías de origen común cuya atención en salud se hubiese iniciado con anterioridad a la fecha en que se dejaron de realizar los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, en desarrollo del principio y derecho a la continuidad en la prestación de los servicios de salud.

**Segundo.-** El ordenamiento constitucional reconoce que los trabajadores en situación de discapacidad, cuya disminución en su estado de salud se produjo durante la ejecución del contrato de trabajo, tienen derecho a una protección laboral reforzada como derecho fundamental, cuyo contenido y exigibilidad puede lograrse en los términos expuestos en el presente informe.

**Tercero.-** En caso de ser necesario y siempre que se acrediten los requisitos previstos en la ley, los sectores más pobres y vulnerables de la población (niveles I y II y, excepcionalmente, nivel III), tienen derecho a acceder al régimen subsidiado en salud mediante la aplicación del Sistema de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN), o a través del proceso de universalización consagrado en la Resolución No. 2042 del 1° de junio de 2010.

**Cuarto.-** Las administradoras de riesgos profesionales tienen la obligación de pagar el subsidio por incapacidad temporal hasta tanto se cumpla el proceso de rehabilitación o se defina la incapacidad permanente parcial o la invalidez, cuya cancelación debe realizarse siguiendo los derroteros previamente expuestos.

**Quinto.-** Las demoras injustificadas en el desarrollo de los procesos previstos en la ley, para determinar el origen del accidente y/o definir la pérdida de capacidad laboral, comprometen los derechos fundamentales de los ciudadanos al debido proceso, a la vida digna y al mínimo vital.

**Sexto.-** Las demoras en la atención en salud se justifican por razones estrictamente médicas, como se infiere del contenido normativo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, sin perjuicio de la reglamentación existente en materia de turnos y atendiendo a criterios de evaluación del estado de gravedad o debilidad de los pacientes y teniendo presente la posibilidad de agravación.

**Séptimo.-** Las personas tienen derecho a un régimen de valoración integral para efectos de acceder a la pensión de invalidez, en los términos previstos en la sentencia C-425 de 2005, en la que se declaró inconstitucional el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 776 de 2002.

**Octavo.-** Los prestadores y operadores del régimen de salud tienen prohibido elaborar listas o bases de datos en las que se incluyan a los ciudadanos que soliciten el amparo de sus derechos ante las autoridades judiciales, pues ello implica una violación del principio de finalidad que rige el derecho fundamental al habeas data.

**Noveno.-** Los jueces de primera instancia son los competentes para adoptar las medidas que permitan asegurar el restablecimiento de los derechos amparados mediante una sentencia de tutela. El desconocimiento de esta obligación no sólo vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia, sino que igualmente compromete los mismos derechos fundamentales que fueron objeto de protección constitucional.

### **RECOMENDACIONES:**

Basado en el estudio presentado, se formulan las siguientes recomendaciones:

#### **I.- EN LO REFERENTE A LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO**

**Primero.- ENCARGAR** a la Defensoría Regional que corresponda, el examen particular de los casos de los ciudadanos reclamantes (Anexo No. 1), con el fin de evaluar el ejercicio de las acciones que resulten pertinentes para amparar el derecho a la estabilidad laboral reforzada, garantizar el acceso al régimen de salud, apremiar el cumplimiento de los fallos judiciales favorables a sus intereses y solicitar el respeto de los términos y etapas previstos para determinar el origen del accidente y/o definir la pérdida de capacidad laboral.

#### **II.- RESPECTO A LOS PARTICULARES**

**Primero.- INSTAR** a las EPS del régimen contributivo para continuar suministrando a los ciudadanos, los tratamientos y medicamentos vinculados con las patologías de origen común, cuya atención en salud se hubiese iniciado con anterioridad a la fecha en que se dejaron de realizar los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, en desarrollo del principio y derecho a la continuidad en la prestación de los servicios de salud, conforme a las consideraciones expuestas en el presente informe.

Por lo demás, la obligación expuesta perdurará hasta que se presente una de las siguientes hipótesis, a saber: (i) el servicio médico requerido sea asumido y

prestado de manera efectiva por otra entidad o; (ii) el paciente afectado en su salud supere el estado de enfermedad que se le venía tratando.

**Segundo.- URGIR** a las ARP para que sin importar el alcance de la obligación de realizar los aportes en salud y pensión, de acuerdo con lo previsto en los párrafos 2º y 3º del artículo 3º de la Ley 776 de 2002, cumplan a cabalidad con el reconocimiento de las prestaciones asistenciales y económicas previstas en el Sistema General de Riesgos Profesionales. La satisfacción de estas obligaciones se somete a lo previsto en el párrafo 2º del artículo 1º de la Ley 776 de 2002, conforme al cual: *“La Administradora de Riesgos Profesionales en la cual se hubiere presentado un accidente de trabajo, deberá responder íntegramente por las prestaciones derivadas de este evento, tanto en el momento inicial como frente a sus secuelas, independientemente de que el trabajador se encuentre o no afiliado a esa administradora”*.

**Tercero.- APREMIAR** a las ARP para que procedan a reconocer y pagar a favor de los ciudadanos el subsidio por incapacidad temporal, en los períodos en que el trabajador reciba regularmente su salario, entre otras, para salvaguardar sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna. Esta obligación perdurará hasta tanto se cumpla el proceso de rehabilitación o se defina su incapacidad permanente parcial o su invalidez.

**Cuarto.- INSTAR** a las EPS para que cualquier demora en la atención en salud, se justifique exclusivamente en razones de orden médico, so pena de vulnerar los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de los ciudadanos.

**Quinto.- SOLICITAR** a las instituciones señaladas en el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, que al momento de adelantar procesos para reconocer el derecho a la pensión de invalidez, realicen una calificación integral de la pérdida de capacidad laboral, en los términos previstos en la sentencia C-425 de 2005 de la Corte Constitucional.

**Sexto.- INSTAR** a todos los prestadores y operadores del régimen de salud para que se abstengan de elaborar listas o bases de datos en las que se incluyan a los ciudadanos que soliciten el amparo de sus derechos ante las autoridades judiciales.

### **III.- RESPECTO A LAS AUTORIDADES ESTATALES**

**Primero.- APREMIAR** a las autoridades municipales para que, en caso de ser necesario y siempre que se acrediten los requisitos previstos en la ley, adopten las medidas que permitan garantizar el acceso de los sectores más pobres y vulnerables de la población al régimen subsidiado en salud, mediante la aplicación del Sistema de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales, SISBEN.

**Segundo.- URGIR** a la Superintendencia Financiera para que en desarrollo del literal c) del artículo 91 del Decreto Ley 1295 de 1994, adelante las investigaciones administrativas que correspondan frente a la dilación por parte de las ARP en el pago del subsidio por incapacidad temporal.

**Tercero.- INSTAR** al Ministerio de la Protección Social para que ejerza la vigilancia y el control sobre la administración, prevención y atención de los riesgos profesionales. En desarrollo de lo anterior y en ejercicio de las atribuciones consagradas en los artículos 19, 35, 80, 84 y 91 del Decreto Ley 1295 de 1994 y la Circular Unificada en Salud Ocupacional de la Dirección General de Riesgos Profesional de 2004, solicitar la adopción de medidas pertinentes, frente a las siguientes conductas: (i) no remitir en término los procesos a la Junta Regional de Calificación de Invalidez (JDCl); (ii) negarse a adelantar los procedimientos y tratamientos de rehabilitación al trabajador; (iii) no calificar el origen del accidente o la enfermedad y; (iv) demorar el desarrollo de los procedimientos previstos para determinar el origen del accidente y/o definir la pérdida de capacidad laboral.

#### **IV.- SOBRE LA DIFUSIÓN Y DIVULGACIÓN**

**Primero.- DIVULGAR** el presente informe entre las instituciones y autoridades estatales que tengan injerencia en la problemática desarrollada y frente a quienes se formularon recomendaciones. Así como, **OFICIAR** acerca de la posibilidad de acceder a su consulta en la página electrónica de la Defensoría del Pueblo, [www.defensoria.org.co](http://www.defensoria.org.co).

**Segundo.- INCLUIR** el presente informe en el informe anual que habrá de presentar el Defensor del Pueblo al Congreso de la República, conforme a lo establecido en el ordinal 7° del artículo 9° de la Ley 24 de 1992.

Comuníquese,

**VOLMAR PÉREZ ORTIZ**  
Defensor del Pueblo