T-020-18

Sentencia T-020/18

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA Y AGENCIA OFICIOSA EN LA ACCION DE TUTELA-Requisitos

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES-Procedencia excepcional de la acción de tutela

Esta Corte ha sostenido, en principio, que a la jurisdicción ordinaria le corresponde resolver las controversias laborales, y que la procedibilidad de la acción de tutela resulta justificada cuando la falta de pago de acreencias de esa índole genera amenaza o vulneración de derechos fundamentales como al mínimo vital y a la vida digna cuando constituye la única fuente de ingresos del afectado y su núcleo familiar.

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Criterios para determinar su configuración

INCAPACIDAD LABORAL POR ENFERMEDAD COMUN-Empleadores asumirán los dos primeros días, y EPS cubrirán los que se causen desde entonces y hasta el día 180, según Decreto 2943/13

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

El subsidio de incapacidad por enfermedad de origen común que sobrepasen los 180 días iniciales, deben ser cancelados por la respectiva Administradora de Fondo de Pensiones, excepto si la EPS incumple con la obligación de emisión del concepto de rehabilitación en los términos atrás indicados. En esos casos la EPS asumirá dicho pago hasta tanto sea emitido el mencionado concepto.

INCAPACIDAD LABORAL POR ENFERMEDAD COMUN-Orden a Eps pagar a agente oficiosa las incapacidades que le fueron prescritas a agenciado, con ocasión de accidente de tránsito

INCAPACIDAD LABORAL POR ENFERMEDAD COMUN-Orden a Fondo de Pensiones cancelar el rubro correspondiente a 5 días de subsidio, que transcurrieron desde que tuvo noticia de la

emisión del concepto desfavorable de rehabilitación hasta que procedió con la calificación de la invalidez

Referencia.: Expediente T-6.381.886

Acción de tutela interpuesta por la señora Sixta Tulia Sierra Caicedo como agente oficiosa de su hijo Yurdy Javier Zapata Sierra, contra la Nueva EPS

Magistrado Sustanciador:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS.

Bogotá, D.C., cinco (5) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alberto Rojas Ríos, Carlos Bernal Pulido y José Fernando Reyes Cuartas, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la presente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela emitidos por los Juzgados Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga[1] y el Tribunal Administrativo de Santander[2], en la acción de tutela que instauró Sixta Tulia Sierra Caicedo como agente oficiosa de su hijo Yurdy Javier Zapata Sierra, contra la Nueva EPS.

I. ANTECEDENTES

La señora Sixta Tulia Sierra Caicedo, agenciando los derechos de su hijo Yurdy Javier Zapata Sierra, interpuso acción de tutela contra la Nueva EPS, por considerar vulnerado el derecho al mínimo vital de éste, con la decisión adoptada por esa entidad en sentido de negar el pago de las incapacidades generadas como consecuencia de un accidente de tránsito sufrido por aquel en el año 2016. Para fundamentar la demanda relató los siguientes

1. Hechos

1.1. Indicó la accionante que su hijo tuvo un accidente de tránsito el día 26 de junio de 2016 y sufrió un “trauma craneoencefálico severo”. Fue diagnosticado por los médicos tratantes

como “paciente totalmente dependiente” con “discapacidad severa”, bajo la aclaración de que “no está en capacidad mental para tomar decisiones o tener responsabilidad alguna…”.

1.2. Afirmó que el 23 de enero de 2017 se dirigió a la Nueva EPS a solicitar la cancelación de las incapacidades previamente autorizadas por la entidad, pero que le fue negada tal petición porque no tenía una autorización de su hijo, mayor de edad, para el efecto.

1.3. Por razón de lo anterior y al considerar que la Nueva EPS trasgrede el derecho al mínimo vital de su hijo, solicitó ordenar a esa entidad reconocerla como agente oficiosa de su descendiente, y pagarle las mencionadas incapacidades[3].

2. Trámite procesal y contestación de la entidad accionada

2.1. Mediante auto del 2 de febrero de 2016, el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Bucaramanga admitió la acción de tutela y vinculó al trámite al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir por considerar que podría tener responsabilidad en los hechos que generaron la presentación de este mecanismo constitucional[4].

2.2. La Representante Legal de Porvenir S.A. indicó que carece de legitimidad por pasiva en la actuación y explicó que el ente que se niega a cancelar la suma por las incapacidades prescritas al afectado es la Nueva EPS.

Resaltó que esa Entidad Prestadora de Salud emitió un concepto desfavorable de rehabilitación al señor Zapata Sierra y que a Seguros de Vida Alfa le corresponde emitir el concepto sobre la calificación de invalidez del accionante, según la solicitud radicada por Porvenir en ese sentido.

Adicionalmente especificó que la tutela es improcedente porque no se demuestra la potencial ocurrencia de un perjuicio irremediable, ni se evidencia realmente la afectación de derechos fundamentales, además de no cumplirse el criterio de subsidiariedad que caracteriza este mecanismo.

Finalmente advirtió a la accionante que si la situación de su hijo se prolongaba en el tiempo, debía adelantar las acciones pertinentes para obtener su guarda y representación.

3. Fallos objeto de revisión constitucional

3.1. Primera instancia

Mediante sentencia proferida el 15 de febrero de 2017[5], el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga, Santander, protegió los derechos fundamentales a la dignidad humana, al mínimo vital y a la seguridad social del accionante, y ordenó a la Nueva EPS realizar los trámites para autorizar y pagar a la madre del afectado, las incapacidades inferiores a los 180 días, que le fueron prescritas a éste. Específicamente las autorizadas entre el 26 de julio de 2016 y el 17 de enero de 2017.

El juez evocó jurisprudencia constitucional para ilustrar sobre las entidades que deben sufragar las incapacidades médicas por enfermedad común según el tiempo transcurrido, para concluir: (i) que al agenciado se le prescribieron 7 incapacidades correspondientes a 176 días y (ii) que la madre del señor Zapata tiene la responsabilidad de tomar las decisiones por su hijo porque éste no está en capacidad de hacerlo ni, por ende, tiene habilidad de emitir una autorización para que alguien lo supla en ese sentido.

Añadió que según lo ha establecido esta Corporación, es posible que se admita la materialización de esta clase de pagos a terceros cuando exista imposibilidad de emitir expresa autorización y cuando esa falta de desembolso atente contra garantías fundamentales del agenciado o su núcleo familiar. Consideró probadas tales situaciones en este caso.

3.2. Impugnación

La Gerente General Nororiente de la Nueva EPS impugnó la decisión adoptada y adujo que les fue vulnerado el debido proceso porque no fueron notificados de la decisión mediante la cual se admitió la acción de tutela. Además expuso la existencia de un mecanismo ordinario ante la jurisdicción laboral y otro ante la Superintendencia Nacional de Salud, consagrado en la Ley 1122 de 2007, para solucionar esta clase de controversias y describió que se trata de una cuestión económica que no es pasible de ser resuelta vía tutela. Así, solicitó revocar la decisión y negar por improcedente el amparo solicitado.

3.3. Segunda instancia

El Tribunal Administrativo de Santander en el fallo del 27 de marzo de 2017 consideró que: (i) del trámite no se desprende que la única fuente de ingresos de la familia del agenciado sea el salario de éste, (ii) desde la ocurrencia del hecho que se considera trasgresor de derechos fundamentales hasta la interposición de la acción constitucional transcurrieron nueve meses sin que haya justificación para ello, (iii) no se evidenció la eventual ocurrencia de un perjuicio irremediable y (iv) que existen otros medios de defensa de los derechos invocados, es decir, aquellos a adelantar ante la Superintendencia de Salud.

Por lo anterior, revocó la decisión de primer grado y declaró improcedente la acción constitucional instaurada.

4. Pruebas

4.1. Las que anexa la accionante

– Copia de la historia clínica nro. 1098749367 de fecha 5 de enero de 2017 de "LOS COMUNEROS HOSPITAL UNIVERSITARIO DE BUCARAMANGA S.A. CONTROL DE CONSULTA EXTERNA"[6].

· Se diagnosticó con "SECUELAS DE TRAUMATISMO INTRACRANEAL".

· Se especificó que "NO HAY RESPUESTA VERBAL".

· Se anotó, entre otras cuestiones, que es totalmente dependiente y que no está en capacidad para tomar decisiones o tener responsabilidades.

· Se aseguró que "NO HA SIDO VALORADO POR MEDICINA LABORAL HA TENIDO MAS DE 180 DÍAS DE INCAPACIDAD."

– Copia del registro civil de nacimiento de Yurdy Javier Zapata Sierra, en el que consta que su madre es la señora Sixta Tulia Sierra Caicedo[8].

– Certificados de incapacidad de la Nueva EPS de fechas:

· 26 de julio de 2016, por 30 días[9].

· 25 de agosto de 2016, por 30 días[10].

· 24 de septiembre de 2016, por 14 días[11].

· 18 de octubre de 2016, por 29 días[12].

· 24 de octubre de 2016, por 13 días[13].

· 16 de noviembre de 2016, por 30 días[14].

· 5 de diciembre de 2016, por 30 días[15].

– Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la accionante Sixta Tulia Sierra Caicedo. (Folio 18)

-Fotocopia de la cédula de ciudadanía de Yurdy Javier Zapata Sierra. (Folio 19)

4.2. Las que aporta PORVENIR:

-Formato de Concepto de Rehabilitación y diagnóstico. Especifica que el concepto de mejoría es desfavorable[16].

-Formato de documentos básicos para el proceso de valoración de pérdida de capacidad laboral, radicados en Porvenir el 31 de enero de 2017[17].

II. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

2.1. El expediente de la referencia fue seleccionado para su revisión por Sala de Selección de Tutelas número Diez de esta Corporación mediante el Auto del 13 de octubre de 2017[18].

2.2. Mediante Auto calendado el 10 de noviembre de 2017[19], el magistrado sustanciador consideró necesario practicar algunas pruebas para dilucidar aspectos relacionados con el caso objeto de estudio. Siendo así, ordenó:

"Primero: Vincular a la presente acción de tutela a la Compañía de Seguros de Vida Alfa S.A. Se les concede un término de tres (3) días para que ejerzan su derecho de defensa. Para el efecto, se les remitirá copia de la solicitud de amparo y de las decisiones de las instancias. Segundo: Se ordena la práctica de las siguientes pruebas: (a) Solicitar a la Nueva EPS y a

PORVENIR S.A., que informen sobre el estado actual de afiliación del señor Yurdy Javier Zapata Sierra, a esas entidades. Así mismo, deberán puntualizar, con fechas y períodos, las incapacidades que se han prescrito al afectado, informando cuáles de ellas han sido canceladas, y especificando para el caso de las que no se han pagado las razones de ello. La argumentación deberá incluir un pronunciamiento sobre la hipótesis expuesta por el accionante, respecto de que la reticencia a proceder con ese desembolso se origina en que no ostenta una autorización otorgada por su hijo. Para ello se le conceden dos (2) días. (b) Requerir a la NUEVA EPS para que informe el estado de salud actual de Yurdy Javier Zapata Sierra. Para ello se le conceden dos (2) días. (c) Instar a PORVENIR S.A. y a Seguros de Vida Alfa S.A. a que informen el estado del trámite para la calificación de la invalidez del señor Zapata Sierra. Para ello se le conceden dos (2) días. (d) Solicitar a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, antes FOSYGA, que informe la situación del señor Zapata Sierra respecto del Sistema General de Seguridad Social. (e) Escuchar a la señora Sixta Tulia Sierra Caicedo, identificada con C.C 49.662.206[20]; conforme con el interrogatorio que a continuación se inserta, y con el objetivo de que amplíe la información suministrada en el escrito inicial de esta acción. Para ello se comisiona al Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Bucaramanga por el término de cinco (5) días. Informe como está compuesto su núcleo familiar y detalle los medios de subsistencia con que cuenta en la actualidad. Refiera dónde laboraba el señor Zapata Sierra para la época de ocurrencia del siniestro. Puntualice las fechas en que se han. negado la cancelación de las incapacidades de su hijo; los períodos pendientes de pagar, y las razones que se le han esgrimido para esa negativa. Explique los motivos por los cuales no promovió antes la presente acción constitucional. – Las demás cuestiones que quiera añadir la declarante motu proprio, o en respuesta de interrogantes que a bien tenga extender el despacho comisionado".

2.2.1. La Representante Legal de Seguros de Vida Alfa S.A. informó que el 6 de febrero de 2017 el Grupo Interdisciplinario de Calificación de Invalidez de esa entidad calificó la Pérdida de Capacidad Laboral del agenciado en 97.40% (sic)[21], siendo enfermedad de origen común que tuvo como fecha de estructuración el 26 de junio de 2016. De ello informó al accionante.

Anexó: (i) formulario de calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional del Decreto 1507 de 2014, diligenciado por la entidad Seguros de Vida Alfa S.A. que especifica

que el señor Zapata tiene una pérdida de capacidad laboral de un 94,70%[22] y (ii) documento mediante el cual se le informa al interesado de la calificación de invalidez que emitió Seguros de Vida Alfa, y se le insta a que inicie ante la AFP Porvenir los trámites para el reconocimiento de la pensión de invalidez, en caso de cumplir los requisitos legales para ello[23].

2.2.2. La Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ADRES, que funge como operadora de la Base de Datos Única de Afiliados, BDUA, informó que el agenciado está afiliado al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y su estado es activo[24].

2.2.3. El 30 de noviembre de 2017 la Secretaria del Juzgado Sexto del Circuito Administrativo de Bucaramanga devolvió diligenciado el exhorto comisorio y adjuntó reproducción audiovisual de la declaración jurada que tomó a la señora Sixta Tulia Sierra Caicedo el 27 de noviembre de 2017[25], en la cual esta expresó que:

(i) tiene 3 hijos: Yurdy Javier de 23 años, Yailín de 10 y Yeiner de 19 años de edad, quienes integran, además el núcleo familiar; (ii) en la actualidad se ocupa del cuidado de su hijo Yurdy Javier y para el efecto cuenta con el acompañamiento de una enfermera asignada por la EPS. Añadió que su esposo se desempeña ocasionalmente en labores de celador y que en la fecha no tiene empleo. También ilustró que su hijo Yeiner ejercía labores de práctica de la universidad y no trabajaba. Sostuvo que (iii) el ingreso para cubrir los gastos mínimos de su hogar lo aporta familiares y amigos cercanos; e informó (iv) que insistió en el pago de las incapacidades porque su hijo estaba internado en Valledupar, lugar diferente al de su domicilio y precisaba de recursos para poder acompañarlo.

Adicionalmente enfatizó en que (v) la EPS se ha negado a pagar, entre otros, servicios relacionados con la prestación del servicio de salud y pese a las diferentes solicitudes verbales, las incapacidades emitidas por esa misma entidad porque no tiene un poder otorgado por su hijo para el efecto; (vi) cuando su hijo estaba laborando aportaba para los gastos de su familia, (vii) en Porvenir se le informó que debía iniciar un proceso de interdicción, por ello fue a la Defensoría del Pueblo y le dieron cita para el efecto en el mes de febrero de 2018[26]; (viii) no inició con anterioridad una acción de tutela porque era la

encargada de acompañar y cuidar a su hijo mientras estaba internado en centros hospitalarios; (ix) es precaria la situación económica que atraviesa su familia pese a que ha recuperado levemente su conciencia[27], porque además deben trasladar a Yurdy Javier para la prestación de servicios médicos que se le ordenan; y que (x) con anterioridad promovió una acción de tutela, en orden de la protección del derecho a la salud de su hijo.

"… Requerir a la señora Sixta Tulia Sierra Caycedo para que, en el término improrrogable de dos (02) días, informe: (a) Si en la actualidad se ocupa del cuidado, custodia y manutención del señor Yurdy Javier Zapata Sierra. En caso positivo comunicará si, además de su afirmación, cuenta con pruebas de ello[28], y las aportará con la respuesta a este requerimiento. (b)Si ha iniciado algún proceso de interdicción por discapacidad u otro similar, en favor de Yurdy Javier Zapata Sierra, con el fin de administrar sus bienes o atender los asuntos y cuidados que su hijo necesita."

2.3.1. La señora Sixta Tulia Sierra allegó una declaración jurada que rindió el señor Luis Rafael Cruz Ballesteros ante la Notaría Única del Circuito de San Alberto el 18 de diciembre de 2017[29], con el objetivo de relatar que Yurdy Javier Zapata sufrió un accidente de tránsito en el que presentó "trauma craneoencefálico severo" y confirmar que en la actualidad aquel depende totalmente de su madre Sixta Tulia Sierra.

Además afirmó se iniciaron gestiones en torno a un proceso de interdicción y que se le asignó una cita para el mes de abril de 2018 "… en la sede INSOR de Bucaramanga y medio de medicina legal".

2.3.2. Sixta Tulia Sierra remitió un escrito de fecha 18 de diciembre de 2017[30], en el que ratificó igualmente que está a cargo del cuidado y custodia de Yurdy Javier, y que la cita para valoración de su hijo en el Instituto de Medicina Legal para efectos del respectivo proceso de interdicción, se programó para el mes de abril de 2018.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala de revisión es competente para revisar los fallos materia de revisión, de

conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política y el Decreto Estatutario 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Con base en los hechos descritos, corresponde a esta Sala de Revisión establecer si la Nueva EPS, Porvenir S.A. y Seguros de Vida Alfa S.A vulneraron el derecho fundamental al mínimo vital de Yurdy Javier Zapata Sierra, quien se encuentra en situación de discapacidad, al negar efectivizar a la madre del mismo el pago de las incapacidades por enfermedad de origen común que le fueron avaladas por esa entidad, so pretexto de no contar con una autorización expresa del paciente en ese sentido.

Para constatar si el pago correspondiente a las incapacidades prescritas por la Nueva EPS pueden ser canceladas a la madre del agenciado, la Sala de Revisión abordará los siguientes ejes temáticos: i) la legitimación por activa y agencia oficiosa, (ii) el supuesto de inmediatez, (iii) la procedencia excepcional de la acción de tutela en asuntos relacionados con acreencias laborales y de seguridad social, (iv) el perjuicio irremediable, (v) la responsabilidad en el pago de incapacidades, calificación de invalidez y reconocimiento de pensión cuando se trata de enfermedad de origen común; (vi) legitimación de un tercero para reclamar el pago de las incapacidades a nombre de una persona con limitaciones para manifestar su voluntad; y (vii) el caso concreto.

3. La legitimación por activa en la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 10º del Decreto Estatutario 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela puede ser promovida: (i) directamente por la persona afectada, (ii) por un apoderado del afectado o su representante legal, en los casos de menores de edad, incapaces absolutos, personas jurídicas e interdictos[31] (iii) por quien agencia derechos ajenos cuando el interesado no tiene las condiciones precisas para ejercer su propia defensa. Igualmente puede dar inicio a la misma (iv) el Defensor del Pueblo o los personeros municipales.

Esta Corte ha advertido que la legitimación en la causa es supuesto esencial de procedencia de la acción de tutela y al juez le atañe determinar quién es el titular de los derechos fundamentales cuya protección se invoca. Si se trata de un tercero debe hacerse referencia a la calidad en la que se actúa, según las hipótesis reseñadas.

En la sentencia T-430 de 2017 sobre la materia en decisión afirmó:

“7.1.1. Respecto de la figura del representante, la jurisprudencia ha diferenciado al representante legal cuando se trata de menores, incapaces absolutos, personas jurídicas o interdictos, del representante judicial que es un abogado debidamente inscrito que actúa en virtud de un poder especial o, en su defecto un poder general, que le ha concedido el titular de los derechos para interponer la acción de tutela específicamente”.

Ahora, sobre la figura de la agencia oficiosa en ese pronunciamiento se consideró que en honor a los principios de eficacia de los derechos fundamentales, la prevalencia del derecho sustancial y solidaridad, es admisible que una persona diferente al interesado promueva acción de tutela para defender los derechos fundamentales ajenos cuando el afectado esté ante una situación de imposibilidad para el ejercicio por sí mismo. Así se expresaron las hipótesis que hacen admisible esa actuación oficiosa, para indicar que es preciso contar con:

“(i) la manifestación[32] del agente oficioso en el sentido de actuar como tal; (ii) la circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela, ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir[33], consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas[34] o mentales[35] para promover su propia defensa”[36]. Recientemente la sentencia SU-055 de 2015, consideró que para que se configure la agencia oficiosa en materia de tutela, se requiere la concurrencia de los siguientes elementos: “(i) que el titular de los derechos no esté en condiciones de defenderlos y, (ii) que en la tutela se manifieste esa circunstancia. En cuanto a esta última exigencia, su cumplimiento sólo se puede verificar en presencia de personas en estado de vulnerabilidad extrema, en circunstancias de debilidad manifiesta o de especial sujeción constitucional. La agencia oficiosa en tutela se ha admitido entonces en casos en los cuales los titulares de los derechos son menores de edad; personas de la tercera edad; personas amenazadas ilegítimamente en su vida o integridad personal; individuos en condiciones relevantes de discapacidad física, psíquica o sensorial; personas pertenecientes a determinadas minorías étnicas y culturales”.[37]

(esta sala resalta).

Ya en la sentencia T-120 de 2017 se había especificado que son requisitos de la agencia

oficiosa:

Así, puede leerse que se ha considerado factible que personas diferentes al afectado actúen ante el juez constitucional en defensa de los derechos ajenos que, por diversas razones, no pueden ser ejercidos por el titular. En estos casos es preciso que quien impulsa la acción advierta de su calidad y detalle las razones por las que tiene legitimidad para fungir como agente oficioso de quien no tiene condiciones para hacerlo por sí mismo, como en el caso de los "individuos en condiciones relevantes de discapacidad física, psíquica o sensorial"[39].

Particularmente la Corte ha validado la agencia oficiosa tratándose de progenitores. Por ejemplo en la sentencia T-963 de 2012 se consideró:

"… la acción de tutela puede ser promovida, entre otros, por los padres de personas con discapacidad mental, en este último evento es preciso tener en cuenta que se pretende salvaguardar los derechos fundamentales de quienes no pueden acceder a la administración de justicia por sus propios medios. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha exigido el cumplimiento de dos requisitos que se enuncian a continuación para la configuración de la agencia oficiosa: "i) la necesidad de que el agente oficioso manifieste explícitamente que está actuando como tal, y (ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio"[40].

En la Sentencia T-063 de 2012 la Corporación estudió el caso de un padre que pretendía representar los derechos fundamentales de su hija mayor de edad (quien padecía "retardo mental moderado") en la acción de tutela iniciada con el obejtivo de buscar protección constitucional en el sentido de que se ordenara que se le practicara una cirugía de "ligadura de trompas". En lo que se relaciona con la figura estudiada se había ya establecido la Corte, tras verificar que no existía decisión judicial que declarara la interdicción de la agenciada, que: "…la figura procesal en la que se debe resguardar la actuación del demandante, debe ser la de la agencia oficiosa, que en principio estaría superada en tanto el retardo mental que padece Úrsula, según da cuenta el informe de psiquiatría forense de medicina legal, no deja duda alguna de que su nivel de cognición no le permitiría por cuenta propia solicitar la protección constitucional de sus derechos fundamentales".

Recientemente, en la sentencia T-010 de 2016 estudió inicialmente la procedencia de la acción de tutela verificando que un padre tenía legitimidad por activa en el trámite de tutela, para actuar agenciando los derechos de su hija mayor de edad que padecía una enfermedad mental.

Al respecto se consideró: "(…) de la historia clínica aportada por el actor es posible constatar que la enfermedad mental que presenta el señor Diego Antonio Zapata Arango "esquizofrenia-antecedente de consumo de sustancias psicoactivas" afecta su autonomía y autodeterminación para acudir a la jurisdicción constitucional y reclamar el amparo de sus derechos constitucionales. Ello, ya que según lo narrado por el médico tratante, el paciente presenta "alteraciones severas en el comportamiento. Con actitud alucinatoria, hiperbulico, no responde al interrogatorio". Por lo tanto, para la Corte esta situación habilita al señor Luis Antonio Zapata del Rio para interponer la acción de tutela en nombre de su hijo (…)".

En conclusión, se ha admitido la actuación oficiosa en acción de tutela de padres cuyos hijos mayores de edad no tienen la capacidad física o mental de acudir a este mecanismo para a ejercer la defensa de sus derechos fundamentales.

La figura resulta aplicable si no existe pronunciamiento judicial que emita una declaración de interdicción de la persona, en el que se le haya nombrado un curador que ejerza la representación judicial.

4. El supuesto de inmediatez. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 86 de la Constitución regla que la acción de tutela puede promoverse en todo momento; sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado la necesidad de que exista "una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho judicial vulnerador de los derechos fundamentales[41].

Este medio expedito tiene como objetivo conjurar de manera urgente situaciones que impidan la vigencia de derechos fundamentales, por lo que el tiempo transcurrido entre el hecho generador de la acción de tutela y la activación de este mecanismo debe ser razonable. En ese lineamiento, la sentencia T-022 de 2017 estableció:

“La eficacia de la acción de tutela frente a la protección de los derechos fundamentales se encuentra relacionada directamente con la aplicación del principio de la inmediatez, presupuesto sine qua non de procedencia de dicha acción, dado que su objetivo primordial se encuentra orientado hacia la protección actual, inmediata y efectiva de derechos fundamentales. Bajo ese contexto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, siendo el elemento de la inmediatez consustancial al amparo que la acción de tutela brinda a los derechos de las personas, ello necesariamente conlleva que su ejercicio deba ser oportuno y razonable”.

A partir de los mencionados criterios que aplican al postulado de inmediatez que rige la acción de tutela, es válido reiterar que el estudio que determine su cumplimiento debe incluir, además del tiempo transcurrido entre el hecho que generó la afectación de derechos fundamentales y la interposición de la acción de tutela, el análisis de las circunstancias que rodearon el paso de ese lapso. Por lo tanto deberá establecerse si los efectos de la acción u omisión que desconoció o amenazó las prerrogativas básicas del accionante, se mantienen.

Lo primero porque aun cuando sea extenso el período entre la acción u omisión que genera la eventual conculcación de derechos y la activación de la acción de tutela, en caso de que se encuentre fundamentada la aparente inactividad, puede resultar procedente excepcionalmente este mecanismo. En la sentencia T-047 de 2014 se manifestó:

“Corresponde al juez evaluar dentro de qué tiempo es razonable ejercer la acción de tutela en cada caso concreto, esta Corporación ha señalado que corresponde igualmente aquél valorar las circunstancias por las cuales el solicitante pudiera haberse demorado para interponer la acción, de acuerdo con los hechos de que se trate. Así, de manera excepcional, la tutela ha procedido en algunos casos en los que ella se ha interpuesto tardíamente, cuando el servidor judicial encuentra justificada la demora”.

Al amparo de ese lineamiento y en congruencia con el tema, en la sentencia T-151 de 2017, la Corte analizó el caso de un trabajador que se tardó en acudir al medio de tutela para proteger los derechos fundamentales que le fueron desconocidos cuando se dio la terminación del contrato, y encontró que esa tardanza fue justificada, y que además no podía calificarse como negligente porque efectivamente el accionante adelantó otras

gestiones ante el empleador, tendiente a que se restablecieran sus derechos. Analizó:

“Al respecto, debe indicarse que la Sala no comparte tal posición, pues a pesar de que el actor sí dejó transcurrir cerca de un (1) año para interponer el amparo, ya que su contrato se dio por terminado el treinta (30) de abril de dos mil diez (2010), (…)http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-111-12.htm – _ftn39 éste no adoptó una posición negligente para la defensa de sus derechos fundamentales durante ese lapso. En efecto, inmediatamente lo retiraron de su cargo presentó el recurso de reposición,(…)y elevó diversas solicitudes (verbales y escritas) ante la organización solidaria para que replanteara lo decidido.(…)http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-111-12.htm – _ftn41 En últimas, dichos trámites culminaron el (24) de marzo de dos mil once (2011) con una comunicación en la cual se le informaba al accionante que definitivamente debía ser expulsado de la organización.(…)http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-111-12.htm – _ftn42 Así, el momento de referencia que debe tenerse en cuenta para examinar la inmediatez es la fecha de tal respuesta, pues fue allí que quedó en firme la desvinculación; por lo tanto, en vista de que la acción de tutela fue presentada el veinticinco (25) de abril de dos mil once (2011), la Sala comprenderá que el requisito de inmediatez está acreditado, por lo que se estudiará de fondo el asunto[(…)”.

5. Procedencia excepcional de la acción de tutela en asuntos relacionados con el pago de incapacidades. Reiteración de jurisprudencia[42]

5.1. El supuesto de subsidiariedad que integra la acción de tutela se observa en el artículo 86 de la Constitución, y condiciona la procedencia excepcional a que el interesado no disponga de otro medio judicial para defender los derechos invocados[43]. Establece como excepción el que se pretenda su uso para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Adicionalmente el Decreto Estatutario 2591 de 1991 (art. 6 nº 1[44]) instituye que los medios de defensa judiciales deben valorarse en cuanto a su idoneidad y eficacia, si se pretende establecer la aplicabilidad o no del citado postulado, en el asunto concreto.

5.2. Particularmente debe anotarse que la Corte se ha pronunciado sobre el procedimiento

jurisdiccional creado por la Ley 1122 de 2007, destinado a ser adelantado ante la Superintendencia Nacional de Salud, y que fundamentó la decisión de segunda instancia en el caso puntual.

En efecto, en la sentencia T-529 de 2017, se explicó que tal normatividad creó un procedimiento judicial especial para solucionar las controversias suscitadas entre las entidades que integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud y los usuarios, y estableció que el mismo sería adelantado por la Superintendencia Nacional de Salud, quien para el caso tendría atribuciones propias de un juez con competencia para resolverlo de manera definitiva.

En esa ocasión se rememoró que el literal g) del artículo 41 de la mencionada Ley 1122, consideraba como asunto a regular por el trámite descrito el relacionado con el reconocimiento y pago de prestaciones económicas por parte de la EPS o el empleador, y se destacó que ese procedimiento tenía como características: (i) ser adelantado por un mecanismo preferente y sumario (se resolvería en los 10 días siguientes a la presentación de la solicitud, y puede impugnarse dentro de los 3 días siguientes a la notificación de la decisión), (ii) iniciaría a petición de parte, (iii) es informal y (iv) se rige por los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad, debido proceso y eficacia de los derechos en discusión. Aquel proveído concluyó que:

“Lo anterior, permitiría que, a priori, fuera posible concluir que se trata de un procedimiento que no solo cuenta con la idoneidad para otorgar la protección que se requiere cuando surgen controversias en relación con el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sino también eficaz, porque establece un trámite preferente y expedito a través del que se puede obtener la protección requerida.

4.2. No obstante, esta Corte ha evidenciado que, desde un estudio más detallado de este especial procedimiento, resulta necesario considerar que aún existen múltiples falencias en su diseño que no solo restan eficacia a la protección que pretende otorgar, sino que adicionalmente lo convierten en un procedimiento que, dependiendo de la situación particular del accionante, no otorga ningún tipo de alivio a la situación de desprotección ius-fundamental en la que se encuentran quienes acuden a este trámite.

Al respecto, esta Corporación ha evidenciado que existen 2 falencias graves en la estructura

de este especial procedimiento[45], estas son: (i) la inexistencia de un término dentro del cual deba resolverse el recurso de apelación que respecto de la decisión adoptada se pueda interponer[46] y (ii) la imposibilidad de obtener el cumplimiento de lo ordenado."

De esta manera, aunque en principio podría calificarse idóneo este mecanismo jurisdiccional para resolver asuntos como el planteado en esta oportunidad, la corte ha identificado dos razones por las cuales no logra erigirse como tal. Así, el que no se establezca un término preciso para resolver el recurso de impugnación crea un vacío que desencadenaría finalmente en el desconocimiento de derechos fundamentales del afectado, quien se vería sometido a un trámite que posiblemente se extienda sin límite en el tiempo.

También resultaría ineficaz en los eventos en que se obtenga una decisión definitiva para el asunto planteado pero de forma tardía, por razón de esa falta de regulación del tiempo en que debe decidirse obligatoriamente la segunda instancia.

Adicionalmente, se puntualizó que la citada Ley no prevé un medio para obtener de forma efectiva el cumplimiento de la decisión, y ello torna igualmente inidóneo el medio, si se busca una protección efectiva de derechos fundamentales. Este vacío no logró subsanarse con lo reglado en el artículo 25 de la Ley 1797 de 2016[47], en cuanto estableció que el incumplimiento de la decisión acarrearía idénticas consecuencias que el desacato trae a una persona en una acción de tutela, porque en sentir de esta corporación omitió reglar:

"(…) (i) el procedimiento a través del cual se declarará el desacato, (ii) de qué manera se efectuará el grado jurisdiccional de consulta, y (iii) ante quien se surtirá dicha actuación. Ello resulta especialmente gravoso si se considera que el mismo artículo 52, en concordancia que lo expuesto por esta Corporación en Sentencia C-243 de 1996[48], establece que la sanción allí contenida solo es ejecutable una vez se ha surtido el grado jurisdiccional de consulta de la decisión, motivo por el cual cualquier orden de desacato que se adopte puede quedar en el vacío jurídico hasta que no se efectúe dicho procedimiento, el cual, como se expuso, no se sabe ante quien se surtirá, ni de qué manera".

Con fundamento en lo explicado y a manera de colofón, en el citado precedente constitucional se manifestó: "…en los eventos en que se ven desconocidos derechos de raigambre fundamental de una persona y en los que se requiere de una respuesta inmediata por parte del solicitante (en cuanto su situación particular no admite demora

alguna), el procedimiento jurisdiccional establecido en la Ley 1122 de 2007 carece de idoneidad y eficacia, por lo que la acción de tutela se convierte en el único medio de defensa con el que cuentan los ciudadanos para obtener la salvaguarda de sus garantías fundamentales…”[49]

No resulta entonces idóneo ni eficaz el medio jurisdiccional que se adelanta ante la Superintendencia Nacional de Salud para conjurar la afectación de derechos fundamentales cuando la pretensión amerite una respuesta inmediata, en tanto, itérese, el legislador omitió consagrar un término para el trámite del recurso de impugnación que se promueva contra la decisión de primer grado y, además, no regló efectivamente un mecanismo mediante el cual se pudiera exigir el cumplimiento de la misma.

Bajo idénticos parámetros esta Corte en la sentencia T-403 de 2017 había considerado que:

“…En efecto, a pesar de la labor adelantada por la Superintendencia Nacional de Salud para cualificar su gestión jurisdiccional, estudios empíricos recientes muestran que la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación no ha logrado cumplir con el término legal de diez días con el que cuenta para proferir sus fallos[50]. Así las cosas, en la actualidad, el trámite legal previsto para “garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud”[51], no resulta ser eficaz.

(…)

De otra parte el legislador en la normativa que regula la materia, omitió indicar el tiempo con el que cuentan las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales del país para desatar las impugnaciones formuladas en contra de las decisiones emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud. Este vacío normativo fue advertido por la Corte Constitucional en la sentencia T-603 de 2015, decisión en la que se exhortó al Congreso de la República para que regule este aspecto del mecanismo en aras de contar con un diseño integral que permita predicar, sin ambages, su idoneidad como vía preferente y sumaria para la solución de las controversias surgidas en el marco de la prestación de los servicios de salud”.

En esta ocasión la Corporación accedió al amparo invocado de manera transitoria, sin embargo, por las razones que se expondrán a continuación que atienden a las particularidades de este asunto en orden a su relevancia constitucional, en esta ocasión se protegerán los derechos fundamentales de forma definitiva.

5.3. Adicional a lo anterior, esta Corte ha sostenido, en principio, que a la jurisdicción ordinaria le corresponde resolver las controversias laborales, y que la procedibilidad de la acción de tutela resulta justificada cuando la falta de pago de acreencias de esa índole genera amenaza o vulneración de derechos fundamentales como al mínimo vital y a la vida digna cuando constituye la única fuente de ingresos del afectado y su núcleo familiar. Así, en la citada T-909 de 2010 se expuso:

"… la Corte ha reiterado que el no pago oportuno y completo de las incapacidades laborales puede ser objeto de tutela, siempre que afecte el mínimo vital del actor.

"El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales.

"Entonces, no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia"[52].

La actuación subsidiaria al mecanismo ordinario se fundamenta en dos situaciones a saber, la afectación inminente de derechos fundamentales, y lo efectivo del medio frente al agotamiento de las vías ordinarias azas ineficaces. Rememoró que en los eventos en que la acción u omisión invade prerrogativas de esa estirpe (fundamental), la acción de tutela procede no solo como mecanismo transitorio, sino definitivo[53].

La probanza de esa trasgresión del derecho al mínimo vital exige únicamente la afirmación que el accionante presente en ese sentido, cuando no es desvirtuada en el trámite[54]. Para sustentar lo enunciado resulta oportuno evocar lo dicho en anterior pronunciamiento[55] respecto de que:

Cuando eso ocurre, la falta de pago de la incapacidad médica no representa solamente el desconocimiento de un derecho laboral, pues, además, puede conducir a que se trasgredan derechos fundamentales, como el derecho a la salud y al mínimo vital del peticionario. En ese contexto, es viable acudir a la acción de tutela, para remediar de la forma más expedita posible la situación de desamparo a la que se ve enfrentada una persona cuando se le priva injustificadamente de los recursos que requiere para subsistir dignamente.[56]

3.5. Así, en lugar de descartar la viabilidad de las tutelas instauradas para obtener el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad laboral, la disponibilidad de instrumentos alternativos de defensa exige que el juez de tutela indague en las circunstancias personales y familiares del promotor del amparo, para verificar si la mora en el pago de las incapacidades compromete sus derechos fundamentales o los de las personas a su cargo; si la ausencia de dichos emolumentos los exponen a un perjuicio irremediable o si, en todo caso, su situación de vulnerabilidad descarta la idoneidad y eficacia de los medios judiciales contemplados para el efecto". (Esta Sala subraya).

Efectivamente y pese a la existencia de un mecanismo ordinario laboral en cuyo escenario puedan plantearse pretensiones relacionadas con pago de incapacidades laborales, la afectación de derechos fundamentales como a la salud y al mínimo vital del interesado, o la eventual ocurrencia de un perjuicio irremediable, pueden generar que de forma provisional o definitiva, la acción de tutela se erija procedente para conjurar la conculcación o a amenaza de las mencionadas prerrogativas.

Sobre la procedencia del mecanismo de tutela para obtener el pago de incapacidades laborales, en la sentencia T-643 de 2014 se argumentó que:

"Si bien por regla general las reclamaciones de acreencias laborales deben ser ventiladas ante la jurisdicción ordinaria, ha sostenido esta Corporación que la acción de tutela, de manera excepcional, resultará procedente para reconocer el pago de incapacidades médicas. Esto, en el entendiendo que al no contar el trabajador con otra fuente de ingresos para garantizar su sostenimiento y el de las personas que dependan de él, la negativa de una E.P.S de cancelar las mencionadas incapacidades puede redundar en una vulneración a los derechos al mínimo vital, seguridad social y vida digna, caso en el cual es imperativa la intervención del juez constitucional".

Recientemente en la Sentencia T-200 de 2017 se consideró: “En consecuencia, el pago de incapacidades tiene una estrecha relación con la garantía del derecho al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, en los periodos en los cuales la persona no se encuentra en condiciones adecuadas para realizar labores que le permitan obtener un salario. Con estas reglas, la Corte reconoce implícitamente que sin dicha prestación, es difícilmente presumible que se estén garantizando los derechos mencionados”.

Ha sido criterio pacífico de esta Corporación la procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de incapacidades laborales, cuando, tal como se expuso, se vean comprometidas las garantías fundamentales del afectado.

6. El perjuicio irremediable. Reiteración de jurisprudencia

Recientemente[57] esta Corte puntualizó acerca de las dos hipótesis que conducen a que pese al incumplimiento del supuesto de subsidiariedad enlistado, la acción de tutela sea procedente en el caso concreto. Se configuran: (i) cuando se utiliza como medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable y (ii) cuando se concluye que las vías ordinarias son ineficaces para la protección del derecho.

De la configuración del perjuicio irremediable, se adujo que precisa verificarse: “(i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto al daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir la afectación; (iii) la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de los derechos en riesgo[58].” Adicionalmente, se aclaró que: “…cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como (…) personas en condición de discapacidad, (…) entre otros, el examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos[59]…”.

De lo anterior resalta esta Sala que existen dos excepciones a la aplicación del principio de subsidiariedad en materia de tutela, son: (i) la utilización del medio constitucional de forma transitoria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, y (ii) la aplicación de forma definitiva cuando los medios ordinarios existentes no resulten idóneos para conjurar la acción vulneradora. Estos criterios se ven matizados cuando la persona implicada precisa especial protección constitucional, y cuando la afectación a los derechos fundamentales

impone que incluso en la primera hipótesis mencionada puede decidirse un amparo definitivo.

7. Procedimiento y obligados al pago de incapacidades laborales, calificación de invalidez y reconocimiento de pensión cuando se trata de enfermedad de origen común. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, establece lo siguiente:

“En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante”.

Por su parte, artículo 206 de la Ley 100 de 1993 dispone que:

“INCAPACIDADES. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto”

Ahora bien, el parágrafo 1º del Artículo 40 del Decreto 1049 de 1999 dispone: “Serán de cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado. En ningún caso dichas prestaciones serán asumidas por las Entidades Promotoras de Salud o demás entidades autorizadas para administrar el régimen contributivo en el SGSSS a las cuales se encuentren afiliados los incapacitados”.

Esta Corte en sentencia T-333 de 2013, resumió las mentadas disposiciones para clarificar las entidades a quienes les corresponde cancelar el subsidio de incapacidad por

enfermedad general hasta los 180 días, tal como se peticiona en esta acción de tutela, así:

"4.2. El primer referente normativo sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales ocasionadas por enfermedad no profesional se encuentra en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra el derecho del trabajador a obtener de su empleador un auxilio monetario hasta por 180 días, en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores.[60]

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, dicha tarea quedó en manos de las entidades encargadas de asegurar las contingencias en materia de seguridad social. El artículo 206 dispuso que el régimen contributivo asumiría el reconocimiento de "las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes", y autorizó a las EPS para subcontratar el cubrimiento de esos riesgos con compañías aseguradoras.

En esa dirección, y en concordancia con lo previsto en el Decreto 1049 de 1999, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se ha entendido que el empleador es responsable del pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días[61] y que las EPS cubren las que se causen desde entonces y hasta el día 180, a menos que el empleador no haya afiliado a su trabajador al SGSSI o haya incurrido en mora en las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella, en cuyo caso las incapacidades correrán por su cuenta.[62]".

Por consiguiente, en las hipótesis reseñadas, de incapacidad por enfermedad general, el encargado de cubrirla por el primer período, menor a 3 días es el empleador. A partir de allí y hasta los 180 días, la responsable de cancelar ese monto es la respectiva Entidad Prestadora de Salud.

El procedimiento y la competencia para el pago de dichas incapacidades que sobrepasan los 180 días, en lo relacionado con la calificación de invalidez, esta Corporación en la sentencia T-401 de 2017 recapituló las reglas para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por enfermedad común, desde el día 1 hasta el día 540, así:

"(i) Los primeros dos días de incapacidad el empleador deberá asumir el pago del auxilio

correspondiente[63].

(ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS.

(iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.

(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente".

En efecto, de conformidad con el citado proveído[64], el subsidio de incapacidad por enfermedad de origen común que sobrepasen los 180 días iniciales, deben ser cancelados por la respectiva Administradora de Fondo de Pensiones, excepto si la EPS incumple con la obligación de emisión del concepto de rehabilitación en los términos atrás indicados. En esos casos la EPS asumirá dicho pago hasta tanto sea emitido el mencionado concepto.

La Administradora de Fondo de Pensiones, por regla general, pagará el mencionado subsidio, después del día 180 "hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%"[65].

8. Legitimación de un tercero para reclamar el pago de las incapacidades a nombre de una persona con limitaciones para manifestar su voluntad

Para garantizar la efectividad del derecho fundamental al mínimo vital se debe efectuar el pago de las incapacidades en favor de la persona a quien le fueron reconocidas. No

obstante, existen casos en los que el titular de dicha prestación no se encuentra en la capacidad para reclamarla directamente, en razón a una condición de discapacidad que le impide manifestar su voluntad.

Sobre el particular, es preciso evocar una anterior decisión que emitió esta Corporación en un asunto en el que se estudiaba la posibilidad de que una tercera persona, por la situación que se encontraba el titular de los derechos sobre unas mesadas pensionales consignadas en su cuenta, pudiera disponer de esos rubros. En esa providencia se consideró[66]:

"(i) No existe un procedimiento constitucional o legal para conceder a familiares o terceros el manejo permanente de los montos que son consignados en una cuenta bancaria a título de pensión cuando el beneficiario se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales.

(ii) La segunda subregla establece que en principio la acción de tutela no es procedente para otorgar el manejo de los montos que son consignados en una cuenta bancaria cuando el accionante ha quedado incapacitado permanentemente. Esto debido a la existencia de mecanismos ordinarios de defensa judicial, tales como el proceso de interdicción judicial regulado por la ley 1306 de 2009[67] o el proceso de privación de administración de bienes establecido en el artículo 545 del código civil[68].

(iii) Sin embargo, esta corporación excepcionalmente ha permitido la procedencia de la acción de tutela para ordenar el retiro de las mesadas pensionales de un agenciado por parte de su núcleo familiar, cuando se evidencian las siguientes situaciones: (i) se presenta la imposibilidad física y/o mental de otorgar expresamente su autorización y (ii) se denota que la ausencia temporal de la pensión atenta contra las garantías fundamentales del accionante o de su familia." (Negrita ajena al texto original).

Y a manera de colofón, la mencionada sentencia anotó "…se enfatiza que en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para declarar a una persona interdicta, debido a su complejidad y duración en el tiempo, carecen de idoneidad y eficacia para amparar las garantías que nacen del derecho a gozar y disfrutar de la pensión de vejez. Por esta razón la tutela puede, transitoriamente, desplazar las acciones judiciales existentes, para así garantizar que mientras se desarrollan dichos procedimientos no se vean afectados los derechos del agenciado y los de su núcleo familiar…"

Bajo ese lineamiento constitucional la Corte considera que tal interpretación es aplicable en los casos en los que se reclama el pago de incapacidades, pues se trata del mismo supuesto excepcional, esto es, una situación en la que se presenta la imposibilidad física y/o mental de otorgar expresamente su autorización y la ausencia del pago puede afectar el derecho fundamental al mínimo vital.

9. CASO CONCRETO

9.1. De las pruebas obrantes en el dossier puede deducirse que:

(i) Yurdy Javier Zapata Sierra nació el 30 de enero de 1994, actualmente tiene 24 años de edad[69].

(ii) El señor Zapata Sierra sufrió un accidente de tránsito en el año 2016, con ocasión del mismo desde el 26 de julio siguiente la Nueva EPS ha autorizado diferentes incapacidades porque su estado de salud le impide valerse por sus propios medios y tomar decisiones por sí mismo.

Las incapacidades que reclama la accionante son:

- 26 de julio de 2016, por 30 días[70].
- 25 de agosto de 2016, por 30 días[71].
- 24 de septiembre de 2016, por 14 días[72].
- 18 de octubre de 2016, por 29 días[73].
- 24 de octubre de 2016, por 13 días[74].
- 16 de noviembre de 2016, por 30 días[75].
- 5 de diciembre de 2016, por 30 días[76].

(iii) El 20 de diciembre de 2016 se emitió concepto desfavorable de recuperación al señor Yurdy Javier Zapata Sierra[77].

(iv) El 6 de febrero de 2017 Seguros de Vida Alfa S.A. calificó la pérdida de capacidad

laboral del agenciado en un 94,70%[78].

(v) Sixta Tulia Sierra Caicedo es la madre del afectado[79] y hace parte del núcleo familiar que en la actualidad está a cargo de su cuidado y custodia[80].

(vi) La señora Sierra Caicedo ha gestionado el pago de las incapacidades mencionadas ante la Nueva EPS, sin embargo, las mismas no le han sido canceladas porque no ostenta poder otorgado por su hijo con esa finalidad[81].

(vii) La señora Sixta Tulia Sierra Caicedo promovió acción de tutela el primero (01) de febrero de 2017, con el objetivo de que le fueran pagados esos valores por subsidio de incapacidad. El mecanismo fue tramitado y en su impulso fue reconocida como agente oficiosa del señor Zapata Sierra[82].

9.2. En primer lugar, acorde con los precedentes constitucionales, la Corte avala la actuación de la señora Sixta Tulia Sierra en agencia de los derechos de su hijo, mayor de edad, Yurdy Javier Zapata Caicedo, considerando que se demostró que no tiene la capacidad física y mental para hacerlo[83].

En esa medida, considerando que el Decreto Estatutario 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional admiten que terceras personas actúen en favor de derechos del afectado que no otorga un poder para el efecto, porque no está en capacidad de defender sus propios derechos, y que se comprobó en este caso que el Señor Zapata padece una condición clínica que le impide moverse, expresarse y tomar decisiones, es viable que Sixta Tulia Sierra Caicedo funja como accionante en la tramitación de este mecanismo de amparo, máxime cuando el tercero en este caso es la progenitora.

9.3. El supuesto de inmediatez que condiciona la procedencia general de la acción de tutela no se transgredió en el escenario fáctico estudiado, como lo consideró el juez de segunda instancia, pues la última incapacidad emitida en favor del agenciado y de que da cuenta el expediente data del 5 de diciembre de 2016[84] y el presente mecanismo se impulsó el 01 de febrero de 2017, es decir, transcurrió un tiempo aproximado de 2 meses que objetivamente es razonable.

Aun cuando se reflexionara que desde la emisión de la primera incapacidad, 26 de julio de

2016[85], transcurrieron aproximadamente 7 meses, se concluiría que la tardanza en la gestión es justificada, como se verá.

Como se desprende del acervo probatorio, la situación familiar que atravesaba la accionante con los cuidados y ayuda que precisaba su hijo mientras era atendido en el centro asistencial de una ciudad diferente a la de su domicilio, torna aceptable la aparente inactividad. Y esa supuesta pasividad no lo fue tal, porque en la declaración que rindió ante el juez de tutela de primera instancia[86], la actora confirmó que en diferentes oportunidades gestionó el pago de las mencionadas incapacidades[87], sin obtener respuesta o acción favorable. Adicionalmente, se evidenció que los efectos de la omisión presuntamente violadora de derechos fundamentales persiste en el tiempo, afectando el mínimo vital del agenciado y del núcleo familiar.

9.4. El cumplimiento imperioso del supuesto de subsidiariedad encuentra excepción en el caso concreto, puesto que si las controversias laborales son llamadas a ser resueltas en la jurisdicción ordinaria y además existe un mecanismo (naturaleza jurisdiccional) que puede adelantarse ante la Superintendencia de Salud, estos no resultan eficaces para conjurar la potencial amenaza a los derechos fundamentales del agenciado, y es evidente la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable que comprometa de manera grave el derecho al mínimo vital.

En esa medida resulta procedente la acción de amparo para propender por el pago de tales rubros, y teniendo en cuenta que el afectado es un sujeto de especial protección constitucional, por la situación de discapacidad en la que se encuentra, y que por ello se flexibilizan las exigencias mencionadas, la protección se dispondrá de forma definitiva; porque recuérdese que en la actualidad las incapacidades siguen sin ser canceladas, pese a que ha transcurrido más de un año desde que se emitió la primera.

Esa potencial afectación del derecho al mínimo vital de Yurdy Javier Zapata Sierra, hace necesario adoptar medidas urgentes para remediar esta situación, que podría repercutir incluso en el derecho a la salud y a la vida por el escenario de dependencia total que presenta en la actualidad. La intervención en ese entorno económico precario no admite ser postergado porque afecta directamente las condiciones mínimas que se requieren para vivir en condiciones de dignidad.

9.5. Ahora bien, los pagos resultan ser de especial relevancia para el señor Zapata Sierra tal como lo reafirmó la accionante en la citada declaración rendida ante el juez que decidió la tutela en primera instancia y lo complementó el señor Luis Rafael Cruz Ballesteros en la declaración rendida ante notario[89] cuando afirmó que el agenciado depende económicamente de la progenitora, quien ejerce labores de vendedora informal.

Así las cosas, considerando que el afectado está impedido para trabajar y que esa situación se deriva de una enfermedad no profesional; a la EPS, en principio, le atañe cubrir el costo de esas incapacidades originadas en enfermedad común por los 180 días transcurridos después del segundo día de incapacidad.

En este caso, como se verificó, la Entidad Prestadora de Salud dio un concepto negativo de recuperación el 20 de diciembre de 2016[90], y como se ve en el cartulario, el 6 de febrero de 2016 se calificó la pérdida de capacidad laboral del agenciado en un 94,70%[91]. Seguros de Vida Alfa le informó a la interesada además, que podía presentar a la AFP Porvenir este resultado, para efectos de trámite del reconocimiento de la pensión de invalidez si a ello hubiere lugar[92], aunque advirtió, sin sustento visible en el expediente, que la petición fue objetada por Porvenir S.A, por incumplimiento del requisito de tiempo cotizado al Sistema de Pensiones.

9.6. Frente al panorama puntualizado será preciso cavar que el agenciado sufrió un accidente de tránsito el 26 de junio de 2016, y se registra en el expediente que le han sido prescritas las siguientes incapacidades: (i) 26 de julio de 2016, por 30 días; (ii) 25 de agosto de 2016, por 30 días; (iii) 24 de septiembre de 2016, por 14 días; (iv) 18 de octubre de 2016, por 29 días; (v) 24 de octubre de 2016, por 13 días; (vi) 16 de noviembre de 2016, por 30 días; (v) 5 de diciembre de 2016, por 30 días.

Consta que se le emitieron incapacidades por 176 días, aclarando que pese a que en el expediente no obra prueba de que le haya sido reconocido un subsidio por este concepto antes del 26 de julio de 2016, como se evidenció el siniestro tuvo lugar exactamente 30 días antes, y desde entonces no podía laborar, porque su estado de salud crítico se lo impidió.

Considerando que los primeros dos días atañían cancelarlos al empleador, se observa que a cargo de la EPS, conforme las pruebas del cuaderno, le correspondería en principio cancelar

el rubro correspondiente a 174 días, mas, como se evidencia que las incapacidades excedieron ese tiempo de 180 días pluricitado, se ordenará a esa entidad la cancelación del tiempo restante.

Como se mencionó, el 20 de diciembre de 2016 la Nueva EPS emitió un concepto negativo de recuperación, y sea preciso señalar que en la última incapacidad expedida a favor del agenciado se detalló que cubría el lapso comprendido entre el 19 de diciembre de 2016 y el 17 de enero de 2017. Consta en el expediente que el citado concepto fue informado a Porvenir el 31 de enero de 2017[93].

La Nueva EPS incumplió su deber, a tono con las normas citadas, de emitir el concepto de rehabilitación antes del día 120 de incapacidad, y, en consecuencia, el de remitirlo a Porvenir antes del día 150 de la misma. Ya se habían sobrepasado los 180 días de incapacidad cuando se remitió esta información al Fondo de Pensiones.

Así, para determinar la responsabilidad en el pago del subsidio de incapacidad a que tiene derecho el agenciado, se considera (i) que el accidente de tránsito ocurrió el 26 de junio de 2016, (ii) que desde ese momento debieron prescribírsele diferentes incapacidades por su precario estado de salud y (iii) que el 31 de enero de 2017 la Nueva EPS remitió a Porvenir el concepto negativo de rehabilitación.

Lo anterior tiene como fundamento el marco normativo y jurisprudencial recogido en la parte dogmática de esta decisión, que permite concluir que quien debe cancelar el monto por las incapacidades emitidas a favor del agenciadodesde que ocurrió el siniestro hasta la remisión del concepto de rehabilitación al fondo de pensiones es la Nueva EPS, esto es, desde el 26 de junio de 2016 hasta el 31 de enero de 2017. Así, en total fueron 220 días calendario, a los que debe restársele 2 días que le correspondieron al empleador. En suma, la EPS deberá cancelar 218 días de subsidio por incapacidad laboral.

Además de lo anterior Porvenir, deberá cancelar el rubro correspondiente a 5 días de subsidio, que transcurrieron desde que tuvo noticia de la emisión del concepto desfavorable de rehabilitación hasta que procedió con la calificación de la invalidez, es decir, el 6 de febrero de 2017.

9.7. Resulta preciso traer a colación que: (i) por las condiciones médicas mencionadas Yurdy

Javier Zapata no está en capacidad de reclamar el pago del nombrado subsidio por incapacidad, (ii) con ocasión de las mismas circunstancias el afectado no tiene facultad de otorgar poder a un tercero para que proceda al cobro, (iii) la señora Sixta Tulia Sierra Caicedo es su madre y se ha encargado de las gestiones precisas para el resguardo de su estado de salud[94], hace parte del núcleo familiar y ha sido reconocida como su agente oficiosa en dos acciones de tutela a favor del señor Zapata Sierra[95] y (iv) aunque de manera incipiente se iniciaron los trámites para que el hijo sea declarado interdicto con designación de curador[96].

Ante este panorama surge un interrogante ¿está legitimada la accionante para reclamar el valor de las mencionadas incapacidades, en nombre de su hijo?

De conformidad con lo expuesto en el acápite 8 de las consideraciones de esta providencia, la Sala considera que en asuntos como el que ahora se analiza, también se impone acceder a que un tercero, en este caso la progenitora y cuidadora, reclame y administre el dinero de su hijo aunque no haya sido declarado interdicto en el proceso ordinario pues se ha demostrado que en definitiva el agenciado no tiene la capacidad para tomar decisiones, y, adicionalmente, además de las declaraciones extrajuicio que no fueron controvertidas al interior de este asunto, la progenitora está adelantando trámites para ser nombrada como curadora.

Así mismo, conociendo que a diferencia de una mesada pensional los rubros no se generan de forma perpetua, que los montos que se reclaman al menos en contexto de lo mencionado no se emitirán de nuevo y la situación de especial protección constitucional que precisa el agenciado, como se anunció con base en la jurisprudencia de esta Corporación, el amparo tiene vocación de ser concedido de manera definitiva.

Así, se revocará la decisión de segunda instancia para acceder al amparo invocado por la señora Sixta Tulia Sierra Caicedo, y, en ese sentido, se ordenará a la Nueva EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, pague a la señora Sierra Caicedo las sumas correspondientes a las incapacidades prescritas en los 218 días según le corresponde a la entidad, a tono con las transcritas disposiciones legales y jurisprudenciales. Igualmente se ordenará a Porvenir que en igual término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta

providencia, pague a la señora Sierra Caicedo las sumas correspondientes a las incapacidades prescritas en los 5 días siguientes a los mencionados 218 que son responsabilidad de la Entidad Prestadora de Salud.

9.8. Adicionalmente la Sala instará a la agente oficiosa a que inicie los trámites precisos para que la entidad o autoridad competente determine si se cumplen los requisitos de reconocimiento de pensión de invalidez a su hijo; y para el efecto se solicitará a la defensoría del pueblo que preste la correspondiente asesoría y acompañamiento[97].

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia de tutela proferida el 27 de marzo de 2017 por el Tribunal Administrativo de Santander, la cual revocó a su vez el fallo del 15 de febrero de 2017 proferido por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga, en tanto este concedió y aquel denegó la acción de tutela que promovió la accionante, como agente oficiosa de su hijo, contra la Nueva EPS. En su lugar, CONCEDER la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna.

Segundo.- ORDENAR a la Nueva EPS que, en el término de 48 horas contado a partir de la notificación de esta providencia, pague a la señora Sixta Tulia Sierra Caicedo las incapacidades que le fueron prescritas a Yurdy Javier Zapata Sierra, con ocasión del accidente de tránsito sufrido en el año 2016, en el lapso de 218 días que según las normas vigentes le corresponde cancelar.

Tercero.- ORDENAR a Porvenir S.A. que, en el término de 48 horas, contados a partir de la notificación de esta providencia, pague a la señora Sixta Tulia Sierra Caicedo las incapacidades que le fueron prescritas a Yurdy Javier Zapata Sierra, con ocasión del accidente de tránsito sufrido en el año 2016, en el lapso de 5 días,[98] que le corresponde cancelar.

Cuarto.- INSTAR a la señora Sixta Tulia Sierra Caicedo para que inicie los trámites ante las autoridades correspondientes para el examen y decisión de la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Por tanto, se solicitará a la Defensoría del Pueblo que preste asistencia jurídica necesaria para la consecución plena de la seguridad social.

Quinto.- LÍBRESE por Secretaría General de esta Corte la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado Ponente

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Secretaria General

[1] 15 de febrero de 2017.

[2] 27 de marzo de 2017.

[3] Expediente 2017 00037 01, cuaderno de las instancias, folio 1.

[4] Folio 26, cuaderno del juzgado de primera instancia.

[5] Folios 45 a 49, cuaderno del Juzgado.

[6] Folio 5 del cuaderno de instancias.

[7] Folio 11 del cuaderno de instancias.

[8] Folio 13 del cuaderno de instancias.

[9] Folio 14 del cuaderno de instancias.

[10] Folio 15 del cuaderno de instancias.

[11] Folio 15 del cuaderno de instancias.

[12] Folio 16 del cuaderno de instancias.

[13] Folio 16 del cuaderno de instancias.

[14] Folio 17 del cuaderno de instancias.

[15] Folio 17 del cuaderno de instancias.

[16] Folio 39 del cuaderno de las instancias.

[17] Folio 40 del cuaderno de las instancias.

[18] Conformada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera y el Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo.

[19] Folios 17-19 del cuaderno de la Corte.

[20] Localizable en la Calle 143 No. 32-49 Torre 3 apto 102, Barrio La Castellana, de Bucaramanga, celular 3166827479.

[21] En los anexos relacionados a continuación, consta que la calificación de la PCL fue de 94,70%.

[22] Folio 27 del cuaderno de la Corte Constitucional.

[23] Folio 30 del cuaderno de la Corte Constitucional.

[24] Folio 34B del cuaderno de la Corte Constitucional.

[25] El CD obra en el expediente de la Corte Constitucional.

[26] En la citada diligencia la accionante relató que con apoyo de la Defensoría del Pueblo adelantaría un proceso de interdicción y que, para el efecto, se le asignó una cita en el mes de febrero de 2018, sin embargo, no precisó el lugar ni el objetivo con que se programó la misma.

[27] La accionante expuso diversas consideraciones sobre esa evolución, sin embargo, finalmente concluyó que no consideraba aún que su hijo pudiera expresar esa voluntad de otorgarle un poder para que lo represente, porque no habla y tampoco puede firmar.

[28] Por ejemplo declaraciones juradas de terceros.

[29] Folio 44 del cuaderno de la Corte Constitucional.

[30] Folio 45 del cuaderno de la Corte Constitucional.

[31] Cfr. Sentencias T-120 y T-430 de 2017.

[32] Sobre el requisito de manifestar que se actúa bajo tal condición y que el agenciado se encuentra en imposibilidad de promover su defensa, la Corte ha realizado interpretaciones dirigidas a restarle rigidez según las circunstancias del caso.

[33] Ver sentencia T- 452/01.

[34] Ver sentencia T-342/94.

[35] Ver sentencia T-414/99.

[36] Ver sentencias T-109/11 y T-388/12.

[37] Sentencia T-430 de 2017.

[38] Sentencias T-926 de 2011 y T-096 de 2016.

[39] Ídem.

[40] Sentencia T-294 de 2004. En el mismo sentido, pueden consultarse las sentencias SU-707 de 1996, T-659 de 1998, T-414 de 1999, T-574 de 1999, T-239 de 2003, T-1020 de 2003, T-078 de 2004, T-681 de 2004, T-794 de 2004, T-095 de 2005, T-365 de 2006, T-849

de 2006, T-299 de 2007, T-703 de 2007, T-1029 de 2007, T-050 de 2008, T-573 de 2008, T-591 de 2009, T-799 de 2009 y T-961 de 2009.

[41] Sentencias T-138 de 2017, SU-241 de 2015, entre otras.

[42] La base argumentativa de este acápite se ha reiterado en sentencias como la T-471 de 2017, T-046 de 2016, T-016 de 2015, T-157 de 2014, T-544 de 2013, T-909 de 2010, entre otras.

[43] ARTICULO 86."…Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable…"

[44] ARTICULO 6º-Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante (…)

[45] Se llama la atención en que si bien esta Corporación en las sentencias C-117 y C-l19 de 2008 estudió la constitucionalidad de este procedimiento y determinó que se encontraba de acuerdo con el ordenamiento jurídico superior, la Corte jamás se pronunció respecto de su idoneidad y eficacia.

Por su parte, en sentencia C-l19 de 2008 se estudió si la norma en comentario otorgó a la Superintendencia Nacional de Salud competencias que constitucionalmente habían sido exclusivamente otorgadas a los jueces de tutela.

[46] Ver, entre otras, las sentencias T-728 de 2014 y T-121 de 2015.

[47] "Por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

[48] En la que se declaró la inexequibilidad del fragmento que establecía el efecto devolutivo de la consulta, en cuanto estimó indispensable surtir el grado jurisdiccional de consulta para que la sanción impuesta pudiera surtir efectos, ello, dada la gravedad la

sanción allí dispuesta.

[49] Sentencia T-529 de 2017.

[50] En la investigación “Facultad jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud para Servicios POS, no POS y exclusiones del POS”, realizada en el año 2016 por Natalia Arce Archbold, en donde se estudiaron 150 procesos adelantados por la Superintendencia Nacional de Salud en desarrollo de su función jurisdiccional, se encontró: “De los 150 fallos de los que se obtuvo la información completa, se tiene que desde la fecha en que se avocó conocimiento o desde que se admitió la solicitud de trámite hasta el momento en que profirió fallo: 1. El promedio fue de 271 días. 2. El menor tiempo que se tomó la Delegada para proferir fallo fue de 35 días. 3. El mayor tiempo que se tomó la Delegada para proferir fallo fue de 881 días.” p. 7. Información autorizada por la investigadora para divulgación.

[51] Fin establecido en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

[52] Ver, sentencia T-311 de 1996.

[53] Cfr, sentencias T-909 de 2010 y T-533 de 2007.

[54] Ibídem.

[55] Cfr, sentencias T-333 de 2013.

[56] Al respecto, indica la sentencia T- 311 de 1996 (M.P. José Gregorio Hernández) que“el no pago de una incapacidad médica constituye, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, pero puede generar, además, la violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia. No sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo sino que también se puede afectar directamente la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos”. La sentencia C-065 de 2005 se pronunció en el mismo sentido, al explicar que el derecho al trabajo en condiciones dignas implica, además de la posibilidad de trabajar, la de “no verse forzado a laborar cuando las condiciones físicas no le permitan al trabajador seguir desempeñándose en su labor”. Advirtió el fallo, entonces, que permitirle al trabajador hacer

un receso en sus labores por razones de salud, sin asegurarle una remuneración equivalente a la que obtendría de estar en pleno uso de sus facultades físicas equivale a forzarlo a trabajar en condiciones contrarias a la dignidad humana. Sobre el mismo asunto pueden revisarse, también, las sentencias T-404 de 2010 (M.P. María Victoria Calle) y T-154 de 2011 (Luis Ernesto Vargas).

[57] Sentencia T 106 de 2017.

[58] Sentencias: T-225 de 1993 M.P. y T-789 de 2003 M.P., entre otras.

[59] Sentencias T-456 de 2004 , y T-789 del 11 de septiembre de 2003.

[60] Código Sustantivo del Trabajo, artículo 227. (…)

[61] Parágrafo 1º, Artículo 40 del Decreto 1049 de 1999: "Serán de cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado. En ningún caso dichas prestaciones serán asumidas por las Entidades Promotoras de Salud o demás entidades autorizadas para administrar el régimen contributivo en el SGSSS a las cuales se encuentren afiliados los incapacitados".

[62] La sentencia T-786 de 2009 (…) enumera los eventos en que la responsabilidad de las EPS en el reconocimiento de las incapacidades laborales causadas durante los primero 180 días se traslada a los empleadores. El fallo indica que esto puede ocurrir cuando, por ejemplo, el trabajador no reúne el número mínimo de semanas cotizadas exigidas en el Decreto 47 de 2000; cuando el empleador incurrió en mora en el pago de las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella y cuando el empleador no informa sobre la incapacidad concreta del trabajador.

[63] Es indispensable aclarar que el empleador deberá asumir el pago de las incapacidades y en general de todas las prestaciones garantizadas por el Sistema de Seguridad Social Integral cuando no haya afiliado al trabajador o cuando a pesar de haber sido requerido por las entidades del sistema, se haya encontrado en mora en las cotizaciones al momento de ocurrir el siniestro. Ver: sentencias T-146 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-723 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa).

[64] En la que se ratifica, entre otras, la sentencia T-920 de 2009.

[65] Ibídem.

[66] Sentencia T-062 de 2014. Ver además las sentencias T-654 de 2014, T-416 de 2008 y T-449 de 2007, entre otras.

[67] Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados.

[68] La citada disposición establece: "El adulto que se halle en estado habitual de demencia, será privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos. La curaduría del demente puede ser testamentaria, legitima o dativa".

[69] Registro civil de nacimiento a folio 13 del cuaderno de instancia.

[70] Folio 14 del cuaderno de instancias.

[71] Folio 15 del cuaderno de instancias.

[72] Folio 15 del cuaderno de instancias.

[73] Folio 16 del cuaderno de instancias.

[74] Folio 16 del cuaderno de instancias.

[75] Folio 17 del cuaderno de instancias.

[76] Folio 17 del cuaderno de instancias.

[77] Folio 39 del cuaderno de instancia.

[78] Folio 27 del cuaderno de la Corte Constitucional.

[79] Folio 13 del cuaderno de las instancias.

[80] En este sentido obra en el dossier: (i) declaración jurada que rindió Sixta Tulia Sierra ante el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Bucaramanga. El registro audiovisual

de la diligencia consta en el expediente., (ii) declaración jurada de fecha 18 de diciembre de 2017, rendida por Luis Rafael Cruz Ballesteros en el sentido de confirmar que actualmente el señor Yurdy Javier Zapata depende en todos los aspectos de la señora Sixta Tulia Sierra (folio 44) y (iii) escrito mediante el cual la accionante confirma que Yurdy Javier Zapata está bajo su cuidado y custodia. Estas pruebas no fueron controvertidas en el trámite de tutela.

[81] Declaración jurada que rindió Sixta Tulia Sierra ante el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Bucaramanga. El registro audiovisual de la diligencia consta en el expediente.

[82] Folio 26 del cuaderno de la instancia.

[84] Folio 17 del cuaderno de la instancia.

[85] Folio 14 del cuaderno de las instancias.

[86] Y que consta en el registro audiovisual que obra en el expediente.

[87] De fechas 26 de julio, 24 de septiembre,18 de octubre, 24 de octubre, 16 de noviembre, y 5 de diciembre, de 2016.

[88] Con la declaración juramentada rendida por la accionante, y por un tercero ante la Notaría (folio 44 del cuaderno de la Corte.

[89] Folio 44 del cuaderno de la Corte Constitucional.

[90] Folio 39 del cuaderno de instancia.

[91] Folio 27 del cuaderno de la Corte Constitucional.

[92] Folios 26 y 30 del cuaderno de la Corte Constitucional.

[93] Folio 40 del cuaderno de las instancias.

[94] Tal como lo afirmó en la declaración que rindió ante el Juzgado de primera instancia y como fue confirmado por el señor Luis Rafael Cruz Ballesteros en la declaración que rindió

en la Notaría Única del Círculo de San Alberto.

[95] La primera de ellas, como consta en el expediente (folio 7 del cuaderno de las instancias), se inició en defensa del derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas de su hijo. Entonces se pretendía que le fuera brindada toda la atención médica que requería Yurdy Javier Zapata.

[96] Como lo determina la Ley 1306 de 2009 “por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados”.

[97] Si bien la Defensoría del Pueblo no fue vinculada en el trámite de la tutela, se dispondrá el acompañamiento y asesoría en virtud de las funciones constitucionales le fueron asignadas, de conformidad con lo establecido en el numeral 1, artículo 282 de la Carta, cuyo tenor dispone lo siguiente: “El Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, para lo cual ejercerá las siguientes funciones: 1. Orientar e instruir a los habitantes del territorio nacional y a los colombianos en el exterior en el ejercicio y defensa de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado. (…)”.

[98] Transcurridos como se vio, del 1º al 5 de febrero de 2017.